

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 24, Época II, 2024

ISSN: 2340-4647



**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)**

Número 24, Época II, 2024

ISSN: 2340-4647

Dykinson, S.L.

CONSEJO EDITORIAL

- Dirección / Editor

Dr. D^o IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

- Secretario técnico editorial y Coordinador de los equipos de revisión externa

Dr. D^o JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

Profesor sustituto interino. Profesor Contratado Doctor (acred.) Universidad de Sevilla

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

CONSEJO ASESOR PERMANENTE

-Dra. Doña TERESA AGUADO CORREA

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dr. D. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

Profesor de Dereito penal Universidade Nova de Lisboa. Nova School of law

-Dr D. JAVIER LARENA BELDARRAÍN

Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad de Deusto.

-Dra. D^a MARÍA ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Valencia

-Dra D^a CARMEN REQUEJO CONDE

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dr D^o JUAN JOSÉ MEDINA ARIZA

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra D^a EMILIA M^a SANTANA RAMOS

Profesora Titular (acred.) de Filosofía del Derecho de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

- Dr D. IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

- (Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM))

-Dra. D^a MARÍA LUDOMIRA KUBICA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid

-Dr Dº JOSE RICARDO PARDO GATO

Doctor en Derecho. Académico de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y
Legislación. Abogado

PRESIDENCIA DE HONOR DE LA REVISTA REDS

-Dº FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático emérito de Derecho Civil. Universidad de Deusto

-Dº OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Deusto

MIEMBROS HONORÍFICOS *AD HONOREM*

-Dº CARME CHACÓN PIQUERAS

Ex Ministra de Defensa de España

Dº MANUEL MARÍA ZORILLA RUIZ

Ex Presidente del Tribunal de Justicia del País Vasco

Catedrático emérito de la Universidad de Deusto

Dº LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad de Granada

Ex Rector de la Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros del Comité:

Presidente

Dr. D^o BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático emérito de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Vocales:

PIERRE LUIGI MARIA 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 ex Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad 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)

LUCIA RUGGERI
Profesora de Derecho civil y Decana de la
Facultad de Derecho de la Universidad de
Camerino

ANGEL REBOLLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

JEAN-BERNARD AUBY
Ex decano 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
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

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

LUZ MARTÍNEZ VALENCOSO
Catedrática de Derecho Civil Universidad de
Valencia

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

VASCO PEREIRA DA SILVA
Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y
Políticas de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Portuguesa. Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO
Profesor de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa.
Presidente de la Junta de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Lisboa.
Universidad de Lisboa

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

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA
Notario y Presidente de Euskaltzandia
(Academia de la Lengua Vasca)

ENRIQUE GADEA SOLER
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

VANESA GARCÍA GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

ARNEL MEDINA CUENCA
Profesor Titular de Derecho penal de la
Facultad de Derecho de la Universidad de La
Habana.
Expresidente de la Unión Nacional de Juristas
de Cuba.
Universidad de La Habana (Cuba)

MAYDA GOITE PIERRE
Profesora Titular de Derecho Penal,
Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias
Penales de la Unión Nacional de Juristas de
Cuba.
Universidad de La Habana (Cuba)

LEONARDO PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y de
Derecho Notarial. Notario.
Universidad de La Habana (Cuba)

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO
Decano Académico de la Facultad de Ciencias
Jurídicas de la Universidad Javeriana de
Bogotá.
Universidad Javeriana de Bogotá

M^a JOSÉ CRUZ BLANCA
Catedrática de Derecho penal.
Universidad de Jaén

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 CORTÁZAR Y
RUÍZ 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 Abogados de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ
Catedrático de Derecho Civil y Consejero del
Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PEREZ
Ex Decano-Presidente del Colegio de
Registradores de la propiedad de España.

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL
Catedrático de Derecho Civil
Universidad ICADE Madrid

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
Abogada en el Despacho Suarez y Sánchez.
Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA
Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Granada.

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de
Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ CHARTERINA
Doctor en Derecho y Catedrático emérito
Derecho Económico. 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.
Universidad Carlos III de Madrid

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

LETICIA GARCIA VILLALUENGA
Profesora Titular de Derecho Civil de la
Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ
Abogado egresado en la (UFT),
Especialización en Criminología y Derecho
Constitucional).
Universidad Fermín Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Católica del Uruguay

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO
Notario, miembro de la Comisión General de
Codificación (coordinador) y presidente de la
Asociación para el Diálogo

M^a CARMEN GARCÍA GARCÍA
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Granada

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ
Profesora Titular de Derecho
Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País
Vasco y Profesor encargado de Derecho
internacional penal.
Universidad de Deusto

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.
Universidad de las Islas Baleares

JAVIER VALLS PRIETO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT
Catedrático Derecho Civil
Universidad de las Islas 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.
Presidente del Consejo General del Notariado

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao

RAMÓN MÚGICA ALCORTA
Notario y Abogado del Estado

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.

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

LÁZARO RODRIGUEZ ARIZA Catedrático
de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal
de la Universidad de Granada.

M^a ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Valencia

CRISTINA GIL MEMBRADO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

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). Profesor de Derecho penal en la
Nova School of Law de la Universidade Nova
de Lisboa

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA
Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y
Abogada
Universidad de Córdoba

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ
Professor of Law and Associate Dean of
International & Graduate Studies
Florida International University College of
Law

SECCIONES PERMANENTES EN LA REVISTA: Derecho, Empresa y Sociedad

Coordinadora de Derecho Privado, Bioderecho, IA y Transformación digital

Dra. D^a MARÍA LUDOMIRA KUBICA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

Coordinadora de Nuevas formas de criminalidad y lucha contra la corrupción

Dra D^a DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho penal

Universidad de Deusto

Coordinador de Economía, Empresa, Estudios Financieros y Negocios

Dr. D^o JONATHAN TÉLLEZ TORRES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal y Ciencias Criminales

Universidad de Sevilla

ÍNDICE

EDITORIAL.....	17
PRÓLOGO.....	19
1. AS “GRANDES CONTRAORDENAÇÕES” E A ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA SANCIONATÓRIO. Expansão, continuidade e autonomia dos sistemas sancionatórios sectoriais.....	21
<i>Frederico de Lacerda da Costa Pinto</i>	
2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	39
<i>Carmen Requejo Conde</i>	
3. ALGUNAS “IDEAS FUERZA” PARA UNA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA MÁS OPERATIVA ANTES QUE PRÁCTICA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	61
<i>Michael Fernando Remigio Quezada. Edgar Iván Colina Ramírez.</i>	
4. RESPONSABILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA NECESIDAD DE INTEGRAR LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA.....	81
<i>Carlo Piparo. Edgar Iván Colina Ramírez</i>	
5. LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS EN ESPAÑA, EVOLUCIÓN LEGAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.....	103
<i>Susana Sánchez González</i>	
6. ANÁLISIS DE LA CAUSA DE REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS (ARTÍCULO 647 CÓDIGO CIVIL)	131
<i>María Elena Cobas Cobiella. María del Pilar Taberner Arroyo.</i>	
7. LA AFECTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: Especial referencia al ámbito empresarial.....	145
<i>Dra. Blanca Ballester Casanella</i>	

8. EL TERCER SECTOR DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE ITALIA Y ESPAÑA. ASPECTOS FISCALES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.....161

Juan Jesús Gómez Álvarez

9. TIPOLOGÍA DEL ACOSO EN EL ENTORNO LABORAL. CONVENIO 190 OIT. CIBERACOSO. PREVENCIÓN: LOS PROTOCOLOS DE ACOSO.....193

Francisco José Fernández

10. NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y EL AJUAR O MOBILIARIO DOMÉSTICO EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y COMPARADO EUROPEO Y LATINOAMERICANO.....213

Pablo José Abascal Monedero

11. EL ARBITRAJE EN LOS DEPORTES ELECTRÓNICOS EN ESPAÑA.....243

David García Carmona. Sergio Pérez González

12. CASOS PRÁCTICOS: JURÍDICOS, SOCIO-JURÍDICOS, SOCIALES QUE CONTRIBUYEN A RESOLVER PROBLEMAS DE LA VIDA COTIDIANA.....257

María Gracia García Kromer

Editorial

La nueva época de la Revista Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) va a comenzar su andadura con este número extraordinario de 2024, cumpliendo después su promesa de ser binual en dos periodos semestrales como venía siendo habitual, centrándose en una visión del Derecho más penal y criminológica que en la época anterior, sin olvidarse, que comenzó siendo una revista multidisciplinar en todo el ámbito jurídico e incluso con artículos sociológicos y de otras disciplinas de las Humanidades. Por tanto, no faltarán tampoco en esta segunda época artículos relacionados con todas las ramas del Derecho, desde tributario, laboral o mercantil hasta por supuesto, y sin perder su esencia primigenia el derecho civil y de familia. Pero a la vez actualizándose y poniéndose al día con las últimas novedades del mundo moderno, sabiendo que la IA va a tener una gran influencia en la vida ordinaria y en el Derecho actual. En consecuencia, no faltarán artículos buscando todas las novedades y tecnología puntera en relación con la IA y con todas las posibilidades que ofrece, así como, también alertar de los posibles peligros. No voy a explicar en este editorial la importancia actual de la IA y por tanto tendremos una sección entera dedicada a ella dirigida por una investigadora internacional de reconocida competencia en la materia. Otra de las nuevas secciones dirigidas por otra gran investigadora es la que nos mantendrá informados de las nuevas formas de criminalidad y delincuencia que se desarrollan a nuestro alrededor. Además, otra de nuestras investigadoras experta en Igualdad y derechos de las mujeres tendrá otra sección dedicada a toda la violencia que sufren y que hay que seguir denunciando. Además, por su condición brasileña será la encargada de todas las relaciones con nuestros hermanos de Iberoamérica (ahora que tan importante parece el tratado entre la UE y Mercosur). En otra nueva sección tenemos a un criminólogo experto en el mundo financiero y económico, así como el de las inversiones y todo lo relacionado con el mundo económico y de la empresa y el propio director que expondrá todas las novedades del derecho penal económico que estén de actualidad, así como los principales casos de corrupción que afecten a la sociedad española. En definitiva, contamos con un equipo de doctores de dilatada carrera y de máximo rigor académico y lo que nos proponemos es divulgar el conocimiento de las materias en las que somos permítanmelo, a base de estudio y trabajo diario, expertos. También hacemos una invitación pública a aquellos doctores en derecho que quieran publicar y escriban sobre materias interesantes y actuales. La Revista REDS nació en la primera década del siglo XXI y nosotros continuaremos en esta segunda década con la buena marcha y el buen funcionamiento que se ha llevado a cabo y que sin duda ha aportado a las publicaciones en abierto en castellano en este siglo XXI en España y el mundo hispanohablante e incluso lusófono. Por último, y no menos importante, agradecer a la ilustre editorial Dykinson y a su Presidente Rafael Tigeras la confianza depositada en la revista y la ayuda siempre fiel e inquebrantable.

Sevilla 16 de diciembre de 2024

PRÓLOGO

Señalaba Ortega y Gasset que, de toda su intensa actividad profesional, sentía una especial satisfacción por haber fundado la Revista de Occidente. En estas fechas que se cumplen los cien años de aquella fundación debemos reconocer que esa satisfacción estaba plenamente justificada. Durante todo este tiempo en sus números la Revista de Occidente ha hecho gala de las cualidades que deben concurrir en toda revista científica de calidad. Ponderación en la elección de los temas y los autores, coherencia, rigor y un profundo respeto por la libertad de expresión. Todo un modelo para seguir, aunque la Revista de Occidente se dedique a una rama del saber, que guarda poca relación con la Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, que ahora presentamos en la que va a ser ya su II Época.

Basta hojear los índices de sus veintitrés números precedentes para descubrir el buen hacer de los editores. Los trabajos aquí publicados son ajenos al coyunturalismo u oportunismo mediático, por el contrario, se trata de investigaciones de profundidad en torno a la triada de ejes que forman sus propios objetivos. En coherencia con esos contenidos el nombre de la revista de Derecho, Empresa y Sociedad deja claro que se quiso -y se quiere- llenar ese espacio intercomunicativo entre el Derecho, como espacio normativamente organizado del sistema socio-económico, sintetizado en la expresión empresa, como ente dinamizador del mismo, y, por último, la sociedad actual, como referencia.

Con este número iniciamos una nueva andadura cuya característica mas sobresaliente es la priorización de trabajos relacionados con la ciencia jurídica. Sin embargo, no hemos considerado necesario modificar el nombre de la revista porque seguiremos potenciando los análisis jurídicos enriquecidos por las perspectivas sociológicas y económicas.

La II época responde a diversas razones de las que nos gustaría destacar dos. En primer lugar, los cambios que se han producido en nuestra universidad y en los parámetros de configuración curricular están obligando a las revistas científicas a acentuar su especialización. El compromiso con las nuevas generaciones de investigadores nos obliga a someternos a esa disciplina para que la publicación de trabajos en nuestra revista no se vea injustamente degradado con respecto a otras opciones. Estamos en condiciones de competir con otras publicaciones en los rating de calidad nacionales e internacionales para asegurar el reconocimiento de los trabajos publicados en nuestras páginas. En segundo lugar, diversas circunstancias relacionadas con las condiciones impuestas al mercado por el fenómeno de la digitalización están han dado al traste con numerosas revistas de Derecho. Este vacío se hace aun más patente si tenemos en cuenta que gran parte de la producción científica de nuestro país procede del mundo de la universidad y nunca se había alcanzado en términos absolutos y relativos un número tan elevado de profesores universitarios, en tantas universidades.

Así pues, no es exagerado afirmar que quienes, por primera vez, nos hemos incorporado a los Consejos de la Revista estamos cargados de ilusión y somos conscientes, no solo de que se viene a dar respuesta a una necesidad objetiva del mundo científico jurídico, sino de que asumimos una responsabilidad, que permanece en el tiempo y se renueva periódicamente. El tiempo dirá si supimos estar a la altura de esa expectativa.

Borja Mapelli Caffarena
Catedrático Emérito de Derecho penal de la Universidad de Sevilla

AS “GRANDES CONTRAORDENAÇÕES” E A ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA SANCIONATÓRIO

Expansão, continuidade e autonomia dos sistemas sancionatórios sectoriais

Frederico de Lacerda da Costa Pinto^{1/2}

*Profesor Asociado de Derecho Penal y Procesal Penal
Nova School of Law, Universidad Nova de Lisboa*

Fecha de recepción: 11/06/2024

Fecha de aceptación: 15/07/2024

RESUMEN: El concepto doctrinal de «infracciones administrativas graves» (de Achenbach) ha motivado importantes divergencias y múltiples propuestas legislativas, expresando agendas diferentes que, por regla general, apuntan al fortalecimiento de las garantías del ordenamiento jurídico mediante la eliminación o alteración de regímenes. Este texto busca demostrar, por un lado, que el concepto de “infracciones administrativas graves” no es una realidad nueva, sino que es conocida en el sistema portugués desde finales de la década de los ochenta del siglo pasado; y, por otro lado, demuestra los errores existentes en diversas materias que hacen inaceptables algunas de las propuestas de reformulación del actual ordenamiento jurídico. En particular, la idea de estandarizar los regímenes sectoriales, creando nuevas soluciones generales para todos los sectores de actividad donde se aplican multas y sanciones adicionales elevadas, es especialmente contraria a esto.

ABSTRACT: The concept of «major administrative offences» (from Achenbach) motivated significant divergences and multiple legislative proposals, expression of diverse agendas, which, as a rule, points towards the reinforcement of guarantees of the legal system by the elimination or alteration of regimes. This text tries to demonstrate, on the one hand, that the concept of «major administrative offences» is not a new reality, rather corresponding to known figures of the Portuguese system since the end of the eighties of the last century; and, on the other hand, it attempts also a demonstration of the existing mistakes in several matters that make some of the proposals to reformulate the current legal system unacceptable. We refuse the idea of standardizing sectoral regimes, creating new general solutions for all sectors of activity where high fines and accessory sanctions are in force.

¹ Doutor em Direito. Professor Associado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa/*Nova School of Law* (fcostapinto@novalaw.unl.pt). Assessor do Conselho de Administração da CMVM. Coordenador do grupo de Investigação *Criminalia* (CEDIS, FDUNL/NSL), em conjunto com Teresa Pizarro Belezza.

² Versão revista do estudo publicado na revista *Themis*, n.º 38-39 (2023). Agradeço ao Senhor Prof. Doutor Ignacio Lledo Benito o interesse manifestado na sua publicação na REDS. O presente artigo expressa perspectivas e opiniões pessoais que, em caso algum, podem ser atribuídas às entidades a que me encontro ligado profissionalmente (CMVM e FDUNL/NSL).

PALABRAS CLAVE: Infracciones administrativas, multas, sanciones adicionales, infracciones administrativas mayores, rotación, competencia judicial, estructura acusatoria, personas jurídicas, imputación, efecto suspensivo, efecto meramente devolutivo, prohibición de *reformatio in peius*, pluralidad de procesos, *ne bis in idem*, concurrencia de infracciones.

KEY WORDS: Administrative offences, fines, accessory sanctions, major administrative offences, turnover, legal competence, accusatory structure, imputation to legal persons, suspensive effect, prohibition of *in peius*, plurality of processes, *ne bis in idem*, sanctions cumulation.

SUMARIO: Introdução. I. As “grandes contraordenações” e a evolução do sistema sancionatório contraordenacional. II. Será necessário criar um regime geral das “grandes contraordenações”? III. Os temas controversos e a evolução do sistema contraordenacional: (a) Imputação e responsabilidade dos entes colectivos; (b) Acusação, decisão e impugnação judicial: concentração de competências e imparcialidade decisória; (c) Impugnação judicial, efeito suspensivo e julgamento pleno em confronto com a proibição de *reformatio in peius*; (d) Gravidade das sanções e novas modalidades de sanções; (e) Pluralidade de processos, autonomia dos sectores regulados e o princípio *ne bis in idem*.

INTRODUÇÃO

1. Nos tempos que correm convergem múltiplos discursos sobre o estado do Direito das contraordenações. Discursos que nem sempre comunicam entre si, mas que, também por isso, motivam entropias, irritações sistémicas ou juízos equívocos sobre o funcionamento do sistema sancionatório nacional.

De um lado, assistimos a uma narrativa de catástrofe centrada nos supostos atropelos a direitos fundamentais concretizados através de leis severas, autoridades administrativas abusadoras e dominadas por um estigma inquisitorial, sanções brutais e tribunais coniventes ou indiferentes à severidade de uns e de outros³. É um retrato ensaiado repetidamente nos últimos anos, em diferentes contextos, embora em minha opinião não corresponda à realidade, com todo o respeito pelos Colegas que assumem essa forma de ver as coisas.

De outra parte, sucedem-se os discursos legislativos, com passos que oscilam entre a repetição acrítica e a ousadia pouco esclarecida. Não raras vezes com iniciativas assumidas de forma isolada, ao sabor do momento e com inovações por vezes difíceis de integrar nos quadros jurídicos nacionais: sem grande perspectiva sistémica, com transposições lineares, regimes permeáveis a influências jurídicas muito diversas e soluções ocasionalmente antagónicas ou difíceis de compatibilizar com os referentes nacionais. Algumas importações acríticas de figuras de outros ordenamentos jurídicos, de geografias com diferentes sistemas jurídicos e outras escalas económicas e sociais, têm sido propostas ou concretizadas, quer no domínio do Direito Penal, quer no espaço das contraordenações⁴.

³ Em algumas passagens, numa formulação jurídica depurada, RAUL SOARES DA VEIGA, “As grandes contraordenações – em vésperas da continuação de uma reforma iniciada auspiciosamente pelo novo regime jurídico das contraordenações económicas”, *Prof. Doutor Augusto Silva Dias. In Memoriam*, Catarina Abegão Alves *et al.* (orgs), Vol. II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 627 e ss, com um extenso mapa de assuntos relevantes.

⁴ Penso, por exemplo, no debate que ocorreu sobre o regime de “delação premiada” e o acolhimento entre nós do regime alargado de denúncias, com a Lei n.º 93/2021, de 20 de Dezembro. Sobre o tema, veja-se FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “O tempo e o modo” na evolução do sistema sancionatório do sector financeiro, *Estudos sobre os 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*, Coord. CMVM, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Número Especial, Coimbra: Almedina, 2021, p. 595-620, máxime p. 610 e ss, e, depois, “Comportamento reparador e colaboração processual à luz dos valores do Estado de Direito”, *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e*

Finalmente, acolhemos também um discurso sobre a complexidade do sistema, em parte pelas razões anteriormente invocadas, sentido ao nível judicial e repartido por múltiplos intervenientes, incluindo alguns sectores da doutrina. Nestas perspectivas estão essencialmente em causa a multiplicidade crescente de regimes, de prazos e de soluções que têm de ser aplicadas em diferentes processos com origem em diferentes sectores. Uma dispersão que dificulta a compreensão e a coerência sistémica. O que corresponde a uma realidade documentada, designadamente num valioso estudo de Marta Campos, publicado em 2017⁵.

Em todas estas perspectivas, apesar de alguns exageros ocasionais, se encontra também algum ponto com alguma razão. Mas a evolução equilibrada do Direito das Contraordenações exige a identificação e resolução de algumas questões, cujo peso e importância real deve ser esclarecida.

2. Para avaliar correctamente a situação, é importante perceber o sistema contraordenacional tal como ele está hoje configurado.

A classificação das infracções que herdámos, primeiro do modelo napoleónico tripartido do início do século XIX (crimes, delitos e contravenções) e, depois, do modelo germânico bipartido (crimes e contraordenações), a seguir à segunda guerra século XX, revelam pouca capacidade explicativa sobre o universo de infracções de Direito Público nos tempos actuais⁶. O sistema tripartido francês acaba por ter uma dupla limitação: aglutina realidades muito diversas nas mesmas categorias e remete as demais para o Direito Administrativo, criando com isso novos e graves problemas por não serem tidas as contas as exigências iminentes do direito de defesa em processos sancionatórios. O modelo germânico bipartido revela-se, por seu turno, algo limitado perante a evolução do Direito sancionatório público não penal que ocorreu desde os anos noventa do século passado.

A dicotomia classificatória “crimes e contraordenações” (dicotomia essencial do sistema) e, dentro destas, o escalonamento em infracções *simples*, *graves* ou *muito graves* tem mais adesão à realidade e respeita a autonomia material das figuras e as garantias de defesa exigidas⁷.

Neste contexto, a existência de “grandes contraordenações” a par de “meras contraordenações”, como se dizia nos anos oitenta do século passado, é um dado completamente adquirido e consolidado. Não se trata, contudo, de uma realidade criada nos dias de hoje (duas décadas vividas no século XXI), mas antes de uma opção desenvolvida a partir dos anos noventa do século passado⁸. Ou seja, desde o início dos anos noventa que existiam “meras contraordenações” e “grandes contraordenações”. A reforma de 1995 do RGCords foi, aliás, a expressão assumida dessa realidade, embora assente em parte numa

Propostas de reforma, coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso e Sónia Moura, Lisboa: UCE, 2021, p. 243-257.

⁵ Cfr. MARTA CAMPOS, “O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e o Direito das Contraordenações. Um excesso de complexidade desestruturante”, *in* Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Novos Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 81 e ss, *maxime* p. 90 e ss.

⁶ Fundamental, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações””, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, org. José de Faria Costa *et al.*, Vol. I, Coimbra: Universidade de Coimbra e Instituto Iuridico, 2017, p. 469-487, onde ensaia uma revisão organizativa e classificatória das infracções à luz, designadamente, da sua história, do seu conteúdo material e das garantias constitucionais na matéria. Desenvolvimentos importantes sobre estas matrizes históricas, em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 3.ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 178 e ss.

⁷ Em sentido diferente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 484 e ss, apontando para um possível novo modelo tripartido assente na distinção entre crimes, grandes contraordenações e simples contraordenações.

⁸ Veja-se, para o efeito, por exemplo, as várias reservas críticas de JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Boas intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão bancária”, *ROA* 60 (2000), p. 73 e ss.

equiparação facilitista e artificial de soluções e de regimes penais, transpostos acriticamente para o Direito das Contraordenações.

No presente texto procurarei responder a três interrogações essenciais, a saber:

- 1) As chamadas “grandes contraordenações” são ainda contraordenações? Ou, num salto qualitativo, devem ser equiparadas a crimes?
- 2) Será necessário e adequado criar um novo “regime geral” para as “grandes contraordenações”? Qual a razão de ser dessa suposta necessidade?
- 3) Quais são os temas controversos, com vocação geral, que devem ser equacionados antes de se debater a necessidade (ou sua ausência) de um novo “regime geral”?

I. AS “GRANDES CONTRAORDENAÇÕES” E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA NACIONALITÁRIO CONTRAORDENACIONAL

3. As grandes contraordenações ganharam essa designação - não só mas principalmente - em função da gravidade das sanções. No enquadramento de Hans Achenbach, que cunhou a expressão, a figura corresponderia a contraordenações ameaçadas com coimas na casa dos milhões de euros⁹.

Acontece que, entre nós, desde 1991 pelo menos, o padrão de coimas no sistema financeiro nacional era já de dois milhões e meio de euros e, por outro lado, desde 1982, o Regime Geral das Contraordenações (RGCords) previa sanções acessórias severas para o agente em concreto (como a privação do direito de participar em feiras ou mercados) ou, desde 1989, contemplava como sanção acessória o encerramento do estabelecimento ou cancelamento de serviços, licenças e alvarás (alínea f) do artigo 21.º, RGCords), cuja severidade para o agente (e para os seus trabalhadores, parceiros comerciais e credores) é igualmente inquestionável. Mal se percebe, aliás, que para uma grande instituição financeira uma contraordenação com coima até cinco milhões de euros seja levada à conta de uma “grande contraordenação” e que para um pequeno empresário o encerramento do estabelecimento, a suspensão de actividade ou o cancelamento da licença não o seja ou, pelo menos, não tenha a mesma visibilidade nos vários discursos que se cruzam sobre o tema.

Por isso, tudo ponderado, temos “grandes contraordenações” no sistema sancionatório nacional desde o final dos anos oitenta princípios dos anos noventa, seja por via do Regime Geral das Contraordenações, seja pela adopção do Direito das contraordenações como instrumento sancionatório dos reguladores nacionais. Significa isto que, no plano legislativo, estamos perante uma realidade duradoura e há muito conhecida da doutrina, da jurisprudência e dos sectores em que tais soluções vigoram.

Na minha modesta opinião é, também por isso, relativamente equívoco falar de “grandes contraordenações” em função apenas da dimensão de severidade das sanções¹⁰. Mas, para simplificar a comunicação, vamos partir do princípio de que a expressão pode ser usada para todas as contraordenações que tenham coimas no valor igual ou superior a um milhão de euros ou sanções acessórias de interdição do exercício da actividade profissional. Ou seja, um conceito delimitado em função da gravidade abstracta da coima ou da incidência pessoal e

⁹ HANS ACHENBACH, “Die “grossen” Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten – ein Phänomen im Dunkelfeld der kritischen Strafrechtstheorie”, in Beulke/Lüderssen/Popp/Wittig, *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Berlin: BWV, 2009, p. 101 e, de forma mais ampla, p. 109, onde em termos mais simples identifica a figura em função das coimas previstas até um milhão de euros.

¹⁰ Desenvolvementos no meu estudo “As garantias do Estado de Direito e a evolução do direito de mera ordenação social”, *Scientia Iuridica* LXVI (2017), n.º 344, p. 249-253. Para uma leitura histórica sobre a evolução das sanções contraordenacionais, ANTÓNIO LEONES DANTAS, *Direito Processual das Contraordenações*, Coimbra: Almedina, 2023, p. 149 e ss, em relação com o que escreve a p. 9 e ss sobre os vários regimes legais adoptados e opções assumidas pelo legislador nacional.

profissional da sanção acessória. Como é que essas contraordenações se distinguem dos crimes, se é que tal separação se deve traçar?

Estou de acordo com sectores da doutrina, como Figueiredo Dias, Nuno Brandão ou Helena Bolina, entre outros, quando referem que actualmente não se pode considerar que nos crimes está em causa a tutela de um bem jurídico e nas contraordenações tal não acontece¹¹. Essa distinção foi ensaiada entre nós, designadamente nos anos sessenta, mas a realidade social e legislativa dos tempos modernos não lhe fornece apoio seguro. A ideia de um bem jurídico tutelado está presente em muitas contraordenações e conserva, em relação às mesmas, um valor de legitimação material, de referente hermenêutico e uma metodologia crítica na apreciação da solução – funções todas elas relevantes.

O que se pode, no entanto, questionar é se será possível existirem contraordenações sem que se identifique um bem jurídico (no sentido equivalente que o conceito tem no sistema penal). A resposta para mim é claramente afirmativa, pois as contraordenações podem assentar na tutela do cumprimento de um dever cujo acatamento é exigido racionalmente em função do bom funcionamento do sector em causa, sem que seja necessário recorrer ao conceito de bem jurídico para legitimar essa tutela. Seria, aliás, algo equívoco exigir para a legitimação material das contraordenações exactamente o mesmo referente que se exige para criminalizar uma conduta. Por outro lado, a função básica das contraordenações (disciplinar o bom funcionamento de sectores de actividade, sem recorrer à intervenção penal) sugere uma *organização comportamental do sistema* e não o respeito genérico por um conjunto de interesses a tutelar por via da ameaça genérica contida na norma de sanção.

Tão pouco parece decisivo afirmar nos dias de hoje que a diferença entre as figuras residirá no desvalor ético social dos crimes e na sua inexistência nas contraordenações (ou na generalidade das contraordenações)¹², já que, claramente, em muitos ilícitos contraordenacionais se pode encontrar um desvalor ético profissional ou um desvalor ético social relevante: um auditor que viole regras essenciais da profissão ou, noutro exemplo, um motorista que conduza sob o efeito do álcool (com uma taxa inferior ao limite do crime), na faixa de rodagem contrária ou a 190 km/h na autoestrada ou um acto de discriminação racial não escapam a esse juízo de censura¹³.

De igual modo, julgo que a questão não pode ser decidida em termos de saber se a contraordenação em causa tutela ou não um bem jurídico pessoal, cuja agressão ponha em causa a identidade social da comunidade pela negação do reconhecimento recíproco dos seus membros¹⁴. A separação dos ilícitos consoante tutelem ou não bens jurídicos pessoais é algo artificial, quer porque a intervenção penal é igualmente legítima em relação a bens jurídicos sem uma evidente conexão pessoal (bens colectivos e bens *supra* individuais), quer porque a própria intervenção contraordenacional não está à partida excluída em certos sectores consoante a natureza do bem jurídico.

¹¹ Veja-se, por exemplo, o regime de prevenção e combate à discriminação acolhido na Lei n.º 93/2017, de 23 de Agosto. Sobre o tema do fundamento material das contraordenações, cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 471 e ss e p. 473, recentrando o debate sobre os aspectos fundamentais. Ainda, com muita informação e um debate profundo, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 630 e ss, e p. 855 e ss; Depois, HELENA MAGALHÃES BOLINA, *Dever de promoção e oportunidade na intervenção sancionatória contraordenacional*, Dissertação de Doutoramento entregue à FDUNL, em Novembro de 2020, apreciada em provas públicas em Junho de 2021, em curso de publicação, p. 253 e ss.

¹² Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª Edição, Porto: UCE, 2016, p. 138 e ss. Atribuí, contudo, alguma relevância a este critério, também para classificar as próprias contraordenações entre si, ALEXANDRA VILELA, *Direito de Mera Ordenação Social*, Entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 354 e ss e p. 533 e ss, com informação histórica sobre o critério. Desenvolvimentos em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2019 (cit. nota 6), p. 186 e ss,

¹³ Em termos substancialmente equivalentes, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 478.

¹⁴ Assim, AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 67.

Esta perspectiva pode, contudo, constituir um ponto de partida para uma análise material das infracções: nos crimes tem de estar em causa uma agressão intolerável a um bem jurídico e nas contraordenações pode estar em causa a mera perturbação funcional de sectores de actividade. Não significa isto, contudo, que o legislador não possa proteger bens jurídicos, inclusivamente bens com dignidade penal, através das contraordenações, se esse for o meio mais adequado para o efeito¹⁵. A própria racionalidade e os objectivos do princípio da intervenção mínima em Direito Penal conduz naturalmente a esse resultado. Decisivo é, em suma, acolhendo uma ideia de Faria Costa, identificar um grau de conflitualidade social intolerável subjacente à decisão criminalizadora, já que as contraordenações podem, por seu turno, estar inclusivamente associadas apenas a comportamentos úteis ao desenvolvimento comunitário¹⁶.

Significa isto que o *princípio da ofensividade*, essencial na delimitação material do sistema penal, não tem o mesmo peso nem a mesma grelha de leitura no domínio das contraordenações¹⁷, pois estas infracções podem existir em situações de perturbação menor ou ligeira (incumprimento de um prazo, de entrega de uma informação ou de não apresentação imediata de um livro de reclamações) que nunca legitimariam a intervenção penal¹⁸. Essencial é começar por identificar a necessidade e adequação do dever imposto legalmente em relação aos padrões de funcionamento do sector em causa.

Relevante, por isso mesmo, não é apenas a sanção legalmente cominada¹⁹. É a ponderação, articulada, do facto ilícito, da sanção e do processo a adoptar para imputar o ilícito e aplicar a norma de sanção. Pode existir um ilícito equivalente a um ilícito penal que seja convertido em contraordenação não por motivos relacionados com o bem jurídico, mas sim pela inadequação da pena ou do processo criminal enquanto opções usadas para efectivar a tutela jurídica exigida. O facto ganha com isso uma natureza diferente, uma sanção distinta e motiva uma intervenção processual própria, que não corresponde ao processo penal. Ou seja, não é por as coimas serem muito elevadas (até 1, 5 ou 10 milhões de euros) e as sanções acessórias serem graves que tais factos devem ser convertidos em crimes ou devem passar a ser tratados como crimes. Uma contraordenação não muda de natureza por a sanção ser de 300 euros ou de 3 milhões de euros. Será sempre uma contraordenação e a gravidade de uma ou de outra sanção sobre o arguido podem aliás ser invertida: uma contraordenação rodoviária de 300 euros para uma pessoa que tem um salário de 900 euros por mês corresponde a um terço do seu salário; uma coima de 3 milhões de euros para uma empresa que tem lucros anuais de 30 milhões de euros corresponde a um sacrifício incomparavelmente menor. Relevante não é, portanto, apenas a dimensão quantitativa da sanção, mas o seu peso efectivo sobre o agente a quem a infracção é imputada.

¹⁵ A título de exemplo, a tutela do património dos investidores perante actuações não autorizadas no sistema financeiro constitui um crime no sector bancário e no sector segurador (artigo 200.º do RGIC e artigo 356.º da LAS) e uma contraordenação no domínio dos mercados de valores mobiliários (artigo 387.º, n.º 1, do CdVM), apesar da semelhança dos ilícitos. A afirmação pode ainda ser documentada com o regime das infracções fiscais (RGIT), em que o montante da agressão ao erário público decide se a (mesma) infracção é um crime ou uma contraordenação, ou o regime sancionatório da procriação medicamente assistida (artigos 45.º e 46.º da Lei n.º 32/2006).

¹⁶ Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, p. 48-49, em ligação com o que escreve a p. 35 e ss.

¹⁷ Em termos semelhantes quanto ao princípio da ofensividade, HELENA BOLINA, *Dever de promoção* (cit. nota 11), p. 264: “Entendemos, assim, que os deveres que estão na base do enquadramento contraordenacional não podem ter qualquer conteúdo que o legislador entenda definir. Embora não tenha aplicação no direito das contraordenações o princípio da ofensividade do bem jurídico, a previsão de contraordenações está constitucionalmente limitada pela necessidade da tutela sancionatória para o desenvolvimento regular da atividade abrangida por aquela tutela”.

¹⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 478, ensaia uma distinção de figuras em função da dimensão da perturbação causada pelo facto em causa.

¹⁹ Assim, também, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-ordenações. Ensinar e investigar*, Lisboa: UCE, 2008, p. 45-46. Noutro sentido, contudo, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-ordenações* (cit. nota 11), p. 373 e ss, atribuindo relevância à natureza não privativa da liberdade pessoal no DMOS, por não comportarem sanções de natureza detentiva (distinção quantitativa-qualitativa).

4. O espaço das contraordenações é reflexamente delimitado pela legitimidade do poder punitivo estatal²⁰. Uma concepção séria e consequente do princípio da intervenção mínima aumenta (e fundamenta) a necessidade de o Estado ter um instrumento alternativo de disciplina pública dos sectores sociais, económicos e tecnológicos. E o Direito das contraordenações constitui o meio mais adequado para o efeito, com um processo específico e um acervo de garantias próprias do direito sancionatório público não penal²¹. Sem a alternativa do sistema contraordenacional não é possível actualmente cumprir o princípio da intervenção mínima.

Os crivos essenciais de controlo dogmático da legitimidade material da intervenção penal são essencialmente três: (i) a *dignidade penal do facto* (designadamente, o bem jurídico a proteger, os contornos do facto e a gravidade da agressão, a intolerabilidade do conflito social subjacente ao facto, a perigosidade ou culpabilidade do agente, entre outros aspectos); (ii) a *necessidade de tutela penal* (incluindo a possibilidade de através da pena se cumprirem as finalidades preventivas do sistema, sem meios alternativos menos graves) e (iii) a *adequação do processo* para se cumprir as finalidades retributivas e preventivas do sistema²².

A debilidade ou inadequação de algum destes aspectos pode conduzir à ponderação da intervenção contraordenacional. Mas tal não significa que esteja, por si só e automaticamente, legitimado o recurso às contraordenações. Estas, em especial as “grandes contraordenações”, estão sujeitas a uma lógica de “penúltima *ratio*”, para usar uma expressão feliz de Helena Bolina²³. Ou seja, noutros termos, uma contraordenação pode e deve ser sujeita aos filtros de legitimação do artigo 18.º da Constituição. E, por isso mesmo, com este fundamento, tem existido um controlo efectivo da constitucionalidade das sanções contraordenacionais, quer ao nível das “mera contraordenações” (por exemplo, quanto à coima de 30 mil euros aplicada por não apresentação imediata do livro de reclamações num estabelecimento), quer na contraordenação muito grave por divulgação de informação falsa (cominada com uma coima até 5 milhões de euros) ou práticas comerciais concertadas violadoras das regras da concorrência, cominadas com uma coima determinada por referência ao volume dos negócios da empresa.

5. O problema essencial não pode, assim, ser reconduzido à qualificação das “grandes contraordenações” como crimes ou a sua equiparação aos mesmos, como pretendem algumas perspectivas actuais²⁴. A criminalização de uma conduta exige uma densificação da ofensividade do facto, da sua dignidade punitiva e da necessidade de tutela penal, aspectos que não se verificam nas contraordenações. Nestas, essencial é, em primeira linha, a racionalidade dos deveres impostos em função dos destinatários e do bom funcionamento do sector de actividade a disciplinar. A questão fundamental consiste em saber qual é o acervo de garantias que delimita o sistema sancionatório contraordenacional e se as “grandes contraordenações” exigem ou não um sistema reforçado de garantias em alguns aspectos (e quais serão exactamente esses temas).

²⁰ Fundamental, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 471, onde se encontra historicamente documentada esta linha de articulação do DMOS com a intervenção penal, e MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal* (cit. nota 12), p. 120-123.

²¹ Neste sentido, NUNO BRANDÃO, “O Direito Contraordenacional Económico na Era da Regulação”, in *A protecção dos direitos humanos face à criminalidade económica globalizada: Atas da Conferência Internacional*, Braga: Universidade do Minho, 2017, p. 87-118, concretamente p. 115-116, em ligação com o que escreve a p. 91 e ss

²² Sobre o conteúdo e alcance destes diversos crivos, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 897 e ss, p. 935 e ss. Desenvolvimentos e literatura relevante em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2019 (cit. nota 6), p. 129 e ss, e p. 146 e ss.

²³ HELENA BOLINA, *Dever de promoção*, 2020 (cit. nota 11), p. 372 e ss.

²⁴ AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações*, 2022 (cit. nota 14), p. 43, exigindo algumas “ilacções normativas” em função da aproximação das modernas contraordenações aos crimes à luz da sua “estrutura e peso”. Aparentemente de forma mais radical quanto à equiparação material das grandes contraordenações a crime, RAUL SOARES DA VEIGA, “As grandes contraordenações” (cit. nota 3), p. 639-641. De forma muito mais prudente, com uma leitura alternativa e propostas distintas, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 478 e ss.

Neste plano, julgo que a “fórmula minimalista” usada no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, na adequada caracterização de Nuno Brandão²⁵, se encontra ultrapassada pela lei, pela prática administrativa, pelas decisões dos tribunais e pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional. Ou seja, há muito tempo que é possível afirmar com segurança que no Direito das contra-ordenações são efectivamente aplicáveis vários princípios constitucionais e não apenas as garantias de audiência e de defesa, designadamente: o contraditório em alguns momentos essenciais, a presunção de inocência, com exigência de prova da culpa e efectividade da regra decisória *in dubio pro reo* na decisão subsequente à valoração da prova, a reserva de lei e os conteúdos essenciais do princípio da legalidade, o controlo de proporcionalidade das sanções, a exigência de imputação subjectiva e o respeito pelo regime da pessoalidade da responsabilidade, por exemplo²⁶.

Tudo isto concretizado em três décadas de acordo com um critério de *aproximação sem identificação* às garantias penais, no quadro dos valores do Estado de Direito²⁷, contrariamente ao programa assumido pelo TEDH que ensaia uma equiparação (forçada) das contraordenações aos crimes (artigos 6.º e 7.º da Convenção) criando, com isso, alargamentos do Direito internacional convencional não assumidos (nem previstos) pelas partes contratantes, colocando igualmente em causa distinções internas sobre as figuras infraccionais assumidas em cada Estado²⁸.

Em apertada síntese: fundamental é seguir um critério de *aproximação sem identificação*, entre os dois quadros axiológicos (crimes e contraordenações), com uma configuração distinta das garantias penais em algumas matérias e um horizonte necessariamente mais extenso do que aquilo que resulta do sentido literal do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição. O que bem se compreende pelo facto, designadamente, de o Direito das contraordenações - enquanto direito sancionatório público, de natureza não penal - se conformar necessariamente pelas matrizes e valores fundamentais do Estado de Direito.

6. À luz deste entendimento, as garantias constitucionais no domínio das contraordenações são, afinal, todas aquelas que constituem a concretização de valores fundamentais do Estado de Direito em sentido material. Com a aproximação possível, mas sem versões debilitadas

²⁵ NUNO BRANDÃO, *Crimes e contraordenações* (cit. nota 11), p. 872 a 880. Sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial do direito de defesa em processo de contraordenação, ANTÓNIO LEONES DANTAS, *Direito Processual das Contraordenações* (cit. nota 10), p. 40 a 66.

²⁶ Neste sentido, também, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-ordenações* (cit. nota 19), p. 41. Uma boa síntese da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as garantias aplicáveis às contraordenações encontra-se, na doutrina, em NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contraordenações* (cit. nota 11), p. 871 e ss, AUGUSTO SILVA DIAS/RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações*, 2022 (cit. nota 14), p. 237-249, e na jurisprudência do Tribunal Constitucional no Ac. 201/2014 (Maria Lúcia Amaral). Mais informação, agora, em ANTÓNIO LEONES DANTAS, *Direito Processual das Contraordenações* (cit. nota 10), p. 31 e ss.

²⁷ Seguindo a metodologia adoptada no Ac. TC n.º 201/2014 (Maria Lúcia Amaral), p. 9 e p. 22, onde o Tribunal procede à densificação dos princípios constitucionais através de processos gradativos de optimização, que realizam os valores do Estado de Direito, designadamente confiança, previsibilidade e segurança das soluções para o cidadão.

²⁸ Sobre os critérios usados pelo TEDH para este efeito veja-se NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contraordenações* (cit. nota 11), p. 234 e ss. Criticamente, quanto às equiparações forçadas desenvolvidas pelo TEDH, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “As garantias do Direito das Contraordenações e a CEDH: método e critérios usados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume II, Lisboa: UCE, 2019, p. 1220 e ss, por tal metodologia significar, em síntese, (i) a criação de direito sem base legal, (ii) por desrespeitar o conteúdo do que foi aceite pelos Estados ao subscrever a Convenção e (iii) por derogar as opções classificatórias dos Estados membros na organização do seu sistema sancionatório, construídas antes da adopção destes critérios pelo TEDH. Por isso mesmo, me parece importante lembrar em todos os momentos a *declaração de reserva assumida pelo Estado Português quando ratificou o Protocolo n.º 7 à CEDH*, no sentido de infracção penal significar, para Portugal, uma classificação específica feita de acordo com o Direito interno (Aviso do MNE n.º 264/2005, de 12 de Maio, in *DR I-A*, n.º 117, de 21 Junho de 2005, p. 3887). Em suma, o desenvolvimento das garantias constitucionais aplicáveis ao Direito das Contraordenações tem de ser prosseguido num quadro de autonomia e de diferenciação entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional. Uma diferenciação consequente ao nível da configuração dos tipos, das sanções e da organização do processo. No fundo, uma aproximação sem identificação, como se referiu, entre as garantias do Direito das Contraordenações e as garantias penais, dando corpo aos valores fundamentais do Estado de Direito.

das garantias²⁹, contrariamente ao que tem entendido o Tribunal Constitucional em alguns acórdãos. Não me parece, desde logo, que a aproximação hermenêutica se deva fazer no pressuposto de que os princípios ou garantias se devem estabelecer com “menos rigor” ou “menor exigência” no campo do Direito das contraordenações - como por vezes se afirma³⁰, por exemplo, em relação ao princípio da legalidade ou às garantias de defesa. O problema é de adequação dos princípios e das garantias e não de menor rigor ou exigência na sua aplicação ao Direito das Contraordenações.

Significa isto que o sistema contraordenacional actual está muito longe de corresponder ao cenário de catástrofe referido no início. Trata-se de um sistema em evolução há três décadas, com diferentes áreas de intervenção especializada, sujeito aos crivos racionalizadores do contraditório, dinamizado na fase administrativa e intensificado na fase judicial, sujeito ao crivo decisivo dos tribunais e delimitado pelo controlo de constitucionalidade, com jurisprudência fundamental dos tribunais superiores e do Tribunal Constitucional³¹.

II. SERÁ NECESSÁRIO CRIAR UM REGIME GERAL DAS “GRANDES CONTRAORDENAÇÕES”?

7. Em função do que referiu, já se pode antever a resposta ao problema de saber se faz ou não sentido criar um regime geral das “grandes contraordenações” ou, noutra solução equivalente, rever o RGCords com esse propósito, passando a incluir soluções específicas para as ditas “grandes contraordenações”³². Sem prejuízo de respeitáveis opiniões que apontam em sentido diferente³³, julgo que tal não é necessário e seria mesmo contraproducente, por duas razões fundamentais:

Primeiro, porque a evolução das chamadas “grandes contraordenações” nos últimos trinta anos não correspondeu ao desenvolvimento de uma matriz comum, aceitável nos mesmos termos em todas as áreas relevantes. A evolução tem sido, diversamente, de natureza *sectorial* e, por isso, podemos encontrar matrizes de evolução distintas em diversos sectores de actividade: no sistema financeiro tem umas características, na concorrência e na regulação da energia tem outras, no ambiente assume algumas especialidades, as contraordenações laborais têm igualmente um regime próprio, no domínio tributário e no direito rodoviário tem uma lógica própria e soluções específicas, *etc.*³⁴. Existe, portanto, uma história própria

²⁹ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 479, sobre a integral aplicação do princípio da legalidade e tipicidade em matéria de contraordenações, de forma a preservar o núcleo essencial desta garantia: a determinabilidade da conduta.

³⁰ Desenvolvimentos em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “As garantias constitucionais no Direito das Contraordenações. Imputação, legalidade e sanções”, texto da conferência proferida na Faculdade de Direito da UNL, em 7 de Maio de 2019, em curso de publicação.

³¹ É, ademais, relativamente fácil comprovar esta leitura: basta atentar nas páginas finais da tese de doutoramento de NUNO BRANDÃO, *Crimes e contra-ordenações* (cit. nota 11), p. 871-935, ou na recolha de jurisprudência constitucional (de 2001 a 2018) realizada no grupo *Criminalia*, em TERESA PIZARRO BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO (coord.), com colaboração de MARIA BEATRIZ SEABRA DE BRITO, *A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria contraordenacional* (2001-2018), FDUNL, 2019, documento electrónico, acessível na página da Criminalia (www.novalaw.unl.pt/criminalia/). Numa palavra: a modelação do sistema contraordenacional nos últimos 30 anos foi desenhada com o controlo efectivo do Tribunal Constitucional em mais de 250 acórdão publicados.

³² Sobre as linhas e opções subjacentes a este debate, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 486, sublinhando o facto de, se bem entendo, uma boa parte das possíveis opções estar já realizada entre nós.

³³ Por exemplo, AUGUSTO SILVA SIAS E RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações 2022* (cit. nota 14), p. 40 e ss, e RAUL SOARES DA VEIGA, “As grandes contraordenações” (cit. nota 3), p. 632 e ss.

³⁴ Esta leitura sobre a evolução do DMOS por áreas ou sectores já a assumi por escrito, mas encontra-se igualmente, nos elementos reunidos no valioso estudo de NUNO BRANDÃO, “O Direito Contraordenacional Económico na Era da Regulação” (cit. nota 21) 2017, p. 87 e ss, que no oferece um pormenorizado retrato da evolução do DMOS entre nós, com muita informação de apoio. Para a compreensão do significado das contraordenações na década de oitenta, veja-se TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.º volume, 2.ª edição, Lisboa: AAFDL, reimpressão sem data da edição

subjacente às figuras e soluções nos diversos sectores com um lastro de mais de três décadas, com uma legitimação singular e um equilíbrio traçado dentro de cada subsistema que importa preservar, de forma a não provocar rupturas e cortes artificiais. Manter esta diferenciação sectorial em qualquer análise do sistema sancionatório parece-me importante e vital para uma evolução equilibrada do sistema.

Segundo, porque a forma como o direito das contraordenações evoluiu sectorialmente significa na prática que o regime geral das contraordenações tem uma vocação realmente subsidiária (um referente para todos os domínios que não tenham soluções especiais) e que os regimes sectoriais acabaram por desenvolver o seu próprio enquadramento geral. Deste ponto de vista, o sistema sancionatório contraordenacional funciona desde os anos noventa *a duas velocidades*, para usar uma expressão de Nuno Brandão³⁵. A crença no valor correctivo de uma reforma uniformizadora é, neste contexto, algo ilusória ou mesmo inadequada. A desorganização das soluções sectoriais constituiria um retrocesso jurídico no funcionamento do sistema, uma imposição de soluções de umas áreas a outras áreas de actividade, o que acabaria, no final, por constituir uma nova fonte de conflitualidade³⁶.

Por isso, mais do que pensar na revisão do regime geral ou na criação de um regime transversal para as “grandes contraordenações”, importante é identificar o mapa dos temas controvertidos e verificar como e em que termos algumas soluções podem subsistir ou sofrer alterações. Sem isso qualquer empreendimento com uma vocação geral acabará por sacrificar soluções sem fundamentação convincente e criar mais problemas do que aqueles que resolve.

III. OS TEMAS CONTROVERSOS E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA CONTRAORDENACIONAL

Quando se confrontam os vários momentos da evolução do Direito das contraordenações nas últimas três décadas percebe-se que alguns temas são razoavelmente neutros, não revelando especial complexidade, enquanto outros geram fortes tensões, sentidas quer nas defesas dos arguidos, quer em alguns debates doutrinários. Apresentam-se de seguida cinco desses temas que têm suscitado mais divergências entre a doutrina e uma especial litigância nos processos administrativos e judiciais sobre a matéria.

(a) Imputação e responsabilidade dos entes colectivos

8. Um dos temas que desde o início caracteriza o DMOS entre nós é o facto de a responsabilidade das pessoas colectivas (ou entidades equiparadas) ser a regra e não a excepção³⁷.

de 1984, p. 108 e ss. Com linhas interpretativas diferentes em alguns pontos, JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-ordenações. Ensinar e investigar*, Lisboa: UCE, 2008, p. 17 e ss.

³⁵ NUNO BRANDÃO, “Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades”, *Scientia Iuridica*, Tomo LXVI, n.º 344 (2019), p. 277 e ss.

³⁶ Em sentido diverso, NUNO BRANDÃO, “Por um sistema contra-ordenacional a diferentes velocidades”, *Scientia Iuridica*, n.º 344 (2017), p. 280 e ss, defendendo a valorização do Regime Geral através da reforma de algumas soluções, embora articulada com os regimes sectoriais, quando dotados de uma coerência interna e unidade de sentido (p. 283).

³⁷ A literatura sobre o tema é quase inabarcável entre nós. Citam-se, por isso, apenas algumas obras onde se encontram mais referências sobre o assunto: AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contra-ordenações*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 107 e ss; TERESA SERRA, “Contraordenações: responsabilidade de entes colectivos (...)”, *RPCC* 9 (1999), p. 187 e ss; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social” in IVM (org.), *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 285-321, concretamente p. 312 e ss, defendendo o modelo da imputação autónoma ao ente colectivo; TERESA QUINTELA DE BRITO, “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contraordenacional e penal de entes colectivos”, in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade et al. (orgs), Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1209 e ss; ALEXANDRA VILELA, “Responsabilidade contraordenacional da pessoa colectiva”, *Novos Estudos sobre Law*

O sistema de responsabilidade contraordenacional foi intencionalmente desenhado com base nos seguintes pressupostos: (i) as pessoas colectivas são destinatárias imediatas dos deveres criados pelo legislador, surgindo em alguns casos como únicos destinatários desses deveres; (ii) exactamente por isso, as pessoas colectivas podem cumprir ou infringir esse dever, sendo responsabilizáveis pela prática da respectiva contraordenação, respeitadas as regras adicionais de imputação subjectiva e as demais condições típicas da atribuição de responsabilidade; (iii) as coimas e as sanções acessórias previstas na lei estão *ab initio* adaptadas aos entes colectivos, sem necessitarem de adaptações doutrinárias ou judiciais e (iv) os entes colectivos adquirem o estatuto de arguido no processo, sendo, como tal, directamente visados pela imputação do facto ilícito e culposo, podendo exercer no processo a sua defesa (pessoal e técnica), independentemente das defesas das pessoas individuais que sejam igualmente arguidas nos processos.

Esta simplicidade organizativa incluía igualmente o reconhecimento de que, por via do artigo 7.º, n.º 1, do RGCords, ou de norma equivalente nos diversos sectores (*v.g.* artigo 401.º, n.º 1, do CdVM, ou artigo 202.º do RGCIC, por exemplo), norma (a do n.º 1, do artigo 7.º) que, com essa formulação, não existe no § 30 da *OWiG*, as pessoas colectivas respondiam directamente pela prática de contraordenações, sem necessidade de mediação de um facto de conexão praticado por uma pessoa singular. Mas quando tal acontecesse, isto é, quando se partisse do facto de uma pessoa singular que actuasse no quadro de uma pessoa colectiva então, por via de uma regra diferente (a do n.º 2 desse artigo 7.º), poderia haver imputação da infracção ao ente colectivo em função de uma conexão legal entre o agente e o ente colectivo (titular de órgão, trabalhador, etc.). Em síntese, a lei portuguesa prevê um modelo de imputação a entes colectivos que tanto funciona autónoma e directamente, como funciona em conexão com o facto praticado por uma pessoa singular.

9. Este modelo de responsabilização dos entes colectivos no DMOS é, portanto, distinto daquele que foi adoptado em 2007 no Código Penal (artigo 11.º, n.º 2 e ss), em que a responsabilidade do ente colectivo nunca é directa, está sempre dependente da existência de um facto de conexão de uma pessoa singular com certas qualidades típicas (pessoa numa posição de liderança ou alguém que actue sob a autoridade de uma pessoa numa posição de liderança).

Os dois modelos de solução não podem ser cruzados. Constitui uma subversão do regime do Direito de Mera Ordenação Social (quer das soluções legais, quer da história das mesmas no nosso ordenamento jurídico) condicionar a imputação da responsabilidade do ente colectivo à identificação de um facto por uma pessoa singular, quando a lei admite explicitamente que *a prática de uma contraordenação por acção ou omissão* pode ser realizada directamente pelo ente colectivo. Isso implicará ler as normas de imputação do DMOS com regras de imputação supervenientes criadas para a imputação de alguns crimes do Código Penal. O que, a acontecer, constitui uma verdadeira abrogação da solução legal até aí em vigor.

Desse ponto de vista, o n.º 1 do artigo 7.º do RGCords e normas como as dos artigos 401.º, 1 do CdVM, ou 202.º do RGCIC, por exemplo, são normas autónomas de imputação, a que acrescem regras de imputação decorrentes dos factos praticados por certas pessoas individuais (artigos 7.º, n.º 2, do RGCords, 401.º, n.º 2, CdVM, ou 203.º do RGCIC) que, respeitadas os pressupostos exigidos pelo tipo de infracção, também podem responsabilizar o ente colectivo. Mas as normas são autónomas e não podem umas ser usadas para inutilizar o critério de imputação acolhido noutras.

enforcement, Compliance e *Direito Penal*, Coord. Maria Fernanda Palma *et al.*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 395 e ss. Agora, por todos, com informação muito rica e abrangente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, 2.ª edição, Lisboa: UCE, 2022, p. 53 e ss. E, depois, o valioso estudo de TIAGO ESTEVÃO MARQUES, “A jurisprudência sobre contraordenações no âmbito do mercado de valores mobiliários (A propósito dos dez anos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão)”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 73 (2023), em curso de publicação.

(b) Acusação, decisão e impugnação judicial: concentração de competências e imparcialidade decisória

10. Outro problema recorrente consiste em questionar a bondade da solução de concentrar as competências na mesma autoridade administrativa para investigar, acusar e decidir os casos, passando-se depois para a fase judicial se o arguido impugnar a decisão.

A concentração de competências na fase organicamente administrativa corresponderia, se bem sintetizo as objecções, a (i) uma solução própria de um modelo inquisitório, (ii) incompatível com a exigência de uma estrutura acusatória e (iii) inadequada a salvaguardar a imparcialidade de quem decide. Preferível seria, por isso, separar a competência para instrução do processo da competência decisória, designadamente criando um órgão autónomo específico para esse efeito ou, pelo menos, com competência para decidir as sanções aplicáveis³⁸.

Nenhum destes aspectos me parece aceitável: nem a crítica ao regime de concentração de competências, nem as propostas de cisão de competências (instrutórias e sancionatórias). Isto por três razões fundamentais:

Primeiro, porque só impropriamente se pode designar a fase organicamente administrativa como uma fase inquisitória, já que, por um lado, existe contraditório extenso e intenso com a participação do arguido e do seu mandatário antes da decisão final (o que não acontece no processo inquisitório) e esta, por outro lado, uma vez impugnada, dá origem a um julgamento com jurisdição plena perante um tribunal independente, valendo a apresentação dos autos em juízo pelo MP como mera acusação (artigo 62.º, n.º 1, RGCords).

Segundo, porque a exigência constitucional da estrutura acusatória é formulada para o processo penal (artigo 32.º, n.º 5, CRP) e não para outras formas de processo³⁹, sendo a imparcialidade do julgamento assegurada de forma reforçada no processo de contraordenação pela possibilidade de o arguido impugnar judicialmente a decisão da autoridade administrativa perante um tribunal autónomo.

Terceiro, porque a solução da concentração de competências é aquela que permite uma melhor clarificação da responsabilidade da entidade administrativa sobre o processo. A separação entre a instrução do processo e a decisão do mesmo cria uma perigosa diluição de responsabilidade, problemática e intolerável: quem decide não conduz a o processo e quem conduz o processo não decide. Ou seja, sendo adoptado este modelo no final seria pouco claro quem se responsabilizaria pelo processo, pelas soluções e pela fundamentação das mesmas.

Assim, com o regime de concentração de competências, a solução é inequívoca: a autoridade administrativa com competência processual é responsável pelo processo em todas as fases organicamente administrativas e se não for imparcial na decisão o arguido demonstrará tal facto na impugnação e o Tribunal de julgamento controlará a materialidade dessa alegação.

Tudo ponderado, só pode merecer aplauso a posição claramente assumida por Jorge Figueiredo Dias neste sentido, quando escreve:

“... numa minha convicção funda e mantida há muito tempo já – opino que (no seu desenho essencial, insisto) o regime processual que cabe já hoje às contraordenações deve por conseguinte ser mantido nos seus traços essenciais para as grandes contraordenações: o caso deve por conseguinte ser investigado pela autoridade administrativa competente (*rationes materiae*) e ser por ela decidido, sem prejuízo, como é evidente, da eventual impugnação da decisão junto da entidade judicial, para aí prosseguir”⁴⁰.

³⁸ Com diferentes fundamentos, NUNO BRANDÃO, *Scientia Iuridica* n.º 344 (2017), p. 285 e ss (cit. nota 35).

³⁹ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações*, 2022 (cit. nota 37), p. 179-181, com muita informação relevante sobre as divergências na doutrina nacional.

⁴⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre as “grandes contraordenações”” (cit. nota 6), p. 487.

(c) Impugnação judicial, efeito suspensivo e julgamento pleno em confronto com a proibição de *reformatio in peius*

11. No sistema jurídico nacional convivem soluções diferentes em que a impugnação judicial da decisão condenatória proferida pela autoridade administrativa ora tem efeito suspensivo (de acordo com a regra geral dos recursos⁴¹), ora assume efeito meramente devolutivo (por exemplo, artigo 93.º, n.º 2, LdC, sendo uma faculdade da AdC fixar esse efeito, art. 67.º, n.º 5, dos Estatutos da E.R.Saúde, ou art. 228.º-A, do RGIC, se o arguido não prestar caução equivalente a metade da coima)⁴².

O Tribunal Constitucional tem assumido diferentes tendências sobre o problema em causa. Assim, por exemplo, os Acórdãos n.º 41/2004, n.º 123/2018, n.º 470/2018 e n.º 776/2019 não consideraram inconstitucional o efeito meramente devolutivo em função da natureza preventiva das sanções. O Ac. TC n.º 74/2019 considerou inconstitucional com força obrigatória geral o artigo 67.º, 5 da ERS, por violação da reserva de lei do Parlamento; mas no texto e nos votos de vencido invoca-se também a ilegítima compressão da presunção de inocência e a derrogação da garantia da tutela jurisdicional efectiva. Mais recentemente, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 485/2021 afirmou a inconstitucionalidade do efeito meramente devolutivo quando o mesmo não seja acompanhado de um mecanismo de salvaguarda (por exemplo, limitação desse regime em caso de prejuízo considerável para o arguido). A questão continua, por isso, a ser materialmente controvertida.

Tudo ponderado, considero que a consagração do efeito meramente devolutivo da impugnação judicial não é necessariamente inconstitucional, em função da sua possível finalidade cautelar, mas não me parece de todo desejável que seja acolhida como solução geral, quanto mais não seja pelas dúvidas e reservas que suscita sobre a sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Julgo preferível a conjugação do efeito suspensivo da decisão administrativa com a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, se existir fundamento e necessidade para tal, sendo as mesmas sujeitas a controlo judicial de forma autónoma.

12. A articulação desta matéria com a *proibição de reformatio in peius* é particularmente interessante e um dos pontos mais delicados na actualidade.

A consagração de um efeito suspensivo da impugnação judicial, seguida da realização de um julgamento do caso, pareceria logicamente postular que o Tribunal decidiria com jurisdição plena, em função da prova e da gravidade dos factos demonstrados em audiência de julgamento. Era este o regime vigente em 1982. Acontece que em 1995 o legislador criou para todos os casos a proibição de *reformatio in peius* (artigo 72.º-A RGCords), formulando uma limitação ainda mais forte do que aquela que existia (e existe) no processo penal (artigo 408.º do CPP). A solução mereceu aplausos e críticas da doutrina que oscilavam entre a afirmação da inadequação da figura ao processo de contraordenação, o receio de a solução criar riscos

⁴¹ Na síntese do Ac. do Tribunal Constitucional n.º 74/2019: “Conservam o modelo geral de atribuição de efeito suspensivo à impugnação das sanções por elas aplicadas, os recursos de decisões da Autoridade Nacional de Comunicações que imponham coimas (artigo 51.º, n.º 3, dos Estatutos, aprovados pelo Decreto -Lei n.º 39/2015, de 16 de março); os recursos de decisões da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (artigo 416.º do Código de Valores Mobiliários); da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (artigo 52.º dos Estatutos, aprovados pela Lei n.º 10/2014, de 6 de março); da Autoridade Nacional da Aviação Civil (artigo 41.º, n.º 2, dos Estatutos, aprovados pelo Decreto -Lei n.º 40/2015, de 16 de março); e da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (artigo 209.º da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro)”. Criticamente quanto ao efeito meramente devolutivo da impugnação, JOSÉ LOBO MOUTINHO, “O “efeito meramente devolutivo” da impugnação da decisão condenatória por contraordenação”, *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. II, Lisboa: UCE, 2020, p. 1493 e ss. Em sentido diferente, com muita informação relevante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, 2022 (cit. nota 37), p. 306-308, mais permissivos quanto à admissibilidade de tal solução em função da natureza cautelar da mesma.

⁴² Sobre o tema, veja-se, entre outros, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 470/2018, com os respectivos votos de vencido.

de aumento da severidade da decisão na fase administrativa ou o aplauso em nome das garantias de defesa⁴³.

Em minha opinião, a consagração da proibição da *reformatio in peius* em processo de contraordenação no Regime Geral das Contraordenações em 1995 é inaceitável, por três razões:

Em primeiro lugar, a solução é incongruente com o efeito suspensivo da impugnação judicial e contrária ao princípio da separação de poderes (artigo 111.º, n.º 1, da Constituição). Se a impugnação tem um efeito suspensivo da decisão sancionatória da autoridade administrativa para que, a pedido do arguido, seja realizado um julgamento pleno sobre os factos, aceitar a proibição de *reformatio in peius* é no fundo excepcionar o efeito suspensivo e, ao mesmo tempo, pretender que o tribunal faça o julgamento pleno com poderes de decisão condicionados. Mas a segunda pretensão supõe a eficácia da decisão sancionatória da autoridade administrativa que está suspensa. Pretender as duas coisas simultaneamente é assim profundamente contraditório e um anacronismo legal quando se articulam decisões de entidades diferentes.

Em segundo lugar, e por isso mesmo, a solução viola o princípio da autonomia dos tribunais (artigo 203.º da Constituição), criando inclusivamente um regime mais limitador do que aquele que vigora no processo penal. No processo penal apenas existe proibição de *reformatio in peius* se o recurso for interposto apenas pelo arguido ou no interesse deste – o que supõe que a questão não é controvertida para outros sujeitos processuais. No caso das contraordenações, o facto de não ter sido revogada a decisão pela autoridade administrativa e de ter, em alguns casos, sido junto a resposta à impugnação pela autoridade administrativa evidencia que a questão é controvertida. E é com essa dicotomia de oposições que será realizado o julgamento. Que, perante isto, o Tribunal vá realizar o julgamento, com a possibilidade de produzir nova prova e reformular os factos provados e não provados, tendo poderes de decisão condicionados (por uma decisão administrativa ineficaz, por força da impugnação) é, no mínimo, pôr em causa a autonomia do Tribunal de julgamento.

Em terceiro lugar, o regime do artigo 72.º-A do RGCords subverte o princípio da prevalência das decisões dos Tribunais sobre as decisões das demais entidades (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição), pois - por força do regime que acolheu - o poder jurisdicional de um órgão de soberania é limitado por uma decisão de uma autoridade administrativa (exactamente o oposto do que está consagrado no artigo 205.º da CRP) que, ao ser impugnada, não se torna definitiva e não pode produzir efeitos: nem em matéria de facto, nem em matéria de direito, e muito menos quanto às sanções aplicadas. Excepto, nesta peculiar solução, para limitar o poder decisório do tribunal de julgamento!

Um resultado desta natureza não é admissível: a solução traduz-se em identificar na prática um efeito forte numa decisão de uma autoridade administrativa que, ao ser impugnada, não produz efeitos, entenda-se, não pode produzir nenhuns efeitos porque a sua função processual passou a ser apenas a de delimitar os factos e as imputações que serão analisadas e debatidas no julgamento. Em caso algum, poderia prevalecer ou condicionar uma decisão de um Tribunal, a ser proferida depois de um julgamento pleno, autónomo e que pode ter nova produção de prova⁴⁴. A solução apenas poderia ser admitida na decisão por despacho⁴⁵ e no

⁴³ Por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, 2022 (cit. nota 37), p. 354 e ss.

⁴⁴ Antecipei uma parte destes argumentos no meu estudo “A proibição de *reformatio in peius* e o processo de contraordenação”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Número Especial* – Agosto de 2015, Ensaio de Homenagem a Amadeu Ferreira, Volume II, 2015, p. 137-157. Em sentido oposto, JOSÉ LOBO MOUTINHO, “A *reformatio in peius* no processo de contraordenações”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Vol. I, Lisboa: UCE, 2013, p. 421 e ss, e depois NUNO BRANDÃO, *Scientia Iuridica* n.º 344 (2017), p. 287-288. Recentemente, ANTÓNIO LEONES DANTAS, *Direito Processual das Contraordenações* (cit. nota 10), p. 123-127, com uma posição profundamente crítica sobre o acolhimento da proibição de *reformatio in peius* no regime geral do processo de contra-ordenação.

⁴⁵ Neste sentido, também, ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (cit. nota 12), p. 485.

recurso da decisão da primeira instância para a Relação, mas nunca na impugnação judicial da decisão da autoridade administrativa.

(d) Gravidade das sanções e novas modalidades de sanções

13. É inegável que, numa perspectiva global, as sanções actualmente acolhidas no Direito de Mera Ordenação Social são, em alguns casos, muito elevadas, com padrões de 5 e 10 milhões de euros de coima máxima. Em alguns diplomas, as sanções chegam a 10 e 20 milhões de euros, como acontece no Reg. EU 2016/679 (Regulamento de Protecção de Dados Pessoais, artigo 83.^o). A que acrescem sanções acessórias igualmente graves, designadamente de interdição (temporária ou definitiva) de actividades profissionais.

Mas uma coima legal elevada não é necessariamente inconstitucional, nem deve ser comparada com a multa criminal para justificar a qualificação das infracções como sendo materialmente criminais.

Fundamental para garantir o cumprimento do princípio da legalidade neste domínio são três aspectos: (i) por um lado, a clareza da conduta proibida e, por outro, (ii) a previsibilidade da sanção abstracta e (iii) a controlabilidade da sanção concreta, à luz da fundamentação da sanção aplicada, através da impugnação judicial e do recurso. Esta tem sido a linha de entendimento que tem prevalecido no Tribunal Constitucional⁴⁶. Para esse efeito é necessário que a legislação sectorial contemple normas específicas sobre a determinação concreta da sanção (como, por exemplo, o artigo 405.^o CdVM) e que a autoridade administrativa fundamente a sanção de forma clara, convincente e articulada com a factualidade provada.

14. A inexistência de um limite quantitativo explícito das coimas, limitado, contudo, a uma certa *percentagem do volume de negócio*, começou por ser o modelo característico das infrações às regras da concorrência, mas hoje surge noutra legislação sectorial, tendo sido acolhida no sistema financeiro, por exemplo, por via das obrigações de transposição do Direito da EU.

Num caso e noutro, o significado desta forma de determinar as sanções tem uma natureza histórico-jurídica distinta e uma intencionalidade diferenciada, como bem aponta Pedro Caeiro num excelente estudo sobre o tema⁴⁷: o volume de negócios começou por ser entendido como uma cláusula de bloqueio (limite externo) de uma coima sem limite quantitativo inicial (visando preservar a capacidade económica da arguida, usando para tal como referente o último exercício antes da decisão); contudo, a partir de 2013, o *BGH* passou a conceber a percentagem de volume de negócio como limite máximo da coima (em substituição de um quantitativo legal). E tem sido esta segunda linha de entendimento que se tem generalizado na legislação nacional, por força do Direito da União Europeia, designadamente no sector financeiro.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem esclarecido alguns aspectos e deixado outros em aberto⁴⁸. É inequívoco que a legitimidade histórica material do critério de determinação

⁴⁶ Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 41/2004 e, depois, no mesmo sentido, Acs n.º 85/2012, 353/2011, 78/2013, 612/2014, 400/2016. Na doutrina, fundamentando a necessidade de existirem coimas elevadas, NUNO BRANDÃO, “O Direito Contra-ordenacional Económico na Era da Regulação”, 2017 (cit. nota 21), p. 113-115.

⁴⁷ Cfr. PEDRO CAEIRO, “Punível com coima de até 10% de um montante qualquer: a inconstitucionalidade das normas sancionatórias do Regime Jurídico da Concorrência, na parte em que (não) fixam um limite máximo para as coimas aplicáveis ao *Abuso de posição dominante*” in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. José Lobo Moutinho *et al.*, Vol. IV, Lisboa: UCE, 2020, p. 2429 e ss, associando a solução à violação do princípio da legalidade, da proibição de sanções indefinidas e à violação do princípio da igualdade (por gerar tratamentos sancionatórios diferentes para o mesmo facto, sem que se possa comparar os elementos relevantes para a determinação da sanção).

⁴⁸ Veja-se, para o efeito, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 353/2011 e, depois, a Decisão sumária n.º 216/2016, com análise crítica em PEDRO CAEIRO, “Punível com coima de até 10% de um montante qualquer” (cit. nota 47), p. 2452 e ss, *maxime* p. 2468.

da coima em função do volume de negócios do ano transacto não pode ser transposta sem mais para outros sectores diferentes do Direito da concorrência. A necessidade de adequar a sanção à gravidade do facto e ao princípio da proporcionalidade não é a mesma em todos os sectores de actividade, carecendo ademais de algumas limitações específicas por razões de legalidade, igualdade e proporcionalidade.

15. Tem sido igualmente controversa a adopção pelo legislador nacional de critérios de elevação da coima legal máxima, em função do benefício económico obtido. Em tais casos o valor da coima é elevado ao dobro ou ao triplo do benefício económico obtido.

A questão que se suscita é a de saber se esta agravação ocorre independentemente de o benefício obtido com a infracção ter sido apreendido e declarado perdido no processo. Neste ponto, parece-me assistir razão a Raul Soares da Veiga quando afirma que não é possível realizar as duas coisas cumulativamente: apreender o benefício e elevar a coima em função do mesmo⁴⁹. O princípio da proporcionalidade das sanções (proibição do excesso) impede a aplicação cumulativa da apreensão do benefício e da agravação do máximo legal da coima: se o benefício for apreendido não deve ser agravada a coima, se o benefício não for apreendido pode ser agravada a coima. Esta solução corresponde aliás à lógica do artigo 18.º, n.º 2, do RGCords, que só admite a agravação da coima se não for possível eliminar de outra forma o benefício em causa.

(e) Pluralidade de processos, autonomia dos sectores regulados e o princípio *ne bis in idem*

16. Um dos maiores equívocos que se tem gerado nos últimos tempos – quer em alguma prática judicial, quer em algumas análises doutrinárias – é a confusão sistemática entre a *pluralidade de processos de entidades diferentes* e o alcance da proibição do duplo julgamento decorrente do princípio *ne bis in idem*. Assim, por exemplo, sustenta-se que os factos tratados por um regulador não poderiam ser imputados no processo de outro regulador, à luz de infracções legais distintas, ou num processo criminal autónomo, por tal hipótese violar o princípio *ne bis in idem*⁵⁰. Tenho para mim que não existe apoio nem legal, nem constitucional para tal afirmação, pelo contrário⁵¹.

O princípio *ne bis in idem* está formulado constitucionalmente para, por um lado, proibir o duplo julgamento pelo mesmo crime (artigo 29.º, n.º 5, da Constituição) e, por outro, enquadrar o problema em função da qualificação jurídica dos factos. Pressupõe, por isso, uma repetição de julgados em unidade de jurisdição ou uma realidade legalmente equiparada (por exemplo, uma jurisdição penal estrangeira ou, noutra situação, materialmente equiparável, a repetição de factos dentro do mesmo sistema sectorial). À luz da formulação constitucional, por outro lado, não parece possível que a repetição de julgados seja aferida apenas em função dos factos empíricos, pois os factos não têm relevância sancionatória autónoma sem o enquadramento legal típico que lhes seja aplicável. A própria Constituição não proíbe o duplo julgamento pelo *mesmo facto*, mas sim pelo *mesmo crime*, ou seja, um facto juridicamente enquadrado na lei penal.

17. O problema será substancialmente distinto do que está previsto no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, quando esteja em causa o concurso de crimes e contraordenações (concurso de

⁴⁹ RAUL SOARES DA VEIGA, “As grandes contraordenações” (cit. nota 3), p. 628 e ss.

⁵⁰ A título informativo, veja-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/GABRIEL MATEUS DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, 2022 (cit. nota 37), p. 126-127, com uma boa síntese das posições doutrinárias e excelentes referências jurisprudenciais.

⁵¹ Para um bom enquadramento dos problemas, TIAGO ESTEVÃO MARQUES, “A revisão do regime sancionatório do Direito dos Valores Mobiliários. Algumas considerações a propósito da Lei n.º 28/2017, de 30 de maio”, CMVM (coord.), *20 Anos do Código dos Valores Mobiliários (número especial dos Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários)*, Coimbra: Almedina, CMVM, 2021, p. 563-574, com muita informação relevante.

infracções) ou o concurso de contraordenações de áreas distintas de actividade (concurso de contraordenações de diferentes sectores). Estas duas situações não estão cobertas pela proibição constitucional de duplo julgamento pelo mesmo crime: nem na letra, nem na história, nem na *ratio* da garantia constitucional, que foi formulada num contexto em que a jurisdição criminal nem sequer convivia com a regulação autónoma dos sectores regulados.

Por isso, o princípio *ne bis in idem* na sua formulação constitucional não pode ser invocado para, de forma simples, resolver problemas de pluralidade de processos de natureza distinta, pois nessa situação estão em causa realidades e problemas diferentes, designadamente: as competências administrativas de protecção de cada sector de actividade, que são legalmente distintas, claramente autónomas e destinadas a tutelar valores diferentes. E, por isso mesmo, não podem umas consumir ou preterir as outras, como acontece no concurso aparente de infracções criminais⁵².

Noutros termos, usando as palavras de Tiago Estevão Marques, não há violação da proibição de *bis in idem* se à unidade de facto corresponder uma *autonomia de fundamento* das infracções praticadas⁵³. É isto que acontece quando o agente com o mesmo facto viola regras de diferentes sectores de actividade com tutela contraordenacional. A pluralidade de processos nestes casos é perfeitamente legítima, legal e adequada, sem estar limitada pelo princípio da proibição do duplo julgamento pelo mesmo crime, por o facto do agente materializar diferentes infracções. Com essas diferentes infracções o facto assume uma danosidade concreta nos vários sectores em causa. Com “autonomia de fundamento” não se podem unificar infracções diferentes, porque isso contraria a opção do legislador ao regular sectorialmente a matéria e ao atribuir competências sancionatórias a diferentes autoridades administrativas.

O oposto significa criar Direito à margem da lei e da Constituição, impondo por essa via normas de conduta e juízos de valor a entidades pública e privadas, reconstruindo doutrinariamente uma garantia criada pelo legislador constitucional (noutro contexto) para o julgamento de matérias criminais. Noutros termos: o intérprete não pode forçar uma norma constitucional do passado nela incluindo (à margem do poder constituinte) as realidades futuras não previstas naquela e que, ademais, têm diferentes fundamentos e razão de ser. E muito menos o pode fazer impondo opções que não são consensuais entre a doutrina e a jurisprudência. Essa é uma tarefa exclusiva do legislador (seguindo o processo legislativo democraticamente legitimado) que pode, se assim o entender, reconfigurar as garantias constitucionais do Direito de Mera Ordenação Social, como fez nos anos oitenta com o acolhimento do (actual) n.º 10 do artigo 32.º da CRP. Com debate, fundamentação e consensualização da solução a acolher e não por via de uma criação impositiva de Direito, inventado à margem da opção constitucional.

A solução que me parece mais adequada consiste em ver o problema não à luz da proibição de repetição de julgados, mas antes no quadro do princípio da proporcionalidade das sanções⁵⁴. Por isso me parece substancialmente correcta a solução acolhida no Código dos Valores Mobiliários em 2017: autonomia dos processos com correcção da sanção final pelo princípio da proporcionalidade e pela adequação e finalidade das sanções. Os vários processos mantêm a sua autonomia, mas nos processos ulteriores o Tribunal pode alterar a sanção a aplicar em função das sanções já cumpridas noutros processos, adequando a sanção final às

⁵² Em sentido contrário, mas sem razão, AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, *Direito das Contraordenações*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 194 e ss e nota 500, sustentando a aplicação do princípio fora do mesmo direito sancionatório. Trata-se, contudo, de uma reconstrução significativa da garantia constitucional sem base legal para o efeito.

⁵³ TIAGO ESTEVÃO MARQUES, “A revisão do regime sancionatório do Direito dos Valores Mobiliários” (cit. nota 51), p. 569 e ss, e p. 572 e ss.

⁵⁴ Cfr. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “As garantias do Estado de Direito e a evolução do Direito de mera ordenação social”, *Scientia Iuridica*, n.º 344 (2017), p. 256-259.

exigências do caso concreto, podendo proceder ao desconto das mesmas se as sanções tiverem a mesma natureza (artigo 420.º, n.º 3, do CdVM)⁵⁵.

⁵⁵ Desenvolvimentos em TIAGO ESTEVÃO MARQUES, “A revisão do regime sancionatório do Direito dos Valores Mobiliários” (cit. nota 51), p. 565 e ss, e em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “As garantias do Estado de Direito e a evolução do Direito de mera ordenação social”, *Scientia Iuridica*, n.º 344 (2017), p. 256-259.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES*

Carmen Requejo Conde
Profesora titular de Derecho penal
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 29/09/2024
Fecha de aceptación: 29/11/2024

RESUMEN: Se realiza una aproximación al concepto y evolución de la inteligencia artificial, poniendo de manifiesto el peligro a los derechos fundamentales de la persona ante su desmesurado avance y con un marco legislativo ya en vigor. Se analiza la pugna de la herramienta como fuente de riesgos para fines ilícitos (ciberdelincuencia) y como instrumento de lucha contra la criminalidad (ley de inteligencia artificial)

ABSTRACT: An approach is made to the concept and evolution of artificial intelligence, bringing to light the danger to the fundamental rights of the person in the face of its excessive advance and with a legislative framework already in force. The conflict of the tool as a source of risks for illicit purposes (cybercrime) and as an instrument to fight crime (artificial intelligence law) is analyzed.

PALABRAS CLAVE: ley de inteligencia artificial. Derechos fundamentales. Ciberdelincuencia

KEYWORDS: artificial intelligence law. Fundamental rights. Cybercrime

SUMARIO: 1-Introducción. 2-Aproximación al concepto y evolución de la inteligencia artificial. 3-Derechos fundamentales en peligro ante el avance de la inteligencia artificial. 4-¿Un nuevo Derecho penal para los sistemas de inteligencia artificial? 5-Conclusiones. - Referencias bibliográficas

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Sentir el delito, atender al daño: prevención aplicada a esferas experienciales de relevancia victimal, tecnológica, espacial y normativa». Plan Propio de Investigación y

Transferencia en el marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2021-2027. IP Dra. Myriam Herrera Moreno.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que a mediados de los años cincuenta John McCarthy acuñara el término de inteligencia artificial¹, muchos han sido los foros de debate² y trabajos científicos sobre esta denominada «cuarta revolución industrial» (Schwab)³ y tercera forma de conocer el mundo junto a la fe y la razón⁴.

La inteligencia artificial se presenta como un sistema de múltiples riesgos, de mayor o menor porcentaje (alto, mínimo, limitado, inadmisibles, sobrevenido, etc.)⁵, pero, al mismo tiempo, se ha erigido en una herramienta con multitud de aplicaciones, entre ellas la lucha contra la criminalidad. Establecer sistemas predictivos de comportamientos delictivos

¹ Conferencia de Dartmouth (Hanover, USA), BUSTINCE SOLA, «Caminos hacia la superinteligencia (emulación de cerebro humano)», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA: *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, p. 546. Con anterioridad otros científicos admitieron la posibilidad de un conocimiento artificial (Ramón Llull, siglo XIII), un sistema binario con cálculo universal de conocimiento (Leibniz, siglo XVII), o iniciaron una teoría de la computación (Turing, años cuarenta del siglo XX). Un origen histórico de la evolución del origen de la inteligencia artificial en REBOLLO DELGADO: *Inteligencia artificial y derechos fundamentales*, 2023, p. 19; RUSSELL/NORVIG: *Inteligencia artificial. Un enfoque moderno*, 2008, pp. 19 ss.

² Sirva como ejemplo la *Semana de la inteligencia artificial* celebrada los días 23 a 27 de octubre de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, con dieciséis mesas de debate y cincuenta ponentes, algunas de cuyas opiniones se recogen en este trabajo. Al cierre de este trabajo, del 21 al 25 de octubre de 2024, había tenido lugar, como continuación de la primera, la *IIª Semana de la Inteligencia artificial*. Anteriormente, el webinar *I Congreso Internacional sobre Inteligencia artificial y Derecho: los retos del jurista en la era digital*, de 9 y 11 de diciembre de 2020, con cinco mesas y diecisiete ponentes, vid. LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, p. 21. Y más reciente, el seminario *La inteligencia artificial en la sociedad, ¿quieres mejorar tu entorno personal y profesional?* (11.04.2024), de la cátedra de inteligencia artificial y sostenibilidad de la Universidad de Sevilla.

³ Cfr. el propio título del libro de ABADÍAS SELMA/GARCÍA GONZÁLEZ: *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, 2022. También ABADÍAS SELMA: *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura "touch"*, 2022, p. 26; FLORENCIA SUÁREZ: «El dilema del tranvía. Cuarta Revolución Industrial. Ética del algoritmo. IA en vehículos. Causas de Justificación», en *Revista Pensamiento Penal* 2022, n.º. 445; AZUAJE PIRELA / FINOL GONZÁLEZ: «Aproximaciones a la noción de inteligencia artificial y otros conceptos vinculados con ella», en AZUAJE PIRELA: *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023 p. 19: «La inteligencia artificial es la nueva electricidad», citando palabras de Jewell; LÓPEZ HERNÁNDEZ: «Transhumanismo: ¿qué tan ética resulta la evolución?», en AZUAJE PIRELA: *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, p. 83; LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN, cit. p. 26, y LLANO ALONSO: «De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la inteligencia artificial», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN, cit. p. 202 y p. 225; MORENTE PARRA: «La inteligencia híbrida: ¿hacia el reconocimiento y garantía de los neuroderechos?», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN, cit. p. 261; GARCÍA HERRERA: «Panorama legislativo de la inteligencia artificial en la Unión europea», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA: *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, p. 266; LLEDÓ BENITO, «Visión del Derecho penal en relación con la robótica, IA y ciberdelincuencia», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit., considerando que más que una nueva revolución industrial sería una nueva era de la humanidad, p. 158, y en *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad: desafíos éticos y jurídicos. ¿Hacia una distopía?*, 2022, p. 45 s.: la primera revolución estuvo asociada a la máquina de vapor, la segunda a la electricidad y la tercera a lo digital y tecnológico; QUINTERO OLIVARES, «Inteligencia artificial, peligrosidad y derecho penal», 2023, en <https://almacendederecho.org/inteligencia-artificial-peligrosidad-y-derecho-penal>, quinto párrafo; ORTEGO RUIZ: *La personalidad jurídica internacional de los robots*, 2022, p. 183.

⁴ KISSINGER / SCHMIDT / HUTTENLOCHER: *La era de la inteligencia artificial y nuestro futuro humano*, 2021, p. 161.

⁵ NAVA GARCÉS, «La regulación de la inteligencia artificial y el Derecho penal», en ARELLANO TOLEDO: *Derecho, ética e inteligencia artificial*, 2023, p. 432, citando a Federico Bueno, para quien el riesgo inadmisibles está prohibido, sujeto quien lo utilice a una sanción económica de hasta un 5% del beneficio obtenido, en casos de persuasión o manipulación subliminal, cuando se usa contra personas vulnerables, o los que utilizan datos biométricos en espacios abiertos sin consentimiento judicial en investigaciones policiales sobre delitos muy graves como el terrorismo.

(reincidencia)⁶, de perfilación criminal, de reconocimientos biométricos, o la propia función que hoy corresponde a los jueces o a la policía científica cediéndolos a la inteligencia artificial⁷, son algunos de los grandes desafíos a los que se enfrenta la nueva realidad legislativa en un difícil equilibrio con el respeto a los derechos fundamentales de la persona. En ello, la ciberjusticia, proyectada hacia una mejora en el acceso a la justicia, y la desjudicialización, reduciendo la carga del sistema judicial, serán tendencias emergentes con sus pros y contras⁸.

En efecto, uno de los principales problemas en la aplicación de la inteligencia artificial que muchos autores han venido ampliamente abordando es el impacto que ello supone en los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna y leyes de desarrollo⁹ ante la posible falta de transparencia, inseguridad o sesgos de los sistemas algorítmicos.

No es hasta abril de 2021 cuando la inteligencia artificial comienza a regularse a través de una propuesta de la Comisión europea que culmina en abril de 2024 con la aprobación del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*.

Con anterioridad, en 2017, el Parlamento europeo había solicitado ya propuestas de regulación de la inteligencia artificial, en base al art. 225 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea, elaborando principios éticos¹⁰ a seguir y con iniciativas de creación, por ejemplo, de un registro de robots inteligentes (androides)¹¹.

⁶Práctica que la Ley de inteligencia artificial en su art. 6 y anexo III considera de alto riesgo, «llevar a cabo evaluaciones de riesgos individuales de personas físicas con el objetivo de determinar el riesgo de que cometan infracciones penales o reincidan en su comisión, así como el riesgo para las potenciales víctimas de delitos».

Sobre ello, cfr. algoritmo de Rossmo para predecir comportamientos delictivos de agresores seriales en una zona geográfica determinada, ABADÍAS SELMA, *Justicia juvenil...* cit. p. 76. Sobre ello Caso Loomis y la herramienta COMPAS, ibídem, p. 79, también PALMA HERRERA, «Inteligencia artificial y lucha contra la delincuencia. Potencialidad y peligros en el mundo global», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN, cit. p. 290, y MAGDALENA LAYAS, «¿Por qué debería confiar en ti (máquina)?», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit. p. 634.

⁷ Inteligencia artificial judicial (IAJ) e Inteligencia artificial policial (IAP).

⁸ DE ASÍS PULIDO, «Derecho al debido proceso e inteligencia artificial», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN: *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, cit. pp. 85-87.

⁹ Sobre cuatro generaciones de derechos humanos, LÓPEZ-ONETO, *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial ¿Queremos seguir siendo humanos?*, 2020 pp. 202 s., derechos civiles y políticos (siglo XVIII), económicos, sociales y culturales (finales del siglo XIX y transcurso del siglo XX), de solidaridad (a partir de la década de los setenta del siglo XX) y relativos al mundo digital. Todo ello bajo un «Derecho internacional de los derechos humanos», siendo sujeto titular de derecho internacional la propia humanidad, que gozaría del derecho a seguir existiendo como conjunto universal de *homo sapiens*, frente a peligros como las bombas atómicas, la ingeniería genética o esta otra de la inteligencia artificial.

¹⁰ Como las leyes de Asimov, un robot nunca hará daño a un humano, cumplirá las órdenes dadas por este (salvo que haya conflicto con la primera ley), se protegerá a sí mismo (salvo conflicto con las leyes anteriores) y no dañará a la humanidad ni permitirá que por inacción resulte dañada. Vid MADRID, «Las máquinas y la agencia moral», en AZUAJE PIRELA (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, cit., p. 97; BARRIO ANDRÉS, «Hacia un derecho de los robots: los principios generales de la *lex robótica*», en ARELLANO TOLEDO: *Derecho, ética e inteligencia artificial*, cit., p. 257; LLANO ALONSO, «De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la inteligencia artificial», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN: *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, cit., p. 208.

¹¹ A su vez, otras normas complementarias de la inteligencia artificial que han ido conformando el denominado Derecho de la inteligencia artificial (DIA) han sido, por ejemplo, el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial* de la Comisión europea (19.02.2020), la *Artificial Intelligence and Gender Equality. Key Findings of Unesco's Global Dialogue* (2020) de la UNESCO, el *Régimen de la responsabilidad civil de la inteligencia artificial 2020-2014* (2020) de la Unión europea, el documento *Working Paper and Recommendations on the Publications of Personal Data on the Web, Websites Contents Indexing and the Protection of Privacy* del Grupo de Berlín (2013), el documento *Rewards and Risks of big data* (2014), la *Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet* (2015), o la Resolución del Parlamento europeo de 14 de marzo de 2017, respecto al uso de macrodatos.

Junto a ello, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, *sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales*, dio un paso importante en el establecimiento de ese equilibrio necesario entre el uso de esta herramienta y la protección de derechos fundamentales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y a un juicio justo, los derechos a la igualdad y no discriminación (frente a los aprendizajes automatizados¹² o al transhumanismo¹³), a la intimidad, libertad, autonomía individual y dignidad de la persona.

Con ello, aprobado el Reglamento y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 12 de julio de 2024 como *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial)*¹⁴, esta norma (con rango de ley) puede marcar un hito a nivel histórico y mundial que sirva de modelo a otros como el estadounidense y el chino, colocando a Europa en un punto de referencia y liderazgo en el proceso de regulación de los sistemas de inteligencia artificial en pos de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁵.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Se ha puesto ya en entredicho por numerosos autores la superioridad del ser humano sobre la inteligencia artificial y el temor a que esta pueda llegar a destruirlo¹⁶ o a tomar el control

¹² Sobre todo contra personas de determinadas etnias o razas. Aprendizaje en que el sistema aprende las habilidades requeridas a partir de datos en vez de tener que programarlos para saber qué hacer en cada situación, Cfr. AZUAJE PIRELA / FINOL GONZÁLEZ, cit., p. 26; ANDREU-PÉREZ et al, «Avances científicos tecnológico de inteligente artificial responsable», en LLEDÓ YAGÜE/BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit. p. 594.

¹³ Superación de las capacidades humanas por razones genéticas, culturales o ambientales, LÓPEZ HERNÁNDEZ, cit., pp. 70 s., buscando un estado de superbienestar, suprasalud, supralongevidad y suprainteligencia; JURI, «La gobernanza de los datos», en AZUAJE PIRELA, cit. p. 198, el humano en fase de transición hacia lo posthumano; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, 2023, pp. 185 ss., abogando por una «automatización centrada en los humanos», ya que «toda tecnología es expresión de la voluntad humana», no siendo «necesario todo lo que es tecnológicamente posible».

¹⁴ Con entrada en vigor el 1 de agosto de 2024, será aplicable de manera progresiva hasta el 2 de agosto de 2026. Sobre la primera redacción de la ley, cfr. MORENO CATENA: «Reflexiones en torno al borrador de la Ley de IA de la Unión Europea», *Semana de la Inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 23-27 de octubre de 2023, conferencia de clausura, https://tv.us.es/media/SEMANA%20DE%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL.%20CONFERENCIA%20DE%20CLAUSURA./1_t41mp2g4.

¹⁵ Que dejan la gobernanza de los datos en manos de empresas privadas, que los obtienen a veces de forma opaca, o en manos del Gobierno, en vez de ser los mismos ciudadanos quienes decidan y participen del uso que hagan de ellos, LLANO ALONSO, «La Ley europea de inteligencia artificial», 2024, https://x.com/Derecho_US/status/1785378979408392683; MONTORO SÁNCHEZ, «Implicaciones relativas al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal por el uso de la inteligencia artificial en el proceso penal», en IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS (coord.): *Inteligencia artificial: los derechos humanos en el centro*, 2023, p. 178; RIVERO ORTEGA: *Derecho e inteligencia artificial: cuatro estudios*, 2023, p. 79; PANIAGUA ALARIO: «Análisis de la primera ley integral sobre inteligencia artificial en el mundo», Blog Prodat, 5 de febrero de 2024, <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/nuevas-tecnologias-blogs/blog-prodat/analisis-de-la-primer-ley-integral-sobre-inteligencia-artificial-en-el-mundo-2024-02-05/>, segundo párrafo.

¹⁶ ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN: *Derecho penal, ciberseguridad, cibercrimes e inteligencia artificial. Volumen II, Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, 2023, pp. 57 s., poniendo como ejemplo el sistema Deep Blue, creado por IBM, cuando ganó una partida de ajedrez a Kaspárov; KISSINGER / SCHMIDT / HUTTENLOCHER: *La era de la inteligencia artificial y nuestro futuro humano*, cit., p. 17, en estas conductas de jugar al ajedrez (el sistema Alpha Zero, creado por Google Deep Mind, ganó al programa de ajedrez Stockfish) o en el descubrimiento de antibióticos; LLANO ALONSO, «De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la inteligencia artificial», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN: *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, cit. pp. 202 y 205 s, se prevé que en 2045 la inteligencia artificial supere sin retorno a la inteligencia humana; LLEDÓ YAGÜE, «Realidades y disrupciones en torno al robot inteligente (el futuro del hombre quebradizo)», en LLEDÓ YAGÜE/BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit. p. 70.

sobre él¹⁷. Para otros, los algoritmos serían, en cambio, una especie de «sabios-idiotas» por su «gran estrechez de percepción»¹⁸. Lo que es indudable es que la inteligencia artificial vino para quedarse, produciendo una transformación de la sociedad mucho más que en otras épocas históricas¹⁹ donde la máquina se impuso pero dominada por el hombre y no teniendo a este como socio (o eventual enemigo) en la toma de decisiones²⁰.

El diccionario de la RAE define la inteligencia artificial como aquella «disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico»²¹. En términos generales ha sido ampliamente considerada por la doctrina como una «*disciplina científica que busca desarrollar métodos y algoritmos, soportados en sustratos artificiales que permitan generar comportamientos inteligentes*» (LÓPEZ-ONETO)²², y ello a partir de cuatro enfoques basados en el razonamiento y en la conducta, esto es, sistemas que piensen como humanos, que piensen racionalmente, que actúen como humanos²³ y que actúen racionalmente²⁴. Se trata de definiciones que le atribuyen naturaleza de ciencia y se refieren al método que utiliza, el sustrato en el que se apoya y la finalidad que tiende a alcanzar. Es así, pues, una disciplina científica, rama de la ciencia computacional con

¹⁷ En un espacio temporal próximo cifrado entre 25 a 40 años, LIÉBANA CÁRDENAS, «Voluntad superinteligente. Efectos de los avances del hardware», en LLEDÓ YAGÜE/BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit. p. 589. También en esta misma obra MAGDALENA LAYAS, «¿Por qué debería confiar en ti (máquina)?», esta será la última generación más inteligente que las máquinas, a pesar de no reconocer a estas voluntad, sensibilidad ni ecuanimidad, pp. 618 ss. y p. 640. En esta línea cfr. también la aportación de LASSALLE: *Civilización artificial. Sabiduría o sustitución: el dilema humano ante la IA*, 2024, Barcelona, Arpa, que en su Introducción (p. 11) plantea como interrogante una inteligencia artificial humana o bien nihilista, que dará lugar a una civilización artificial, que vaticina para la mitad del presente siglo (p. 15).

¹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, op. cit. pp. 76 s., con carencia de «curiosidad, imaginación y sentido real del mundo», mostrando *todavía* una «falta espeluznante de sentido común» (en palabras de Carr).

¹⁹ Como la etapa racionalista de la Ilustración, la revolución industrial y otras épocas anteriores, KISSINGER / SCHMIDT / HUTTENLOCHER, op. cit. pp. 35 ss.

²⁰ KISSINGER / SCHMIDT / HUTTENLOCHER, cit. p. 163.

²¹ <https://dle.rae.es/inteligencia> .

²² Cit. pp. 39 ss. Entendiendo por algoritmo una secuencia finita y determinista de pasos mecánicos precisos que producen la solución a un problema, AZUAJE PIRELA / FINOL GONZÁLEZ, cit. p. 15. También la ofrecida por REBOLLO DELGADO: *Inteligencia artificial y derechos fundamentales*, cit., p. 19, algoritmos con la finalidad de crear software, máquinas que presenten las mismas capacidades que el ser humano; y por ROUHIANEN: *Inteligencia artificial. 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, 2018, la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano, p. 17; igualmente BESTINCE SOLA, cit. p. 546, aunque poniendo el punto de referencia más en la máquina que en el humano, al definirla como la ciencia que crea máquinas que, si fueran hechas por un ser humano, diríamos que este humano es inteligente; LLEDÓ BENITO, *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad...*, cit. p. 50, ciencia de la computación que estudia el hardware y software para simular el comportamiento y comprensión humanos; comprensión desde el punto de vista informático de lo que se denomina comportamiento inteligente (NAVA GARCÉS, cit. p. 433). Otras definiciones de inteligencia artificial que destacan algunas cualidades del humano que se pretende emular por la máquina son aportadas por ABADÍAS SELMA: *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura "touch"*, cit. pp. 30 ss.: destacamos tres, inteligencia manifestada a través de las máquinas, como ayuda idónea al ser humano, agente racional, flexible y servicial (Rousé), y la capacidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que el ser humano, razonamiento, aprendizaje, creatividad y capacidad de seleccionar entre distintas variables y alternativas posibles (Simón Castellano), a las que REBOLLO DELGADO, cit. pp. 20-21, añade la adaptación, autocorrección, mejoramiento implícito y percepción modular del mundo, definiéndola como la ciencia capaz de «imitar el cerebro, que no el cuerpo, de una persona en todas sus funciones».

²³ Test de Turing, según el cual si el hombre no es capaz de darse cuenta de que está interactuando con una máquina, esta es inteligente, ALZAMORA, «Inteligencia artificial e inteligencia humana, una distinción necesaria», en AZUAJE PIRELA: *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, cit. p. 45.

²⁴ REBOLLO DELGADO, cit. pp. 20-21: redes neuronales artificiales (piensan como humanos), robots (actúan como humanos), sistemas expertos o programas informáticos (piensan racionalmente), agentes artificiales (actúan racionalmente). McCarthy definió la inteligencia artificial refiriéndose a ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes; RUSSELL/NORVIG: *Inteligencia artificial. Un enfoque moderno*, cit. p. 2, quien la categoriza también como ciencia desde 1987 (p. 29 s.).

interconexiones con otras disciplinas, que versa sobre una inteligencia no natural creada por el ser humano que se comportaría tal como lo hace este, que interactúa autónoma y flexiblemente con su entorno, de manera apropiada para sus circunstancias y metas, aprendiendo de su experiencia y tomando decisiones adecuadas a pesar de sus limitaciones perceptibles y computacionales²⁵.

Son ya innumerables los ejemplos de uso de la inteligencia artificial sobre los que se empezó a legislar, desde la identificación facial²⁶, robots²⁷, vehículos autónomos²⁸, etc. Algunos de ellos forman parte de una inteligencia artificial calificada de débil, porque solo funciona eficaz y eficientemente para una tarea específica pero falla en las que no son predecibles, intentando emular así al ser humano, frente a una inteligencia artificial considerada fuerte, de múltiples objetivos, incluso los suyos propios, que ante situaciones con carencia de entrenamiento sea capaz de tomar decisiones correctas, y una tercera que se ha hecho llamar súper-inteligencia artificial, con conciencia, que es la que pueda llegar no solo a emular totalmente al humano sino a superarlo («singularidad tecnológica»)²⁹, o incluso que pudiera llegar a ir contra sus propios principios. También se han ofrecido otras clasificaciones, como inteligencia artificial asistida, automatizada, aumentada y autónoma (ABADÍAS SELMA)³⁰, o inteligencia artificial predictiva y generativa³¹. En cualquier caso, debiera reunir las cualidades de ser una inteligencia artificial lícita, ética y robusta (SÁNCHEZ BRAVO)³². Lícita porque ha de cumplir leyes y reglamentos (como el ya promulgado). Ética porque ha de ajustarse a principios éticos de respeto a los derechos fundamentales de los usuarios, como un instrumento al servicio de estos y no como un fin en sí misma. Y robusta porque ha de tener solidez técnica y social.

²⁵ AZUAJE PIRELA / FINOL GONZÁLEZ, cit. p. 20 s.

²⁶ Proceso de reconocimiento mediante algoritmos a través de un mapeo de expresiones faciales, diferenciando características geométricas de un rostro respecto de otros. Puede ser estático (datos permanentes, como el iris, huellas digitales, etc.), dinámico (cambiantes, como la voz, gestos o modo de caminar) y mixto (por ejemplo, conferencia de una persona), CONTRERAS /SOTO, «Reconocimiento facial, ética e inteligencia artificial», en AZUAJE PIRELA (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, cit. pp. 121 s., comprende operaciones como detección de una imagen de un rostro, análisis facial mediante sus características geométricas, verificación con una base de datos e identificación por cotejo.

²⁷ Antropoides equipados con máquinas complejas y capacidad de abstracción, JURI, cit. p. 198.

²⁸ Que pueden causar daños, como el atropello mortal de un coche autónomo de Uber en marzo de 2019 en Tempe (Arizona), cfr. MADRID, «Las máquinas y la agencia moral», en AZUAJE PIRELA (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, cit. p. 96.

²⁹ ELENA ORTEGA: «La singularidad tecnológica: ¿mito o nueva frontera de lo humano?» p. 88, *file:///C:/Users/PC2_2010/Downloads/pdf-2.pdf*. Cfr. este concepto también en NOWOTNY, *La fe en la inteligencia artificial. Los algoritmos predictivos y el futuro de la humanidad*, 2022, p. 26. También sobre ello ALMAZORA, cit. p. 46; LLANO ALONSO, «De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la inteligencia artificial», cit., p. 210 s., distinguiendo entre conciencia funcional (entender estados psicológicos) y conciencia fenoménica (referida a cualidades subjetivas de las experiencias individuales); ABADÍAS SELMA, *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura "touch"*, cit. p. 42.

³⁰ *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura "touch"* cit. p. 43, en función de que consiga hacer tareas a mayor velocidad, tareas habituales y excepcionales de la vida cotidiana, que tome decisiones, y que lo haga sin intervención del hombre.

³¹ Seminario *La inteligencia artificial en la sociedad ¿quieres mejorar tu entorno personal y profesional?* (Universidad de Sevilla, 11.04.2024): estos son sistemas de inteligencia artificial que anticipan y predicen comportamientos o bien están destinados específicamente a generar, con distintos niveles de autonomía, contenidos como texto, imágenes, audio o vídeo complejos, GONZÁLEZ PULIDO, «El uso de la inteligencia artificial generativa en la investigación de la ciberdelincuencia de género: ante el auge de los deepfakes», en *IUS ET SCIENTIA*, 2023, Vol. 9, N° 2, p. 159, <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/24691/22096>.

³² «Inteligencia artificial, control y nuevos marcos normativos en la Unión europea», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, cit. p. 310.

Este amplio y desconocido horizonte que se encamina hacia la «civilización artificial» de Lassalle³³, supuso comenzar a legislar sobre una inteligencia artificial ya omnipresente³⁴. Con la propuesta de la Comisión europea en 2021 y la aprobación del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecían normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, se inició la regulación de esta mediante una norma específica, aunque el término era ya utilizado por la jurisprudencia española hasta diez años atrás³⁵. Esta norma comunitaria terminaría definiéndola como aquel sistema de «software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I³⁶ y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa» (art. 3.1). Es decir, un sistema que opera con elementos de autonomía y que, basándose en datos y entradas obtenidos de humanos o máquinas, infiere cómo alcanzar unos objetivos propuestos, usando para ello técnicas basadas en el aprendizaje-máquina o en lógica y conocimiento, y genera como salida contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en el entorno con el que el sistema interactúa. Esta definición parece incluir un modelo de inteligencia artificial fuerte, aumentada y robusta, porque aunque el origen de su funcionamiento y los medios utilizados puedan ser humanos o artificiales, su finalidad es la autonomía (toma de decisiones)³⁷. No se basa en un lenguaje de programación elaborado por el ser humano sino en un «entrenamiento de datos» que conforma una información de entrada y que genera una información de salida autónoma, del propio sistema³⁸.

Pero consciente del peligro que la herramienta encerraba, la Ley de inteligencia artificial dedica el título III a regular los sistemas de alto riesgo, como un conjunto de familias de sistemas de inteligencia artificial en los que su salida es relevante respecto a una acción o decisión que pueda presentar un riesgo a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales, como los sistemas de identificación biométrica³⁹, de protección de infraestructuras críticas⁴⁰, de selección y promoción de personal, de utilización en fronteras,

³³ Cit. *ibidem*, cfr. el propio título.

³⁴ KISSINGER / SCHMIDT / HUTTENLOCHER, cit. pp. 15, 23, 25, 168; BARRIO ANDRÉS, en ARELLANO TOLEDO: *Derecho, ética e inteligencia artificial*, cit. p. 19, señalando como hito de los últimos años la democratización de la inteligencia artificial.

³⁵ Sentencia de la AP de Madrid (Sección 13ª), núm. 387/2014 de 11 de noviembre (ECLI:ES:APM:2014:16549).

³⁶ Estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo. Estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico). Y estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización.

³⁷ Sobre la dificultad en la traducción de la Ley de inteligencia artificial y su articulado reglamentista, PLAZA PANADÉS, «Claves del futuro Reglamento (Ley) de Inteligencia Artificial de la UE», en *Las claves de la futura Ley de Inteligencia Artificial Europea*, 2024, ed. Aranzadi. Destaca este autor la necesidad de reemplazar la expresión inicial aprendizaje-máquina por aprendizaje automático, y la capacidad de inferencia como fundamental en un sistema de inteligencia artificial que trasciende el tratamiento básico de datos y permite el aprendizaje, el razonamiento o la modelización (p. 10 y p. 15).

³⁸ PLAZA PANADÉS, *ibidem*, p. 11.

³⁹ Que el Reglamento de inteligencia artificial (art. 5) circunscribe a la búsqueda de víctimas potenciales de delitos; prevención de amenazas específicas y sustanciales sobre infraestructuras críticas o sobre personas físicas; prevención de ataques terroristas; y persecución de crímenes punibles con más de cinco años de privación de libertad. Antes se valorará la probabilidad y escala del daño posible sin esos sistemas y del daño que estos podrían ocasionar; mediará autorización judicial o administrativa; y se impondrán limitaciones temporales, geográficas y personales. Cfr. alguna crítica a la regulación en REBOLLO DELGADO, cit. p. 41, se trataría de una regulación de resultados, no de garantías en el proceso de aplicación.

⁴⁰ Aquellas infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales (art.

o los usados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o la Administración de Justicia. Por lo tanto, estos sistemas quedarán supeditados al cumplimiento de requisitos específicos, como la gestión del riesgo a través de un proceso iterativo continuo durante todo el ciclo de vida del sistema con actualizaciones sistemáticas periódicas (art. 9). La protección de los derechos fundamentales fue una de las razones y objetivos de la propuesta legislativa, de ahí que, más allá de la transparencia, se exija, además, vigilancia, solidez, trazabilidad, precisión y alta calidad de los datos tratados en los sistemas de alto riesgo en aras de alcanzar la anunciada ponderación y el necesario equilibrio con aquellos derechos con los que puede colisionar o llegar a lesionar.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES EN PELIGRO ANTE EL AVANCE DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como ya manifestara hace unos años Stephen Hawkins, «el desarrollo de la inteligencia artificial podría ser lo peor o lo mejor que le ha pasado a la humanidad»⁴¹, augurio que siguen expresando en la actualidad otros autores a través de un «dilema fáustico» relacionado con el «gen utópico, utilitarista y determinista» de la inteligencia artificial, muy propio del lugar de donde emergió⁴². Pues, en efecto, un desarrollo sin un eficaz control normativo afectará a la continuidad del ser humano como especie, de ahí el recurso utilizado del principio de precaución ante un riesgo que se atisbe como no soportable y ante el que debe ser la inteligencia artificial la que se ponga al servicio de la sustentabilidad del mundo⁴³. En palabras de JONAS⁴⁴, hasta que no podamos hacer proyecciones seguras sobre los efectos beneficiosos o dañinos de los desarrollos y aplicaciones de la inteligencia artificial, «no habrá mejor valentía que la cautela» en pos de conservar la humanidad.

En concreto, la invasión de la inteligencia artificial en el «espacio de información» puede llegar a comprometer algunos de los derechos más básicos como la libertad y dignidad de la persona⁴⁵. Porque explicar resultados alcanzados sobre la base de principios morales aporta siempre un componente de justicia y permite un reconocimiento público de los logros que no es seguro que sea capaz de ofrecer un sistema de algoritmos que mermara la autonomía y el sentido de la dignidad del ser humano⁴⁶. Y esto es aún más importante en el ámbito de la

2e de la Ley 8/2011, de 28 de abril, *por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas*).

⁴¹En LÓPEZ-ONETO, cit. p. 161, que podría desaparecer por el surgimiento de esta nueva especie causada por la hibridación del ser humano con la inteligencia artificial. También LLANO ALONSO, «De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la inteligencia artificial», cit. p. 214, y REBOLLO DELGADO, cit. p. 25.

⁴²El empirismo utilitario de Bacon y Hobbes y su conexión entre la investigación científica de la naturaleza y el aumento del poder de cambio que acompaña la acción humana gracias al conocimiento de aquella, LASSALLE, cit. apartado 1, p. 19.

⁴³LÓPEZ-ONETO, cit. p. 162; BUSTOS RUBIO, «Automatización, robotización y delitos contra la seguridad y salud en el trabajo», en ABADÍAS SELMA /GARCÍA GONZÁLEZ, cit. p. 246; LLEDÓ BENITO, *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad...*, cit. p. 102.

⁴⁴ En LÓPEZ-ONETO, cit. p. 234.

⁴⁵ KISSINGER / SCHMIDT / HUTTENLOCHER, cit. p. 28; BARRIO ANDRÉS, «Hacia un derecho de los robots: los principios generales de la *lex robótica*», en AZUAJE PIRELA (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, cit. p. 263. Junto a la igualdad y fraternidad, características de la Revolución industrial del siglo XVIII, LASSALLE, cit., apartado 1, p. 16.

⁴⁶Entendida la dignidad como el «estatus normativo intrínseco, no instrumental, igualitario, y altamente prioritario de la persona humana» (Gilabert), o como «esfuerzo de humanización, de profundización en cada ser humano de todas las dimensiones de su condición, para desarrollarlas plenamente, generalizarlas lo más posible y extenderlas a la sociedad toda» (Bustamante Alarcón), o «el derecho a tener derechos» (Peces Barba), definiciones recogidas por LAUKYTE, «Dignidad humana y nuevos derechos: el derecho a la inteligencia artificial», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, cit. pp. 183 y 195-196; para MORENTE PARRA, cit. p. 263, la dignidad es un concepto dinámico fruto de la interacción de dos dimensiones, autorreferencial (derivada de la autonomía de la voluntad y del libre desarrollo de la personalidad) y referencial (relativa al desarrollo de la personalidad participada colectivamente); AZUAJE PIRELA, «Inteligencia artificial y nuevo escenario internacional», 2022, en

Administración de justicia. Las tensiones entre los individuos y las instituciones y grandes sistemas, incluida la inteligencia artificial, corren el riesgo de usurpar la libertad de aquellos por medio de la manipulación, sintiéndose por ello tentados a rechazarla para suavizar sus efectos, lo que a la larga puede ser imposible de eludir dado su extraordinario avance⁴⁷.

Para otros autores, pesimistas ante el desmesurado progreso de la inteligencia artificial, esta puede (o incluso tiene como finalidad) controlar y esclavizar al hombre, buscando modificarlo genéticamente llevándole a una confusión o pérdida de su identidad mediante la sutil imposición de otra, la identidad digital⁴⁸, identidad artificial⁴⁹ o «personalidad virtual»⁵⁰, que ya comenzó sutilmente a funcionar con la comercialización de los teléfonos móviles smartphones y los códigos QR⁵¹ y que podría evolucionar hasta la implantación de una red neuronal 5G⁵²: el internet aplicado a las cosas se va así extendiendo al internet aplicado sobre el cuerpo humano mediante sensores externos (pulseras, relojes) o incluso internos (extremidades biónicas, exoesqueletos, prótesis intrusivas, implantes intracerebrales, microchips) y de ahí su desarrollo ulterior hacia la ciborgización⁵³, criogenización, etc. que supondrían el control de información por la inteligencia artificial⁵⁴.

En este sentido, y ante el temor de que de la máquina incorporada al cuerpo del humano se pudiera pasar a intentar acoplar la conciencia a la máquina, las normas se han adelantado ya a prohibir toda inteligencia artificial que emplee técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar sustancialmente su comportamiento⁵⁵. Todo Estado que permitiese un uso de la inteligencia artificial vulnerador de los derechos

https://issuu.com/apuntesinternacionales/docs/v2_-_revista_diplomacia_145_-_210122/s/14610180, la «muerte por el algoritmo es la máxima indignidad», citando a Bartneck (epígrafe 2.3); KISSINGER / SCHMIDT / HUTTENLOCHER, cit. p. 166; AZUAJE PIRELA / FINOL GONZÁLEZ, cit. p. 21. Por ejemplo, como manifestación del derecho a la dignidad estaría el derecho a excluir la atención por un robot y a su no imposición, BARRIO ANDRÉS, cit. p. 261.

⁴⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, cit. p. 183, manipulación subliminal mediante un saqueo despiadado de datos. En aras del derecho a la libertad de expresión frente a la distorsión de la inteligencia artificial, KISSINGER / SCHMIDT / HUTTENLOCHER, cit. p. 179; REBOLLO DELGADO, cit. p. 73 y pp. 75 ss.

⁴⁸ JURI, cit. p. 199, «ciudadano digital» como «súbdito digital» ante una fuente heterónoma, distorsionadora de la percepción que tiene cada individuo de su propia identidad, como única e intransferible. Identidad digital que es el precio a pagar por acceder gratuitamente a los servicios prestados a través de la red, convirtiéndonos en el propio producto, REBOLLO DELGADO, cit. p. 96.

⁴⁹ LASSALLE, cit. apartado 1, p. 21.

⁵⁰ Fabricada no a partir de lo que realmente somos sino de lo que los algoritmos y big data entienden que somos, REBOLLO DELGADO, cit. p. 56, pudiendo llevar a un proceso de desanonimización; ANDREU-PÉREZ, cit. p. 606 s.

⁵¹ Utilizado en múltiples trámites como los pasaportes vacunales durante la pandemia por el covid, las cuentas bancarias, las operaciones con dinero virtual, los coches automáticos, etc.

⁵² Redes neuronales inspiradas en el cerebro humano. Cfr., ORTEGO RUIZ, *La personalidad jurídica internacional de los robots*, cit. p. 181.

⁵³ LÓPEZ HERNÁNDEZ, cit. pp. 74 s.

⁵⁴Cfr. alertando sobre este fenómeno, ZARAGOZA, «Una nueva humanidad», https://www.facebook.com/Doctorinakinuel/videos/719919290185071/?_rdr (09.11.2023).

⁵⁵Art. 5 de la Ley de inteligencia artificial. Críticamente a este precepto, PLAZA PANADÉS, cit. p. 15, para quien los derechos fundamentales deben estar siempre por encima de la tecnología, y, por tanto, toda técnica subliminal que trascienda la conciencia de una persona afectará a su honor y a su intimidad, por lo que no es necesario que merme su capacidad de decisión, no es suficiente con que se prohíba solo cuando tenga la capacidad de mermarla o de sufrir un perjuicio.

El capítulo 3 del Reglamento de inteligencia artificial establece que en caso de alto riesgo, los sistemas proporcionarán un nivel adecuado de precisión, robustez y ciberseguridad, que se declarará en la documentación que los acompaña. Se diseñarán con tolerancia a errores o inconsistencias en su interacción con su entorno, en particularidad con personas u otros sistemas. Incorporarán medidas de ciberseguridad apropiadas y proporcionadas a sus circunstancias, en particular de protección contra la manipulación de los datos de entrenamiento.

Sobre ello cfr. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, cit. p. 140; REBOLLO DELGADO, cit. p. 40.

fundamentales tanto de los ciudadanos en general como de los potenciales criminales investigados en particular (mediante algoritmos de selección discriminatorios⁵⁶, sistemas de vigilancia masiva, desarrollo de implantación de sistemas cerebrales que comprometa la identidad del ser humano) conculcaría el Derecho regulador de la inteligencia artificial⁵⁷. Junto a ello, otros factores como la «matematización del entorno» o la «administración automatizada» de la conducta de una «sociedad instrumentaria»⁵⁸ (que nos diga qué nos gusta, qué necesitamos y deseamos a través de técnicas como las fórmulas predictivas o la redacción inteligente⁵⁹) comprometerían cada vez más la libertad e identidad del ser humano, de ahí que el Derecho regulador de la inteligencia artificial haya ido dando lugar al surgimiento de nuevos derechos humanos, denominados neuroderechos, frente a los tradicionales de identidad, autonomía personal, libre albedrío y autodeterminación, y entre los que se cuentan los siguientes (MORENTE PARRA)⁶⁰:

a) el derecho a la privacidad mental, en la medida en que los datos cerebrales de las personas puedan ser extraídos, leídos e incluso descargados en un software como una forma de sucumbir a la muerte manteniendo la personalidad del finado.

b) el derecho a la libertad (libertad cognitiva, de acción, de expresión), en tanto múltiples conexiones artificiales o la manipulación subliminal de estas puedan conllevar una pérdida o erosión de la libertad y autonomía individual convirtiendo a la persona en una especie de avatar.

c) el derecho a la identidad (o derecho al «sentido de sí mismo» o integridad mental), en tanto que cuanto más conectados estemos menos libres seríamos. A partir de una concepción no solo estática sino dinámica de la identidad, tanto espacialmente (en continua

⁵⁶ Que de forma general prohíbe el art. 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y no discriminación*: las Administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las Administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, aunque lo supedita siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio. Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos. Las Administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea. Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos. Críticamente con la redacción de este artículo (con la expresión «siempre que sea técnicamente factible»), REBOLLO DELGADO, cit. p. 100. Sobre el problema de los sesgos y la falta de transparencia, IRAZÁBAL ARANA, *La inteligencia artificial explicada para abogados*, 2023, pp. 159 ss.

⁵⁷ LÓPEZ-ONETO, cit. pp. 226 s. Sobre la problemática de regular y legislar sobre una inteligencia artificial en constante evolución, ZAROR MILLARES, «¿Por qué resulta tan problemático legislar la tecnología?», en AZUAJE PIRELA: *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, cit. pp. 240 ss.; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, cit. p. 180 s.

⁵⁸ A través del *datocentrismo*, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, cit. p. 181.

⁵⁹ Cuando la información en la red se adelanta a nuestros deseos en la búsqueda de información, como lo hacen, por ejemplo, los procesadores de texto en la escritura.

⁶⁰ Cit. p. 271; CORNEJO PLAZA/ GUINAZÚ, «Límites éticos y legales (neuroderechos) a la utilización de las interfaces cerebro-computadora (BCIS) para aumentar las capacidades cognitivas», en AZUAJE PIRELA (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, cit. pp. 109 s.; también en esta obra BEDECARRATZ SCHOLZ /ARAVENA FLORES, «Principios y directrices éticas sobre inteligencia artificial», p. 210; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, cit. pp. 134-137 y 150-151, sobre la ilusión del libre albedrío, «fuerzas internas que no comprendemos todavía» (...) aunque «hasta la fecha, la «neurociencia todavía no ha ideado un experimento perfecto que descarte del todo la existencia del libre albedrío», la afirmación de que las neuronas sólo responden a una raíz biológica es la más sólida de las tesis a nuestro alcance»; SERRANO PÉREZ/FERNÁNDEZ ALLER, «Derecho constitucional e inteligencia artificial», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit. p. 541. También vid. CAMPIONE: «Inteligencia artificial y derechos fundamentales», *Semana de la Inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 23-27 de octubre de 2023, decimosexta mesa, https://tv.us.es/media/SEMANA%20DE%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL.%20DECIMOSEXTA%20MESA/1_dmx7wppw.

construcción y evolución según experiencias vitales) como temporalmente (a través de una identidad presente soportada en los recuerdos del pasado), cabría preguntarse si un «borrado selectivo de memoria» atentaría contra dicha identidad⁶¹.

d) Y como derecho que permite los anteriores se menciona el derecho de acceso a los recursos científicos, que incluye otros dos: el de acceso equitativo a la aumentación cognitiva y el derecho a la protección frente a sesgos algorítmicos o procesos automatizados en la toma de decisiones. Aumentar la memoria o la capacidad cognitiva puede llevar al perfeccionamiento del ser humano y, por tanto, a la idea del transhumanismo o la posthumanidad⁶², aparte de poner en entredicho la justicia distributiva en función de quiénes pudieran tener acceso al mismo, dado que al no constituir una necesidad médica o terapéutica, los poderes públicos no lo garantizarían. Y lo mismo sucedería con el derecho de protección frente a los sesgos, que no sería más que una variante de la protección del derecho a la libertad y la privacidad. En la medida en que los datos son facilitados por las personas, elaborados por otras y, a través de algoritmos, incorporados a la inteligencia artificial, esta puede traer ya esos sesgos de origen. En el caso de la gestión de datos por empresas el nivel de opacidad puede ser aún mayor en desmedro del derecho de propiedad industrial y en detrimento de los derechos fundamentales. Y en el caso de los metadatos, el riesgo sería aún más alto⁶³.

Para garantizar el cumplimiento del Derecho de la inteligencia artificial y la protección de estos derechos, la Ley estableció para los Estados miembros la obligación de seleccionar una autoridad nacional de supervisión que se encargara de la vigilancia de su aplicación y ejecución así como de coordinar las actividades encomendadas a dichos Estados miembros, actuando como órgano de contacto con la Comisión y representando al Estado miembro ante el Comité Europeo de Inteligencia Artificial. Se creaba así la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, con la constitución del Consejo Rector, a los tres meses siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto 729/2023, de 23 de agosto, que aprobó su Estatuto. Sus objetivos son promover una inteligencia artificial «inclusiva, sostenible y centrada en la ciudadanía». Con anterioridad, el Real Decreto 147/2021, de 9 de marzo, había creado también a nivel interno la Dirección General de Digitalización e Inteligencia Artificial bajo la dependencia de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial⁶⁴.

Sin embargo, la ley ha dejado fuera de su regulación el régimen de la responsabilidad derivada del uso de los sistemas de inteligencia artificial, entendiéndose suficiente la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, quedando así lejos de una regulación integral de todas las cuestiones suscitadas en las que, por la importancia de las mismas (derechos fundamentales y neuroderechos), se requeriría de una legislación específica o incluso de una eventual modificación del código penal⁶⁵.

⁶¹ MORENTE PARRA, cit. p. 272.

⁶² Perfección humana y perfección técnica son incompatibles, en la decisión de cuál queremos comienza la bifurcación, decía Ernst Jünger, en LASSALLE, cit., p. 14.

⁶³ PALMA HERRERA, «Inteligencia artificial y lucha contra la delincuencia. Potencialidad y peligros en el mundo global», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN cit. p. 290; VANTIN, «Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN, cit. p. 376; ABADÍAS SELMA: «¿Hacia un delito de discriminación laboral tecnológica?. Exégesis del artículo 314 del código penal en tiempos de la “cultura touch”», en ABADÍAS SELMA /GARCÍA GONZÁLEZ (coord.): *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, cit. pp. 199 ss., precepto este del art. 314 CP al que califica como una manifestación de un «Derecho penal del amigo» (de la clase empresarial frente a la clase trabajadora, p. 225); REBOLLO DELGADO, cit. p. 90; ORTA PÉREZ, «Metaverso y empresa», *Semana de la Inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 23-27 de octubre de 2023, décima mesa, https://tv.us.es/media/SEMANA%20DE%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL.%20D%C3%89CIMA%20MESA./1_i8axkaw2.

⁶⁴ Sobre su estructura orgánica puede verse la sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), núm. 305/2022, de 10 de marzo (ECLI: ECLI:ES:TS:2022:908).

⁶⁵ Como sucedió en 1995 con los delitos relativos a la manipulación genética, PLAZA PANADÉS, cit. p. 9 y p. 16.

4. ¿UN NUEVO DERECHO PENAL PARA LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

La responsabilidad penal individual por contravención del Derecho penal internacional tuvo sus primeras manifestaciones en 1998 con la promulgación del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional para crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agresión, junto al desarrollo y ampliación del principio de justicia universal (art. 23 LOPJ), instaurado inicialmente con la Ley Orgánica 6/1985, del Poder judicial.

La ciberdelincuencia abriría posteriormente otro nuevo escenario penal y criminológico, tanto a nivel interno como internacional, en delitos de estafa, descubrimiento y revelación de secretos⁶⁶,

daños⁶⁷, relativos al fraude fiscal y al mercado y los consumidores, en el marco habitualmente de la criminalidad organizada, así como en los delitos de odio, discriminación⁶⁸, contra el honor y la integridad moral⁶⁹, contra los derechos de los trabajadores⁷⁰ o la libertad e indemnidad sexual⁷¹. Las estructuras dogmáticas del delito fueron igualmente adaptadas para dar cabida en 2010 a la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto a la acción y a la culpabilidad (mediante los programas de cumplimiento o *compliance* arts. 31 bis ss. CP).

En la actualidad, la inteligencia artificial (la denominada débil) será utilizada por el criminal organizado para facilitar la comisión del delito, ampliar su ámbito territorial o interponer barreras con las Autoridades, de igual modo que se incrementará el riesgo de errores de programación a medida que vayan adquiriendo mayor complejidad⁷². Y algo peor puede suceder si alguna vez la inteligencia artificial (la llamada fuerte) pueda llegar a tomar decisiones propias. En este sentido, no sería lo mismo el delito cometido con la inteligencia artificial que por la inteligencia artificial⁷³.

⁶⁶ Vulnerando el art. 18 CO y la Ley orgánica 13/1999, de 13 de diciembre: por los que se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 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. Sobre ello cfr. PÉREZ DEL PRADO: *Derecho, economía y digitalización: el impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, 2023, pp. 179 ss.; FERRÉ, «Cómo la inteligencia artificial está cambiando la ciberdelincuencia», 2023, en <https://www.economista.es/economia/noticias/12289891/05/23/como-la-inteligencia-artificial-esta-cambiando-la-ciberdelincuencia.html>; ESTEPA ALONSO, «Ciberseguridad y Ciberdelitos», *Semana de la Inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 23-27 de octubre de 2023, sexta mesa, https://tv.us.es/media/SEMANA%20DE%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL.%20SEXTA%20MESA./1_a6wumac2.

⁶⁷ Hackeo de cuentas, como a la empresa Prosegur en 2020, o el ciberataque a la Universidad Autónoma de Barcelona en 2021 o al Banco de Santander en 2024.

⁶⁸ VANTIN, cit. p. 376; REBOLLO DELGADO, cit. p. 41.

⁶⁹ PÉREZ DEL PRADO, cit. pp. 189 ss.

⁷⁰ En el seno de las empresas, cfr. MARTÍNEZ GALINDO, «Los derechos de los trabajadores frente a la ciberdelincuencia y sus eventuales responsabilidades», en ABADÍAS SELMA /GARCÍA GONZÁLEZ (coord.): *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial* cit. pp. 177 ss., *ciberdelincuente insider*; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, cit. pp. 157 ss., sobre el alejamiento de la inteligencia de la conciencia (p. 184). También sobre el derecho de los trabajadores a ser informados por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles, véanse SSTC núm. 144/2023, de 25 octubre (ECLI:ES:TC:2023:144) y núm. 147/2023, de 6 noviembre (ECLI:ES:TC:2023:147).

⁷¹ STS 395/2021, de 6 de mayo, ECLI:ES:TS:2021:1737, en relación a la pornografía virtual infantil, de creación artificial pero realista (art. 189 CP).

⁷² PALMA HERRERA, «Inteligencia artificial y lucha contra la delincuencia. Potencialidad y peligros en el mundo global», cit. p. 283; NAVA GARCÉS, cit. p. 440.

⁷³ ZAMARRO BALLESTEROS, «Culpable, la IA», 2023, en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/culpable-la-ia/>, segundo epígrafe.

Estados, individuos y empresas deben asumir, pues, un nuevo reto frente al Derecho penal y procesal que haya de aplicarse a los delitos cometidos por la inteligencia artificial⁷⁴, o en la utilización de esta como herramienta para prevenir y perseguir delitos, en la valoración de la prueba judicial⁷⁵, en la ejecución de la pena y aplicación de los programas de reinserción social, en especial ante colectivos vulnerables como los menores⁷⁶, o en el mismo trámite de la elección de abogado para la defensa o acusación penal⁷⁷.

La propia rama de la robótica plantea igualmente sus propios interrogantes, si las máquinas o robots serán controladas por los humanos o pueden estos llegar a perder total o parcialmente el control sobre aquellos⁷⁸, generando incluso «robots-asesinos»⁷⁹, de modo que pudiera entonces imputárseles penalmente los daños causados por la comisión de un crimen aplicando la actual (o venidera) teoría del delito y de la pena⁸⁰, o, por el contrario, solo cabrá acudir al cumplimiento de una responsabilidad civil. La respuesta dependerá del estatus jurídico asignado a la máquina o robot, según su capacidad para pensar, aprender y decidir libremente (como persona física, jurídica, animal o cosa)⁸¹. Pues un Derecho específico para estas máquinas inteligentes o el reconocimiento de un estatus como sujetos de derechos formaría parte de una inteligencia artificial fuerte (o humanizada), aún inexistente, a pesar de que la Resolución del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2017 señalaba el desarrollo de máquinas inteligentes y autónomas con capacidad de ser entrenadas y tomar decisiones de forma independiente (cfr. Introducción, apartado G de dicha Resolución) y de robots asimilados cada vez más a agentes que interactúan con el

⁷⁴ GÓMEZ VALDEZ, «Si tan solo tuviera un cerebro. La inteligencia artificial frente al Derecho internacional», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN: *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, cit. pp. 178-179.

⁷⁵ En contra QUINTERO OLIVARES, cit. párrafos sexto y séptimo del segundo epígrafe («IA y peligrosidad criminal»): el deber de motivar las sentencias no se cumpliría con la transcripción o cita de una sentencia anterior sobre un caso parecido, mucho menos aún con el traslado de las conclusiones de un programa cibernético. Además, para que la defensa pudiera ejercer su función con toda su potencial argumentación, debería conocer todos los datos que han sido introducidos para elaborar al algoritmo, lo cual es imposible en la práctica.

⁷⁶ ABADÍAS SELMA, *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura “touch”*, cit. pp. 137 ss.

⁷⁷ La deontología profesional y la conciencia jurídica solo la puede facilitar un abogado humano, indica PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, «¿Puede la inteligencia artificial facilitar el ejercicio de la abogacía?», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN: *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, cit. p. 302 s. También sobre ello SOLAR CAYÓN, «Inteligencia artificial en la abogacía: el futuro ya está aquí», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN, cit. pp. 338 ss.; IRAZÁBAL ARANA, *La inteligencia artificial explicada para abogados*, cit. p. 38 s. y p. 178, en aras del aprendizaje de un lenguaje de programación para comunicarse con la máquina; SAIZ GARITAONANDIA, «Desmontando mitos y confirmando realidades», en *Revista del Consejo general de la abogacía española*, 2023, n.º 139, p. 32, siempre será necesario la supervisión posterior de un experto.

⁷⁸ Actuando contra la libertad del humano, su intimidad o su cualidad como trabajador, BARRIO ANDRÉS, cit. pp. 261, 268; BUSTOS RUBIO: «Automatización, robotización y delitos contra la seguridad y salud en el trabajo», en ABADÍAS SELMA /GARCÍA GONZÁLEZ, cit. p. 235 s.

⁷⁹ ABADÍAS SELMA, *Justicia juvenil...* cit. p. 107.

⁸⁰ Para algunos autores no hay dificultad en la actual teoría del delito para imputar responsabilidad penal a la persona física propietaria del robot, PALMA HERRERA, cit. p. 284 s., no planteándose el caso de la toma de decisión autónoma de la inteligencia artificial, salvo excepciones.

⁸¹ Santos González, en ABADÍAS SELMA, *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura “touch”*, cit. p. 35, no sería persona física a los efectos del art. 30 CC ni persona jurídica a los efectos del art. 31 bis CP ni animal, sino cosa (art. 333 CC). En línea similar LLEDÓ BENITO, *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad...*, cit. p. 85; a favor, como mejor solución, de considerarla como una persona jurídica y aplicar la doctrina sobre responsabilidad penal de esta, ZAMARRO BALLESTEROS, «Culpable, la IA», en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/culpable-la-ia/>, párrafo sexto. En cambio, partidario de una normativa específica para ellos, un «Derecho de los robots» o «derechos de los robots», LIÉBANA CÁRDENAS, «Voluntad superinteligente. Efectos de los avances del hardware», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit. p. 586. Sobre la capacidad socio-afectiva y educativa de los robots, ANDREU-PÉREZ, cit. p. 609 s, en aras de una inteligencia artificial responsable y sensible. Los humanoides como entidades a medio camino entre personas físicas y jurídicas, más cercanos a las primeras, ORTEGO RUIZ, cit. p. 181 s.

entorno y pueden modificarlo significativamente (Responsabilidad, apartado Z), a los que se podría atribuir una personalidad electrónica y hacerles responsables por sí mismos⁸². Ello en modo contrario a lo que estableciera después la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, centrando la responsabilidad en la persona que lo maneja⁸³.

Para algunos autores (ROMEO CASABONA⁸⁴), un «control humano significativo» debe ser el estándar de posicionamiento del ser humano ante cualquier tecnología disruptiva que pueda ser capaz de superarle y a fin de impedirlo. Una especie de responsabilidad en comisión por omisión cuando se crea un sistema de inteligencia artificial que implica riesgo de que este vaya aprendiendo y adquiriendo plena autonomía y con ello se generen peligros para bienes y derechos del individuo.

En los delitos dolosos, el sistema inteligente puede llegar a ser el arma o instrumento utilizado por el ser humano para lesionar el bien jurídico y cometer el delito (autoría mediata⁸⁵), siendo en este caso el usuario, diseñador, fabricante, homologador o propietario el responsable civil de su utilización (sin perjuicio de la acción de regreso -art. 1904 CC). En otras ocasiones lo será por no realizar las comprobaciones previas necesarias al comercializar un sistema inteligente autónomo o porque este la vaya adquiriendo a consecuencia de su experiencia tras su puesta en funcionamiento⁸⁶. Comprobado el daño procedería, además, la retirada del concreto sistema y todos los del mismo modelo para su reprogramación o destrucción.

Una responsabilidad civil objetiva (vicaria) y proporcionada al nivel de las instrucciones dadas (minimizando el riesgo) y al grado de autonomía de la máquina artificial, que conllevara un régimen de seguro obligatorio o de fondo de compensación a falta de seguro, podría completar dicho régimen⁸⁷. Se trataría de una especie de «culpa in singularitatem»: la máquina inteligente respondería por sí misma, con su capital propio o con un seguro contratado previamente por su propietario para indemnizar a sus potenciales víctimas⁸⁸.

⁸² Robots asistenciales o médicos. Indicaba que «independientemente del instrumento jurídico futuro que se escoja en materia de responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por robots en casos distintos a los perjuicios patrimoniales, dicho instrumento legislativo no debería en modo alguno limitar el tipo o el alcance de los daños y perjuicios que puedan ser objeto de compensación, ni tampoco limitar la naturaleza de dicha compensación, por el único motivo de que los daños y perjuicios hayan sido causados por un agente no perteneciente a la especie humana» (apartado 52). Se instaba así a «crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independientes».

⁸³ «Todas las actividades, dispositivos o procesos físicos o virtuales gobernados por sistemas de IA pueden ser técnicamente la causa directa o indirecta de un daño o un perjuicio, pero casi siempre son el resultado de que alguien ha construido o desplegado los sistemas o interferido en ellos; observa, a este respecto, que no es necesario atribuir personalidad jurídica a los sistemas de IA; opina que la opacidad, la conectividad y la autonomía de los sistemas de IA podrían dificultar o incluso imposibilitar en la práctica la trazabilidad de acciones perjudiciales específicas de los sistemas de IA hasta una intervención humana específica o decisiones de diseño; recuerda que, de conformidad con conceptos de responsabilidad civil ampliamente aceptados, se puede eludir, no obstante, este obstáculo haciendo responsables a las diferentes personas de toda la cadena de valor que crean, mantienen o controlan el riesgo asociado al sistema de IA» (introducción, 7).

⁸⁴ Cit. p. 60.

⁸⁵ LLEDÓ BENITO, *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad...*, cit. p. 90.

⁸⁶ BALLESTER CASANELLA, «Las diferentes formas en que se manifiesta la inteligencia artificial en la sociedad y en la economía», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit. p. 313. Sobre la posibilidad de apreciar el caso fortuito para estos supuestos, LLEDÓ BENITO, *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad...*, cit. p. 89, que si bien parece excluirlo en tanto este no se supedita a una acción humana (del programador, usuario, etc.), lo plantea como factible en la p. 108 cuando estos demuestran que sus instrucciones fueron correctas.

⁸⁷ MADRID, cit. pp. 96, 98 s.; LLEDÓ BENITO, *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad...*, cit. p. 79.

⁸⁸ LLANO ALONSO, «De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la inteligencia artificial», cit. p. 223; MONJE BALMASEDA, «Responsabilidad civil, robótica e inteligencia artificial», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA, cit. p. 261.

Para otros autores (LLANO ALONSO), la responsabilidad penal de la persona jurídica y los programas de cumplimiento o compliance aplicados a la robótica y a la inteligencia artificial podría hacerse efectiva respecto a los sistemas autónomos inteligentes y tecnologías conexas a través de la «personalidad mecánica o electrónica»⁸⁹. Y así, «machina delinquere potest»⁹⁰, tanto por los hechos dolosos que estos causen, como por los hechos imprudentes que sean debidos a un fallo del sistema por falta de información suficiente, por diseño defectuoso o por errores de programación o no previsión de riesgos no permitidos, sobre todo en riesgos invisibles⁹¹. Y aquí será clave la intervención de las autoridades administrativas y de aquellas normas que limiten a índices tolerables el uso de los sistemas inteligentes evitando una dilución de la responsabilidad⁹². De este modo, frente a los protocolos de gestión del riesgo de las personas jurídicas se implementarían otros que previnieran la toma de decisiones automatizadas y no validadas por parte del sistema inteligente, y que previamente pasaran por el control de una agencia externa acreditada que advirtiera de las revisiones y validaciones que debieran hacer los usuarios o empresas. Ello podría, no obstante, ir contra el propio sistema inteligente, implantar una constante función del ser humano de revisión y validación del mismo, ya que a base de revisar y determinar el margen de automatización asumible y la relajación de las medidas de control, aquel se haría cada vez más «confiable»⁹³.

En su vertiente contraria, y como contrapartida, la inteligencia artificial aunará estadística y tecnología en el análisis predictivo del delito conectando muchos más datos de los que actualmente manejan las Fuerzas de Seguridad del Estado y del orden público. Igualmente, será un elemento de auxilio a los jueces en el procedimiento de valoración de la prueba, adopción de medidas cautelares o elección del tratamiento penitenciario, con el riesgo de poder en ocasiones entrar en conflicto con los derechos fundamentales de los investigados. En el ámbito laboral, hace tiempo que ello ocurrió respecto a la averiguación de posibles delitos cometidos por el trabajador en el seno de la empresa, habiendo hecho esta uso de cámaras de vídeo-vigilancias, de análisis de dispositivos tecnológicos e informáticos (móviles, correos) o de instalación de aparatos de geolocalización y sistemas de posicionamiento de vehículos, que han colisionado con derechos del trabajador como su privacidad y secreto de sus comunicaciones⁹⁴. En la Administración de justicia, la propia LECr ya estableció un principio de especialidad que exige «que una medida esté relacionada

⁸⁹ LLANO ALONSO, «De máquinas y hombres...», cit. p. 210 y p. 222; MADRID, cit. p. 98, en una interdependencia entre el humano y el robot basada en la previsibilidad y la direccionalidad; MONJE BALMASEDA, cit. p. 239 y BALLESTER CASANELLA, cit. p. 318; LLEDÓ BENITO, *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad...*, cit. p. 79 y p. 114; ZAMARRO BALLESTEROS, cit. párrafo tercero; DEL ROSAL BLASCO, «¿El modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la inteligencia artificial?», en *Revista de Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance*, 2023, vol 2, p. 38.

⁹⁰ GIRALDI: «Deshumanizando la culpabilidad: los sistemas inanimados en la teoría del delito», en PERIS RIERA /MASSARO, *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias, Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze*, 2023, p. 141, refiriéndose además al concepto «culpabilidad deshumana», y no «deshumanizada», postulando dotar a los sistemas de inteligencia artificial de personalidad jurídica a través de la inscripción en registros públicos para que pueda plasmarse coherentemente su peculiar imputabilidad, así como restringir el área de lo penalmente relevante mediante la selección de un numerus clausus de hechos punibles a través de una cláusula extensiva genérica o la incorporación de tipos autónomos de aplicación exclusiva a los sujetos activos de nuevo cuño y el rediseño del sistema de las eximentes para adaptarlo a las exigencias ya no humanas. En cuanto a las penas aplicables, el apagado definitivo de la máquina (pp. 146 ss.).

⁹¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, cit. p. 182, riesgos no corporeizados o mantenidos en la sombra por el explotador. Riesgos que no serán fáciles de distinguir de aquellos otros irrenunciables, por entrar en el ámbito de lo permitido, BUSTOS RUBIO, cit. p. 246, mencionando a Quintero Olivares.

⁹² VIOLLIER / FISCHER, «La intervención humana como resguardo ante la toma de decisiones: implicancias éticas y jurídicas», en AZUAJE PIRELA (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, cit., pp. 166 s.

⁹³ ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN, cit. p. 66, entrando en un bucle sin salida.

⁹⁴MARTÍNEZ GALINDO: «Los derechos de los trabajadores frente a la ciberdelincuencia y sus eventuales responsabilidades», en ABADÍAS SELMA /GARCÍA GONZÁLEZ (coord.) cit. pp. 162 ss.

con la investigación de un delito concreto», no pudiendo «autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva» (art. 588 bis a)⁹⁵. Y ahora también, la propia Ley de inteligencia artificial considera de alto riesgo los sistemas de evaluación de riesgos predictivos de delitos o de reincidencia o relativos a la fiabilidad de las pruebas en una investigación o enjuiciamiento criminal, que se diseñarán y desarrollarán para que alcancen el nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad y así funcionen durante todo su ciclo de vida⁹⁶.

Asistimos, pues, a la pugna de dos vectores de fuerzas opuestas entre ciberdelincuentes y defensores de la legalidad en el uso de la inteligencia artificial para ver quién consigue anticiparse y superar al otro. Y eso hace que, ya como fuente de riesgos para fines ilícitos, ya como instrumento de lucha contra la criminalidad, esta denominada «gobernanza algorítmica»⁹⁷ se vaya lentamente imponiendo y reemplazando a los gestores humanos en cada vez más sectores de la sociedad sin apenas ser conscientes de ello.

5. CONCLUSIONES

La denominada cuarta revolución industria vino para quedarse, erigiéndose en una herramienta multifuncional como la de ser un mecanismo de lucha contra la cibercriminalidad y de auxilio a la justicia.

El impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales de la persona y la búsqueda del adecuado equilibrio entre ambos, con la aparición incluso de nuevos derechos (neuroderechos), supuso comenzar a legislar aprobándose en 2024 el reglamento que ha marcado un punto de referencia e inflexión en Europa. Pero poco o nada ha previsto sobre los regímenes de responsabilidad por el uso de máquinas y algoritmos, y, en concreto, sobre si asistiremos a un nuevo derecho penal de la inteligencia artificial en el que a modo de lo que sucedió con la persona jurídica se pueda afirmar que «machina delinquere potest» o la existencia de una «personalidad electrónica» responsable.

En cualquier caso, inteligencia no implica necesariamente sabiduría, y una inteligencia artificial podrá ser rica y sofisticada en tecnología pero no podrá hacer justicia, ni poseerá humanidad, sensibilidad o la capacidad de reflexión que tiene el humano⁹⁸. Probablemente todos alguna vez hemos preferido una atención personalizada al realizar una gestión con un sistema informático ante las dificultades que una comunicación estereotipada y rígida entrañaba; y todos también alguna vez hemos sentido un trato mecanicista de un funcionario que lejos de facilitarnos empáticamente la información correcta que necesitábamos actuaba de manera automática como pudiera haberlo hecho un robot⁹⁹. El

⁹⁵ Se trata de normas exhaustivas en la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos (arts. 588 ter-588 septies), así como otros que vayan apareciendo en el futuro. Cfr. NAVA GARCÉS, cit. p. 444, detección de anomalías, estadísticas convencionales, análisis de redes, procesamiento de datos en tiempo real, o minería de datos y aprendizaje automático.

⁹⁶Asuntos relacionados con la aplicación de la ley, Título III, arts. 15 y 13, Anexo III y art. 6.

⁹⁷ RIVERO ORTEGA, cit. p. 79.

⁹⁸ NOWOTNY, cit. pp. 13, 19, 23 30; DEL MORAL GARCÍA, «Justicia penal e IA», conferencia de inauguración, *IIª Semana de la inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 21 de octubre de 2024.

⁹⁹ El propio art. 22.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE establece que «todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar».

Y en todo caso, «como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión». Cfr. MONTORO SÁNCHEZ, cit. p. 176 s, derecho a no ser objeto de una decisión basada en un tratamiento automatizado; FERNÁNDEZ-ALLER / SERRANO PÉREZ: «¿Es posible una inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos?», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2022, 45, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/123591/1/Doxa_45_11.pdf, p. 320 s.

temor a que una excesiva automatización acabe en un proceso cada vez más deshumanizador hará difícil alcanzar ese equilibrio que algunos denominan «humanismo digital»¹⁰⁰. Asimismo, el hecho de que ante la comisión de infracciones vulneradoras de derechos fundamentales la responsabilidad civil o penal pueda quedar dificultada o diluida, más aún si cabe que cuando esta se dirige contra multinacionales o grandes corporaciones, hace que nos enfrentemos con recelo y expectación a esta nueva revolución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADÍAS SELMA, Alfredo: «¿Hacia un delito de discriminación laboral tecnológica?. Exégesis del artículo 314 del código penal en tiempos de la “cultura touch”», en ABADÍAS SELMA, Alfredo /GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo (coord.): *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, 2022, Atelier, Barcelona, pp. 185-231.

ABADÍAS SELMA, Alfredo: *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura “touch”*, 2022, Valencia, Tirant lo Blanch.

ALZAMORA, Jorge: «Inteligencia artificial e inteligencia humana, una distinción necesaria», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 37-48.

ANDREU-PÉREZ Y OTROS: «Avances científicos tecnológico de inteligente artificial responsable», en LLEDÓ YAGÜE/BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA/LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 593 -615.

ARELLANO TOLEDO, Wilma: *Derecho, ética e inteligencia artificial*, 2023, Valencia, Tirant lo Blanch (Prólogo de Barrio Andrés).

AZUAJE PIRELA, Michelle: «Inteligencia artificial y nuevo escenario internacional», 2022, en https://issuu.com/apuntesinternacionales/docs/v2_-_revista_diplomacia_145_-_210122/s/14610180.

AZUAJE PIRELA, Michelle / FINOL GONZÁLEZ, Daniel: «Aproximaciones a la noción de inteligencia artificial y otros conceptos vinculados con ella», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 19-33.

BALLESTER CASANELLA, Blanca: «Las diferentes formas en que se manifiesta la inteligencia artificial en la sociedad y en la economía», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA/LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 303-331.

BARRIO ANDRÉS, Moisés: «Hacia un derecho de los robots: los principios generales de la *lex robótica*», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 251-270.

BEDECARRATZ SCHOLZ, Francisco Javier / ARAVENA FLORES, Marcos Antonio: «Principios y directrices éticas sobre inteligencia artificial», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 204-218.

¹⁰⁰ NOWOTNY, cit. p. 22.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, 2023 Aranzadi, Navarra.

BUSTINCE SOLA, Humberto: «Caminos hacia la superinteligencia (emulación de cerebro humano)», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA: *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 545-572.

BUSTOS RUBIO, Manuel: «Automatización, robotización y delitos contra la seguridad y salud en el trabajo», en ABADÍAS SELMA, Alfredo /GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo (coord.): *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, 2022, Atelier, Barcelona, pp. 233-260.

CAMPIONE, Roger: «Inteligencia artificial y derechos fundamentales», *Semana de la Inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 23-27 de octubre de 2023, decimosexta mesa, https://tv.us.es/media/SEMANA%20DE%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL.%20DECIMOSEXTA%20MESA./1_dmx7wpwp .

CONTRERAS, Pablo /SOTO, Karina: «Reconocimiento facial, ética e inteligencia artificial», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 117-132).

CORNEJO PLAZA, M^a Isabel / GUIÑAZÚ, M^a Flavia: «Límites éticos y legales (neuroderechos) a la utilización de las interfaces cerebro-computadora (BCIS) para aumentar las capacidades cognitivas», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 101-115.

DE ASÍS PULIDO, Miguel: «Derecho al debido proceso e inteligencia artificial», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, Navarra, Aranzadi, 2021, pp.67-89.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: «¿El modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la inteligencia artificial?», en *Revista de Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance*, 2023, vol. 2, <https://www.redepec.com/wp-content/uploads/pdf/el-modelo-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-jur-dicas-para-los-da-os-punibles-derivados-del-uso-de-la-inteligencia-artificial-3098.pdf> .

ELENA ORTEGA, José Manuel: «La singularidad tecnológica:¿mito o nueva frontera de lo humano?», file:///C:/Users/PC2_2010/Downloads/pdf-2.pdf .

ESTEPA ALONSO, A.: «Ciberseguridad y Ciberdelitos»,*Semana de la Inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 23-27 de octubre de 2023, sexta mesa, https://tv.us.es/media/SEMANA%20DE%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL.%20SEXTA%20MESA./1_a6wumac2 .

FERNÁNDEZ-ALLER, Celia / SERRANO PÉREZ, M^a Mercedes: «¿Es posible una inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos?», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2022, 45, pp. 307 ss., en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/123591/1/Doxa_45_11.pdf .

FERRÉ, Xavier, «Cómo la inteligencia artificial está cambiando la ciberdelincuencia», 2023, en <https://www.economista.es/economia/noticias/12289891/05/23/como-la-inteligencia-artificial-esta-cambiando-la-ciberdelincuencia.html> .

FLORENCIA SUÁREZ, María: «El dilema del tranvía. Cuarta revolución industrial. Ética del algoritmo. IA en vehículos. Causas de justificación», en *Revista Pensamiento Penal* 2022, n.º. 445, <https://www.studocu.com/bo/document/universidad-mayor-de-san-andres/derecho-penal/inteligencia-artificial-y-derecho-penal/64449088> .

GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Panorama legislativo de la inteligencia artificial en la Unión europea», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA/LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 265-302.

GIRALDI, Angelo: «Deshumanizando la culpabilidad: los sistemas inanimados en la teoría del delito», en PERIS RIERA /MASSARO, *Derecho penal, inteligencia artificial y neurociencias, Diritto penale, intelligenza artificiale e neuroscienze*, 2023, Roma Trepress, pp. 129-158.

GÓMEZ VALDEZ, Manuel A.: «Si tan solo tuviera un cerebro. La inteligencia artificial frente al Derecho internacional», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, pp.169-181.

GONZÁLEZ PULIDO, Irene: «El uso de la inteligencia artificial generativa en la investigación de la ciberdelincuencia de género: ante el auge de los deepfakesp», en *IUS ET SCIENTIA*, 2023, Vol. 9, N.º 2, pp.158-180, <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/24691/22096> .

IRAZÁBAL ARANA, Elen: *La inteligencia artificial explicada para abogados*, 2023, Madrid, La Ley.

JURI, Yamila Eliana: «La gobernanza de los datos», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 189-201.

KISSINGER, Henry A. / SCHMIDT, Eric / HUTTENLOCHER, Daniel: *La era de la inteligencia artificial y nuestro futuro humano*, 2021, Anaya, Madrid.

LASSALLE, José M^a: *Civilización artificial. Sabiduría o sustitución: el dilema humano ante la IA*, 2024, Barcelona, Arpa.

LAUKYTE, Migle: «Dignidad humana y nuevos derechos: el derecho a la inteligencia artificial», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, pp. 183-199.

LIÉBANA CÁRDENAS, J.L.: «Voluntad superinteligente. Efectos de los avances del hardware», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA /LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 573-592.

LLANO ALONSO, Fernando: «De máquinas y hombres. Tres cuestiones ético-jurídicas sobre la inteligencia artificial», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, pp. 201-234.

LLANO ALONSO, Fernando: «La Ley europea de inteligencia artificial», *Diario Sevilla, Tribuna*, 2024, https://x.com/Derecho_US/status/1785378979408392683 .

LLEDÓ BENITO, Ignacio: *El derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad: desafíos éticos y jurídicos. ¿hacia una distopía?*, 2022. Madrid, Dykinson.

LLEDÓ BENITO, Ignacio: «Visión del Derecho penal en relación con la robótica, IA y ciberdelincuencia», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA/LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 149-196.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «Realidades y disrupciones en torno al robot inteligente (el futuro del hombre quebradizo)», en LLEDÓ YAGÜE/BENÍTEZ ORTÚZAR/MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA/LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 25-78.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Hernán: «Transhumanismo: ¿qué tan ética resulta la evolución?», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 69-86.

LÓPEZ-ONETO, Marcos: *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial ¿Queremos seguir siendo humanos?*, 2020, Tirant, Valencia.

MADRID, Raúl: «Las máquinas y la agencia moral», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 87-100.

MAGDALENA LAYAS, L.: «¿Por qué debería confiar en ti (máquina)?», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR/ MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA/LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson pp. 617-641.

MARTÍNEZ GALINDO, Gema: «Los derechos de los trabajadores frente a la ciberdelincuencia y sus eventuales responsabilidades», en ABADÍAS SELMA /GARCÍA GONZÁLEZ (coord.): *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, 2022, pp. 159-183.

MONJE BALMASEDA, Óscar: «Responsabilidad civil, robótica e inteligencia artificial», en LLEDÓ YAGÜE/ BENÍTEZ ORTÚZAR /MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA/LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 239-264.

MONTORO SÁNCHEZ, J.A.: «Implicaciones relativas al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal por el uso de la inteligencia artificial en el proceso penal», en IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS (coord.): *Inteligencia artificial: los derechos humanos en el centro*, 2023, Madrid, Dykinson.

MORENO CATENA, V.: «Reflexiones en torno al borrador de la Ley de IA de la Unión Europea», *Semana de la Inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 23-27 de octubre de 2023, conferencia de clausura, https://tv.us.es/media/SEMANA%20DE%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL.%20CONFERENCIA%20DE%20CLAUSURA./1_t41mp2g4.

MORENTE PARRA, Vanesa: «La inteligencia híbrida: ¿hacia el reconocimiento y garantía de los neuroderechos?», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, pp. 259-277.

NAVA GARCÉS, A.E.: «La regulación de la inteligencia artificial y el Derecho penal», en ARELLANO TOLEDO, Wilma: *Derecho, ética e inteligencia artificial*, 2023, Valencia, Tirant lo Blanch (Prólogo de Barrio Andrés).

NOWOTNY, Helga: *La fe en la inteligencia artificial. Los algoritmos predictivos y el futuro de la humanidad*. Trad. Alfred Bosch Barcelona, 2022, Ed. Galaxia Gutenberg.

ORTA PÉREZ, «*Metaverso y empresa*», *Semana de la Inteligencia artificial*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 23-27 de octubre de 2023, décima mesa, https://tv.us.es/media/SEMANA%20DE%20LA%20INTELIGENCIA%20ARTIFICIAL.%20D%C3%89CIMA%20MESA./1_i8axkaw2.

ORTEGO RUIZ, M.: *La personalidad jurídica internacional de los robots*, 2022, Valencia, Tirant lo Blanch.

PALMA HERRERA, J.M.: «Inteligencia artificial y lucha contra la delincuencia. Potencialidad y peligros en el mundo global», en LLANO ALONSO / GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, pp. 279-293.

PANIAGUA ALARIO, Ana M^a: «Análisis de la primera ley integral sobre inteligencia artificial en el mundo», Blog Prodat, 5 de febrero de 2024, <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/nuevas-tecnologias-blogs/blog-prodat/analisis-de-la-primera-ley-integral-sobre-inteligencia-artificial-en-el-mundo-2024-02-05/>.

PÉREZ DEL PRADO, Daniel: *Derecho, economía y digitalización: el impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, 2023, Valencia, Tirant lo Blanch.

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C.: «¿Puede la inteligencia artificial facilitar el ejercicio de la abogacía?», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, pp. 295-303.

PLAZA PANADÉS, Javier: «Claves del futuro Reglamento (Ley) de Inteligencia Artificial de la UE», en *Las claves de la futura Ley de Inteligencia Artificial Europea*, 2024, ed. Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Inteligencia artificial, peligrosidad y derecho penal», 2023, en <https://almacenederecho.org/inteligencia-artificial-peligrosidad-y-derecho-penal>.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio: *Inteligencia artificial y derechos fundamentales*, 2023, Madrid. Dykinson.

REMÓN, Enrique / FRÖHLINGS DORF, Javier: «La IA exige una respuesta clara por parte de nuestro derecho penal», 2023, en <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2023/06/29/649d6eaf468aeb9c768b4608.html>.

RIVERO ORTEGA, Ricardo: *Derecho e inteligencia artificial: cuatro estudios*, 2023, Santiago de Chile, ed. Olejnik.

ROMEO CASABONA, Carlos M^a /RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles (eds.): *Derecho penal, ciberseguridad, cibercrimitos e inteligencia artificial. Volumen II, Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, 2023, Comares, Granada.

ROUHIAINEN, Lasse: *Inteligencia artificial. 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, 2018, Barcelona, Ed. Planeta.

RUSSELL, Stuart J./ NORVIG, Peter: *Inteligencia artificial. Un enfoque moderno*, 2008, 2ª ed. Madrid, Pearson Educación. Trad. Corchado R., Martín R., Castillo Sanz y Díez Plata.

SAIZ GARITAONANDIA, Alberto: «Desmontando mitos y confirmando realidades», en *Revista del Consejo general de la abogacía española*, 2023, n.º. 139, pp. 30 ss.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro: «Inteligencia artificial, control y nuevos marcos normativos en la Unión europea», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, pp. 307-330.

SERRANO PÉREZ, M.M. / FERNÁNDEZ ALLER, C.: «Derecho constitucional e inteligencia artificial», en LLEDÓ YAGÜE / BENÍTEZ ORTÚZAR / MONJE BALMASEDA (directores) y CRUZ BLANCA/LLEDÓ BENITO (coord.): *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la inteligencia artificial 4.0 (Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes)*, 2021, Madrid, Dykinson, pp. 487-544.

SOLAR CAYÓN, José I.: «Inteligencia artificial en la abogacía: el futuro ya está aquí», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN, (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital* 2021, pp. 331-363.

VANTIN, Serena: «Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio», en LLANO ALONSO /GARRIDO MARTÍN, (editores): *Inteligencia artificial y derecho: el jurista ante los retos de la era digital*, 2021, pp. 367-384.

VIOLLIER, Pablo / FISCHER, Emma: «La intervención humana como resguardo ante la toma de decisiones: implicancias éticas y jurídicas», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 151-169.

ZAMARRO BALLESTEROS, Ricardo: «Culpable, la IA», 2023, en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/culpable-la-ia/>.

ZARAGOZA, Juan: «Una nueva humanidad», en https://www.facebook.com/Doctorinakinpinuel/videos/719919290185071/?_rdr (09.11.2023).

ZAROR MILLARES, Danielle: «¿Por qué resulta tan problemático legislar la tecnología?», en AZUAJE PIRELA, Michelle (coord.): *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, 2023, La Ley, Madrid, pp. 237-250.

ALGUNAS “IDEAS FUERZA” PARA UNA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA MÁS OPERATIVA ANTES QUE PRÁCTICA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Michael Fernando Remigio Quezada (*)¹
Edgar Iván Colina Ramírez ²

Fecha de recepción: 30/09/2024

Fecha de aceptación: 17/11/2024

RESUMEN: Determinar judicialmente la pena exige previamente la construcción de un concepto operativo que permita identificar los diferentes elementos y/o criterios que componen la semántica de esta institución jurídica con el propósito de alcanzar una decisión revestida de justicia en el marco de la jurisdicción penal bajo la siempre materialización vigente de los principios legitimadores del poder coercitivo estatal, de esta forma, es fructífero el equilibrio necesario entre la función de necesidad y merecimiento de pena junto a las modernas teorías de la determinación judicial de la pena que se encuentran en un deber de armonía en todo Estado de Derecho.

ABSTRACT: The judicial determination of the penalty requires previously the construction of an operative concept that allows the identification of the different elements and/or criteria that compose the semantics of this legal institution with the purpose of reaching a decision with justice in the framework of the criminal jurisdiction under the always current materialization of the legitimizing principles of the state coercive power, in this way, the necessary balance between the function of necessity and deservedness of penalty together with the modern theories of the judicial determination of the penalty that are in a duty of harmony in every State of Law is fruitful.

PALABRAS CLAVE: individualización, *quantum*, espacio punitivo, arbitrio judicial, pena puntual.

KEYWORDS: individualization, quantum, punitive space, judicial discretion, punctual penalty.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La determinación judicial de la pena: la necesidad de un concepto operativo; 2.1. Alcances de la determinación de la pena; 2.2. Etapas de la determinación judicial de la pena; 3. Principios legitimadores de la determinación judicial de la pena; 4. Teorías de la determinación judicial de la pena y esquemas operativos para determinar la pena; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

(*) El presente artículo es dedicado a Michael Emiliano fuente de amor, motivo de superación y artífice de este primer contacto académico con Europa.

¹ Abogado por la Universidad César Vallejo (Perú). Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales por la Universidad de Sevilla. Doctorando en Derecho por la Universidad de Sevilla. Maestría en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Docente de Posgrado en la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de Universidad César Vallejo en los cursos de Argumentación Jurídica y Litigación Oral. Miembro y Excoordinador General de la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal de la Sociedad Peruana Derecho. Conferencista nacional en temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Abogado Litigante.

² Profesor Contratado Doctor. Universidad de Sevilla.

1. INTRODUCCIÓN

La determinación judicial de la pena es un tema que reviste importancia por su operatividad técnica y conceptualización jurídica que demanda, y es interesante por las novísimas cuestiones que incorpora en el Derecho Penal sustantivo en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito.

En el caso de Perú, el Código Penal de 1991 cuenta con varios anteproyectos y diferentes proyectos de reforma punitiva que, por diferentes razones, no se han institucionalizado en la legislación, no obstante, todos estos hacen el esfuerzo por involucrarse con el desarrollo de las instituciones jurídico-penales olvidadas por la doctrina penal, y, por aquellas que requieren una profunda reflexión sobre su legitimidad y continuidad en el seno del Derecho Penal.

Así, en los estudios del Derecho Penal Parte General la doctrina se ha interesado en estudiar profundamente las categorías del delito, sin embargo, poco interés, se ha dedicado al estudio de la teoría de la pena, prueba de ello es el incipiente análisis realizado a la institución jurídica de la determinación judicial de la pena que soporta una irrisoria doctrina sobre la materia impidiendo la existencia de eslabones doctrinarios o conceptos técnicos sentados que traducidos en una pregunta equivaldrían hoy a responder, sin lugar a dudas, qué es el delito.

Empero, en las últimas décadas cuando nos vinculamos a la idea de pena o fines de la pena encontramos una variedad de teorías filosóficas, sociológicas y jurídicas que intentan construir un concepto, buscando uniformizar las diferentes acepciones advertidas en el marco de cada corriente que recoge la noción de sanción en el Derecho Penal. Por ende, actualmente la comunidad académica interesada en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito se ha preocupado por brindar el interés necesario a las diversas instituciones jurídicas relacionadas a la pena.

En ese orden de ideas, en las siguientes líneas intentaremos acercarnos al estudio de la determinación judicial de la pena en el vigente código penal peruano desarrollando de forma esquemática los principales tópicos que, permitan establecer, a modo de “*ideas fuerza*” el contenido jurídico de las instituciones vinculadas a la individualización de la sanción penal, para ello, iniciaremos con la proyección de un concepto operativo de determinación judicial de la pena útil para la función judicial de individualización de la sanción, luego, analizaremos la función de los principios que coactan la legitimidad judicial de imponer una pena como límites a la arbitrariedad judicial, así, finalmente, en el marco de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales examinaremos la intervención de los métodos técnicos-jurisdiccionales en la determinación de la sanción penal, así como, la necesaria vinculación de una teoría de los fines de la pena con la teoría de la determinación judicial de la pena que mejor se ajuste a las condiciones operativas de la legislación peruana a fin de alcanzar la imposición de una pena concreta y justa.

2. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO OPERATIVO

El profesor Armin Kaufmann en una de las obras más importantes sobre el estudio de las normas, haciendo referencia al verdadero carácter de la ley penal señalaba que, el derecho penal significa también deber penal y en la actualidad el Estado es el único autorizado a imponer penas, por tanto, el deber penal legal no puede cumplirse de manera inmediata, por esta razón la ley penal no es una norma dirigida al juez, a las autoridades encargadas de ejecutar la pena o al Jefe del Estado, sino solo la razón obligante para el dictado de tales normas en servicio de la realización de la ley penal³.

Ante ello, es esa razón obligante en la determinación judicial de la pena que por su naturaleza debe proyectar claridad semántica en el concepto para que esa discreción de sanción, únicamente recogida por el Estado, permita identificar los motivos, procedimientos, y efectos de la imposición de una sanción en el Derecho Penal.

³ KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. 1ª ed., Buenos Aires, 1977, pág. 19

A decir verdad, muchas definiciones se han propuesto en la doctrina intentando circunscribir cabalmente la individualización de sanción en sus términos, también se ha procurado hacer el esfuerzo de evacuar conceptos descriptivos que encierren todos los márgenes de la determinación de la pena desde una función práctica y/o empírica, empero, muchas de estas opciones relajan el contenido operativo que necesita una institución jurídica vinculada a la imposición de una sanción penal.

Es así que, desde una acepción lata, se han propuesto embrionariamente conceptos que intentan recoger las principales ideas sobre la materia, señalando que la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito⁴. Sin duda alguna, esta acepción nos muestra amplia concreción en el significado de la institución vinculándola a la exclusiva determinación de las diferentes consecuencias de un delito, lo que manifiesta un sentido restrictivo o limitado de la actividad judicial al momento de imponer la sanción penal.

Por otro lado, la determinación judicial de la pena tiene como función identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito⁵; al respecto, la definición esbozada por el supremo magistrado peruano tiene como norte la funcionalidad de la determinación de la sanción, es decir, propone un concepto desprendido y contextualizado en el marco del último de los juicios de valor realizados por los jueces al momento de emitir una sentencia penal condenatoria, esto es: i) juicio de subsunción, ii) declaración de certeza e iii) individualización de la sanción; en otras palabras, refugia el estudio de la determinación de la pena al momento último por el que atraviesa la construcción de una sentencia penal.

Sobre lo expuesto, consideramos que armonizar la definición de individualización o determinación de la pena resulta una labor estéril e impermeable dogmáticamente por la condición sustantivamente amplia que denotan las figuras que se encuentran en su interior, no obstante, la operatividad anhelada en el concepto de individualización de la pena no únicamente debe responder a las características de aplicación de la pena, sino también, su estructura debe hallarse vinculada a los propósitos o fines de la pena⁶ que responden a las razones epistemológicas de su imposición en el marco del castigo penal con lo cual se determina el espíritu de su conminación y merecimiento para lograr, de esta forma, consonancia entre el objeto (merecimiento de pena) y móvil (fin de la pena) en la determinación o individualización de las sanciones punitivas.

Al respecto, aun con la complejidad que la materia transmite para llenar de contenido el concepto de individualización o determinación judicial de la pena resulta trascendente destacar una de las acepciones particulares que introduce criterios de operatividad en la definición de la aplicación de la pena, cuando señala que con la determinación judicial de la pena se pone a disposición del juez un espacio de juego, o marco penal, donde en este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal⁷; posición que permite alcanzar significado e importancia a los factores que se hallaran al interior del ejercicio de determinación de la sanción los cuales permiten la graduación de la pena dentro de los marcos punitivos establecidos por la ley penal sustantiva.

Sin embargo, conforme lo señalamos, la construcción del concepto sobre la determinación judicial de la pena es una difícil tarea que por su complejidad no ha encontrado uniformidad en el tiempo,

⁴ ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 1ª ed., Buenos Aires, 1996, pág. 23

⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. 1ª ed., Lima, 2010, pág. 130

⁶ Un estudio programático de las diferentes teorías de la pena encontramos en DONNA, Sebastián A. *Las teorías de la pena. Un análisis jurídico-económico*. 1ª ed., Buenos Aires, 2021, págs. 69-144

⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 1ª ed., Salamanca, 1999, págs. 41-42

y la judicatura peruana no es ajena a esta idea, puesto que, los intentos por cubrir todas las áreas de practicidad que permitan llevar a la realidad su definición terminan, muchas veces, confundiendo al operador jurídico con la entrega de nociones equívocas sobre la naturaleza de la materia estudiada⁸.

El análisis conceptual de la determinación judicial de la pena enseña que las carentes ideas sólidas sobre su definición y características principales consiguen en el operador jurisdiccional cometer errores que no únicamente se limitan a la comprensión de la graduación de responsabilidad, sino también, conllevan a la inutilidad científico-operativa del tema provocando de esta manera el desinterés por la esquematización de imponer una pena justa en el marco de un procedimiento penal que exige individualizar la sanción.

Por ello, no le faltó razón a Beristain cuando señalaba que el fin de la pena ha preocupado siempre hondamente a todos los hombres de espíritu, ninguna queja produce vibración tan íntima en las personas que todavía – aun en nuestro siglo de la automatización – no han perdido la facultad de reflexionar, como la que la que callada, pero continuamente, brota de las prisiones donde yacen miles de hombres, sepultados vivos por otros hombres, en nombre de la justicia, en nombre de la libertad⁹.

En ese contexto, consideramos indispensable precisar que las dificultades dogmáticas por las que atraviesa la institución jurídica de la determinación judicial de la pena empezarán a desvanecerse partiendo de la construcción de un concepto siempre operativo sobre sus aristas internas, y no empírico reduciendo su esfera a la mecanización de la practicidad jurisdiccional, por eso, asentimos con que la determinación o individualización judicial de la pena no es más que una concreción de la teoría de los fines de la pena, y esto es así, pues las reglas de dosimetría penal no resuelven toda la compleja cuestión de la determinación de la pena¹⁰.

La doctrina mayoritaria asigna relevancia directa a los fines del castigo en sede de determinación judicial de la pena y, si bien desde enfoques divergentes, concibe que la magnitud exacta de castigo imponible depende de los fines de la pena concurrentes y de la forma en que se resuelvan las antinomias entre dichos fines. Ello significa que los fines del castigo ostentarían una incidencia primordialmente ordinal en la configuración judicial de la pena: el juzgador sustentaría en ellos – tratándose de fines retributivos o preventivos (especiales o generales) – sus juicios valorativos conducentes a recorrer la escala legal de castigos en toda su extensión y a fijar la cuantía final de punición imponible¹¹. Lo afirmado se puede ilustrar con claridad a partir de referencias sucintas a diversas teorías de la determinación judicial del castigo.

En otras palabras, la edificación de una definición nutrida de operatividad dogmática penal de la individualización de la pena debe estar en clave, no solo con el posicionamiento de sus criterios de

⁸ Este escenario es advertido en la ponencia de un ex magistrado supremo peruano cuando intentando definir a la determinación judicial de la pena señaló que “(...) *La determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga, es una decisión de carácter político criminal (...) En síntesis, la determinación de la pena es toda decisión político criminal tendiente a definir la calidad y el quantum de la pena abstracta o concreta por la comisión de un hecho punible*”. Definitivamente, la acepción brindada se sienta sobre la ambigüedad e imprecisión de los conocimientos técnicos en la individualización judicial de la pena. Esta intervención fue con ocasión del Seminario Taller: Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena celebrado los días 01 y 02 de junio de 2007 en Lima – Perú. Se puede encontrar la ponencia completa en: FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. “La determinación judicial de la pena y el Anteproyecto del Código Penal de 2004”. En *Nuevos Criterios para la determinación judicial de la pena*. Centro de Investigaciones Judiciales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú. Lima, 2007, págs. 135-144

⁹ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Fines de la pena (importancia, dificultad y actualidad del tema)*. 1ª ed., Madrid, 1962, pág. 3

¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. 1ª ed., Montevideo, 2007, pág. 677

¹¹ BASSO, Gonzalo J. “Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo”. En *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Madrid, 2019, págs. 1328-1338.

dosimetría o medición punitiva, es decir, sus reglas para mover el *quantum* de la sanción, sino sobre todo con los propósitos de imposición de la pena, es decir, merecimiento y finalidad, dado que, sólo de esta forma el operador penal puede recoger y materializar las ideas sobre una metodología de imposición de la pena que permita identificar no solo cada instituto sustantivo al interior de esta, sino el espíritu de su naturaleza, intervención y propósitos en la individualización de la responsabilidad penal los cuales, en las últimas décadas, no han merecido la atención suficiente por parte de la academia penal.

De acuerdo con esta idea, en la legislación peruana, consideramos que las normas relativas a la determinación judicial de la pena deben interpretarse en la línea de una teoría retribucionista de la pena. Bajo ese argumento, es importante precisar que la pena viene a ser la constatación de la realización por el delincuente de la descripción abstracta de la ley penal, pues el juzgador al establecer la cantidad de pena únicamente piensa en las reglas que establece el método para determinar la sanción, y no si dicha pena concreta será la adecuada para que se resocialice el delincuente¹².

Por tanto, dentro de las diferentes teorías que cubren el manto de la finalidad de la pena comulgamos con la corriente retribucionista señalando que se ajusta adecuadamente a los propósitos de la individualización de la sanción penal permitiendo identificar una suerte de concepción operativa que coadyuva en la labor técnica – jurisdiccional, máxime, conforme lo veremos en los apartados posteriores, las últimas tendencias en la individualización judicial de la pena dentro del Derecho Penal peruano y sus diferentes reformas legislativas, así como, jurisprudenciales, denotan que el retribucionismo de la pena reza con los mecanismos de aplicación judicial de la pena.

Así las cosas, esta postura busca desterrar en el plano de la individualización judicial de la pena a las corrientes preventivas y proponemos reubicarlas en el marco del Derecho Penitenciario, permitiendo de esta manera restringir el margen de acción de la determinación judicial de la pena, estrictamente, sobre conceptos penales o punitivos, y no extrapenales o administrativistas que lo único que hacen es elongar la visión puramente sustantiva de la imposición de una sanción en el Derecho Penal peruano.

Ahora bien, determinada la vinculación existente entre la determinación judicial de la pena y la teoría sobre los fines de la pena que mejor se adecue al modelo o esquema de determinación de la sanción en la legislación peruana, es menester gestar una aproximación conceptual sobre el tema indicando que la determinación judicial de la pena es un *procedimiento especial técnico, valorativo y judicial, muestra de la criminalización penal secundaria, establecido en la ley penal sustantiva, el cual prescribe la identificación, cuantitativa y cualitativa de la sanción penal dentro de un marco o espacio punitivo graduable por determinadas circunstancias modificativas, extendiendo su ámbito de aplicación sobre las alternativas o mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena para el sujeto considerado como autor o partícipe en la comisión de un determinado delito*.

Definitivamente, la actividad judicial en el procedimiento de individualizar la pena posee como objetivo alcanzar la sanción justa con el máximo respeto de las garantías sustantivas relacionadas a las consecuencias jurídicas del delito; sin duda, esta labor operativa y técnica descansa en la discrecionalidad de los operadores jurídicos como manifestación de la administración de justicia.

Finalmente, es importante considerar que el esquema conceptual brindado para la determinación judicial de la pena debe proyectarse sobre la base de un análisis conjunto de las diversas instituciones vinculadas a la individualización de la sanción penal, las cuales comentaremos en los siguientes apartados intentando diseminar una teoría general que permita la imposición de una pena justa bajo el respeto de los principios generales legitimadores de la intervención punitiva.

¹² CANCHO ESPINAL, Ciro. *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. 1ª ed., Lima, 2017, pág. 58

2.1. Alcances de la determinación de la pena

Luego de haber hallado una definición sobre la determinación o individualización judicial de la pena es importante sumergirnos en el alcance de este concepto; pues la acepción técnica – valorativa de la dosificación penal no se detiene en su abstracción, sino avanza en la operatividad de la institución descrita, pues únicamente demostrando su utilidad y eficacia ratificaremos nuestra contribución con la teoría de las consecuencias jurídicas.

Es así que para comprender el alcance del concepto operativo de determinación de la pena es importante reflexionar sobre las primeras ideas que aterrizan en el cumplimiento y duración de la pena, dado que, para comprender realmente qué significa la pena de prisión calculada en el tiempo, debemos comprender qué es este tiempo que la pena emplea. Los penalistas suelen considerar que se trata de un tema abstracto y sólo marginalmente vinculado con los problemas que les preocupa, pero no hay que olvidar que el tiempo es mucho más que el gran tema de la filosofía, es también el gran tema de la ciencia, de la religión, de la mitología, de la historia. Y así como ninguna de estas disciplinas ha pretendido ignorar la reflexión que la filosofía dedica al tiempo, tampoco el derecho penal puede ignorarla¹³.

En esa línea, no falta razón, cuando al analizar el nivel de importancia de la individualización de la pena se sostiene que no existe en la doctrina una teoría plenamente desarrollada de la individualización penal lo que ha conducido, en la práctica, a una crisis del sistema de determinación de la pena y a una profunda inseguridad en esta materia¹⁴.

Determinar la pena no es únicamente un acto jurisdiccional que tenga alcance matemático, tampoco debe concebirse a la operación jurídica de la individualización de la sanción como una técnica basada en la aritmética por el simple razonamiento de graduar el *quantum* de pena dentro de los márgenes punitivos establecidos por el legislador. La dimensión cuantitativa y cualitativa de la determinación de la pena enfoca un mayor alcance sobre la aplicación de la ley penal sustantiva.

En particular, el Código Penal peruano prescribe un sistema de penas las cuales se encuentran positivizadas en cada tipo penal de la Parte Especial, esto adquiere relevancia pues la relación entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal responde a una relación lógica necesaria pues la primera parte estudia sus fundamentos, la teoría general del delito, y las consecuencias jurídicas del delito, mientras que la segunda parte estudia las infracciones y sanciones específicas, es decir, una coadyuva con la otra. Esta división tiene un valor didáctico y pedagógico, pues ambos sectores del Derecho Penal no se hallan desconectados entre sí, sino que se exigen mutuamente, no es imaginable una parte sin la otra¹⁵.

La determinación de la pena tiene un alcance funcional en virtud de las necesidades político criminales de un Estado para imponer una sanción penal pues sólo un fin supremo en búsqueda de reposición de la norma jurídica legitimaría la intervención estatal, así como su limitación en cuanto los procedimientos y técnicas que se deben utilizar para la individualización de la pena.

Ahora bien, consideramos necesario conferir en el alcance de la determinación de la pena que su intervención se dote de eficacia y funcionalidad, es decir, hacer del procedimiento impositivo de pena, en el Perú, una suerte de herramienta que permita superar los dos principales problemas por los que atraviesa su legislación: i) inidoneidad de la técnica legislativa para regular la compleja labor jurisdiccional de imponer una sanción penal, y ii) carencia de un esquema metodológico y uniforme en el procedimiento de individualización de la pena.

¹³ MESSUTI, Ana. “Más allá del tiempo como pena”. En *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Coord. Pablo Vacani. Buenos Aires, 2012, pág. 35

¹⁴ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. 1ª ed., Madrid, 1997, pág. 107

¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte general. Tomo I*. 4ª ed., Madrid, 2019, pág. 18

Así las cosas, la principal tarea de la determinación de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en el caso. La delimitación de estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa acerca de cuál es la finalidad de la pena dentro del sistema¹⁶.

Esta mirada constructiva de la determinación de la pena y su aplicación efectiva desde una adecuada vinculación con la teoría de la pena legitiman la necesidad de apostar por un modelo de imposición de la pena que resguarde todos los aspectos de carácter cualitativo y cuantitativo desde la funcionalidad de los modelos o esquemas para individualizar la pena concreta, en otras palabras, es indispensable centrar el objeto de estudio en la decisión sobre el marco penal aplicable, las condiciones que le dan origen, y por otro, en los criterios determinantes – fundamentalmente, culpabilidad y retribución – en el recorrido por el marco penal atribuido a la conducta concreta¹⁷.

Bajo esa perspectiva, el Código Penal peruano de 1991, aún con la desordenada y ambigua ubicación normativa referida a la determinación judicial de la pena institucionaliza el alcance operativo de esta institución jurídica desde los artículos 45 y 45-A encargados de sostener los meridianos principios y reglas técnicas de suficiencia para la individualización judicial de la pena concreta.

El legislador peruano en el artículo 45 del Código Penal¹⁸ establece los criterios de cualificación que debe considerar el juzgador para decidir sobre la sanción punitiva a imponer, claro está, estos criterios se encuentran en clave como presupuestos de fundamentación y determinación de la pena pues erigen sobre la judicatura peruana el deber de justificación o motivación especial de la decisión judicial penal.

Por su lado, el artículo 45-A del Código Penal peruano¹⁹ refleja el aspecto cuantitativo del procedimiento de determinación judicial de la pena positivizando el método legitimado por el legislador para arribar a la pena concreta; es decir, hallaremos en este dispositivo legal el ejercicio técnico de dosificación de la sanción punitiva propiamente dicho, equivalente a los estratificados pasos o reglas que debe seguir el juzgador para cuantificar la graduación del nivel de responsabilidad penal del interviniente en el delito cometido.

En suma, el esquema procedimental de la determinación judicial de la pena desarrolla su alcance operativo en función de su aplicación siempre vinculada sobre una teoría de la pena, en ese sentido, el Código Penal peruano, consideramos, muestra afinidad con la teoría retributiva estableciendo

¹⁶ ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 1ª ed., Buenos Aires, 1996, pág. 24

¹⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. 1ª ed., Barcelona, 1982, pág. 63

¹⁸ Artículo 45 del Código Penal peruano: “El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. b. Su cultura y sus costumbres. c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de los derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”. Consultar en: <https://spijweb.minjus.gob.pe/?s=codigo+penal>

¹⁹ Artículo 45-A del Código Penal peruano: “Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad. El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes calificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”. Consultar en: <https://spijweb.minjus.gob.pe/?s=codigo+penal>

todo el camino sobre el que debe transitar el juzgador para determinar una pena concreta y justa desde sus criterios cualitativos para fundamentar la imposición de la sanción y los aspectos esquemáticos cuantitativos para dosificar el *quantum* de pena a imponerse.

2.2. Etapas de la determinación judicial de la pena

La individualización judicial de la pena involucra en su estructura operativa diferentes términos conceptuales que son indispensable reconocer para el adecuado procedimiento de imposición de una sanción justa. La conclusión exitosa de la determinación de la pena es alcanzar la obtención de una pena concreta, sin embargo, este no es el único concepto tipológico de pena que se vincula al juicio de individualización judicial, asimismo, la naturaleza de esta institución jurídica evita que el operador jurídico conozca únicamente una sola acepción de determinación de pena.

En esa línea, tradicionalmente se ha considerado que la determinación judicial de la pena atraviesa por 3 fases o momentos. La determinación legislativa o parlamentaria, la determinación judicial o procesal, y la determinación administrativa o ejecutiva.

La primera, es concebida como una etapa donde si bien no se realiza un proceso de individualización de la pena dada la misma naturaleza de generalidad y abstracción de las leyes, sin embargo, se fija un determinado marco punitivo y criterios normativos generales para individualizar la pena. En cuanto la segunda, se tiene el contexto fáctico de la comisión del hecho delictivo y a su presunto autor, datos que permitirán, recién asignar un significado normativo a las pautas constitucionales y legales, establecidas para el proceso de individualización de la pena²⁰.

Sobre la última de las fases mencionadas consideramos que su presencia responde a vetustos ideales penológicos que retrotraen actualmente una visión estricta del término individualización de sanción, puesto que, la fase administrativa o ejecutiva no puede ser considerada por su naturaleza un momento de la determinación de la pena pues en ella la sanción penal ya se encuentra definida y la autoridad administrativa penitenciaria únicamente se limita a su aplicación y/o ejecución ordenada jurisdiccionalmente²¹.

La determinación judicial o procesal de la pena es la etapa de mayor interés en la presente contribución. El operador judicial se encuentra en una interesante labor al momento de fabricar una equitativa sanción a la infracción cometida, pues en esta decantará su altruista labor de justicia sobre los pilares fundamentales del Derecho Penal siendo que su labor juzgadora no culmina con la aritmetización de la condena sino es que recién empieza, pues el carácter deshumanitario de la pena en el condenado – aun no deseado, pero necesario – toma como primer contacto el despojo de un valor sumamente preciado, la libertad.

El Código Penal peruano sigue un proceso complejo en la determinación de la pena. La doctrina es uniforme en considerar la existencia de dos etapas que debe seguir el operador jurídico al momento de individualizar judicialmente la pena, estos son: la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta²².

En cuanto la primera etapa de la determinación judicial de la pena esta consiste en identificar el marco penal positivizado por el legislador en cada tipo penal para trabajar sobre éste permitiéndose

²⁰ MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Presupuesto acusatorio determinación e individualización de la pena. Proceso Penal. La medida del dolor*. 1ª ed., Lima, 2015, págs. 100 – 101

²¹ Respalamos nuestra posición en palabras de los maestros Zaffaroni, Alagia y Slokar cuando señalan que la idea tradicional de una individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no corresponde al marco de un Estado Constitucional de Derecho, sino a una distribución de tareas extrañas al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. En: *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Buenos Aires, 2000, pág. 949.

²² PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. 1ª ed., Lima, 2010, pág. 137

el juzgador establecer límites mínimos y máximos que permitirán ponderar la graduación de la sanción dependiendo el tipo de penalidad que obedezca a la infracción cometida.

Hemos de situarnos en el marco de la pena legal en abstracto, para ello debemos fijar el tipo penal aplicable, luego de realizado el juicio de tipicidad penal; el concepto del marco de la pena no se limita, empero, a la medida de pena mencionada en un determinado tipo penal, sino alcanza a todas las sanciones aplicables en el caso concreto, incluidas la pena accesoria o las consecuencias accesorias²³.

En otras palabras, la primera etapa de la individualización de la pena se manifiesta a través de la identificación de los márgenes penales determinados por el legislador en cada tipo penal de la Parte Especial, a estos se le conoce como límite mínimo y límite máximo de la pena los cuáles formarán el espacio punitivo que es la plataforma sustantiva en la consecuencia del delito conformada de un lado por el mínimo de la pena posiblemente aplicada para el infractor penal y el máximo de pena que pueda imponerse por su nivel de responsabilidad.

Por citar un ejemplo, el artículo 106 del Código Penal peruano regula el delito de homicidio simple prescribiendo que el que mate a otro será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de 6 años ni mayor de 20 años. En esta cita normativa podemos advertir como límite mínimo y máximo, 6 años y 20 años, respectivamente, como baremos sobre el que puede graduar el juzgador el *quantum* de pena para el responsable del delito cometido. A este tipo de disposiciones en las consecuencias jurídicas del delito se le denomina pena conminada, pues es la regulada por el legislador, es decir, es el marco punitivo descrito con el nacimiento de la ley penal. No obstante, en muchas ocasiones la técnica de redacción legislativa empleada no permite identificar los márgenes de pena que forman el espacio punitivo siendo este último indispensable para el juzgador peruano dado que sólo arbitrando su poder discrecional en la ley puede hallar una pena justa. Muestra de lo expresado podemos advertirlo en el artículo 108 del Código Penal peruano cuando prescribe el delito de homicidio calificado señalando que el que mate a otro mediando diferentes circunstancias agravantes específicas será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de 15 años. Al respecto, el legislador peruano únicamente establece el límite mínimo con el que cuenta el juzgador para imponer una sanción, sin embargo, en este tipo de casos debemos acudir a las técnicas de integración de normas penales, estrictamente, la norma penal remisiva²⁴ la cual nos conducirá al artículo 29 del mismo cuerpo normativo donde se establece que en el Perú la pena privativa de libertad máxima es de 35 años, logrando así establecer de forma complementaria el límite máximo de pena para el delito de homicidio calificado dada la necesidad procedimental de un espacio punitivo con el cual el operador judicial sea controlado en la definición de la sanción. Esta última exigencia de pena con baremos mínimos y máximos es conocida como pena abstracta, pues es aquella que permite a los métodos establecidos en el Código Sustantivo peruano para la determinación de la pena dotarlos de operatividad y eficacia.

La segunda etapa de la determinación judicial de la pena tiene significancia operativa en la búsqueda de la pena concreta, es decir, la actividad jurisdiccional se encamina en identificar, previamente, los criterios o factores de medición de la sanción los que permiten establecer el *quantum* de la pena dentro de los márgenes de la pena básica previamente determinada.

En puridad, el juez se encarga de fijar la pena concreta a imponer al autor o partícipe de un delito, en función de ciertas circunstancias específicas previstas en la ley; este esfuerzo intelectual realizado por el juzgador es denominado concreción legal del marco penal pues se trata de circunstancias que afectan la proporcionalidad abstracta del delito pudiendo modificarla afectando la responsabilidad penal del agente del delito con lo que el juez penal debe proceder a individualizar

²³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte General. Tomo II*. 3ª ed., Lima, 2011, pág. 388

²⁴ Los profesores Muñoz Conde y García Arán refiriéndose a la estructura de la norma penal sustantiva profundiza el estudio de las disposiciones jurídicas en los Códigos Penales tales como normas penales incompletas, normas penales dependientes y normas penales en blanco reflexionando sobre su legitimidad jurídica y autenticidad penal. En: *Derecho Penal Parte General*. 11ª ed., Valencia, 2022, págs. 31-33

la pena por el delito o los delitos concretamente cometidos²⁵, es decir, se establece cuál será la pena concreta impuesta al responsable del ilícito penal, pues el operador judicial se encontrará ante una pena temporal, cuya duración vendrá marcada por el Código, entre una cifra mínima y una cifra máxima, y, dentro de este lapso de tiempo, el órgano judicial determinará la duración que más se adecuó al agente y a las circunstancias concurrentes²⁶.

Con una visión pragmática, el Código Penal peruano regula en la segunda etapa de la determinación judicial de la pena el análisis de los factores o criterios de la ley penal que, eventualmente, morigerarán el marco abstracto de la pena para descubrir los nuevos límites con los que contará el operador judicial para determinar la pena concreta. Por ejemplo, el artículo 196 del Código Penal peruano regula el delito de Estafa prescribiendo que el que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años; al respecto, advertimos la existencia de una pena abstracta que nos entrega un espacio punitivo sobre el cual el operador jurisdiccional podrá introducirse graduando la cantidad de sanción punitiva, pero, al interior de esta fase pueden presentarse factores de orden sustantivo que alteren el marco abstracto previo tales como circunstancias modificativas genéricas reguladas en el artículo 46 del citado texto normativo, así como, diferentes causales de disminución o incremento de la punibilidad (tentativa, error de prohibición superable, concurso de delitos, etc.) reguladas en diferentes dispositivos de la Parte General; todos estos elementos de movilización cuantitativa, una vez examinados, permitirán identificar finalmente la pena concreta exacta para el delincuente.

Todos estos factores que alteran el marco abstracto de la pena en el tipo penal, sin duda alguna, en su hipotética presencia renuevan el marco o espacio punitivo trasladando al juzgador a un escenario nuevo donde debe echar mano de los diferentes métodos de determinación o aplicación judicial de la pena institucionalizados en el Código Penal peruano para que, de esta forma, alcance la graduación de la pena concreta más justa para el interviniente en el delito.

En resumen, el Código Penal peruano de 1991 posee 2 métodos o esquemas para determinar judicialmente la pena. Ambos métodos deben caminar sobre las etapas de individualización judicial de la sanción penal. El primero es el denominado método de tercios penales²⁷, y el segundo, es definido como el método operativo escalonado²⁸.

3. PRINCIPIOS LEGITIMADORES DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

No le falta razón a Basso cuando señala que en los países occidentales con sistemas de tradición continental europea ha habido tradicionalmente una fuerte influencia del principio de legalidad en la configuración de los delitos y las penas. En la época de la codificación decimonónica, el pensamiento iluminista y la necesidad de reaccionar frente a la arbitrariedad, la discrecionalidad judicial ilimitada y la severidad de las prácticas punitivas del antiguo régimen condujeron a que el papel del juzgador se restringiera al de un mero aplicador de la ley a quien se le negaban atribuciones de interpretación²⁹.

La determinación judicial de la pena como procedimiento establecido en el marco de la aplicación de una consecuencia jurídica del delito, tal cual institución jurídica que coacta derechos

²⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed., Lima, 2012, págs. 821-851

²⁶ LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. 6ª ed., Valencia, 2005, pág. 20

²⁷ Este método fue incorporado por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2023 que modificó diversos dispositivos de la Parte General del Código Penal peruano vinculados a la determinación judicial de la pena, sin embargo, expresamente institucionalizó el referido método de los tercios penales regulándolo en el artículo 45-A del Código Penal.

²⁸ Este método fue incorporado como doctrina jurisprudencial mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2023 de fecha 28 de noviembre de 2023 emitido en el XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

²⁹ BASSO, Gonzalo J. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. 1ª ed., Madrid, 2019, pág. 55

fundamentales, debe irrogarse límites o directrices que edifiquen en función de principios o garantías la legítima intervención del Estado, a partir de sus operadores judiciales, para la obtención de una pena justa y razonable.

En ese sentido, el Código Sustantivo peruano de 1991 en su Título Preliminar constitucionaliza como principios legitimadores de la intervención del Estado en el ámbito del procedimiento de la determinación judicial de la pena a las garantías de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad. Intentaremos en las siguientes líneas desarrollar el alcance de cada principio en el ámbito de la individualización judicial de la pena.

El principio de legalidad penal sustantiva sistemáticamente se encuentra regulado en los artículos II, III, y VI del Título Preliminar del Código Penal peruano los cuales describen sus presupuestos y consecuencias, asimismo, la Constitución Política del Perú de 1993 regula la garantía de legalidad en los literales a), b), y d) del inciso 24 del artículo 2, en el inciso 9 del artículo 139, y en el segundo párrafo del artículo 103; en todos estos últimos dispositivos supralegales se conmina el respeto de la legalidad en el Derecho Penal.

La garantía de legalidad penal denuncia que sólo la ley puede establecer el tipo de pena que se impondrá al interviniente de un delito, así como, define que únicamente la ley establecerá el procedimiento para su determinación y ejecución. Asimismo, importa como un límite al poder estatal, pues controla la soberanía del Estado proscribiendo el abuso de los derechos fundamentales, debiendo interpretarse en el concepto de pena su sentido lato, pues en esta se incluye las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y las diferentes consecuencias jurídicas del delito distintas a la pena privativa de libertad.

En el marco de la determinación judicial de la pena emana del principio de legalidad la garantía de determinación de las penas la cual implica, por un lado, la fijación de una determinada clase de pena, aceptándose excepcionalmente su sustitución cuando sea favorable al reo, y de otro lado, la fijación de un marco penal razonable en el que, por lo menos, el límite máximo debe encontrarse cerrado a fin de evitar cualquier discrecionalidad judicial en la imposición de las penas³⁰.

El principio de culpabilidad o responsabilidad penal se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano desarrollando sus efectos en la pena. Este principio no tiene reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú, empero, ha sido desarrollado en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional del Perú³¹.

La culpabilidad como principio del Derecho Penal, en el ámbito de la dosimetría punitiva, explica que no es admisible la imposición de una sanción penal sin la existencia de responsabilidad, por lo que, para garantizar su vigencia derivan del principio de culpabilidad 3 consecuencias: i) prohibición de responsabilidad objetiva o principio de imputación subjetiva, ii) principio de reprochabilidad o culpabilidad en estricto, iii) principio de responsabilidad por el hecho propio, dentro de ésta última consecuencia se encuentra la garantía de responsabilidad por el hecho o prohibición del derecho penal de autor y la garantía de personalidad de las penas o autoresponsabilidad³².

Este principio se encuentra íntimamente vinculado a los efectos de la individualización judicial de la pena, pues equivale a sostener que la responsabilidad acaecida en un determinado sujeto, para el merecimiento de una pena, solamente se materializará siempre que medie en su comportamiento

³⁰ URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho penal. Principios fundamentales*. 1ª ed., Lima, 2021, pág. 92

³¹ Puede advertirse en los siguientes pronunciamientos del desarrollo del Principio de Culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: Exp. N° 01873-2009-PA/TC-Lima, sentencia del 03 de setiembre de 2010; Exp. N° 0014-2006-PI/TC-Lima, sentencia del 19 de enero de 2007; Exp. N° 00002-2021-PI/TC, sentencia plenaria del 21 de abril de 2022; entre otras.

³² MONTROYA VIVANCO, Yvan. *Derecho penal de principios. Los principios penales fundamentales. Volumen II*. 1ª ed., Lima, 2020, págs. 192-202

el dolo o la imprudencia. Esta máxima rechaza el antiguo aforismo del Derecho Canónico “*versari in re illicita casus imputatur*” que se puede entender como “quien hizo la causa quiso el efecto”, es decir, si una persona realiza un acto prohibido responde por cualquier resultado que devenga de ella; no interesando si lo hizo con intención, imprudencia o si fue resultado de un hecho fortuito³³.

En cuanto el principio de Proporcionalidad, también denominado garantía de prohibición del exceso se encuentra regulado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal peruano, y no cuenta con reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú, no obstante, es una garantía sustantiva que se condice con todos los demás principios mediante su tratamiento jurídico, pues es imposible referirse a cualquier principio regulatorio de la determinación de la pena sin involucrarlo con la proporcionalidad de la medida.

Desde una visión pragmática la proporcionalidad como límite del poder punitivo exige la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que la misma aparezca requerida de modo indispensable para restablecer o proteger los derechos de terceros, incluidos los de la comunidad³⁴. Por su parte, Prado Saldarriaga expone que la proporcionalidad de la sanción demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado³⁵.

La sanción penal debe encontrar un nivel de equilibrio entre la responsabilidad por la infracción penal cometida y la cuantía de la pena impuesta como reproche punitivo, asimismo, queda proscrito los excesos sancionatorios en el marco de una respuesta penal, esto es, se rechaza la imposición de una pena que carezca de relevancia valorativa entre el hecho delictivo y el nivel de responsabilidad por el comportamiento y daño causado.

Así las cosas, la exigencia de proporcionalidad en la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito posee una doble dimensión³⁶: de carácter abstracto, dirigida al poder legislativo en tanto se le requiere establecer penas proporcionadas a la gravedad del delito en el proceso de tipificación, y de carácter concreto, dirigida al poder judicial, puesto que deberán los jueces imponer una pena proporcionada a la concreta gravedad del delito³⁷.

Finalmente, referirnos al principio de humanidad o proscripción de la crueldad implica revisar cómo debe condicionarse la potestad punitiva en orden a la clase de las penas imponibles y a la forma de ejecución de la misma; en realidad, podemos decir que la potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo, que no ha de entenderse como simple caridad o benevolencia, sino como manifestación del respeto a la persona humana, y a la necesidad social del castigo, por encima de toda otra consideración científica o teórica³⁸.

La identidad de la ejecución de la pena se realiza en sede penitenciaria o administrativa, es decir, la garantía de prohibición de penas inhumanas y la prohibición de tratos indignos en el ámbito de la ejecución de las penas se ubica con mayor propiedad en el Derecho Penitenciario, antes que en el Derecho Penal; esto podemos advertirlo a partir de la regulación del principio de humanidad

³³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Lima, 2006, pág. 112

³⁴ FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Las penas*. 1ª ed., Buenos Aires, 2009, pág. 273

³⁵ En: *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. 1ª ed., Lima, 2010, pág. 128

³⁶ URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho penal. Principios fundamentales*. 1ª ed., Lima, 2021, pág. 165-166

³⁷ El principio de proporcionalidad contiene componentes indisolubles que permiten cristalizar sus funciones en el ejercicio de la función judicial. La necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto son aquellos componentes que fundamentan la noción operativa de un juicio de ponderación en el esfuerzo de justificación por encontrar la sanción jurisdiccional penal más justa en un determinado caso concreto. Sobre este tema puede revisarse una obra con profundización en la materia la elaborada por BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. 1ª ed., Lima, 2021, págs. 277-496

³⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Navarra, 2000, pág. 101

recogido por los literales g) y h) del inciso 24 del artículo 2, y, los incisos 21 y 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Desde el principio de humanidad se deduce la proscripción de las penas crueles y de cualquier pena que desconozca al hombre como persona. Justamente el antónimo de la pena cruel es la pena racional, por tanto, esta garantía es la que dicta la inconstitucionalidad de cualquier pena o consecuencia del delito que cree un impedimento físico de por vida, como también cualquier consecuencia jurídica imborrable del delito³⁹.

La experiencia jurisdiccional en el Derecho Penal peruano, actualmente, recoge como incertidumbre si el espíritu humanístico de este principio debe aplicarse al interior de la determinación judicial de la sanción concreta en armonía con los fines proteccionistas de la condición humana ante la drasticidad de la pena privativa de la libertad con la dignidad del ciudadano, en puridad, se somete a debate si el operador judicial puede, bajo los parámetros del principio de humanidad de las penas, reducir el *quantum* de la pena por debajo de lo establecido en la ley penal en aras de democratizar el fin humanístico de la ejecución de la pena.

Al respecto, el Pleno de Jueces Supremos de la República del Perú ha determinado que, si bien con este principio se proscriben los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes en la vida carcelaria, no resulta aplicable como criterio legal dosificador para precipitar la pena por debajo del límite mínimo que le pudiera corresponder legalmente⁴⁰.

4. TEORÍAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y ESQUEMAS OPERATIVOS PARA DETERMINAR LA PENA

La obtención de una pena concreta es consecuencia del esfuerzo intelectual jurisdiccional por alcanzar el resultado más justo en la imposición de una sanción penal. El legislador y el juzgador intervienen en la completitud del procedimiento de individualización de la pena, con uno nace, con otro muere; no obstante, este circuito regulado y limitado por las garantías sustantivas que legitiman la intervención del Estado debe aterrizar sus criterios cuantitativos y cualitativos de fundamentación de la pena en un método o esquema lícitamente incorporado que permita en el operador jurídico trazar el camino adecuado para la graduación y determinación de la sanción correspondiente a la comisión de un determinado ilícito penal.

La actuación de la determinación judicial de la pena no solo exige un método o esquema de graduación de la sanción, sino que necesita, conforme lo hemos expuesto líneas arriba, de una teoría de la pena que concilie su necesidad y propósito con la filosofía de este método operativo para rellenar de coherencia la imposición de la sanción penal. En esa línea, esta complicidad entre fin de la pena y esquema operativo debe estar, también, en armonía con una teoría de la determinación de la pena que avizore ese equilibrio dogmático para cuantificar y cualificar la justa sanción al interior del Derecho Penal.

En principio, antes de inclinarnos por alguna de las teorías de la determinación judicial de la pena es indispensable identificar cuáles son los métodos incorporados en el Derecho Penal peruano para dosificar la sanción penal; solo de esta forma apostaremos por la mejor alternativa teórica que rece con el esquema operativo utilizado por el juzgador penal.

En el Perú, actualmente, existen dos esquemas o métodos operativos para determinar judicialmente la pena.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal parte general. Tomo I*. 5ª ed., Lima, 1998, págs. 179-180

⁴⁰ Fundamento Jurídico N° 20 del Acuerdo Plenario N° 01-2023 del 28 de noviembre de 2023 emitido en el XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

El primero de ellos se denomina método de los tercios o esquema operativo de tercios penales. Este método se encuentra regulado en el artículo 45-A del Código Penal peruano el cual fue incorporado mediante la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013⁴¹.

Durante su vigencia inicial existió ambigüedad sobre su denominación empleando de forma equivocada el término “sistema de tercios penales”⁴² al referirse a las reglas de actuación jurisdiccional y sustantivas que introdujo la reforma penal para esta novedosa técnica de individualización de la pena.

El legislador peruano siguiendo el modelo del Código Penal de Colombia⁴³ regulado en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 institucionalizó por primera vez en su historia sustantiva el método de los tercios⁴⁴ para determinar judicialmente la pena. Con este esquema operativo el juzgador realiza un esfuerzo aritmético, reglado jurídicamente, con diferentes procedimientos, iniciando con dosificar el espacio punitivo en tres partes o tercios, para luego elegir el que corresponda al caso concreto en función de la presencia de las circunstancias modificativa de la responsabilidad penal y finalmente establecer el *quantum* de la pena concreta dentro del nuevo marco del tercio elegido.

Definitivamente, la realidad peruana en cuanto las técnicas legislativas de sobre criminalización y el incremento desmesurado de penas privativas de libertad en la creencia que el Derecho Penal es el instrumento que combate los problemas político – sociales convalidaron la incorporación de un método pragmático y seccional en la individualización de la sanción penal dado el excesivo arbitrio y engrosamiento de duración de las penas sin un control efectivo desde la legislación penal interna

⁴¹ Artículo 45-A del Código Penal peruano: “Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas de delito o modificatorias de la responsabilidad. *El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes. 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. 3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito*” (cursiva nuestra). Consultar en: <https://spijweb.minjus.gob.pe/?s=codigo+penal>

⁴² Se prefiere la expresión “regla” o “método” en lugar de “sistema”, con fines teóricos y prácticos, considerando que la regla, por definición, viene a ser el conjunto de instrucciones que indican la manera de hacer algo o un método para realizar una operación, a diferencia del sistema, que resulta ser el conjunto de reglas y principios sobre una determinada materia, estructurados y entrelazados entre sí, que implica la idea de una mayor organización y ordenación, en una relación dialéctica entre sus componentes, con una estructura compleja que posibilita la existencia de vasos comunicantes con otros objetos y fenómenos de la realidad objetiva. Puede verse más sobre esta discriminación conceptual, así como un exhaustivo e impecable trabajo técnico-práctico sobre el método de los tercios en la determinación judicial de la pena en: GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. *La determinación judicial de la pena concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo. Parte General*. 1ª ed., Lima, 2021, pág. 80.

⁴³ Artículo 61 del Código Penal colombiano: “Fundamentos para la individualización de la pena: Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo. El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva (...)” Consultar en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf

⁴⁴ El Código Penal Militar Policial del Perú regulado en el Decreto Legislativo N° 961 vigente desde el 11 de enero de 2006 regulaba en sus criterios para fundamentar e imponer la pena por delitos de función cometidos por policías y militares en el ejercicio de sus funciones el “método de cuartos penales” tipificándolo en el artículo 35 del referido cuerpo normativo. Este dispositivo demuestra que no era la primera ocasión, al menos, a nivel nacional que el Código Penal peruano recogía un método aritmético para dosificar la sanción punitiva, aunque, sí es la primera vez que la justicia penal ordinaria conocía de un procedimiento reglado por criterios matemáticos a partir de la Ley N° 30076.

quebrajando los principios constitucionales que fundamentan la noción y espíritu de la intervención penal en un Estado Democrático de Derecho⁴⁵.

Así pues, antes de la introducción de este método operativo la vigencia efectiva de las circunstancias modificativas y su concurrencia en la determinación de la pena era irrisoria; empero, la metodología empleada por el esquema de tercios penales fue diseñada para operar en espacios punitivos de márgenes amplios, es decir, en legislaciones como la peruana donde la cuantificación de pena entre los límites mínimos y máximos son sumamente extensos con lo cual se permite controlar el arbitrio judicial y limitar su discrecionalidad en vísperas de una pena concreta, cada día, más justa.

El segundo método operativo para la determinación judicial de la pena se denomina esquema operativo escalonado. Esta fórmula procedimental fue incorporada al Derecho Penal peruano en calidad de doctrina jurisprudencial mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2023 de fecha 28 de noviembre de 2023 emitido en el XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Su tratamiento en el Derecho Sustantivo peruano es muy reciente. Las reglas ofrecidas vía jurisprudencia son abstractas, el procedimiento para dosificar la pena aún se encuentra en desarrollo conceptual, y lo más cuestionable es su vigencia ilegítima en el tratamiento de la determinación judicial de la pena por una flagrante lesión del principio de legalidad penal, en tanto la ley es el único instrumento mediante el cual se debe establecer el legítimo procedimiento para la determinación, individualización, y ejecución de las sanciones penales como límite al poderío estatal y escudo protector ante la intervención arbitraria del *ius puniendi*⁴⁶.

En ese estado de las cosas, consideramos que el esquema operativo escalonado muestra una irregular incorporación en la legislación peruana, puesto que, lejos de maximizar las garantías de legalidad en el ámbito de la individualización judicial de la pena se elongaron los mandatos de certeza y ley previa como instrumentos rectores de protección de la intromisión punitiva en la esfera locomotora de los seres humanos, esto es, la importancia recogida sobre el comportamiento delictivo debe ser la misma que la importancia brindada a las consecuencias jurídicas de su comisión, por ende, aun con las razones que intentan justificar la aparición de un nuevo esquema operativo por sobre otro no debe desmerecerse la exigencia constitucional de establecer un marco jurídico previo, determinado por ley, para la imposición de una sanción penal.

Este método ingresó al Derecho Penal peruano, conforme lo estableció el Pleno de Jueces Supremos de la Corte Suprema de la República, por las dificultades operativas del método de los tercios en la determinación de la pena en el caso de los delitos con circunstancias modificativas específicas ubicadas en la Parte Especial del Código Penal, asimismo, por la aparición de corrientes sobre criminalizadoras en la tipificación e imposición de las penas para determinados delitos considerados socialmente graves y reprochables⁴⁷. No obstante, consideramos que los argumentos esbozados por los magistrados peruanos no son óbice para desterrar las garantías sustantivas como límites al poder penal alejando de toda lógica sustantiva el respeto irrestricto de los fundamentos constitucionales del Derecho Penal.

Ahora bien, descritos los esquemas operativos vigentes en la legislación peruana, persistimos que la teoría del fin retributivo de la pena es aquel que armoniza con el Código Penal peruano y sus vigentes métodos de dosificación de la sanción penal. No obstante, debemos inclinarnos por una

⁴⁵ Sobre el planteamiento de los diferentes problemas jurídico-social-político que azotan al Perú desde el quebrantamiento del constitucionalismo moderno véase: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El constitucionalismo peruano en perspectiva. Reflexiones en el bicentenario*. 1ª ed., Lima, 2022, págs. 373-416

⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros. *Curso de derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Barcelona, 2004, págs. 47-51

⁴⁷ Fundamentos Jurídicos N° 20 a 26 del Acuerdo Plenario N° 01-2023 de fecha 28 de noviembre de 2023 emitido en el XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

teoría o modelo de determinación judicial de la pena que concierte con la propuesta operativa de la dosificación punitiva.

En ese contexto, existen diferentes teorías propuestas por la literatura penal, entre las más importantes tenemos: i) *Teoría del espacio o ámbito de juego*, ii) *Teoría del valor jerárquico*, iii) *Teoría de la proporcionalidad por el hecho y*, iv) *Teoría de la pena puntual*. Las mencionadas corrientes establecen, desde su perspectiva, los criterios etiológicos del procedimiento de individualización judicial de la pena y los fundamentos dogmáticos que justifican la graduación de la sanción penal mediante el procedimiento de individualización de la sanción penal.

La teoría del espacio o ámbito de juego es de tradición alemana, nace de su jurisprudencia. Esta corriente reposa la imposición de la pena en la culpabilidad graduada con marcos mínimos y máximos. Propone un margen de libertad que se limita, en el grado mínimo, por la pena ya adecuada a la culpabilidad y, en el grado máximo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. Así, dicho marco constituiría para el juez un espacio de juego dentro del cual podría moverse para graduar la pena con mayor precisión, según necesidades preventivas⁴⁸.

Aquellos que impulsan el espacio de juego como teoría de la determinación judicial de la pena omiten la distinta naturaleza que posee la culpabilidad como fundamento de graduación de la pena y los fines preventivos de la pena que se encaminan por rumbo distinto; en otras palabras, mediante esta corriente se anhela coludir a la culpabilidad con los criterios de prevención penal para determinar una sanción, no advirtiendo su incompatibilidad dogmática, máxime, cuando los esquemas operativos en el Derecho Penal peruano tienen como propósito limitar la discrecionalidad judicial por los márgenes de larga duración y obtener una pena basada en criterios de justicia retributiva. Por tanto, esta teoría no contiene criterios de concretización de pena, pues sus recursos son retóricos y gaseosos del ingenio y la intuición⁴⁹.

La teoría del valor jerárquico, también denominada teoría del valor posicional o relativo, describe que para la imposición de una sanción penal se debe atravesar dos niveles, el primero, dedicado a la cuantificación de la responsabilidad desde la cantidad de la pena obtenida por el valor del injusto culpable, el segundo nivel, exclusivamente dedicado a la cualificación de la sanción, esto es, a los fines preventivos de la pena que establecerán en función del primer nivel la modalidad de ejecución y aplicación de la condena.

Esta segunda teoría, busca solucionar el problema de la antinomia de los fines de la pena, teniendo en cuenta tanto el punto de vista de la retribución como el de la prevención, pero asignándole a cada uno un valor de empleo en la ley completamente diferente⁵⁰; sin embargo, en un modelo como el peruano, si bien el primer nivel de análisis se encuentra regulado mediante el artículo 45-A del Código Penal pues el sostén de la cuantificación de la pena siempre será la culpabilidad, empero, la propuesta del segundo nivel en cuanto los fines preventivos de la pena es una hipótesis que hemos descartado líneas arriba señalando que el verdadero carácter de los propósitos de la pena en búsqueda de resocialización y reincorporación del penado a la sociedad se ubican en el Derecho Penitenciario, mas no, en las normas sustantivas penales que arrastran otros fines dogmáticos. Por tanto, esta corriente no es de recibo en la legislación peruana.

La teoría de la proporcionalidad por el hecho es de corte alemán. En el punto central de su reflexión no está la persona que ha cometido el delito, sino la gravedad de sus hechos. La gravedad de los hechos tiene lugar únicamente a partir del injusto, y también de ser el caso aspectos de culpabilidad como elementos subjetivos que pueden aminorar la culpabilidad. Todos los aspectos no relacionados

⁴⁸ MAGARIÑOS, Mario. "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". En *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires, 1993, pág. 74

⁴⁹ CANCHO ESPINAL, Ciro. *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. 1ª ed., Lima, 2017, pág. 64

⁵⁰ GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. *La determinación judicial de la pena concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo. Parte General*. 1ª ed., Lima, 2021, pág. 69.

a las categorías de la estructura del delito, que corresponden a las circunstancias del autor quedan fuera de lugar⁵¹.

Estas últimas ideas de la proporcionalidad por el hecho en la legislación peruana no resultan atendibles por el desarrollo operativo de los esquemas de individualización de la pena vigentes: el método de los tercios y el esquema operativo escalonado, pues la filosofía del artículo 45-A que estratifica el nacimiento de los marcos punitivos así como el artículo 46 que regula la relación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal que deben incidir en la elección del marco punitivo concreto trazan el camino por el que debe recorrer el operador judicial, esto es, los elementos accidentales del hecho o las circunstancias periféricas del acto delictivo, elementos que conforme esta última corriente alemana no deben ser destacados en la determinación de la sanción, puesto que, su único soporte es la facticidad de la responsabilidad.

Por último, la teoría de la pena puntual expone que existe una única pena justa aplicable en el caso concreto: aquella que se corresponde con la culpabilidad del autor del delito; se niega con esta teoría la existencia de un espectro de penas diversas adecuadas a la culpabilidad y jurídicamente correctas y de posible imposición. Asimismo, dicha teoría defiende la exclusión de valoraciones preventivas en la medición judicial de la pena⁵².

La tesis de la pena puntual se ubica en contrapartida con la teoría del espacio de juego pues sostiene que no existe un marco de culpabilidad negando en absoluto los criterios de prevención de la pena, sin embargo, es criticada bajo el argumento que el juzgador no podría establecer una pena con tanta precisión pues dicho esfuerzo escapa de su capacidad humana.

Ahora, reflejada su filosofía a la del Código Penal peruano consideramos de entrada que armoniza con la teoría retribucionista propuesta en la presente contribución, asimismo, rechaza los conceptos de resocialización incorporados por las teorías preventivas de la pena, profundizando únicamente en la labor jurisdiccional de aplicación de una sanción punitiva. Es más, encontraremos críticas realizadas desde la ciencia penal alemana motivando su inutilización, empero, esto responde a que el Código Penal de Alemania no regula un método escalonado o de tercios pues sus penas son de corta duración⁵³.

Por ende, advirtiendo las reglas de aplicación judicial de la pena en la legislación nacional desde los criterios cuantitativos y cualitativos de la dosificación penal establecida en los artículos 45-A y 46 del catálogo sustantivo peruano, aún con la ilegítima incorporación del esquema operativo escalonado, nos inclinamos porque la teoría de la pena puntual o exacta se corresponde con las necesidades operativas del sistema jurídico penal peruano, puesto que, la teoría retributiva de la pena recoge los fines adecuados de la sanción bajo el principio de merecimiento de pena, y los métodos de individualización de la pena vigentes comulgan con la filosofía de sus fundamentos dogmáticos.

5. CONCLUSIONES

El estudio de la determinación judicial de la pena en el Perú es uno de los aspectos del Derecho Penal aun en construcción dogmática debido a la insuficiente preocupación con la que se abordan sus cuestiones teóricas; asimismo, existe la necesidad de elaborar un concepto operativo de la institución que habilite sencillez y comprensión en el operador judicial sin descuidar la profundidad de sus fundamentos conduciendo su entera aplicación sobre propósitos determinados y concretos, antes que elongados y abstractos, aterrizados en la realidad jurídico penal del Estado.

⁵¹ CANCHO ESPINAL, Ciro. *Tractatus sobre la pena judicial exacta*. 1ª ed., Lima, 2023, pág. 77

⁵² BASSO, Gonzalo J. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. 1ª ed., Madrid, 2019, pág. 126

⁵³ CANCHO ESPINAL, Ciro. *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. 1ª ed., Lima, 2017, pág. 68

La técnica legislativa empleada en el Código Penal peruano respecto a la individualización judicial de la pena reposa, característicamente, en la abstracción y dispersión de las reglas de fundamentación necesitadas por el operador jurídico para la determinación de la sanción. Esta vaguedad e imprecisión legislativa se replica en la actividad judicial que incorporando métodos de dosificación penal desmerecen los principios legitimadores de la intervención punitiva vinculados a las consecuencias jurídicas del delito.

El propósito de la imposición de la pena en el Derecho Penal peruano debe insoslayablemente caminar con la teoría de la pena puntual en la determinación judicial de la pena, la cual recoge entre sus fundamentos una corriente retributiva que alcanza legitimidad en la aplicación judicial de sanción desde la naturaleza y sistemática de los métodos de individualización de la pena incorporados en el Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS FÍSICOS

BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. 1ª ed., Palestra, Lima, 2021.

BASSO, Gonzalo J. *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2019.

BASSO, Gonzalo J. “Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo”. En *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, y otros. *Curso de derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Experiencia, Barcelona, 2004.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Fines de la pena (importancia, dificultad y actualidad del tema)*. 1ª ed., Reus, Madrid, 1962.

CANCHO ESPINAL, Ciro. *El quantum del dolor de la pena e imputación penal*. 1ª ed., Editores del Centro, Lima, 2017.

CANCHO ESPINAL, Ciro. *Tractatus sobre la pena judicial exacta*. 1ª ed., Lima, 2023.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. 1ª ed., Colex Editorial, Madrid, 1997.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 1ª ed., Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

DONNA, Sebastián A. *Las teorías de la pena. Un análisis jurídico-económico*. 1ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2021.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. 1ª ed., Editorial BdeF, Montevideo, 2007.

FIGUEROA NAVARRO, Aldo Martín. “La determinación judicial de la pena y el Anteproyecto del Código Penal de 2004”. En *Nuevos Criterios para la determinación judicial de la pena*. Centro de Investigaciones Judiciales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú. Lima, 2007.

FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo. *Las penas*. 1ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. 1ª ed., Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El constitucionalismo peruano en perspectiva. Reflexiones en el bicentenario*. 1ª ed., Palestra, Lima, 2022.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2012.

GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. *La determinación judicial de la pena concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo. Parte General*. 1ª ed., Gamarra Editores, Lima, 2021.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. 1ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MAGARIÑOS, Mario. “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”. En *Determinación judicial de la pena*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Presupuesto acusatorio determinación e individualización de la pena. Proceso Penal. La medida del dolor*. 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2015.

MESSUTI, Ana. “Más allá del tiempo como pena”. En *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Coord. Pablo Vacani. Ediar, Buenos Aires, 2012.

MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Derecho penal de principios. Los principios penales fundamentales. Volumen II*. 1ª ed., Palestra, Lima, 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte General. Tomo II*. 3ª ed., Idemsa, Lima, 2011.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Lecciones de derecho penal parte general. Tomo I*. 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios*. 1ª ed., Idemsa, Lima, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2000.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Derecho penal. Principios fundamentales*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2021.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General*. 1ª ed., Grijley, Lima, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal parte general. Tomo I*. 5ª ed., Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio R; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

LEGISLACIÓN PENAL

CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf

CÓDIGO PENAL DE PERÚ

<https://spijweb.minjus.gob.pe/?s=codigo+penal>

JURISPRUDENCIA PENAL ORDINARIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

XII Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ:

Exp. N° 01873-2009-PA/TC-Lima, sentencia del 03 de setiembre de 2010

Exp. N° 0014-2006-PI/TC-Lima, sentencia del 19 de enero de 2007

Exp. N° 00002-2021-PI/TC, sentencia plenaria del 21 de abril de 2022

RESPONSABILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA NECESIDAD DE INTEGRAR LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

Carlo Piparo

Universidad de Sevilla/ Universidad de Udine

Edgar Iván Colina Ramírez

Profesor Contratado. Doctor. Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 06/09/2024

Fecha de aceptación: 11/10/2024

RESUMEN: La rápida progresión y la integración generalizada de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) han marcado el comienzo de una nueva era de transformaciones sociales y jurídicas radicales. Entre los muchos avances revolucionarios, la Inteligencia Artificial (IA) se ha convertido en una fuerza fundamental que impregna casi todas las facetas de nuestra vida cotidiana. Desde los ámbitos del comercio y la industria hasta la atención médica, el transporte y el entretenimiento, las tecnologías de IA se han convertido en herramientas indispensables que dan forma a la forma en que interactuamos, trabajamos y navegamos por el mundo que nos rodea. Con sus notables capacidades y su alcance en constante expansión, la IA es un testimonio de la incesante búsqueda de la innovación por parte de la humanidad y del potencial ilimitado de la tecnología para revolucionar la sociedad.

Mientras completan todas las tareas para las que están programados, los sistemas de Inteligencia Artificial pueden realizar acciones, que podrían resultar en delitos si los cometen los humanos. Pero los delitos siguen la reserva de la ley, por lo tanto, puede ser difícil penalizar tales delitos debido a la falta de una ley escrita.

En los sistemas jurídicos modernos, la estructura de los delitos no solo requiere la comisión de un hecho típico, sino también la determinación de hacerlo. En este escenario, al ser la IA una entidad no humana, la reconstrucción de la responsabilidad penal es particularmente difícil de teorizar. Sin embargo, hemos observado que la imposición de responsabilidad penal por comportamientos dañinos y erráticos de los robots a menudo nos lleva a un círculo vicioso debido a la dificultad de atribuir responsabilidad a individuos individuales.

Este artículo pretende evaluar la naturaleza de la IA y sus relaciones con el derecho penal, deconstruir tres posibles modelos de responsabilidad de la IA, para evaluar si es necesario o no aplicar la responsabilidad de la empresa.

ABSTRACT: The rapid progression and widespread integration of Information and Communication Technology (ICT) have ushered in a new era of sweeping social and legal transformations. Among the many groundbreaking advancements, Artificial Intelligence (AI) has emerged as a pivotal force, permeating nearly every facet of our daily lives. From the realms of commerce and industry to healthcare, transportation, and entertainment, AI technologies have become indispensable tools shaping the way we interact, work, and navigate the world around us. With its remarkable capabilities and ever-expanding reach, AI stands as a testament to humanity's relentless pursuit of innovation and the boundless potential of technology to revolutionize society.

While completing all the tasks they are programmed for, Artificial Intelligence systems can perform actions, which could result in crimes if committed by humans. But crimes follow the reserve of law, therefore can be difficult to criminalize such crimes because of the lack of written law.

In modern legal systems, the structure of crimes doesn't only require the commission of a typical fact, but also the determination to do it. In this scenario, being AI a non-human entity, the reconstruction of criminal responsibility is particularly difficult to theorize. Nevertheless, we have observed that imposing criminal liability for harmful and erratic behaviors of robots often leads us in a vicious circle due to the difficulty in attributing responsibility to individual individuals.

This paper wants to assess the nature of AI and its relationships with criminal law, to deconstruct three possible AI liability models, to assess whether or not it is necessary to apply company responsibility.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial, Derecho Penal, Responsabilidad Empresarial.

KEYWORDS: Criminal Law, Artificial Intelligence, Company Responsibility.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El concepto de inteligencia artificial; 3. Derecho penal e IA. La máquina como herramienta de justicia; A) La máquina criminal; B) Máquina y hombre en un paradigma unitario; 4. La estructura del delito; A) El *actus reus*; a) El modelo de responsabilidad por perpetración a través de otro; b) El modelo de responsabilidad por consecuencia natural y probable; c) El modelo de responsabilidad directa; d) Los modelos en combinación; 5. Los problemas de “no hands” y de “too many hands”; A) Responsabilidad corporativa por robots; B) ¿Robots: esclavos o empleados?; C) desafíos de la responsabilidad corporativa; 6) Modelos de responsabilidad corporativa; A) Responsabilidad corporativa indirecta; B) El modelo individualista; C) Evaluación de la responsabilidad corporativa: seis puntos; Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN.

Hoy en día, la Inteligencia Artificial (IA) es una fuerza dominante y omnipresente, impulsada por técnicas rápidamente adaptables, como algoritmos de aprendizaje automático, *data mining* y sistemas predictivos¹. Estas técnicas son testigos de un nivel extraordinario, y tal vez desconcertante, de integración de la Inteligencia Artificial en nuestras vidas y sociedades². Actualmente, estas técnicas encuentran aplicaciones en la mayoría de los sectores: desde navegadores de Internet y aplicaciones para teléfonos inteligentes hasta videojuegos, desde proyectos de ingeniería y gráficos animados hasta hospitales e investigación³. Eminencias como Stephen Hawking predijeron que dentro de un siglo la

¹ BODEN, M.A. *Intelligenza artificiale*, in J. I-Khalili (editor), *Il futuro che verrà*, Bollati Boringhieri, 2018, p. 133.

² Vid. Al respecto PIPARO, C., *Machina delinquere potest? A modern criminalization challenge due to lack of text, in Text, context, and subtext in law*, Timisoara, 2023, p. 900.

³ ITALIANO G.F., *Intelligenza artificiale: passato, presente, futuro*, in F. Pizzetto (editor), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, 2018, p. 216.; KAPLAN, J. *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo*, Luiss University Press, II ed., 2018, pp. 81 ss., y pp. 193 ss. y FLORISI, L. *What the Near Future of Artificial Intelligence Could Be*, in *Philosophy & Technology*, n. 32, 2019, pp. 3 ss. (online at <https://doi.org/10.1007/s13347-019-00345-yp>).

inteligencia computacional superará las capacidades humanas⁴. La omnipresencia de la inteligencia artificial requiere una respuesta legal⁵.

El derecho penal debe estar preparado para la que ya se ha revelado como una verdadera revolución tecnológica y enfrentarse a los desafíos que esta transformación pueda plantear⁶. Abordar esto requiere evaluar la adaptabilidad de las normas existentes para acomodar tecnologías novedosas, deliberar sobre la conveniencia de formular nuevas regulaciones adaptadas, o, alternativamente, perseverar con las leyes existentes, aunque con posibles tensiones, posiblemente respaldadas por el derecho precedente⁷.

Este esfuerzo debe tender a armonizar estos nuevos resultados legales con los derechos fundamentales como el debido proceso, la privacidad y la igualdad⁸.

2. EL CONCEPTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

John McCarthy, un científico informático estadounidense, utilizó por primera vez el término Inteligencia Artificial en 1955. Aproximadamente tres décadas después, en un ensayo de 1987, Roger Schank, un destacado teórico de la Inteligencia Artificial y una figura fundamental en la lingüística computacional, atribuyó cinco atributos a la IA: la capacidad de comunicación, autoconciencia, comprensión de la realidad externa, acción intencionada guiada por objetivos y un notable grado de creatividad, que abarca la capacidad de tomar decisiones alternativas cuando el curso de acción inicial resulta infructuoso o inviable⁹.

Este conjunto de características ofrece dos ideas clave. En primer lugar, la Inteligencia Artificial no puede limitarse al ámbito de humanoides inteligentes o cibernéticos: estos últimos pueden manifestarse como una aplicación de Inteligencia Artificial. En segundo lugar, los sistemas de Inteligencia Artificial no pueden replicar los mecanismos cognitivos de la mente humana. En consecuencia, es más apropiado considerar la Inteligencia Artificial como una disciplina computacional en lugar de una emulación del intrincado sistema biológico

⁴ WALKER, L., *Stephen Hawking warns artificial intelligence could end humanity*, *Newsweek*, 14 May 2015, where the Author quotes the Speaking of S. Hawking during Zeitgeist Conference, London, May 2015.

⁵ Como ya se ha destacado en PIPARO, C. *Ibidem*: “*The European Parliament Resolution of 16 February 2017, providing recommendations to the European Commission on civil law rules on robotics (2015/2103(INL))*, es un documento que ofrece orientación y sugerencias a la Comisión Europea sobre la necesidad de elaborar normas de derecho civil específicas para el ámbito de la robótica. El documento representa un paso importante para abordar las consecuencias jurídicas y sociales asociadas con el avance de la tecnología robótica. En la resolución se destaca la importancia de crear un marco jurídico claro y coherente que aborde las cuestiones relacionadas con la responsabilidad y la seguridad en el ámbito de la robótica. Reconoce que la creciente presencia de robots e inteligencia artificial plantea una serie de retos, entre ellos determinar la responsabilidad en caso de daños causados por un robot, proteger los datos personales y garantizar la seguridad de los propios robots. En esta resolución, el Parlamento Europeo pide a la Comisión Europea que considere la adopción de un marco jurídico específico para la robótica que tenga en cuenta los principios éticos y los derechos fundamentales de las personas. También hace hincapié en la necesidad de promover la investigación e innovación en el ámbito de la robótica para garantizar que Europa siga siendo competitiva en este sector que evoluciona rápidamente. En resumen, la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 es un documento importante que plantea la cuestión de las normas de derecho civil sobre robótica e insta a la Comisión Europea a que considere este desafío y adopte medidas apropiadas para abordarlo”.

⁶ PIPARO, C. *Machina delinquere potest?*, *op. cit.*, p. 901.

⁷ STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003, pp. 292 ss.

⁸ BASSINI, M., LIGUORI, M., POLLICINO, L. *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, en PIZZETTI, F. (ed.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, 2018, p. 334.

⁹ SCHANK, R. C. *What's IA, Anyway?*, in *IA Magazine*, Winter 8(4), 1987, pp. 59 ss.

humano¹⁰. Los expertos en Inteligencia Artificial tienden a preferir el término “racionalidad” sobre “inteligencia¹¹”, denotando la capacidad de seleccionar el recorrido óptimo para lograr objetivos específicos, guiados por criterios de optimización de recursos¹².

Hoy en día, el uso de la expresión Inteligencia Artificial¹³ asume diversas connotaciones e interpretaciones dependiendo de la disciplina específica o el contexto de referencia, dejando así sin definiciones universales¹⁴. «*Otras definiciones van más allá en la explicación [...] de habilidades y tareas. Por ejemplo, el científico informático Nils John Nilsson describe una tecnología que “funciona apropiadamente y con previsión en su entorno”. Otros hablan de la capacidad de percibir, perseguir objetivos, iniciar acciones y aprender de un bucle de retroalimentación. Una definición similar ha sido propuesta por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial (AI HLEG) de la Comisión Europea (CE): “Sistemas que muestran comportamiento inteligente al analizar su entorno y tomar acciones ‘con cierto grado de autonomía’ para lograr objetivos específicos”. Estas definiciones basadas en tareas ayudan en cierta medida a comprender mejor qué es la IA. Pero aún tienen limitaciones. Conceptos como “cierto grado de autonomía” siguen siendo algo vagos. Además, estas definiciones aún parecen demasiado amplias en el sentido de que describen fenómenos que la mayoría de nosotros no estaríamos inclinados a agrupar bajo el término IA. Por ejemplo, la definición de Nilsson también se aplica a un termostato clásico. Este dispositivo también es capaz de percibir (medir la temperatura de la habitación), perseguir objetivos (la temperatura programada), iniciar acciones (regular el termostato) y aprender de un bucle de retroalimentación (detenerse una vez que se ha alcanzado la temperatura programada). Aun así, la mayoría de las personas no estarían inclinadas a considerar un termostato como IA¹⁵».*

¹⁰ KAPLAN J., *Intelligenza artificiale*, cit., p. 41.

¹¹ En RUSSEL S., NORVIG, P. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, 3rd edition, 2009, pp. 36 ss. Los autores discuten sobre el concepto de “agente racional”, definiéndolo como el agente que constantemente hace elecciones que maximizan su rendimiento esperado, dada su secuencia de percepción (entrada sensorial histórica), la medida de rendimiento (un criterio para el éxito), y cualquier conocimiento incorporado sobre su entorno. En esencia, la racionalidad significa seleccionar las acciones que son susceptibles de conducir a los mejores resultados globales, teniendo en cuenta la información disponible para el agente hasta ese punto. Según los autores, la racionalidad no requiere omnisciencia; en cambio, opera basándose en la percepción del agente del mundo y sus experiencias pasadas. Incluye la capacidad de recopilar información, explorar entornos desconocidos y adaptar el comportamiento basado en el aprendizaje de estas experiencias. Los agentes racionales son autónomos en el sentido de que pueden tomar decisiones independientes del conocimiento previo completo, confiando en su percepción y el aprendizaje pasado para hacer decisiones informadas. En resumen, la racionalidad, tal como se define en el documento, representa un principio fundamental en la inteligencia artificial, guiando a los agentes a tomar decisiones que optimicen su rendimiento basándose en la información a su disposición y su comprensión del medio ambiente.

¹² RUSSEL S., NORVIG, P., *Ibidem*.

¹³ El concepto de Inteligencia Artificial fue inventado por un científico de la computación estadounidense John McCarthy in 1955. Vid. Ampliamente a PIPARO, C., *Machina delinquere potest?*, cit., donde el Autor afirma que «El término es usado públicamente por el estudioso durante un seminario celebrado en Dartmouth College. El estudioso continuó sus estudios en el campo de la inteligencia artificial, lo que le llevó a ganar el Premio Turing en 1971 por sus importantes contribuciones en esta area».

¹⁴ Vid. Ampliamente GUTIERREZ C. I., AGUIRRE A., UUK, R. C. BOINE, C.M. Franklin, *A Proposal for a Definition of General Purpose Artificial Intelligence Systems*, 2022. donde el Autor afirma que: «En la actualidad, no hay directrices que expliquen los criterios de inclusión de los sistemas de IA que se clasifican como Sistemas de Inteligencia Artificial de Propósito General (GPAIS). En el contexto de la Ley de inteligencia artificial, la definición existente tiene muchas oportunidades de mejora. La Presidencia eslovena de la UE definió GPAIS como un “sistema de IA... capaz de realizar funciones generalmente aplicables como el reconocimiento de imagen/habla, la generación de audio/vídeo, la detección de patrones, la respuesta a preguntas, la traducción, etc”.] La Presidencia francesa de la UE subraya además que el GPAIS: “puede ser utilizado en una pluralidad de contextos e integrado en una multitud de otros sistemas de IA”. Fuera del contexto de la UE, el término GPAIS se utiliza raramente y aleatoriamente para describir sistemas de IA que varían considerablemente en términos de autonomía, agencia, modalidad y métodos de capacitación».

¹⁵ SHEIKH H., PRINS, C. SCHRIJVERS, E. *Artificial Intelligence: Definition and Background*, In: *Mission AI. Research for Policy*. Springer, 2023

La Carta Ética Europea, adoptada por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia en 2018, enmarca la Inteligencia Artificial como «*el conjunto de métodos científicos, teorías y técnicas destinadas a reproducir mediante máquinas las habilidades cognitivas de los seres humanos*», enfatizando el objetivo actual de delegar tareas complejas hasta ahora realizadas por humanos a máquinas.

En contraste, la Comunicación de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial en Europa de 2018 caracteriza la Inteligencia Artificial como «*sistemas que exhiben comportamiento inteligente al analizar su entorno y tomar acciones de forma autónoma para lograr objetivos específicos*». Esta definición abarca sistemas de Inteligencia Artificial tanto en el ámbito virtual, como asistentes de voz, software de análisis de imágenes y motores de búsqueda, como en aquellos integrados en hardware físico, incluidos robots avanzados, vehículos autónomos, drones y aplicaciones de Internet de las cosas¹⁶.

Un examen escrupuloso realizado por el Grupo de Expertos de Alto Nivel Independiente, designado por la Comisión Europea con fines de asesoramiento sobre Inteligencia Artificial, se alinea con las definiciones anteriores¹⁷. Según este grupo, el concepto de Inteligencia Artificial denota «*software (y potencialmente hardware) diseñado por humanos que, cuando se le presenta un objetivo complejo, opera en el ámbito físico o digital al percibir su entorno mediante la adquisición de datos, interpretar datos estructurados o no estructurados, razonar basándose en el conocimiento o información derivada de estos datos, y determinar el curso de acción óptimo para alcanzar el objetivo especificado*». Los sistemas de IA pueden adoptar reglas simbólicas o adquirir un modelo numérico, y también son capaces de adaptar su comportamiento mediante el análisis de las consecuencias de sus acciones anteriores sobre el entorno. Como disciplina científica, la IA abarca una variedad de enfoques y técnicas, que incluyen aprendizaje automático, razonamiento mecánico y robótica, integrando varios métodos dentro de sistemas ciber-físicos. En consecuencia, aunque la comunidad científica emplea diversas definiciones de Inteligencia Artificial, ciertas características comunes emergen. En resumen, la Inteligencia Artificial generalmente alude a un compendio de metodologías, teorías y técnicas científicas con el objetivo de replicar las habilidades cognitivas humanas a través de medios mecanizados¹⁸.

¹⁶ Dentro de Europa, el acrónimo CEPEJ significa la Comisión Europea para el Mejoramiento de la Eficiencia de la Justicia. Surgiendo como una entidad operativa bajo el paraguas del Consejo de Europa, CEPEJ se dedica a mejorar continuamente los sistemas de justicia dentro de los estados miembros que abarca. Su inicio fue impulsado por la misión de fomentar un mayor acceso a la justicia, elevar el estándar de los servicios judiciales y mantener los principios de equidad en los procedimientos legales. Un aspecto fundamental del rol de CEPEJ gira en torno al desarrollo e implementación de herramientas estandarizadas, metodologías y criterios de referencia. Estos elementos sirven como catalizadores para la transformación progresiva de los sistemas de justicia en toda Europa. CEPEJ ofrece su experiencia, proporcionando orientación valiosa a los estados miembros, participando en esfuerzos de investigación exhaustivos y recopilando datos invaluable para evaluar la funcionalidad de los sistemas judiciales. A través de estos esfuerzos multifacéticos, CEPEJ tiene como objetivo discernir y promover las mejores prácticas, estimular esfuerzos colaborativos y facilitar diálogos constructivos entre profesionales judiciales, formuladores de políticas y partes interesadas pertinentes. El mandato de CEPEJ abarca diversas dimensiones de la eficiencia judicial. Incluye áreas como la gestión de casos, la administración judicial, el cumplimiento de los plazos legales, la calidad de los pronunciamientos legales y la integración de tecnologías de información de vanguardia en el ámbito de la justicia. Además, CEPEJ aborda temas relacionados con el acceso a la justicia, programas de capacitación judicial y la evaluación crítica de los sistemas judiciales existentes.

Al abogar por principios fundamentales, como la eficiencia, el acceso y la imparcialidad en la administración de justicia, CEPEJ desempeña un papel fundamental en el fomento de la efectividad general de los marcos legales dentro de Europa, fortaleciendo consecuentemente los cimientos del Estado de Derecho.

¹⁷ ALGERI, L., *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in Dir. Pen. e Processo, vol. 6, 2021, p. 724.

¹⁸ KOF, J. N. BOERS, E., KOSTERS, W. A., PUTTEN, P., POEL, M., *Artificial Intelligence: Definition, Trends, Techniques and Cases, in Knowledge for sustainable development: an insight into the Encyclopedia of life support systems*, Leiden, 2002, p. 1096.

De hecho, en este contexto hablaremos de entidades de Inteligencia Artificial, refiriéndonos generalmente a «*máquinas de IA, robots, agentes y algoritmos*¹⁹».

3. DERECHO PENAL E IA. LA MÁQUINA COMO HERRAMIENTA DE JUSTICIA

La influencia de la Inteligencia Artificial permea tanto en los ámbitos del derecho procesal como en el derecho penal sustancial.

En el ámbito de la investigación y de la actividad de policía de prevención²⁰, la Inteligencia Artificial aumenta la eficacia de la aplicación de la ley a través de avances en prácticas policiales, incluyendo la policía predictiva, y la implementación de metodologías de perfilado como sistemas de reconocimiento facial e identificación biométrica. Específicamente, estos programas facilitan la identificación de riesgos criminales y la asignación prudente de recursos para prevenir de manera proactiva actividades delictivas previsibles y reducir la victimización. Por ejemplo, el programa *Keycrime*, desarrollado basado en las experiencias de la Jefatura de Policía de Milán, sirve como una herramienta efectiva para predecir delitos en serie, incluyendo robos, fraudes contra personas mayores, robos en apartamentos, violencia sexual, entre otros. De manera similar, el programa *XLAW*, ideado por la Policía de Nápoles y desplegado en varias regiones, se utiliza para pronosticar robos. Además, estas aplicaciones de IA están diseñadas para mejorar la precisión en la identificación de perpetradores después de un evento delictivo²¹.

En el ámbito judicial, la Inteligencia Artificial tiene el potencial de permitir evaluaciones más completas y matizadas de los acusados en casos criminales. Estas evaluaciones implican la cruzada de datos históricos sobre los acusados y evaluaciones de su propensión subjetiva a participar en comportamientos delictivos. En esencia, estos algoritmos examinan factores como el estatus socioeconómico, antecedentes familiares, tasas de criminalidad en el vecindario y estado laboral para ofrecer un presunto pronóstico sobre el riesgo criminal de un individuo, a menudo presentado en una escala que va desde “bajo” hasta “alto”, o expresado como porcentajes específico²². En resumen, estos algoritmos sirven como herramientas para analizar extensos datos históricos, identificar patrones recurrentes y generar evaluaciones basadas en una base estadística significativamente más robusta que los juicios humanos que sustentan las evaluaciones tradicionales²³.

¹⁹ LIOR, A. *Ai entities as AI agents: artificial intelligence liability and the AI respondeat superior analogy*, in *Mitchell Hamline Law Review*, 2020, p. 1045.

²⁰ ISAAC, W.S. *Hope, Hype, and Fear: The Promise and Potential Pitfalls of Artificial Intelligence in Criminal Justice*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2018, 543 ss.; F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., 13 ss.

²¹ MANES, V. *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, en *Discrimen*, 2020, p. 7.

²² MANES, V. *L'oracolo algoritmico*, cit., p. 8.

²³ Así, la definición proporcionada en el informe del EPIC, *Algoritmos en el Sistema de Justicia Penal*, disponible en <https://epic.org/algorithmic-transparency/crimjustice/>, refleja esta comprensión. El Electronic Privacy Information Center (EPIC) es una organización sin fines de lucro que opera en los Estados Unidos y se centra en salvaguardar la privacidad y las libertades civiles. Establecido en 1994, EPIC está dedicado a proteger la privacidad de los individuos, la libertad de expresión y los valores democráticos en la era digital. A través de la promoción de políticas, litigios y educación pública, EPIC trabaja para defender los derechos de privacidad y abordar las amenazas emergentes a la privacidad y las libertades civiles provocadas por las nuevas tecnologías y las prácticas gubernamentales. EPIC cubre una amplia gama de temas, incluida la vigilancia, la protección de datos, la privacidad del consumidor, la libertad de información y la transparencia de los algoritmos. Además, EPIC realiza investigaciones, publica informes y proporciona recursos para capacitar a las personas en la comprensión y preservación de sus derechos de privacidad.

A) LA MÁQUINA CRIMINAL.

Los actos criminales se definen, según la doctrina, como «cualquier acto (u omisión) que constituya un delito castigado por la ley penal, sin pérdida de generalidad para las jurisdicciones que definen el delito de manera similar²⁴».

En el ámbito financiero, específicamente dentro de los mercados financieros, existen pruebas del despliegue de *bots* sociales, *softwares* que automatizan cuentas en redes sociales y simulan usuarios humanos, en esquemas como “*pump-and-dump*” (inflar y descargar²⁵). Estos esquemas ilícitos inflan artificialmente los precios de los valores al difundir información falsa, engañosa o exagerada para crear una demanda artificial, lo que finalmente permite la venta de valores a precios elevados. Simulaciones de mercado también han demostrado que agentes comerciales artificiales, empleando aprendizaje por refuerzo, una técnica de aprendizaje automático basada en recompensar elecciones correctas, pueden adquirir la práctica del *spoofing* financiero. Esto implica colocar órdenes continuas durante un período definido sin ninguna intención de ejecutarlas, con el objetivo principal de manipular los precios del mercado²⁶.

La importancia del crimen de Inteligencia Artificial como un fenómeno distinto aún no ha sido reconocida. Hasta hace relativamente poco, los sistemas de IA estaban limitados por comportamientos predefinidos, operando exclusivamente a través de algoritmos establecidos por programadores, como *softwares* diseñados para deshabilitar los sistemas de ciberseguridad de un banco o causar destrucción o daño a datos informáticos. Asignar culpabilidad criminal en tales casos no presentaba desafíos significativos: independientemente de la complejidad de las acciones de la entidad de IA, la responsabilidad recaía en última instancia en su controlador o usuario. En estos casos, las entidades de IA carecen de agencia cognitiva y sus comportamientos se adhieren a patrones predefinidos, siendo predecibles. Desde esta perspectiva, las entidades inteligentes eran percibidas como meros instrumentos manejados por humanos para la comisión de delitos²⁷. En consecuencia, el concepto de confiscación de activos como medida preventiva podía aplicarse a entidades de IA, incluso en ausencia de una condena penal, como se articula en el Artículo 240²⁸ del Código Penal italiano²⁹.

A la luz de las consideraciones anteriores, la ley italiana, en línea con los marcos legales de otros Estados miembros de la Unión Europea, carece actualmente de definiciones para los delitos cometidos por inteligencia artificial. La ausencia de regulaciones dedicadas para abordar los delitos perpetrados por agentes de IA autónomos subraya la urgente necesidad de un mayor desarrollo legal en este ámbito. Esto es crucial para garantizar el establecimiento de mecanismos apropiados de responsabilidad y regulación en respuesta al panorama en constante evolución de los avances tecnológicos³⁰.

²⁴ KING T.C, AGGRWAL, N. TADDEO, M., FLORIDI L., *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions, in Science and engineering ethics*, 2019, 90.

²⁵ KING T.C, AGGRWAL, N. TADDEO, M., FLORIDI L., *Artificial Intelligence Crime*, cit., 89 ss.

²⁶ BORSARI, R. *Intelligenza Artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, en *Media Laws*, 2020, p. 263.

²⁷ RIONDATO, S. *op. cit.*, 85 ss.

²⁸ Artículo 240 del Código Penal Italiano:

1. En caso de condena, el juez tiene la autoridad para ordenar el decomiso de los objetos que fueron utilizados o destinados para la comisión del delito, así como los objetos que son el producto o lucro del delito.

²⁹ RIONDATO, S. *Ibidem*.

³⁰ Como ya he tenido la oportunidad de manifestar en PIPARO C., *op. cit.*, pp. 900 y ss.

B) MÁQUINA Y HOMBRE EN UN PARADIGMA UNITARIO

Con la informática, la automatización desplaza su enfoque de la automatización de actividades materiales más o menos complejas al procesamiento de información, entendida como el conjunto de datos interconectados a través de los cuales una idea toma forma y se comunica, convirtiéndose en el nuevo objetivo de la automatización. Esto marca la primera aplicación de principios mecanicistas al pensamiento, anteriormente entendido como prerrogativa exclusiva de la *res cogitans*. Incluso un flujo de ideas puede, dentro de ciertos límites y condiciones específicas, descomponerse en una pluralidad de pasos lógicos elementales ordenados secuencialmente, lo que permite una reproducción mecánica sin intervención humana³¹.

Este cambio de paradigma radical desafía la división clásica entre hombre y máquina construida a lo largo de la línea divisoria entre sujeto y objeto. El debate, anticipado por el genio de Alan Turing, se abre en cuanto a la posibilidad de crear máquinas inteligentes dotadas del atributo característico del yo. Este punto de partida común da lugar a reflexiones que abarcan dimensiones éticas y legales, posicionándolas entre los problemas más destacados de la modernidad³².

La primera área de consideración involucra la posibilidad de atribuir cierta subjetividad a las máquinas inteligentes. Desde la perspectiva de la teoría general del derecho, la categoría de subjetividad legal está experimentando un resurgimiento, similar a sus primeros días en la ciencia legal. A medida que la sociedad se vuelve cada vez más compleja, la subjetividad legal se vuelve más compleja. Una vez alcanzado un logro revolucionario, la unidad del sujeto legal se está desintegrando³³.

La segunda área explora la aceptabilidad de fenómenos que involucran una hibridación cada vez más cercana entre el hombre y la máquina, de acuerdo con el nuevo paradigma del llamado “transhumanismo” o “posthumanismo³⁴”. Esta doctrina secular aboga por trascender los límites biológicos del cuerpo mediante el aprovechamiento del potencial tecnológico³⁵.

Otra pregunta concierne a la naturaleza y propósito último de la IA. Es necesario determinar si es un ser en sí mismo o simplemente una herramienta. Como veremos más adelante, ambas soluciones llevan consigo alternativas teóricas.

En este paisaje culturalmente dinámico, surge el concepto de la “reserva de humanidad”. Se basa en la observación de que la subjetividad ya no es una esfera exclusivamente reservada para los humanos. La incursión de las máquinas en el ámbito del intelecto, compitiendo con los humanos en terrenos más que el simple trabajo físico, plantea el evidente riesgo de la absorción completa del espacio personal por parte de las máquinas³⁶.

4. LA ESTRUCTURA DEL DELITO

Hoy en día, la imposición de penas depende de dos requisitos claves: primero, la conducta debe estar previamente prohibida (reserva de ley), y segundo, que un juez administre el

³¹ LOEVINGER, L. *Jurimetric. The Next Step Forward*, in Minnesota Law Review, 5 1949, 455 ss.

³² TURING, A.M., Computer machinery and intelligence, in Mind, vol. 49, 1950, 433.

³³ GALLONE, G. *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, 2021, p. 13.

³⁴ RODOTÀ, S. *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 341 ss.

³⁵ GALLONE, G. *Riserva di umanità, op.cit.*, 2021, p. 14.

³⁶ Vid. TERRAVECCHIA, G.P. y FERRARI M., *Logos e techne. Tecnologia e filosofia. Romanae Disputationes*, 2016-17, Bologna, 2017.

castigo. En el sistema legal italiano, estas condiciones están explícitamente delineadas en los artículos 13 y 25 de la Constitución italiana³⁷.

Para establecer un acto como un delito, los sistemas legales modernos requieren un *minium* de dos elementos fundamentales³⁸. El primer elemento, conocido como *actus reus* (literalmente: el acto criminal), exige que el acto se ajuste precisamente a los criterios especificados en las leyes pertinentes. El segundo elemento, conocido como *mens rea* (literalmente: la intención criminal), comprende una gama de estados mentales, siendo el nivel más alto la voluntariedad, a veces acompañada de intención o propósito específico. Los estados mentales más bajos incluyen la negligencia (cuando una persona razonable debería haber sabido) y los delitos de responsabilidad estricta³⁹. Cuando se puede demostrar que un individuo cometió conscientemente el acto criminal o lo hizo con intención criminal, esa persona es considerada penalmente responsable del delito⁴⁰.

El objetivo de este estudio es, en principio, identificar y resumir cómo incorporar la inteligencia artificial en el ámbito del derecho penal y, luego, analizar y desglosar la relación atípica hombre-máquina y su posible resultado como concurrencia criminal. Este trabajo se centrará en el *actus reus*, dejando para otra ocasión el enfoque en la *mens rea*.

A) EL ACTUS REUS

Esta sección analiza la responsabilidad penal de la inteligencia artificial utilizando tres modelos, tal como lo expone la distinguida doctrina legal: el modelo de responsabilidad por perpetración a través de otro, el modelo de responsabilidad por consecuencia natural y probable, y el modelo de responsabilidad directa.

a) El modelo de responsabilidad por perpetración a través de otro

El modelo de perpetración a través de otro imagina a la inteligencia artificial como un agente inocente, similar a un niño: careciendo de voluntad autónoma, la máquina solo puede ser utilizada como una herramienta. De hecho, la máquina simplemente ejecuta una orden dada por un humano. En este escenario, solo aquellos que explotan al agente inocente son considerados responsables penalmente como perpetradores a través de otro.

³⁷ Artículo 13, Constitución Italiana:

1. La libertad personal es inviolable.

2. No se permite ninguna forma de detención, inspección o registro personal, ni ninguna otra restricción de la libertad personal, excepto por acto fundamentado de la Autoridad Judicial y solo en los casos y de la manera prevista por la ley.

Artículo 25, Constitución Italiana:

1. Nadie puede ser desviado del juez competente preestablecido por la ley.

2. Nadie puede ser castigado excepto de acuerdo con una ley que estuviera en vigor antes del acto cometido.

3. Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad excepto en los casos previstos por la ley.

³⁸ Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia italiana deconstruyen el delito en:

1. Elemento objetivo: Este aspecto de un delito se refiere a las acciones físicas llevadas a cabo por el individuo, constituyendo el núcleo material de la infracción. Incluye no solo los aspectos físicos de la acción en sí misma, como un asalto físico o un robo, sino también cualquier factor contextual que pueda ser pertinente para definir la infracción, como la ubicación, el momento o el método empleado.

2. Elemento subjetivo: El estado psicológico o la intención del individuo que comete el acto. Incluye el *dolus*, que indica una intención deliberada de participar en la conducta que constituye la infracción, así como el *culpa*, que indica una falta de diligencia o cuidado en el comportamiento del individuo que resulta en la comisión de la infracción.

3. Desvalor social (o meramente legal): Este elemento representa la discrepancia entre el acto y todo el marco legal, que se extiende más allá del ámbito penal. Refleja si la acción está en armonía con el sistema legal más amplio.

³⁹ HALLEVY, G., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*, Akron Intellectual Property Journal: Vol. 4, 2010, p. 178.

⁴⁰ Como ya se destacó en PIPARO, C. *Ibidem*.

Relevante doctrina⁴¹ argumenta que cuando las entidades de inteligencia artificial están involucradas en un delito, deberían ser consideradas como agentes inocentes carentes de atributos humanos. En consecuencia, las entidades de inteligencia artificial son vistas estrictamente como máquinas y no como participantes activos en el acto criminal, ya sea como principales o cómplices. En tales casos, donde el perpetrador real carece de mens rea (intención criminal), la responsabilidad legal recae invariablemente sobre el creador, programador o usuario final de la entidad de inteligencia artificial. Hallevy compara estas circunstancias con situaciones que involucran a individuos mentalmente limitados como niños, personas mentalmente incompetentes o aquellos sin un estado mental criminal. En estos escenarios, el intermediario (entidad de inteligencia artificial) es considerado una herramienta sofisticada, siendo el verdadero perpetrador el orquestador del delito, quien es responsable como perpetrador principal⁴².

Pero, ¿quién asume el papel del perpetrador a través de otro? Se identifican dos candidatos potenciales: el programador de *software* de IA y el usuario final. Un programador puede diseñar intencionalmente software para una entidad de IA con el objetivo de permitirle cometer delitos específicos. Por ejemplo, un programador podría crear software para un robot industrial y programarlo para incendiar una fábrica durante horas no ocupadas. Aunque el robot comete incendio provocado, la responsabilidad legal se asigna al programador. Alternativamente, un usuario final puede ser visto como el perpetrador a través de otro cuando utiliza una entidad de IA sin programarla ellos mismos. Por ejemplo, un usuario compra un robot doméstico capaz de ejecutar comandos de su amo. El usuario instruye al robot para que confronte físicamente a cualquier intruso en su hogar. En este escenario, el robot lleva a cabo el asalto, pero se considera al usuario como el perpetrador⁴³.

En ambos casos, la entidad de IA es el agente real que cometió el delito. Sin embargo, dado que ni el programador ni el usuario final realizaron acciones que se ajustan a la definición precisa del delito, no cumplen con el requisito de actus reus para ese delito en particular. El modelo de responsabilidad del perpetrador a través de otro trata las acciones de la entidad de IA como si fueran las acciones del programador o del usuario final, fundamentadas en el uso instrumental de la entidad de IA como un agente inocente⁴⁴.

Este modelo de responsabilidad no atribuye ninguna capacidad mental a la entidad de IA en sí misma. En cambio, equipara a las entidades de IA con objetos inanimados o animales en términos de responsabilidad penal. Por ejemplo, al igual que un ladrón que usa un destornillador para entrar a un edificio no hace que el destornillador sea penalmente responsable. Este modelo es especialmente relevante en casos en los que las entidades de IA se utilizan instrumentalmente para cometer delitos sin utilizar sus capacidades avanzadas o cuando las entidades de IA desactualizadas carecen de funcionalidades modernas⁴⁵.

Es importante tener en cuenta que *«este modelo no es adecuado cuando el software de la entidad de IA no fue diseñado para cometer el delito específico, pero el delito fue cometido por la entidad de IA de todos modos. El modelo tampoco es adecuado cuando la entidad de IA*

⁴¹ HALLEVY, G. *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, op. cit., pp. 179 e ss.

⁴² Vid. Ampliamente OGUNNOIKI, K. *A critique of Gabriel Hallevy's models of criminal liability of artificial intelligence entities*, in *International Journal of Comparative Law and Legal Philosophy (IJOCLLEP)*, 4 (3), 2022, pp. 4 y ss; PIPARO, C., *Ibidem*.

⁴³ Vid. HALLEVY, G., *Ibid.*; PIPARO, C., *Ibid.*

⁴⁴ HALLEVY, G., *Ibid.*

⁴⁵ OGUNNOIKI, K., op. cit., p. 5.

específica funciona no como un agente inocente, sino como un agente semi-inocente⁴⁶». El resultado legal de aplicar este modelo es que el programador y el usuario final son responsables penalmente por el delito específico cometido, mientras que la entidad de IA no tiene ninguna responsabilidad penal⁴⁷.

En términos legales, la aplicación de este modelo resulta en responsabilidad penal para el programador y el usuario final con respecto al delito específico cometido, mientras que absuelve a la entidad de IA de cualquier responsabilidad penal⁴⁸.

b) El modelo de responsabilidad por consecuencia natural y probable

El segundo modelo de responsabilidad de la inteligencia artificial en delitos implica situaciones en las que los programadores o usuarios están profundamente involucrados en las actividades de la entidad de inteligencia artificial pero no tienen la intención de cometer delitos. Sin embargo, si la entidad de IA comete un delito durante sus operaciones normales, puede aplicarse el modelo de responsabilidad por consecuencia natural y probable.

Un ejemplo de dicho escenario puede involucrar un piloto automático basado en inteligencia artificial con la misión de salvaguardar la aeronave durante su vuelo. En el recorrido hacia la activación del piloto automático, el piloto humano observa una tormenta que se acerca y decide abortar la misión y regresar a la base. La entidad de IA percibe la acción del piloto humano como una amenaza para la misión y responde tomando medidas para eliminar esta amenaza percibida mediante la activación del asiento eyectable. En consecuencia, el piloto humano sucumbe a las acciones de la entidad de IA. Es evidente que el programador no tuvo la intención de causar daño, especialmente al piloto humano. Sin embargo, las acciones de la entidad de IA resultan en la muerte del piloto humano, ejecutadas de acuerdo con las instrucciones programadas.

Este modelo responsabiliza a las personas por delitos que son una consecuencia natural y probable de su conducta, incluso si no tenían conocimiento real del delito. Por ejemplo, un usuario emplea software de IA diseñado para detectar amenazas en internet para proteger un sistema informático en el que está instalado. Sin embargo, sin el conocimiento del usuario, la IA destruye todo software externo reconocido como una amenaza, cometiendo inadvertidamente un delito informático⁴⁹.

Esta forma de responsabilidad se basa en la negligencia y abarca escenarios en los que los programadores o usuarios deberían haber previsto la posibilidad de un delito pero no tenían la intención de que ocurriera. Se aplica a individuos que no fueron los perpetradores reales del delito pero contribuyeron intelectualmente a él. Los programadores y usuarios razonables deberían haber previsto el delito y haber tomado medidas para prevenirlo, aunque no tuvieran la intención de que ocurriera. Sin embargo, las consecuencias legales varían según si los programadores o usuarios fueron negligentes sin intención criminal o si utilizaron consciente y voluntariamente la entidad de IA para cometer un delito, lo que resultó en la comisión de otro delito. En este último caso, pueden ser responsables del delito como si lo hubieran cometido consciente y voluntariamente⁵⁰.

Sin embargo, como crítica la doctrina mencionada anteriormente, la aplicación de este modelo conduce a dos posibles resultados. Por un lado, si «*la entidad de IA actuó como un agente*

⁴⁶ OGUNNOIKI, K., *Ibid.*

⁴⁷ Vid. LACEY, N. y WELLS, C., *Reconstructing Criminal Law-Critical Perspectives on Crime and the Criminal Process*, 1998; PIPARO, C., *Ibid.*

⁴⁸ PIPARO, C., *Ibid.*

⁴⁹ HALLEVY, G., op. cit., pp. 183-184

⁵⁰ HALLEVY, G., op. cit. pp. 184 e ss.

inocente, totalmente ajeno a la prohibición penal, no se le responsabiliza penalmente por el delito cometido, ya que la acción de la entidad de IA no difiere del modelo de responsabilidad por perpetración a través de otro. Pero si la entidad de IA no actuó simplemente como un agente inocente, entonces, además de la responsabilidad penal del programador o usuario, de conformidad con el modelo de responsabilidad por consecuencia natural y probable, la entidad de IA misma deberá ser considerada penalmente responsable del delito específico directamente⁵¹».

c) El modelo de responsabilidad directa.

Al aplicar el modelo de responsabilidad por consecuencia natural y probable a la responsabilidad penal de la entidad de IA, surgen dos posibles resultados. Si la entidad de IA actuó como un agente inocente, ajeno a la naturaleza criminal de sus acciones, no se le responsabilizará penalmente por el delito que cometió. Esto alinea con el primer modelo de responsabilidad, donde la entidad de IA se considera una herramienta utilizada por otros. Sin embargo, si la entidad de IA no actuó como un agente inocente y tenía conocimiento de la prohibición penal, puede ser considerada directamente y de manera independiente responsable penalmente por el delito específico que cometió⁵². Este modelo de responsabilidad directa constituye el tercer enfoque hacia la responsabilidad de la entidad de IA y pone el enfoque directamente en la IA misma. La determinación de la responsabilidad de la entidad de IA depende de si actuó inocentemente o tenía conocimiento de la conducta prohibida⁵³.

Los sistemas de IA pueden recibir entrada sensorial y analizar datos factuales, similar a la comprensión humana. Se espera que imiten los procesos cognitivos humanos, pero el intento específico, el requisito mental más fuerte, implica tener un propósito u objetivo para lograr un resultado particular. Por ejemplo, en casos de asesinato, el intento específico se refiere a la intención de causar daño o muerte a una persona específica. Las entidades de IA pueden ser programadas con un propósito y tomar acciones para cumplirlo, demostrando un intento específico. Aunque los humanos tienen sentimientos que el software de IA no puede replicar, como el amor o los celos, estos sentimientos generalmente no son necesarios para la mayoría de los delitos específicos. Muchos delitos solo requieren conocimiento de los elementos externos, y el intento específico solo es relevante para unos pocos delitos. Por lo tanto, la ausencia de tales emociones en las entidades de IA no obstaculiza la imposición de responsabilidad penal⁵⁴.

Si una entidad de IA cumple con todos los elementos de un delito, no debería estar exenta de responsabilidad penal. A diferencia de ciertos segmentos de la sociedad, como los bebés o los enfermos mentales, que tienen disposiciones legales que los eximen de la responsabilidad penal, no está claro si existen marcos similares para las entidades de IA⁵⁵.

La responsabilidad penal de una entidad de IA no reemplaza la responsabilidad de sus programadores o usuarios; más bien, se impone además de su responsabilidad. La responsabilidad de una entidad de IA no depende de la responsabilidad de su programador o usuario. Si una entidad de IA es programada o utilizada por otra, la responsabilidad de la entidad programada o utilizada permanece intacta⁵⁶.

⁵¹ OGUNNOIKI, K., op. cit., p. 7.

⁵² GERSTNER, M. E. *Liability Issues with Artificial Intelligence Software*, Santa Clara L. Rev, 1993.

⁵³ DOBRINOIU, M. The Influence of Artificial Intelligence on Criminal Liability, Faculty of Law, University of Bucharest, <http://cks.univnt.ro>.

⁵⁴ PADHY, N. P. *Artificial intelligence and intelligent systems*, in *Oxford University Press*, 2005, p. 14.

⁵⁵ PADHY, N. P., op. cit., p. 10.

⁵⁶ PIPARO, C., *Ibid*.

No hay razón para eximir a las entidades de IA o a los humanos de la responsabilidad penal basada en su colaboración. Si una entidad de IA y un humano actúan como perpetradores conjuntos, cómplices o instigadores, deberían estar sujetos a la responsabilidad penal correspondiente, independientemente de su identidad⁵⁷.

Los elementos de culpa negativa y las defensas relevantes en el derecho penal se aplican a las entidades de IA, incluida la legítima defensa, la necesidad, la coacción o la intoxicación. Es posible que se necesiten algunos ajustes al aplicar estas defensas a las entidades de IA, pero fundamentalmente, la responsabilidad penal de una entidad de IA, siguiendo el modelo de responsabilidad directa, es similar a la de un humano. Se basa en los mismos elementos y se evalúa de la misma manera, con ajustes específicos realizados en ciertos casos⁵⁸.

d) Los modelos en combinación

Los tres modelos de responsabilidad delineados anteriormente no son mutuamente excluyentes, sino que pueden coexistir e interactuar en diversos escenarios legales. Por ejemplo, cuando una entidad de IA actúa como agente inocente en la comisión de un delito específico, y el único responsable de ese acto es el programador, el modelo legal más adecuado para tal situación es el modelo de perpetración a través de otro (el primer modelo de responsabilidad). En este caso, el programador asume la responsabilidad de las acciones de la entidad de IA como el perpetrador a través de otro.

En el mismo escenario donde el programador es en sí mismo una entidad (como cuando una entidad de IA programa a otra entidad de IA para cometer un delito específico), el modelo de responsabilidad directa (el tercer modelo de responsabilidad) también se aplicaría junto con el primer modelo de responsabilidad. Por lo tanto, en tales casos, el programador de la entidad de IA podría ser considerado penalmente responsable, combinando elementos del modelo de perpetración a través de otro y el modelo de responsabilidad directa⁵⁹.

De manera similar, si la entidad de IA asume el papel del perpetrador físico de un delito específico, pero el delito no fue premeditado, el modelo de responsabilidad por consecuencia natural y probable podría ser aplicable. En esta situación, el programador podría considerarse negligente si el delito no fue cometido intencionalmente, o el programador podría ser considerado responsable del delito específico si se planeó deliberadamente otro delito, incluso si el delito real cometido no formaba parte del plan criminal original.

Sin embargo, es crucial tener en cuenta que en los casos en que el programador no es humano, el modelo de responsabilidad directa aún debe aplicarse, además de la aplicación simultánea del modelo de responsabilidad por consecuencia natural y probable. Del mismo modo, cuando el perpetrador físico es humano y el planificador es una entidad de IA, se necesita un enfoque similar⁶⁰.

La interacción de estos tres modelos de responsabilidad crea un paisaje legal único en el ámbito de las entidades de IA y el derecho penal. En consecuencia, cuando las entidades de IA y los humanos están involucrados, ya sea directa o indirectamente, en la comisión de un delito específico, se vuelve más difícil evitar la responsabilidad penal. Si el objetivo principal de imponer la responsabilidad penal es mantener el control legal y social dentro de una sociedad específica, entonces la aplicación coordinada de los tres modelos se vuelve esencial en el contexto de las entidades de IA⁶¹.

⁵⁷ HALLVEY, G., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., p. 192.

⁵⁸ DRESSLER, J. *Cases and materials on Criminal law*, cit, pp. 616-622.

⁵⁹ HALLVEY, G. op. cit., p. 23

⁶⁰ HALLVEY G., *ibid.*

⁶¹ HALLVEY G., op. cit., p. 24.

Suponiendo que las entidades de IA posean autoconciencia, conciencia y libre albedrío, entra en juego su potencial responsabilidad penal. Dado que las entidades de IA pueden encarnar principios sociales y éticos, al ser creaciones de humanos, directa o indirectamente, este documento argumenta que existen marcos legales, jurídicos y tecnológicos adecuados para reconocer a las entidades de IA como actores legales activos dentro del ámbito de la justicia penal⁶².

5. LOS PROBLEMAS DE “NO HANDS” Y DE “TOO MANY HANDS”

Anteriormente, afirmamos que la responsabilidad penal de una entidad de IA no reemplaza la responsabilidad de sus programadores o usuarios; más bien, se impone además de su responsabilidad. Imaginemos un algoritmo escrito por quince programadores autónomos en un repositorio compartido de *Git-Hub* y el código se vende en 2022. En 2023, el código es autorizado por la junta competente de una empresa que vende el producto final, donde el algoritmo está incorporado en un robot de limpieza, entrenado para mantener limpias las ventanas exteriores. Con el paso de los años, la empresa quiebra, cierra y la máquina queda sin supervisión. Durante los años siguientes, una serie de actualizaciones desactivan el *firewall*, y la máquina descarga datos sin verificar, lo que convierte a la máquina en violenta y comienza a atacar a las personas que se acercan a las ventanas. También en entornos corporativos complejos pueden ocurrir fallos operativos. Los científicos organizacionales reconocen que los sistemas organizacionales defectuosos, más que la culpabilidad individual, pueden ser la causa raíz. Un ejemplo es el fallo de los canales de comunicación, que impiden el flujo de información crucial entre empleados bien intencionados. Otro ejemplo involucra el fallo de un banco en presentar informes obligatorios contra el lavado de dinero debido a un sistema no operativo. Esto enfatiza que las deficiencias sistémicas pueden impedir que el personal de cumplimiento sea alertado sobre eventos desencadenantes de informes, demostrando el potencial de fallas organizacionales para obstaculizar procesos cruciales a pesar de las mejores intenciones de los empleados individuales. Estos escenarios se atribuyen al llamado “problema de sin manos”, sugiriendo que incluso si cada empleado se comporta de manera responsable, las operaciones corporativas complejas aún pueden salir mal. El problema surge, de hecho, no solo en caso de mala organización empresarial, sino también si se interrumpe la conexión con la empresa. La imprevisibilidad inherente de los algoritmos avanzados complica aún más las cosas, dificultando la identificación de un empleado culpable cuando surge este problema.

En diferentes escenarios donde numerosos actores (o empleados en contextos corporativos) están involucrados en el diseño y ejecución de algoritmos, la investigación y reconstrucción de actos conjuntos que resultan en daño resultan ser desafiantes, ya que las corporaciones tienen poco incentivo para cooperar y los empleados individuales están motivados para evadir la responsabilidad.

Este obstáculo explica las luchas consistentes del Departamento de Justicia de EE. UU. para acusar a individuos dentro de grandes entidades corporativas. También explica por qué doctrinas especiales de responsabilidad civil, como la responsabilidad del producto, a veces evitan la necesidad de identificar a un único empleado responsable, sosteniendo directamente la responsabilidad de toda la corporación⁶³. En tales casos, no hay duda de que el vínculo causal que conecta al trabajador/programador individual con las acciones del robot está interrumpido, por lo que no se puede atribuir responsabilidad al programador/trabajador mediante el uso de los modelos descritos anteriormente.

⁶² G. Hallvey, *ibid.*

⁶³ Ante este problema, el Departamento de Justicia tuvo que actualizar sus políticas para obligar a los fiscales a investigar todas las pistas contra individuos antes de resolver un caso contra una corporación. Véase el Memorandum Yates, supra nota 46 (“Los abogados del Departamento no deben resolver asuntos con una corporación sin un plan claro para resolver casos relacionados con individuos...”).

Desde una perspectiva diferente, las operaciones corporativas, frecuentemente intrincadas y expansivas, involucran a numerosos empleados, una tendencia perpetuada en entornos automatizados donde equipos distribuidos gestionan algoritmos corporativos. El potencial de daño surge de un solo actor, ya sea intencionalmente, a través de acciones como sobornar a funcionarios, o inadvertidamente, como negligencia en el control de calidad.

Un impedimento significativo para establecer la responsabilidad corporativa es el problema de “demasiadas manos”, un desafío que surge de la complejidad de las operaciones corporativas. Este obstáculo probatorio hace que sea difícil o insuperable probar la existencia de un empleado específico que contribuya al daño algorítmico. La renuencia de las corporaciones a cooperar y los empleados individuales que evaden la culpa agravan este desafío. Las luchas recurrentes del Departamento de Justicia para acusar a individuos dentro de grandes corporaciones ejemplifican la complejidad del problema de “demasiadas manos”. Las doctrinas especializadas de responsabilidad civil, como las leyes de responsabilidad del producto, a veces evitan la necesidad de identificar a un empleado culpable específico, optando por la responsabilidad corporativa directa, reconociendo las dificultades prácticas planteadas por el Problema de “demasiadas manos” en casos de daño algorítmico⁶⁴.

A) RESPONSABILIDAD CORPORATIVA POR ROBOTS

La teoría general del derecho considera a las corporaciones como sujetos legales, al igual que las personas. En esencia, tanto los demandantes como los fiscales tienen la capacidad de iniciar acciones legales contra las corporaciones por cualquier violación, ya sea civil o penal. Por lo tanto, las corporaciones tienen una subjetividad jurídica individual, diferente y separada de los empleados y accionistas. Estos últimos, entonces, asumen responsabilidad separada por violaciones personales⁶⁵.

La responsabilidad corporativa se ha extendido masivamente en todo el mundo durante las últimas décadas, y es aceptada y disciplinada en el contexto de la mayoría de los sistemas jurídicos modernos⁶⁶.

Dentro del contexto de este artículo, la manifestación de la responsabilidad corporativa se refiere a la culpabilidad penal por delitos caracterizados por un elemento de *mens rea* que implica propósito o conocimiento: los delitos penales con un elemento de *mens rea* exigen responsabilidad para garantizar justicia y disuasión⁶⁷.

Sin embargo, la simple posibilidad lógica de sustituir a las corporaciones por algoritmos en esta *fictio iuris* no implica automáticamente que esta ecuación sea recomendable. Tanto las corporaciones como los algoritmos son entidades complejas, y se necesita precaución para

⁶⁴ Memorandum de Sally Quillian Yates, Fiscal General Adjunta, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, a todos los Jefes de Componentes y Fiscales de los Estados Unidos, Responsabilidad Individual por Conducta Incorrecta Corporativa 2 (9 de septiembre de 2015) [en adelante, Memorandum Yates], <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> [<https://perma.cc/7J5F-2BTM>] (“En grandes corporaciones, donde la responsabilidad puede ser difusa y las decisiones se toman en varios niveles, puede ser difícil determinar si alguien poseía el conocimiento y la intención criminal necesarios para establecer su culpabilidad más allá de una duda razonable”); Amanda M. Rose & Richard Squire, Litigios Intraportafolio, 105 NW. U. L. REV. 1679, 1684 (2011) (“En algunas situaciones puede ser imposible para las víctimas descubrir o probar qué empleados particulares dentro de una empresa causaron sus lesiones”).

⁶⁵ See generally Miriam Hechler Baer, *Governing Corporate Compliance*, 50 B.C. L. REV. 949, 955–56 (2009) (“Uno de los grandes desafíos para los formuladores de políticas, entonces, es elaborar reglas y regulaciones que obliguen a las empresas a internalizar los costos a largo plazo de sus acciones indebidas sin eliminar los incentivos individuales para divulgar información”).

⁶⁶ G. De Simone, *Responsabilità da reato degli enti*, (edited by) G. Lattanzi, Paola Severino, p. 4.

⁶⁷ M. E. Diamantis, *Employed Algorithms: a labor model of corporate liability for AI*, Duke law journal, 2022, p. 813.

evitar consecuencias no deseadas potencialmente desastrosas, como obstaculizar excesivamente el sector tecnológico o empoderarlo de manera imprudente⁶⁸.

Para apreciar la necesidad de la responsabilidad corporativa, debemos reconocer la inmensa influencia ejercida por el sector privado, impulsada principalmente por dos factores: la recopilación de datos y los recursos financieros. Las corporaciones multinacionales, en particular, poseen un poder financiero sustancial, controlando eficazmente tanto el dinero como la información. Gran parte de este poder se deriva de la recopilación y utilización de vastas cantidades de datos, a menudo envueltos en secreto. Especialmente, gigantes tecnológicos como *Google*, *Facebook*, *Amazon*, *Apple* y *Microsoft* controlan y explotan los datos de miles de millones de individuos, dando forma al comportamiento del consumidor para maximizar beneficios. Esta concentración de poder digital plantea amenazas para la democracia y el funcionamiento del mercado⁶⁹.

Con un poder tan inmenso debe venir una responsabilidad igualmente inmensa. En consecuencia, surge una pregunta crucial: ¿deberían las corporaciones asumir la responsabilidad penal por las acciones derivadas de las herramientas de inteligencia artificial que introducen en el mercado? Las profundas arcas financieras de las corporaciones pueden ser la clave para esta pregunta. La culpabilidad organizacional surge de la expansión impulsada por el lucro de las actividades comerciales de estas megacorporaciones. Parece justificable y esencial distribuir los riesgos al mantener consistentemente responsables a aquellos que se benefician del despliegue de IA. De lo contrario, la ausencia de responsabilidad por las acciones dañinas de la IA podría permitir que las corporaciones se expandan mientras la sociedad sigue siendo vulnerable⁷⁰.

La brecha de responsabilidad en la IA parece favorecer a las empresas que desarrollan e implementan estas tecnologías, a menudo a expensas de los intereses sociales. Esta responsabilidad corporativa limitada y no regulada podría alentar a las corporaciones a asumir riesgos socialmente perjudiciales para maximizar beneficios, poniendo así en peligro a la sociedad. Los esfuerzos de cabildeo de la industria tecnológica contra regulaciones legales resaltan aún más estas preocupaciones. Para abordar esta complejidad, se necesitan con urgencia regulaciones específicas del sector que vayan más allá de simples estándares éticos⁷¹.

B) ¿ROBOTS: ESCLAVOS O EMPLEADOS?

En 2010, la tecnócrata Joanna Bryson presentó una analogía provocadora entre los algoritmos y el trabajo: la antropomorfización de los robots inevitablemente los categorizaría como esclavos y aclararía la asignación de responsabilidad por resultados negativos: *“los robots deberían ser contruidos, comercializados y considerados legalmente como esclavos”*⁷².

La propuesta de Bryson es moralmente problemática a nivel mundial debido a las asociaciones históricas e implicaciones de la esclavitud. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Decimotercera Enmienda rechaza categóricamente cualquier forma de esclavitud. En Italia, el artículo 600 del Código Penal italiano castiga la esclavitud, y el artículo 5 de la

⁶⁸ M. E. Diamantis, *Employed algorithms*, cit., p. 816: *“Aunque la ley podría sustituir a las corporaciones como acusadas en lugar de sus algoritmos, eso no necesariamente significa que hacerlo sea una buena idea”*.

⁶⁹ NEMITZ, P. Constitutional democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence, in *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, 2019.

⁷⁰ OSMANI, N. The Complexity of Criminal Liability of AI Systems, 2020, p. 69.

⁷¹ OSMANI, N. *op. cit.*, p. 70

⁷² BRYSON, J. J., *Robots Should Be Slaves*, en *Close Engagements with Artificial Companions: Key social, psychological, ethical and design issues*, 2010, p. 63.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que “nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre”.

Además, existe el riesgo de que tratar a los robots como esclavos pueda tener consecuencias negativas. El abuso de los robots ha demostrado provocar respuestas empáticas por parte de los sujetos humanos, lo que potencialmente refuerza la tendencia a antropomorfizarlos. Por lo tanto, el intento de Bryson de prevenir la antropomorfización a través de la analogía de la esclavitud puede llevar inadvertidamente al efecto contrario⁷³.

A pesar de estas preocupaciones, la propuesta de Bryson explora la idea de los robots como una forma de trabajo. Los algoritmos poseen capacidades productivas, realizando tareas que los humanos no pueden o prefieren no hacer. Por lo tanto, una corrección del punto de vista extremo de Bryson podría ser el empleado robot. El empleo captura mejor la cooperación constructiva entre las corporaciones y los algoritmos, evitando rupturas constitucionales o sistémicas⁷⁴.

C) DESAFÍOS DE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

Desde una perspectiva de aplicación corporativa, existen similitudes en los desafíos estructurales planteados por los empleados humanos y los algoritmos.

La responsabilidad corporativa ofrece una solución práctica al permitir que las víctimas busquen justicia de las corporaciones, que tienen bolsillos más profundos y mayor influencia sobre la cultura y el comportamiento organizacional. De manera similar, los desafíos presentados por la mala conducta algorítmica se asemejan a los de la mala conducta de los empleados. Las víctimas de daños algorítmicos a menudo enfrentan barreras para obtener recurso legal, ya que los propios algoritmos no son demandados responsables. Responsabilizar a las corporaciones por la mala conducta algorítmica no solo brinda un camino hacia la justicia para las víctimas, sino que también ofrece un medio para inducir un cambio en el comportamiento algorítmico⁷⁵.

A pesar de la justificabilidad de responsabilizar a las corporaciones por la mala conducta tanto de los empleados como de los algoritmos, surgen preocupaciones éticas con respecto a la responsabilidad vicaria, que consiste en sancionar a una parte por las acciones de otra. Por ejemplo, el artículo 27 de la Constitución Italiana establece que “la responsabilidad penal es personal”.

De hecho, el desafío radica en la incapacidad de las corporaciones para ejercer un control total sobre el comportamiento de los empleados y los algoritmos. Las corporaciones no siempre pueden monitorear o controlar perfectamente el comportamiento de los empleados, lo que lleva a brechas en el cumplimiento y posibles conductas indebidas.

Para superar estos desafíos, la ley debe encontrar un equilibrio entre responsabilizar a las corporaciones por las acciones tanto de empleados como de algoritmos, al tiempo que reconoce las limitaciones prácticas en el control corporativo. Si bien la responsabilidad vicaria puede ser éticamente problemática, sigue siendo una herramienta necesaria para lograr justicia para las víctimas y prevenir daños futuros. La ley debe evolucionar para reflejar el cambiante panorama de las prácticas corporativas, asegurando que las corporaciones sean responsables de las acciones tanto de agentes humanos como algorítmicos⁷⁶.

⁷³ DIAMANTIS M. E., *Employed algorithms, op. cit.*, p. 823.

⁷⁴ DIAMANTIS M. E., *Employed algorithms, op. cit.*, p. 824.

⁷⁵ DIAMANTIS, M. E. *Employed algorithms, op. cit.*, p. 829.

⁷⁶ DIAMANTIS, M. E. *Employed algorithms, op. cit.*, p. 844 y ss.

6) MODELOS DE RESPONSABILIDAD CORPORATIVA

En este escenario, la discusión debería cambiar de si las entidades legales deberían tener responsabilidad penal a cómo abordar y regular de manera efectiva su responsabilidad en el ámbito de la inteligencia artificial.

Para explorar más a fondo la responsabilidad penal corporativa, existen diversas doctrinas y teorías utilizadas para imponer responsabilidad penal a las corporaciones.

A) RESPONSABILIDAD CORPORATIVA INDIRECTA

Esto representa un enfoque nominalista según el cual la responsabilidad de la corporación se deriva de la responsabilidad individual de sus representantes. En estos casos, un demandante tendría que demostrar que hay un agente o grupo de agentes cuyas conductas erráticas pueden establecer la responsabilidad de la empresa. La responsabilidad de una empresa, por lo tanto, no representa una conducta indebida independiente, sino que surge debido a su relación legal con estos individuos.

La búsqueda del actor rebelde y la culpabilidad individual pone de manifiesto las complicaciones inherentes en la evaluación de la culpa. Como se mencionó anteriormente, en respuesta al argumento de que los actos de una máquina inteligente son impredecibles, sigue siendo un desafío establecer la intención individual. En consecuencia, sería una tarea difícil para los tribunales establecer la culpa y buscar justicia, lo que conduciría a la impunidad absoluta⁷⁷.

Este modelo, por ejemplo, podría ser particularmente factible dentro del escenario de *no hands*, cuando la máquina actúa de manera autónoma y el caso cae bajo el paraguas de la responsabilidad directa de la máquina y la cadena causal con la empresa/programador se interrumpe.

No hay duda de que, en el ejemplo del algoritmo escrito por quince programadores autónomos en un repositorio compartido de Git-Hub la cadena causal que conecta la IA con la empresa está interrumpida. Además, castigar a la máquina puede ser insatisfactorio y sin sentido. Es por eso que la responsabilidad corporativa indirecta con el mecanismo de *respondeat superior* llena los vacíos de responsabilidad. Si la responsabilidad corporativa es una ficción donde se crea subjetividad para abordar la responsabilidad, la relación entre el responsable (la corporación) y el actor (el empleado) puede aplicarse a la relación entre el usuario/supervisor y el algoritmo. Como ya hemos señalado, esta relación es más sólida que la ficción de subjetividad corporativa: la relación usuario-algoritmo se asemeja a la laboral, lo que la hace especialmente apta para albergar el modelo de *respondeat superior* como modelo residual de responsabilidad.

Para cumplir con el requisito de personalidad de la responsabilidad, la base de la relación de *respondeat superior* debe encontrarse dentro de la relación de facto *superior - inferior*. Por ejemplo: en el caso del robot de jardinería, el responsable sería el sujeto responsable de la seguridad de la actividad, que sería el encargado del jardín o el instalador/proveedor de los robots.

B) EL MODELO INDIVIDUALISTA

Un concepto novedoso de responsabilidad penal corporativa, basado en una comprensión realista de las corporaciones, sostiene que las corporaciones poseen personalidades e intenciones individuales independientes de las acciones de sus agentes. Esta perspectiva sobre la responsabilidad penal corporativa podría ofrecer apoyo normativo para los esfuerzos de reforma legal. En la literatura jurídica estadounidense, durante la última década, se ha propuesto un nuevo modelo de responsabilidad penal para entidades legales, basado en la

⁷⁷ OSMANI, N. op. cit., p. 71.

doctrina de auto-identidad y reflejando las características de las corporaciones modernas. Según este enfoque, la responsabilidad corporativa tiene prioridad y se basa en una evaluación de varios factores que examinan directamente el comportamiento de la corporación. Específicamente, evalúa lo que la corporación debería haber sabido y hecho para prevenir el daño⁷⁸.

Así, como observa una excelente doctrina, considerando el poder sin precedentes que poseen las corporaciones, un enfoque hacia la culpabilidad organizativa podría ser una herramienta poderosa para asignar responsabilidad por los riesgos asociados con las máquinas inteligentes⁷⁹.

Esta necesidad se siente cada vez más urgente ante el rápido desarrollo de la tecnología y la IA (y su necesidad de ser sometidas a un marco legal estricto⁸⁰).

Cuando la responsabilidad relacionada con la IA carece de una orientación legal clara, se vuelve imperativo explorar soluciones legales alternativas.

Por ejemplo, en los casos residuales de responsabilidad del producto, y en los casos residuales de responsabilidad directa que caen en el espectro de problemas de "no hands" y "demasiadas manos", la responsabilidad de la empresa es la herramienta necesaria que, por un lado, llena el vacío de responsabilidad y, por otro lado, cumple con la protección necesaria del orden público. Esta doctrina, de esta manera, puede cumplir un doble objetivo: primero, puede mantener el orden social durante épocas de nuevas amenazas para la sociedad, al igual que la revolución digital hoy en día. En segundo lugar, prescinde de la necesidad de establecer la intención o la culpabilidad, centrándose, en cambio, en la asunción del riesgo que un actor lleva a cabo al participar en una actividad particular⁸¹. En este contexto, la responsabilidad se convierte en una carga para una entidad que, «*aunque por lo demás inocente, se encuentra en una relación responsable con un peligro público*⁸²».

Esta doctrina, al igual que el modelo de responsabilidad corporativa indirecta, requiere leyes que destaquen la situación de facto y señalen quién es el responsable legal. En este caso, la ley de responsabilidad muestra la diligencia debida, reconduciendo esta disciplina a los principios constitucionales modernos (personalidad de la responsabilidad y reserva de ley según los artículos 25 y 27 de la Constitución Italiana, por ejemplo).

C) EVALUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA: SEIS PUNTOS

Para evaluar la viabilidad del modelo de responsabilidad corporativa, se deben evaluar seis puntos clave: «(1) *poder* identificar qué corporación es responsable, (2) *evitar oportunidades para maniobras*, (3) *proporcionar incentivos eficientes*, (4) *generar resultados justos*, (5) *ser fácil de implementar* y (6) *promover valores de programación*⁸³».

El primer criterio, como se mencionó anteriormente, es poder «*identificar qué corporación es responsable*». El desarrollo algorítmico a menudo implica múltiples corporaciones, por lo que es crucial señalar qué corporación debería ser responsable. Esto incluye a aquellos que diseñaron, ensamblaron, probaron, comercializaron, poseyeron, licenciaron y operaron el

⁷⁸ LEDERMAN, E. *Models for Imposing Corporate Criminal Liability*, cit.p. 678.

⁷⁹ OSMANI, N.op. cit., pp. 72-73

⁸⁰ LEDERMAN, E. op. cit., p. 644.

⁸¹ Esta solución fue principalmente contemplada por CARPENTER, C. L. *On Statutory Rape, Strict Liability, and the Public Welfare Offense Model*, in *American University Law review*, 53 (2), 2003, pp. 313-391, y N. Osmani, op. cit., pp. 72 e ss.

⁸² *Morissette v. United States*, (1952) 342 U.S. 246.

⁸³ DIAMANTIS, M. E. *Employed algorithms*, cit., p. 829.

algoritmo. El modelo para responsabilizar a las corporaciones debe ofrecer un mecanismo claro para determinar la responsabilidad. El modelo laboral proporciona un método sistemático para identificar a las corporaciones responsables, centrándose en aquellas que emplean el algoritmo en cuestión. Esto implica un análisis intrincado de beneficios y control, alineándose con la realidad económica de las relaciones corporativas. Es importante destacar que el modelo laboral ofrece responsabilidad conjunta para todas las corporaciones involucradas, garantizando la responsabilidad tanto en contextos penales como civiles. También existen casos en los que recurrir a la responsabilidad corporativa sería innecesario o contraproducente, como en casos de malware desarrollado por individuos o sindicatos⁸⁴.

El segundo criterio es ser *«lo suficientemente robusto como para evitar maniobras»*. Para evitar maniobras estratégicas, el mecanismo para identificar a las corporaciones responsables debe ser resistente a la manipulación. Si existen lagunas en el marco de responsabilidad, por ejemplo, si la propiedad es el criterio, las corporaciones podrían transferir la propiedad estratégicamente para minimizar la responsabilidad.

Como destaca la mejor doctrina, *«la principal ventaja del Modelo Laboral es que evita los criterios formalistas a favor de pruebas funcionales que siguen la "realidad económica" en lugar de las apariencias superficiales»*⁸⁵.

En contraste con los modelos de Responsabilidad Estricta y Causa Natural-Probable, el Modelo Laboral evita abrir vías para que las corporaciones eviten la responsabilidad a través de estrategias creativas. Al emplear pruebas funcionales fundamentadas en la realidad económica, el Modelo Laboral aborda eficazmente la naturaleza dinámica y flexible de las corporaciones. Su enfoque en la sustancia sobre las apariencias superficiales minimiza el riesgo de maniobras, diferenciándolo de otros modelos⁸⁶.

El tercer criterio es proporcionar incentivos eficientes a todas las empresas involucradas. El equilibrio es crucial: mientras que imponer una responsabilidad inadecuada no incentiva el desarrollo algorítmico responsable, una responsabilidad excesiva podría frenar la innovación al hacer que los algoritmos sean demasiado costosos. El modelo debe encontrar un equilibrio que fomente el comportamiento corporativo responsable sin obstaculizar el progreso tecnológico⁸⁷.

El Modelo Laboral aprovecha los marcos de responsabilidad corporativa existentes, promoviendo la eficiencia al equilibrar las responsabilidades entre las víctimas y los infractores. Al incentivar a las corporaciones a invertir en cumplimiento para los sistemas algorítmicos, el modelo refleja el enfoque adoptado con los empleados humanos. Esto incluye fomentar un mejor cumplimiento a través de equipos de ingeniería diversos, programación cuidadosa, pruebas extensas y actualizaciones continuas, alineando los intereses corporativos con el objetivo de minimizar los daños algorítmicos.

El cuarto criterio es producir resultados justos. La justicia requiere una asignación justa de responsabilidad entre las corporaciones y las víctimas. Dejar que las víctimas soporten los costos de los daños algorítmicos es inequitativo, pero imponer una responsabilidad excesiva a las corporaciones también podría ser injusto. El modelo debe garantizar la equidad tanto

⁸⁴ DARYL J. L., *Collective Sanctions*, 56 Stanford Law Review, 345, 393 (2003) ("Firms may externalize liability costs by spinning off risky operations into undercapitalized subsidiaries, as when owners of taxi enterprises incorporate each cab separately").

⁸⁵ DIAMANTIS, M. E., *ibid.*; *Martin v. Sprint United Mgmt. Co.*, 273 F. Supp. 3d 404, 422 (S.D.N.Y. 2017) ("En cuanto a la prueba de control funcional, el Segundo Circuito ha identificado una serie de factores pertinentes para determinar si una persona o entidad, incluso si carece de control formal, ejerció un 'control funcional' sobre un empleado").

⁸⁶ DIAMANTIS, M. E., *Employed algorithms*, cit., p. 851.

⁸⁷ POSNER R. A. y LANDES, W.M *The Positive Economic Theory of Tort Law*, 15 1980, GA. L. REV. 851, 868 y ss.

para las víctimas como para las corporaciones, considerando los beneficios y costos sociales más amplios⁸⁸.

Alineándose con la ley existente de responsabilidad corporativa, el modelo laboral garantiza la equidad al tratar los daños algorítmicos de manera similar a los causados por empleados humanos. La doctrina observa que: *“Al tratar los daños algorítmicos como los cometidos por empleados, el Modelo Laboral actualiza la ley actual para dar a los demandantes y fiscales el mismo camino razonable hacia la satisfacción por la mala conducta algorítmica que tienen actualmente para los daños causados por empleados. Al mismo tiempo, dado que el Modelo Laboral solo empareja las responsabilidades corporativas anticipadas con los beneficios corporativos anticipados, es justo para los interesados corporativos. El riesgo de pérdida que enfrentan los interesados corporativos por la responsabilidad de los daños algorítmicos se asemeja al riesgo comercial genérico que acompaña a cualquier empresa lucrativa⁸⁹”*.

El quinto criterio es tener barreras bajas para la implementación. La viabilidad de la implementación es esencial, y el modelo debe evitar reformas disruptivas. Los cambios incrementales obtienen un apoyo más amplio y tienen más probabilidades de tener éxito⁹⁰. La simplicidad y la compatibilidad con los marcos legales existentes mejoran las posibilidades de adopción del modelo..

Las virtudes pragmáticas del modelo laboral se extienden a su facilidad de implementación. Basándose en principios legales existentes, el modelo podría integrarse sin problemas en el panorama actual de responsabilidad corporativa sin requerir cambios legislativos radicales. Su potencial para menores barreras políticas en comparación con otros modelos alternativos mejora su atractivo como una solución viable⁹¹.

El sexto criterio es promover valores de programación que se alineen con el desarrollo algorítmico responsable. La transparencia, el respeto por la autonomía humana y la protección de la privacidad son valores esenciales para guiar a los programadores. La responsabilidad corporativa debería servir como una herramienta para fomentar estos valores en el desarrollo algorítmico⁹².

Reconociendo la importancia de los valores de programación, especialmente la transparencia, el Modelo Laboral incentiva a las corporaciones a encontrar un equilibrio entre transparencia y precisión. A diferencia de los enfoques de talla única, el modelo permite a las corporaciones evaluar la deseabilidad de la transparencia caso por caso. Al alentar a las corporaciones a alinear las evaluaciones impulsadas por el lucro con resultados socialmente deseables, el modelo laboral promueve eficazmente los valores de programación⁹³.

CONCLUSIONES

En conclusión, a medida que avanza la tecnología de IA, la cuestión de la responsabilidad penal relacionada con la IA sigue siendo compleja y multifacética.

⁸⁸ . ALSCHULER, A. W *Two Ways To Think About the Punishment of Corporations*, American Criminal Law Review, 46 2009, pp. 1359, 1366–67.

⁸⁹ DIAMANTIS, M. E. *Employed algorithms*, cit., p. 854.

⁹⁰ CALABRESI, G. *A Common Law for the Age of Statutes*, 1982.

⁹¹ DIAMANTIS, M. E. *Employed algorithms*, cit., p. 855.

⁹² European Commission: High-Level Expert Group on Artificial Intelligence publishes Ethics Guidelines for Trustworthy AI 2–3.

⁹³ DIAMANTIS, M. E. *Employed algorithms*, cit., p. 855 e ss.

En primer lugar, los tres modelos de responsabilidad pueden utilizarse para construir un primer marco de responsabilidad en torno a la máquina.

En segundo lugar, la idea de responsabilidad penal corporativa, basada en la identidad independiente de una organización, presenta una vía convincente para abordar las brechas de responsabilidad derivadas de la aplicación solo del marco proporcionado por los tres modelos.

Encontrar el equilibrio adecuado entre el progreso tecnológico y la gestión de los riesgos potenciales será un desafío importante para los responsables políticos y la sociedad en su conjunto. El debate en curso subraya la necesidad de continuar explorando y desarrollando marcos legales que puedan adaptarse al panorama en evolución de la IA.

LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS EN ESPAÑA, EVOLUCIÓN LEGAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Susana Sánchez González

Doctora en Derecho por la Universidad de Granada y por la Universidad de Bolonia (Italia)

Fecha de recepción: 25/05/2024

Fecha de aceptación: 09/07/2024

RESUMEN: Las operaciones encubiertas son un tipo de investigaciones muy complejas llevadas a cabo siempre por agentes encubiertos y siempre que se trate de investigar los delitos previstos en el apartado cuatro del art. 282 BIS LECrim, es decir, delitos muy graves perpetrados por organizaciones criminales, en el seno de la delincuencia organizada. En este artículo se analiza la evolución legal que han tenido las operaciones encubiertas en España ya que en la actualidad solo contamos con un artículo alojado en la LECrim que regula la figura del agente encubierto, el art. 282 BIS, pero esto no es suficiente. De esta forma, partimos de la inexistencia de regulación hasta el 1999, explicamos cómo nuestro legislador sólo decide regular legalmente en la LECrim la figura protagonista de estas operaciones, el agente encubierto, a través del art. 282 BIS LECrim. Analizamos las posteriores reformas y exponemos las características y peculiaridades que tienen las operaciones encubiertas en la actualidad. Posteriormente, nos centramos en el texto del Anteproyecto de LECrim de 2020 porque, independientemente de si prospera o no, recoge una regulación más extensa y profunda de las operaciones encubiertas que nos permite visualizar cómo pretende nuestro legislador regular este tipo de investigaciones en el futuro.

ABSTRACT: Undercover operations are a very complex type of investigations always carried out by undercover agents and always when investigating the crimes provided for in section four of art. 282 BIS LECrim, that is to say, very grave crimes perpetrated by criminal organisations, within the context of organised crime. This article analyses the legal evolution of undercover operations in Spain, as there is currently only one article in the LECrim that regulates the figure of the undercover agent, art. 282 BIS, but this is not enough. In this way, starting from the lack of regulation until 1999, we explain how our legislator only decided to legally regulate in the LECrim the main figure in these operations, the undercover agent, through art. 282 BIS LECrim. We analyse the later reforms and set out the characteristics and peculiarities of undercover operations at present. Subsequently, we focus on the text preliminary Draft Bill of the LECrim of 2020 because, regardless of whether it is successful or not, it includes a more extensive and in-depth regulation of undercover operations that allows us to visualise how our legislator intends to regulate this type of investigation in the future.

PALABRAS CLAVE: operaciones encubiertas, agente encubierto, delincuencia organizada, delitos muy graves, Anteproyecto de LECrim del 2020.

KEYWORDS: Undercover operations, undercover agent, organised crime, grave crimes, Preliminary Draft Bill of the LECrim of 2020.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Las operaciones encubiertas en España antes del 1999; 3. Regulación de las operaciones encubiertas en España tras el 1999, sus modificaciones y su regulación actual; 3.1. Su introducción en la LECrim a través de la Ley Orgánica, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves; 3.2. Las modificaciones en la regulación legal de las operaciones encubiertas; 3.3. La regulación actual de las operaciones encubiertas. Características y peculiaridades; A) Personas que pueden protagonizar las operaciones encubiertas; B) Solicitud y autorización de las operaciones encubiertas; C) Organización y planificación de las operaciones encubiertas; D) Delitos que pueden ser investigados a través de operaciones encubiertas; E) Información que debe aportar el agente encubierto; F) Las operaciones encubiertas en la red; 4. Regulación de las operaciones encubiertas en el Anteproyecto de LECrim del 2020, hacia donde vamos; 4.1. Personas que pueden protagonizar las operaciones encubiertas y delitos que pueden ser investigados en el ALECRim; 4.2. Solicitud y autorización de las operaciones encubiertas en el ALECRim; 4.3. La responsabilidad de los agentes encubiertos en el ALECRim; 4.4. Información que debe aportar el agente encubierto según el ALECRim; 4.5. La provocación del delito por el agente encubierto según el ALECRim; 4.6. La prueba testifical del agente encubierto en el ALECRim; 4.7. El uso de la información obtenida en una operación encubierta en otro proceso según el ALECRim; 4.8. Las operaciones encubiertas en la red en el ALECRim; 5. Conclusiones y propuestas. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Las operaciones encubiertas son aquellas investigaciones protagonizadas por un funcionario de policía que, de manera voluntaria, es autorizado por el Juez o Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, mediante resolución fundada para actuar bajo identidad supuesta, adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos en las investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, art. 282 BIS de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim)¹. Los agentes encubiertos son apoyados por todo un equipo de investigación, de policías que tratan de coadyuvar en el éxito de una investigación que siempre está ligada a un proceso penal que pende. Hoy en día en España, las operaciones encubiertas son aquellas protagonizadas por agentes encubiertos y que solo pueden desarrollarse para investigar algunos delitos muy graves perpetrados por organizaciones criminales.

Son investigaciones tan complejas y peligrosas que solo pueden tener lugar en nuestro país para investigar delitos cometidos en el seno de la delincuencia organizada, y dentro de éstos solamente cuando se sospeche que se están perpetrando los delitos enumerados en el apartado cuatro del art. 282 BIS LECrim. De esta forma, siempre se encuentran ligadas a la delincuencia organizada como podemos observar en el art. 282 BIS LECrim. Que las operaciones encubiertas solo puedan ser autorizadas para investigar organizaciones criminales que llegan a perpetrar delitos tan graves como la trata de seres humanos art. 177 BIS Código Penal (en adelante, CP), el secuestro de personas art. 164 a 166 del CP, los delitos relativos a la prostitución art. 187 a 189 CP o los delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del CP, entre otros delitos muy graves,² no es baladí ni por supuesto casual,

¹ Hemos de diferenciar las operaciones encubiertas anteriormente descritas de las operaciones secretas realizadas por agentes del Centro Nacional de Inteligencia (en adelante CNI). No son el mismo tipo de investigaciones a pesar de que compartan algunos rasgos característicos como puede ser la ocultación o el sigilo o la utilización de la técnica de la infiltración. Las operaciones secretas protagonizadas por agentes del CNI son operaciones de inteligencia cuyo fin último es crear inteligencia, es decir, obtener el máximo número de información que aportar al Gobierno, al Ministerio de defensa para tratar de proteger a los ciudadanos de posibles amenazas sin que exista un proceso penal que penda y sin que específicamente busquen pruebas o indicios sobre un determinado delito, a la luz de la exposición de motivos de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. En este artículo se estudian las operaciones o investigaciones encubiertas llevadas a cabo por agentes encubiertos no las operaciones de inteligencia desarrolladas por agentes del CNI.

² También los delitos de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos arts. 566 a 568 del CP, los delitos de terrorismo previstos en los arts. 572 a 578 del CP, los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico art. 237, 243, 244, 248 y 301 CP, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial arts. 270 a 277 del CP,

sino que forma parte de una respuesta penal y procesal que nuestro legislador se vio obligado a ofrecer ante las nuevas formas de criminalidad y el aumento los delitos tan graves como los enunciados y además perpetrados por las organizaciones criminales, debido a varios factores:

En primer lugar, la globalización que ha experimentado nuestra sociedad, que trajo consigo innumerables cambios y beneficios para los ciudadanos pero, desgraciadamente, también problemas. Uno de ellos, y quizá uno de los más importantes, fue la internacionalización de la delincuencia organizada y con ello, la globalización del crimen. El gran fenómeno de la globalización hizo que las organizaciones criminales que actuaban en una zona y/o en un solo país se expandiesen y extendiesen su actividad delictiva hacia otras zonas y hacia otros estados aumentando e intensificando la criminalidad en los mismos.

En segundo lugar, durante los años setenta en España también se produce el cambio político que experimentamos con la entrada a la democracia suponiendo la apertura del país al resto del mundo. Aumentó el turismo y llegaron nuevas empresas, nuevos negocios, empresarios que invirtieron en España para crear un mercado de turismo³. Durante los años ochenta las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico trajeron a nuestro país nuevas drogas haciendo que también se incrementaran los delitos de tráfico de estupefacientes así como otros delitos asociados a dicho tráfico como puede ser el blanqueo de capitales, los homicidios, los asesinatos etc... La apertura de nuestras fronteras por los cambios que se produjeron en nuestro país y la globalización sumando la calidad de frontera que tiene España en cuanto al resto de países de la Unión Europea y todo occidente dada su posición geográfica de frontera de Europa y también la lengua que compartimos con Latinoamérica, hizo que aumentara la delincuencia organizada en nuestro país. Todo esto afectaba a la sociedad y las fuerzas y cuerpos de seguridad que trataban de combatirlo con medios e instrumentos que no surtían efecto, con diligencias de investigación penal que no eran efectivas.

La sociedad española reaccionó generando mucho miedo e incertidumbre porque se consideraban indefensos ya que la realidad era que España no contaba con los instrumentos o medios necesarios para tratar de luchar contra la delincuencia organizada, contra los delitos tan graves que estaban siendo perpetrados y que daban lugar a investigaciones, fases de instrucción tan complejas y peligrosas. En definitiva, se produjo una alarma social, posteriormente una alarma política que dio lugar a cambios legislativos⁴ y a la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de figuras como la entrega vigilada gracias a la reforma operada por la LO 8/1992, de 23 de diciembre⁵, y a la regulación de las operaciones encubiertas por primera vez en nuestro país en el 1999 a través de la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves con la introducción en la LECrim de la figura del agente encubierto en el art. 282 BIS.

Se produce, un cambio del modelo o sistema penal presente en España en los años ochenta desarrollándose en los años noventa un derecho penal de prevención muy fuerte ya que las figuras de investigación introducidas son propias del derecho penal ex ante y no del derecho penal ex post, es decir, del derecho penal preventivo y no reactivo porque era lo que precisaba

delitos contra los derechos de los trabajadores arts. 312 y 313 CP, los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros part. 318 BIS del CP, los delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del CP, los delitos de tráfico de material nuclear y radiactivo art. 345 del CP, delitos de falsificación de moneda, art. 386 del CP y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 BIS del CP y los delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

³ ALONSO PÉREZ, Francisco, *Introducción al Estudio de la Criminología*, REUS, S.A., Madrid, 1999, pág. 223.

⁴ Por ejemplo, la introducción en el CP del delito de blanqueo de capitales y en el 1993, la promulgación de la Ley de prevención de blanqueo de capitales, concretamente la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

⁵ De modificación de la LECrim en materia de tráfico de drogas al haber firmado España la Convención de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre del 1988.

una sociedad sumida en el miedo, que era vulnerable y requería de protección. Los españoles aceptaron lo que antes no consentían: una mayor intromisión y control del estado a través de la policía sobre nuestra esfera personal a todos los niveles mermando y limitando nuestros derechos fundamentales como la intimidad, art. 18.1 CE, la protección de datos, art. 18.2 y 4 CE, la inviolabilidad del domicilio art. 18.2 CE, al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE, el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable art. 24.2 CE, el derecho a la presunción de inocencia 24.2 CE, a la defensa 24 CE... que son los derechos de los ciudadanos que pueden ser limitados y afectados con las operaciones encubiertas.

El aumento de la delincuencia organizada nacional y transnacional motivó cambios legislativos penales y procesales que se han traducido, entre otras respuestas, en la regulación legal de diligencias de investigación como las entregas vigiladas, o el agente encubierto tanto físico o tradicional como el virtual o informático. Las operaciones encubiertas se intensifican por mor de los delitos tan graves que estaban siendo perpetrados por las organizaciones criminales presentes en España y las mismas han tenido una evolución legal ligada a la evolución de los delitos cometidos por las organizaciones criminales. Sin embargo, nuestro legislador no las ha regulado en profundidad y nunca las ha reglamentado, como veremos. Finalmente, el carácter tan excepcional de estas investigaciones, tan peligrosas, tan dificultosas, tan costosas para nuestro Estado y el aumento de los delitos perpetrados por las organizaciones criminales así como las continuas críticas doctrinales han provocado que en el Anteproyecto de LECrim del 2020 se recoja una regulación de las operaciones encubiertas más extensa y más profunda que, independientemente de si este proyecto legislativo prospera o no, nos muestra cuales pueden ser las perspectivas de futuro en cuanto a su la regulación legal.

2. LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS EN ESPAÑA ANTES DEL 1999.

En España, al igual que en el resto de países del mundo también ha existido la necesidad de investigar de forma secreta desde muy antiguo, sin que determinadas operaciones sean conocidas por los ciudadanos porque en nuestro país han existido agrupaciones de personas cuyo fin era cometer delitos y cuyas investigaciones podían ser muy complicadas. Podemos poner como ejemplo que en el 1824 se crea la Policía General del Reino⁶ y durante el reinado de Fernando VII se crea el "Cuerpo de policía secreta" con el objetivo de defender el régimen absolutista en España, donde personas al servicio del Estado, en este caso de la corona, controlaban y vigilaban la sociedad para evitar revueltas. Nuestro Estado ha tenido que ir afrontando dichas investigaciones utilizando distintos medios de los que disponía en cada momento de la historia. De dichas operaciones, dado su carácter secreto no existen muchas referencias bibliográficas, contamos con pocos estudios fiables sobre sus orígenes ya que la documentación de estas operaciones era destruida o bien clasificada como secreta y hasta muchos años después, muy pocos de estos documentos han sido publicados. Entre los documentos que sí que se conservan la mayoría de ellos son secretos o se encuentran en archivos privados haciendo muy complicado el estudio de las operaciones secretas más antiguas.

Pues bien, hemos de destacar que especialmente antes de la Guerra Civil española durante la misma y una vez acontecida, España es un verdadero nido de espías de todas las nacionalidades, los mismos llevaban a cabo actividades de investigación sobre las cuales existen muy pocos documentos porque muchos de ellos fueron destruidos durante la Guerra Civil o posteriormente con la Dictadura. A pesar de ello, de la investigación bibliográfica documental realizada extraemos que, el antecedente y el origen más inmediato a las operaciones encubiertas son las operaciones secretas o labores de inteligencia que se llevaron a cabo en España antes, durante y tras la Guerra Civil, expongámoslo:

En España, en el 1936 ni siquiera disponíamos de un verdadero servicio de inteligencia al servicio del Estado, solo podemos hacer referencia a la Segunda Sección de información del Estado Mayor Central del Ejército y la Sección de información del Estado Mayor de la

⁶ A través de la Real Cédula de 13 de enero de 1824.

Armada, estas secciones recibían la información, la analizaban y ayudaban a la República con los resultados. Durante la Guerra Civil tampoco se tiene un servicio de inteligencia oficial ligado al Estado, sino que ambos bandos van improvisando. Se crea el Servicio de información militar en Burgos (SIM), que fue el antecedente del Servicio de Información y Policía Militar (SIPM) y el gobierno de la República crea en el 1937 el Servicio de Información Diplomática Especial (SIDE) para centralizar y coordinar los servicios secretos y para que toda la información bélica no se terminase filtrando, sin embargo no tuvo éxito. También se crea el Departamento Especial de Información del Estado (DEDIDE) que era el servicio de información de la Dirección General de Seguridad, dependía del Ministerio de Gobernación y que, junto al SIDE y el SIM, tuvo bastante actividad en el extranjero. En estos casos las operaciones secretas en su mayoría investigaban el tráfico de armas y municiones, el control de las mercancías era crucial en aquellos momentos y por ello, los agentes actuaban en zonas nacionales y extranjeras como el estrecho de Gibraltar, el estrecho de Sicilia las embajadas de otros países en España y también las embajadas españolas en el extranjero⁷ de hecho muchos embajadores actuaban desde su posición obteniendo información sobre Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia etc... Algunos autores destacan que también se creó el Servicio de Información de la Frontera Norte de España (SIFNE) para tratar de controlar el tráfico de armas. En definitiva, todas las personas que componían estos servicios o antes trabajaban para el gobierno de aquel momento, para el Estado ocultando sus intenciones y obteniendo información⁸.

Observamos que las operaciones encubiertas, antes de su tardía regulación en el 1999⁹ en España eran protagonizadas por diversas figuras afines a los agentes encubiertos: agentes provocadores¹⁰, confidentes o arrepentidos, testigos anónimos, espías y policías infiltrados¹¹ por lo que podemos decir que el antecedente de las operaciones encubiertas son las operaciones secretas protagonizadas por otros actores que comparten la ocultación y el secreto con los agentes encubiertos que son los únicos que pueden llevar a cabo verdaderas operaciones encubiertas en España. Todas estas figuras que se encargaban de las operaciones secretas actuaban al servicio del Estado y su objetivo era obtener información, datos, indicios o pruebas a cambio de algún beneficio.

Si bien encontramos los orígenes o antecedentes de las operaciones encubiertas en operaciones secretas con fines más bien políticos, como se ha expuesto, posteriormente dichas investigaciones tienen fines absolutamente criminales. Lo que queremos decir es que *prima facie* se investigaban cuestiones políticas relacionadas con cuestiones criminales pero con el paso del tiempo las operaciones secretas se utilizaron para investigar crímenes¹². En la

⁷ ROS AGUDO, Manuel, «El espionaje en España en la guerra civil y la segunda guerra mundial: una visión general», en *Diascronic Studii di Storia Contemporanea*, N° 28, 2016, pág. 7.

⁸ Profundamente BERTRAN Y MUSITU, José, *Experiencias de los Servicios de Información del Nordeste de España (SIFNE). Una teoría, una técnica y una escuela sobre información general*, Espasa-Calpe, Madrid, 1940.

⁹ Con la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, que analizaremos profundamente en el siguiente apartado.

¹⁰ Según la STS 427/2013, de 10 de mayo *“el agente provocador es quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por este sería delito provocado”*. Se trata de un testigo muy cualificado que mediante la ocultación de su verdadera identidad ha obtenido información sobre los ilícitos que se estaban investigando llegando a provocar el delito para obtener pruebas. Esta figura está prohibida hoy en día en España porque lo que se busca con las verdaderas operaciones encubiertas es conseguir recabar pruebas no crearlas a través de que una persona provoque que otros delincan para obtener pruebas. Quizá sea el antecedente de los policías infiltrados y los agentes encubierto, como podemos apreciar en abundante jurisprudencia como STS 818/1995, de 14 de febrero, STS 786/1973, de 20 de febrero y la STS 2873/1975, de 14 de junio.

¹¹ Es importante tener en cuenta la diferencia entre policía encubierto y policía infiltrado. La principal diferencia es que un policía infiltrado no necesita tener autorización judicial o fiscal para ser un policía infiltrado y realizar sus investigaciones mientras que el agente encubierto debe solicitar y obtener autorización judicial para ser un agente encubierto y estar ante una operación encubierta. Un policía infiltrado es un agente que utilizando la técnica de la infiltración puede vigilar o investigar todo tipo de delitos ocultado su verdadera identidad o aportando una identidad inventada, es un funcionario policía que no ha obtenido una autorización judicial o fiscal para llevar a cabo su infiltración durante un tiempo ilimitado, no tiene la obligación de poner en conocimiento del Juez a la mayor brevedad posible los resultados de su investigación y no tiene las garantías procesales y penales que los agentes encubiertos, no se les puede aplicar lo dispuesto en el art. 282 BIS LECrim, porque son dos figuras distintas.

¹² Como sostiene RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho Español*, Edersa, Madrid, 1982, pág. 39.

jurisprudencia más antigua podemos observar que incluso se les permitía perpetrar y provocar delitos durante el desarrollo de sus operaciones, como por ejemplo podemos observar en la STS 2873/1975, de 14 de junio que dice expresamente *“hechos aparentemente punibles pero, en realidad, causados por el agente provocador de los mismos...”*¹³ Este cambio en el objeto de las investigaciones secretas sobre todo lo observamos en los años setenta, porque, como ya expusimos en la Introducción, aumentó la delincuencia organizada en España por los cambios políticos que experimentaba nuestro país, el terrorismo y la globalización que supuso también la globalización del crimen.

Como adelantamos, posteriormente, durante los años ochenta se instalan en España grandes organizaciones criminales procedentes de otros Estados, redes internacionales dedicadas principalmente al tráfico de drogas que también daban lugar a la perpetración de otros delitos como el blanqueo de capitales, tráfico de armas, homicidios o asesinatos y claramente estos delitos pronto dieron lugar a una gran alarma social porque en aquellos momentos los jueces españoles no contaban con los medios oportunos para poder investigar y combatir la delincuencia organizada. Entre otras técnicas de investigación, también se utilizaron las operaciones secretas para tratar de investigar los delitos tan graves que se estaban perpetrando por las organizaciones criminales pero no existía una regulación legal de las mismas y esto daba lugar a mucha inseguridad jurídica tanto para la persona que decidía protagonizarlas como para las informaciones que dimanaban de dichas investigaciones, de hecho autores como ESTARELLAS Y LÓPEZ ponen de manifiesto que *“los abogados de las defensas se frotaban las manos al observar cómo los agentes de Policía o Guardia Civil se infiltraban en una organización criminal haciéndose pasar por delincuentes, con apodosos o nombres supuestos, con el objeto de ganarse la confianza de los grupos criminales.”*¹⁴

De esta forma, justo antes de que se promulgara LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas se incrementaron las operaciones policiales secretas protagonizadas por agentes policías infiltrados¹⁵, es decir, policías que decidían infiltrarse en ambientes delictivos donde se sospechaba que se estaban cometiendo delitos con el fin de investigarlos. Todo esto lo podemos observar en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo anterior a la promulgación de dicha ley, como por ejemplo en la STS 1570/1984 de 15 de noviembre que determina expresamente *“las fuerzas policiales, como las de la Guardia Civil, tienen, entre otras funciones, las de prevenir el delito, ejerciendo una misión de profilaxis social, y la de descubrir su perpetración, identificando a los autores de las infracciones delictivas, aprehendiéndolos y poniéndolos a disposición judicial; siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de la infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en el medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la Ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención.”* Lo cierto es que en nuestro país la Jurisprudencia admitía la actuación de los agentes de policía siempre que se encontrara dentro de los límites de la Constitución Española, art. 126, y de lo establecido en las normas procesales básicas¹⁶.

De esta forma, no se trataba de verdaderas operaciones encubiertas porque no eran desarrolladas por agentes encubiertos ya que esta figura aún no existía en nuestro ordenamiento jurídico, aún no se había regulado, sino que eran policías que actuaban de incógnito sin contar con una autorización judicial o fiscal para realizar dichas investigaciones y por supuesto eran actividades muy peligrosas porque nuestro ordenamiento jurídico aún no contemplaba posibles exenciones penales para estos agentes ni garantías procesales y

¹³ O como también podemos ver, de nuevo en la STS 786/1973, de 20 de febrero.

¹⁴ ESTARELLAS Y LÓPEZ, Juan Carlos, «El agente encubierto contra el crimen organizado», en MAGAZ ÁLVAREZ, Ricardo (coord.), *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la Ley*, Instituto Universitario general Gutiérrez Mellado UNED, Madrid, 2012, pág. 337.

¹⁵ Y no tanto por otras figuras afines al agente encubierto como confidentes o arrepentidos, testigos anónimos o espías.

¹⁶ Según DEL CERRO ESTEBAN, José Antonio, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada», en *Estudios Jurídicos*, N° 2004, Madrid, 2004, pág. 1378.

penales distintas que poder aplicarles. Pues bien, las personas que llevaban a cabo las operaciones secretas en España antes del 1999 eran colaboradores con la justicia al uso, de esta forma su identidad supuesta o falsa era una identidad ficticia inventada por ellos mismos o por la policía, sin que fuese suministrada por el Ministerio del Interior. Los actores que protagonizaban las investigaciones secretas no debían tener para ello autorización judicial o fiscal, normalmente transportaban objetos e instrumentos del delito y diferían la incautación de los mismos pero no se encontraban legítimamente habilitados para ello. Al no tener autorización judicial o fiscal tampoco estaban legalmente habilitados actuar en todo lo relacionado en el tráfico jurídico o social pero, la realidad es que así debían hacerlo para crear una apariencia verídica de su personaje y poder continuar con su labor investigadora. Estas personas no se encontraban legalmente obligadas a informar a la mayor brevedad posible ni de la manera más completa a la autoridad de la que dependían, ni al Juez de instrucción porque tampoco se encontraba previsto legalmente.

Además, cuando se celebraban los procesos penales en cuyas investigaciones habían participado, si el Juez lo estimaba oportuno, se les podría aplicar únicamente la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1994 de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales pero si hubiesen actuado con un nombre falso puede que en el proceso penal no se siguiese manteniendo dicha identidad inventada. Estas personas, como hemos adelantado, no se encontraban exentas de responsabilidad penal de las actuaciones que eran consecuencia necesaria del desarrollo de su investigación, ni siquiera cuando guardase la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no hubiesen provocado ellos mismos el delito. Y claramente en este contexto existía mucha inseguridad jurídica en cuanto al valor de las informaciones, de los datos, indicios y pruebas traídas al proceso por dichas personas sobre todo porque en el curso de sus investigaciones podrían haber vulnerado o violentado algún derecho fundamental y dichas pruebas no deberían ser tenidas en cuenta por el juzgador,¹⁷ al igual que si se cometiera un delito¹⁸ en el curso de la operación, cosa que es bastante probable.

Todo lo cual las operaciones encubiertas en España antes del 1999 en realidad eran operaciones secretas protagonizadas por figuras parecidas a lo que hoy conocemos por agente encubierto que realizaban investigaciones muy peligrosas sin contar con ningún tipo de exención penal y sin las garantías procesales y penales que posteriormente les ofreció su regulación legal, por lo tanto dichas operaciones suponían una gran inseguridad jurídica tanto para la persona que las protagonizaba como para las personas que eran investigados.

3. REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS EN ESPAÑA TRAS EL 1999, SUS MODIFICACIONES Y SU REGULACIÓN ACTUAL.

3.1. Su introducción en la LECrim a través de la Ley Orgánica, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

En el 1999, por todas las razones anteriormente expuestas y ante el aumento de los procedimientos en cuyas investigaciones existía una persona que aportaba una identidad inventada u ocultaba su verdadera identidad para recabar información, finalmente se publica la Ley Orgánica, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves en cuyo art. 2 se prevé la introducción del apartado BIS al art. 282 LECrim, recogiendo y regulando la figura del agente encubierto. De esta

¹⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos, *El delito provocado, el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, tesis doctoral, Queralt Jiménez, Joan Josep, (Dir.), Universidad de Barcelona, 2019.

¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El agente encubierto», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 1999, págs. 1956-1957.

forma, entra en la LECrim la única figura que desde el 1999 puede protagonizar una operación encubierta en España, el agente encubierto. Así, desde dicha reforma existe un único artículo en nuestro ordenamiento jurídico dedicado a los actores que protagonizan las operaciones encubiertas¹⁹ pero se desaprovecha la oportunidad de regular expresamente y de manera directa este tipo de investigaciones tan peligrosas. Por ello, cuando hablamos de la regulación legal de las operaciones encubiertas en España debemos explicar cómo nuestro legislador decidió regular la figura que los protagoniza, los agentes encubiertos porque hoy en día en España no contamos con una regulación específica sobre las operaciones encubiertas sino solo un artículo en la LECrim dedicado a sus protagonistas, los agentes encubiertos.

Pues bien, a través de dicha norma se incorpora al artículo de la LECrim dedicado a la policía judicial²⁰ un apartado BIS sobre los agentes encubiertos. De los diarios de las sesiones del Congreso y el Senado del 1998 podemos extraer que todos los grupos parlamentarios coincidían en la necesidad de regular la situación de las personas que venían desarrollando dichas operaciones secretas tan peligrosas, todos los actores políticos coincidían en la necesidad de poder combatir la delincuencia organizada de manera eficiente.

¹⁹ Y que tenía el siguiente tenor literal: *1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.*

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

h) Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.

i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

j) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.

k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.”

²⁰ Que actualmente encontramos en el Título III “De la Policía Judicial”, en el Libro II dedicado al Sumario.

Así, atendiendo a las intervenciones de los grupos y partidos en la sesión número 51²¹ hemos de destacar que específicamente el Grupo Convergencia y Unió puso de manifiesto que era completamente necesario regular esta técnica de investigación²². El partido socialista advirtió a través de una enmienda en el Senado, que fue aceptada, que dichas investigaciones encubiertas al tener un carácter tan peligroso debían de ser voluntarias, es decir, que los funcionarios de la policía no podían estar obligados a protagonizarlas, que ningún policía podía estar obligado a ser agente encubierto lo cual se aceptó²³, por lo que finalmente en el art. 282 BIS LECrim quedó reflejado desde el 1999 que *“ningún funcionario de la policía judicial podría ser obligado a actuar como agente encubierto”*. Y gracias a una enmienda presentada por el grupo Parlamentario Popular se unificó en un único párrafo el texto del apartado 2.1, quedando como actualmente podemos observar en la LECrim en el apartado uno del art. 282 BIS²⁴. Finalmente, el 1 de diciembre de 1998 esta Ley Orgánica para reformar la LECrim fue aprobada finalmente en el Congreso de los Diputados.

Gracias a la Ley Orgánica, de 13 de enero, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves también se modifica el art. 263 BIS de la LECrim para que las entregas vigiladas puedan ser utilizadas para investigar otros delitos distintos a tráfico de sustancias estupefacientes y también gracias a esta Ley Orgánica que especifica en la propia LECrim lo que entiende nuestro legislador por delincuencia organizada en el apartado cuatro del art. 282 BIS supeditando la utilización de las operaciones encubiertas únicamente cuando se trate de investigar este tipo de delincuencia y a un conjunto de delitos que se han ido ampliando a lo largo de los años dada la naturaleza cambiante de la delincuencia organizada.

3.2. Las modificaciones en la regulación legal de las operaciones encubiertas.

El art. 282 BIS LECrim ha sufrido varias modificaciones al socaire de las reformas que se han ido realizando en el CP. Lo que observamos es que se han ido incrementando los delitos que pueden ser investigados a través de operaciones encubiertas, autorizando agentes encubiertos para investigarlos ya que la delincuencia organizada es una tipología delictiva que evoluciona a medida que lo hace la sociedad. De esta forma, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP mediante su disposición final 1.1 a) incorpora la letra d) al art. 282 BIS apartado cuatro LECrim haciendo posible que el agente encubierto pueda investigar los delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual previstos en los arts. 270 a 277 CP, por lo tanto esta reforma hace posible que los delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual puedan ser investigados mediante una operación encubierta.

Posteriormente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal a través de su disposición final primera apartado dos también amplía la lista de delitos contenida en el apartado cuatro del art. 282 BIS LECrim, en esta ocasión añadiendo los delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 BIS del CP, el delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 BIS del CP y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 BIS del CP, de esta forma, a partir de 2010, el Juez o Fiscal puede también autorizar la puesta en marcha de una operación encubierta para investigar dichos delitos.

²¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 507, sesión n.º 51 de la VI Legislatura, de 10 de septiembre de 1998, p. 14630 y ss.

²² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 507, *op.cit.*, p.14632.

²³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 507, *op.cit.*, p. 14631.

²⁴ *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.”*

A continuación y más adelante en el tiempo especial mención merece la modificación legal producida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica ya que introduce en la LECrim un nuevo tipo de agente encubierto, el informático y por lo tanto hace que las operaciones encubiertas también puedan ser desarrolladas en internet. De hecho, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Senado, X legislatura, 3 de octubre de 2014 en la ponencia conjunta de estudio sobre los riesgos derivados del uso de la Red por parte de los menores, la mayoría de los comparecientes defendieron esta medida de investigación llegándose a la conclusión de que *‘es una técnica necesaria para hacer frente a la asimetría de la ciberdelincuencia, para poder ascender, por ejemplo, en la pirámide que representan los intercambios de archivos de pornografía infantil, más allá de las redes «peer-to-peer» y acceder a los ámbitos ocultos donde tienen lugar los intercambios de contenidos más violentos y graves’*²⁵.

Esta norma se dicta dadas las nuevas formas de delincuencia desarrolladas en internet que hacían necesario regular nuevos instrumentos para poder investigar los delitos que se estaban cometiendo a través de internet estableciendo la idoneidad, la proporcionalidad, la especialidad y la necesidad como principios comunes a todas las medidas de investigación. De esta forma, dicha norma introduce la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos art. 588 QUATER y ss. la utilización de dispositivos técnicos para la captación de imagen, localización y seguimiento art. 588 QUINQUIES y ss., los registros de almacenamiento masivo de información art. 588 SEXIES y ss., los registros remotos sobre equipos informáticos art. 588 SEPTIES y ss..

Lo más importante, como ya hemos adelantado es que esta LO hace posible las operaciones encubiertas virtuales, en la red, porque regula la posibilidad de que los agentes policías previa autorización judicial puedan actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado cuatro de dicho artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 TER a) y que con otra autorización específica para ello, también puedan intercambiar o enviar por sí mismos archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos, para ello, nuestro legislador introdujo los apartados seis y siete en el art. 282 BIS LECrim.

En definitiva, gracias a esta LO se regula el agente encubierto informático y por lo tanto la posibilidad de que se puedan llevar a cabo operaciones encubiertas en el internet profundo o Deep web, Dark web es decir, como hemos adelantado, se hacen posibles las operaciones encubiertas virtuales cuando, previa autorización judicial, dichas operaciones se lleven a cabo en canales cerrados de comunicación en foros o chat privados habilitando al agente encubierto informático a transmitir materiales ilícitos por razón de su contenido siempre, contando para ello, con otra autorización judicial.

3.3. La regulación actual de las operaciones encubiertas. Características y peculiaridades.

Como ya hemos puesto de manifiesto, el legislador español no las ha regulado específicamente y en profundidad las operaciones encubiertas y nunca las ha reglamentado. De hecho, como ya resaltábamos en el apartado anterior, hoy en día solo podemos encontrar un artículo en todo nuestro ordenamiento jurídico dedicado a los policías que son autorizados para llevar a cabo las operaciones encubiertas, los agentes encubiertos. Nuestro legislador se centró únicamente en regular la situación procesal de la persona que lleva a cabo las operaciones encubiertas pero sin desarrollar en una norma específica que regule en profundidad estas investigaciones tan peligrosas y costosas para el Estado y a nivel personal para la policía judicial, ni ha creado aún un reglamento que especifique cuestiones que no caben en la propia

²⁵ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. En <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-de-modificacion-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-para-la-agilizacion-de-la-justicia-penal-el-fortalecimiento-de-las-garantias-procesales-y-la-regulacion-de-las-medidas-de-investigacion-tecnologicas>

norma pero que forman parte del desarrollo habitual de las operaciones encubiertas. Tampoco existe un estatuto de los agentes encubiertos. De esta forma, la única regulación actual de las operaciones encubiertas hoy en día en España la podemos encontrar en el art. 282 BIS LECrim, analicemos lo que tenemos:

A) Personas que pueden protagonizar las operaciones encubiertas.

En virtud al apartado uno y dos del art. 282 BIS LECrim las operaciones encubiertas hoy en día solo pueden ser protagonizadas por funcionarios de la policía, por la policía judicial es decir guardias civiles, policías nacionales²⁶ y además siempre de manera voluntaria. La Unidad de Agentes Encubiertos de la policía judicial o bien otra unidad especializada²⁷ suele proponer a un policía para que protagonice la operación encubierta, siempre será un agente que se ajuste lo mejor posible al perfil de la organización criminal que se pretende investigar. Normalmente, se tratará de un policía con una formación especial en derecho penal y procesal y en criminología que también cuente con conocimientos sobre técnicas de averiguación y sobre la técnica de la infiltración policial, esto es así habitualmente pero en algunas operaciones encubiertas no sucede porque el agente que mejor se ajusta al rol que precisa la organización criminal puede no contar con dichos conocimientos o bien porque el policía que estaba desarrollando los primeros contactos con los investigados y que posteriormente es autorizado para ser agente encubierto no contaba con dichos conocimientos pero se le autoriza y se estima idóneo para llevar a cabo la operación encubierta.

Las operaciones encubiertas, a la luz del apartado uno del art. 282 BIS LECrim siempre deben ser protagonizadas por funcionarios policías, de lo contrario no estaríamos ante una operación encubierta sino ante una operación o investigación secreta llevada a cabo por figuras afines al agente encubierto como por ejemplo, un confidente que es una persona miembro de la organización criminal y ha decidido colaborar con la justicia, no se trataría de una operación encubierta porque no es un funcionario policía autorizado por el Juez o Fiscal y que porta una identidad ficticia suministrada por el Ministerio del Interior.

Todas las operaciones encubiertas cuentan con un funcionario policía que es el agente encubierto y con otro policía denominado agente de cobertura, responsable de la investigación²⁸ o como ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS²⁹ le llama, ``de enlace'', este policía es la persona que mayor confianza tiene con el agente encubierto, se trata de un agente policía que más información obtiene de la operación encubierta porque debe haber una gran fluidez informativa entre el agente encubierto y el agente de cobertura o enlace, se podría decir que es la persona que conoce de primera mano el día a día y el minuto a minuto de la actuación encubierta que está realizando el agente encubierto. Se encarga de asesorar al agente encubierto y de realizar el seguimiento de sus actuaciones, es la persona que mejor llega a conocer al encubierto y por lo tanto quien debería detectar una posible traición del agente encubierto a la policía judicial. El agente de cobertura o de enlace normalmente redacta un diario de la operación encubierta con toda la información que le suministre el agente encubierto en sus comunicaciones para trasladarle dicha información al equipo de investigación.

En todas las operaciones encubiertas unida a la figura del agente encubierto también existe un equipo de investigación, que se trata de un grupo de policías que organizan y coordinan la investigación encubierta, este grupo de policías según GARCÍA-FUSTEL también es

²⁶ Los policías locales podrían colaborar con los mismos, Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial que la desarrolla, arts. 282 a 298 también arts. 773 y 777 de la LECrim y art. 104 CE, art. 547, 548 y 549 LOPJ.

²⁷ Como por ejemplo a la Unidad de Delitos Telemáticos de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil como normalmente ocurre cuando se trata de una operación encubierta en la red y se necesita a un agente encubierto informático.

²⁸ Que es como se le llama en la STS 171/2019, de 28 de marzo.

²⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 352.

llamado Unidad de Investigación³⁰. El equipo de investigación recibe toda la información transmitida por el agente encubierto, por el agente de cobertura o enlace y la revisa para cerciorarse de que ningún dato pueda llegar a revelar la verdadera identidad del agente encubierto. Normalmente es el equipo de investigación quien finalmente transmite al Juzgado que instruya la causa la información que se va obteniendo de la operación encubierta, es decir los resultados de la operación encubierta tratando de que exista una rápida cooperación entre la policía judicial y el juzgado de instrucción, esencial para el éxito de la operación encubierta.

Por último, añadir que a pesar de que en una operación encubierta finalmente participen tantos agentes policíacos para procurar su éxito, la realidad es que la LECrim solo prevé una protección especial para el protagonista de la operación encubierta, el agente encubierto. De esta forma, en el apartado dos del art. 282 BIS se establece que los agentes encubiertos pueden mantener su identidad falsa cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido siempre que así se acuerde mediante resolución motivada y que además se le aplique la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre de protección de testigos en causas criminales (en adelante, LOPTP). Además de esto y de nuevo, solo los agentes encubiertos, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no provoquen el delito, como podemos ver en el apartado cinco del art. 282 BIS LECrim.

B) Solicitud y autorización de las operaciones encubiertas.

La solicitud de la operación encubierta es realizada por la policía judicial tras los primeros contactos de la policía con la organización criminal, tras las primeras investigaciones, cuando se han encontrado suficientes indicios de criminalidad y se sospecha que se están perpetrando alguno o algunos de los delitos recogidos en el apartado cuatro del art. 282 BIS LECrim. En dicho momento, la policía judicial interesa a través de un oficio la medida de investigación penal del agente encubierto, es decir interesa que se autorice una operación encubierta para poder continuar investigando legalmente. A la luz de la STS 503/2021, de 10 de junio cuando la infiltración se haya hecho más profunda y se estime que se puede vulnerar alguno de los derechos de los investigados se debe solicitar la autorización de la operación encubierta.

Como podemos observar en la anterior sentencia, es necesario que la policía tenga sospechas fundadas de que puede tratarse de una organización criminal por lo que en el oficio en el que interese la autorización del agente encubierto la policía debe narrar las sospechas fundadas que tienen de la existencia de una organización criminal que estaría perpetrando delitos aportando al menos el nombre de dos sospechosos, como también podemos apreciar en la STS 207/2020, de 28 de enero.

Por último, en la solicitud de la operación encubierta también se suele incluir el plan de la operación encubierta que ha elaborado la policía judicial que se trata de un documento con los pasos y objetivos que, a la luz de las investigaciones ya realizadas, la policía estima que van a seguir, se trata de un documento donde la policía relata los pasos que piensa llevar a cabo durante la operación encubierta. La aportación del plan de la investigación encubierta sobre todo evita que la defensa posteriormente pueda alegar la provocación delictiva³¹.

La autorización de las operaciones encubiertas, en la actualidad en España, depende del Juez de instrucción o bien del Fiscal. Según el apartado uno del art. 282 BIS, estas son las dos instituciones jurídicas que puede autorizar la actuación de un agente encubierto y por lo tanto que exista la investigación u operación encubierta. Sin embargo, hoy en día genera controversia que sea tanto el Juez de instrucción como el Ministerio Fiscal el que pueda autorizar una operación encubierta. Algunos autores consideran que solamente el Juez de

³⁰ GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, Jesús, «Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil», en *Curso de formación continua de fiscales. La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2016, pág. 6.

³¹ Como podemos ver en SAP de Navarra, 256/2016, de 14 de diciembre.

instrucción debería poder autorizarla³², otros consideran que el Fiscal solo debería poder autorizar los primeros contactos o contactos previos de la policía con la organización criminal³³. Lo que sucede en la práctica es que la policía judicial es quien decide ante cuál de estas dos instituciones presenta el oficio policial y de esta elección policial dependerá si la operación encubierta es autorizada por el Juez de instrucción o el Ministerio Fiscal. A mi parecer, es oportuno que las investigaciones u operaciones encubiertas puedan ser autorizadas tanto por el Juez de instrucción como por el Ministerio Fiscal porque esto aporta más celeridad al proceso penal, velocidad necesaria para que no sean descubiertas las mentiras, para mantener la seguridad tanto del agente encubierto como de los investigados en unas investigaciones tan peligrosas, pero sí que pienso que dado que las operaciones encubiertas son tan peligrosas sí que sería conveniente especificar que el Fiscal puede autorizar al agente encubierto solamente cuando aún no exista denuncia dando cuenta inmediata al Juez Decano para que cuando se hayan incoado diligencias de investigación en algún Juzgado se informe a dicho Juez inmediatamente de la existencia de una operación encubierta, de la autorización del agente encubierto³⁴.

El apartado uno del art. 282 BIS especifica que cuando la autorización la haya realizado el Fiscal, éste debe dar cuenta inmediata al Juez que instruya la causa. Hemos de resaltar que nuestro legislador no especifica el tiempo que entiende por “dar cuenta inmediata al Juez”, no se especifica en el propio art. 282 BIS dicho plazo, considero que lo normal y lo ideal es que sean como máximo 24 horas como ocurre con las interceptaciones de conversaciones telefónicas o telemáticas, apartado d) del art. 588 TER.

También echamos de menos que el legislador establezca expresamente el momento en que debería dictarse la autorización de la operación encubierta, los contenidos que debería tener la autorización que se dicte por el Juez o Fiscal para autorizar la operación encubierta y la forma procesal que ésta debería tener. Hoy en día estas cuestiones no se encuentran incluidas en el art. 282 BIS ni en ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico generando inseguridad jurídica, dando lugar a que en cada operación encubierta ocurran de distinta forma. Creemos oportuno que nuestro legislador especifique los presupuestos, las afectaciones a terceros, el ámbito, el deber de colaboración, el control de la medida y el acceso de las partes a las informaciones aportadas por la policía durante la operación encubierta, inspirándose en la regulación legal de las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el art. 588 TER LECrim.

El art. 282 BIS LECrim en su apartado uno sí que especifica que la autorización debe ser una resolución fundada, es decir, la autorización de las operaciones encubiertas debe ser motivada por el Juez o el Fiscal. Esto se debe a que las operaciones encubiertas son bastante peligrosas para el funcionario policía que decide ser agente encubierto y también porque son investigaciones muy invasivas con los derechos de los investigados así como muy costosas para nuestro Estado. Sin embargo, como adelantamos *supra*, en el art. 282 BIS no se regulan los contenidos que debe reunir la autorización judicial o fiscal, aconsejo al legislador especificar el contenido que debe tener dicha autorización³⁵ por las mismas razones por las que sí que fija que la autorización debe ser motivada.

Así las cosas, según DELGADO habitualmente, los contenidos de las autorizaciones de las operaciones encubiertas suelen ser como mínimo un breve relato de toda la información aportada por la policía judicial interesando la medida de investigación del agente encubierto, la identidad ficticia que le suministra el Ministerio del Interior al agente encubierto y que

³² Esta es la opinión de RIFÁ SOLER, José María, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista del Poder Judicial*, N° 55, 1999, pág. 163.

³³ Como es el caso de ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pp. 332-333.

³⁴ Como sucedió por ejemplo, en la STS 591/2018, de 26 de noviembre.

³⁵ Como sucede con las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el art. 588 TER LECrim.

deberá portar durante todo el proceso así como la identidad de los primeros investigados. En dichas autorizaciones siempre debe figurar la motivación de porqué la diligencia de investigación del agente encubierto es necesaria, ya que no se podría seguir investigando a través de otros medios de investigación ni con otras técnicas.³⁶ Por ser dicho contenido tan delicado, la autorización de los agentes encubiertos y por lo tanto de las operaciones encubiertas es secreta sin que sea posible recurrirla.

Junto con la autorización judicial o fiscal, para poder comenzar las operaciones encubiertas, el Ministerio del Interior le suministra al agente de policía una identidad ficticia, una identidad falsa. Esta identidad ficticia será portada por el agente encubierto siempre, es decir, en todas las fases del proceso, durante la instrucción, durante las sesiones orales o plenarias y durante la ejecución de la sentencia que haya podido recaer. Las partes nunca conocerán ni la identidad real del agente encubierto ni su número de carnet profesional, estos datos permanecerán en la pieza separada y secreta del proceso a la que solo tienen acceso el Juez de instrucción, el Juez de haya de dilucidar la causa el Fiscal y el LAJ. Conviene apuntar que, si durante las primeras investigaciones o contactos previos el policía ha utilizado un nombre inventado el Ministerio del Interior le proporcionará dicha identidad ficticia es decir, que como es lógico, mantendrá para la operación encubierta el mismo nombre que había inventado como ocurrió en la STS 575/2013, de 28 de junio.

C) Organización y planificación de las operaciones encubiertas.

Una operación encubierta supone llevar a cabo una investigación muy compleja y peligrosa. En primer lugar en todas las operaciones encubiertas se va a crear toda una vida ficticia unida a la figura del agente encubierto con el objetivo de lograr el éxito de la operación encubierta. Crear toda una vida para el agente encubierto supone un enorme esfuerzo que la administración española realiza porque el agente encubierto debe tener un nuevo DNI, una nueva dirección, un nuevo trabajo, nuevos datos bancarios, un nuevo número de la seguridad social e historial médico, incluso, si fuese necesario, tendrá nuevos antecedentes policiales y/o penales entre otros muchos aspectos que la policía debe prever. La policía judicial organiza la nueva vida del agente encubierto aportándole desde nuevos efectos personales hasta nuevos títulos académicos si fuera preciso y además, todos ellos deben resultar absolutamente creíbles. El Estado produce una nueva persona que encaja en la organización criminal que se pretenda investigar teniendo en cuenta lo que ya conoce de la misma para que la operación encubierta tenga éxito. Para mantener toda esa ficción y poder vivir y desarrollar la operación encubierta, el apartado uno del art. 282 BIS LECrim habilita al agente encubierto a actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

Otra de las características o peculiaridades de las operaciones encubiertas hoy día en España es que no tienen límite de duración. Lo único que prevé el art. 282 BIS LECrim es que el Ministerio del Interior suministre la identidad supuesta al agente encubierto por un plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración pero sin fijar un límite de prórrogas. Cuando terminen los seis meses de duración de la identidad supuesta la policía judicial debe motivar en un nuevo oficio policial que continúe la operación encubierta, que el agente encubierto pueda seguir utilizando esa identidad supuesta y se debe esperar a que el Juez de instrucción resuelva y dicte otra autorización judicial para que continúe la operación encubierta. Claramente, estos trámites conllevan un tiempo en que las organizaciones criminales no van a cesar en sus actividades, en la comisión de los ilícitos que estuvieren perpetrando pero durante esos momentos si el agente de policía continúa infiltrado en la organización criminal no contará con las garantías procesales y penales que le ofrece el art. 282 BIS y esto es peligroso tanto para el propio policía como para la operación encubierta y en definitiva, para el proceso penal. A mi parecer, lo oportuno es que cuando se aproxime la finalización del plazo de seis meses la policía judicial solicite la prórroga de los mismos si se

³⁶ DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, Bosch, Barcelona, 2017, pág. 52 algo que también podemos ver en la STS 591/2018, de 26 de noviembre.

pretende continuar con la operación encubierta³⁷. Por lo demás, parece necesario que las operaciones encubiertas no tengan límite de duración ya que suelen ser investigaciones muy complejas, que el agente encubierto se gane la confianza de los investigados en la mayoría de las ocasiones no es sencillo, las relaciones no deben forzarse para no levantar sospechas y lograr que los investigados interactúen con naturalidad delante y con el agente encubierto es complicado.

Al tratarse de investigaciones tan prolongadas en el tiempo es necesario planificarlas, como ya adelantamos, cuando la policía judicial solicita la autorización del agente encubierto, cuando solicita poder llevar a cabo una operación encubierta, anexa el plan que ha creado para llevarla a cabo. Específicamente, el plan de la operación encubierta suele ser creado por la Unidad de Agentes Encubiertos con la información que ha obtenido en los contactos previos, en las primeras investigaciones que se han llevado a cabo en la organización criminal por lo que es único y específico para cada una de las investigaciones u operaciones encubiertas. En el plan se especifican las actividades a las que se dedica la organización criminal, sus objetivos y necesidades³⁸. El Juez de instrucción que recibe el plan lo analizará, propondrá cambios si lo estima necesario y decidirá si es conveniente seguirlo o no.

E) Delitos que pueden ser investigados a través de operaciones encubiertas.

Las investigaciones encubiertas se utilizan para investigar la delincuencia organizada. Actualmente en España las operaciones encubiertas solo pueden ser autorizadas para investigar los delitos establecidos en el apartado cuatro del art. 282 BIS LECrim cuando estén siendo perpetrados por tres o más personas que se hayan asociado de forma permanente o reiterada. Así, las operaciones encubiertas solo se llevarán a cabo para investigar una lista cerrada de delitos que encontramos en el apartado cuarto del art. 282 BIS LECrim³⁹, todos ellos son delitos muy graves que se sospecha que están siendo perpetrados en el seno de una organización criminal.

El legislador acota en la propia LECrim la realidad que se puede investigar a través de los agentes encubiertos, mediante una operación encubierta definiendo en la propia LECrim lo que se debe entender por delincuencia organizada determinando que *“se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes”* y a continuación enumera la lista de delitos muy graves que abarca de la letra a) a la o). No creo que sea acertado que se especifique en una norma procesal lo que debemos entender por delincuencia organizada porque se trata de una fenomenología delictiva que no para de evolucionar. Tampoco considero conveniente que exista una lista de delitos porque hoy en día las organizaciones criminales perpetran muy distintos y variados delitos, muchos de ellos se encuentran fuera de dicha lista como los delitos relacionados con

³⁷ Como propuse en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «El agente encubierto como diligencia de investigación penal: derechos fundamentales de los investigados y principios del proceso penal afectados», en *Revista General de Derecho Procesal*, N° 62, Iustel, 2024, pág. 16.

³⁸ Me gustaría poner de relieve que no existe mucha bibliografía sobre el fondo de los planes de las operaciones encubiertas que crea la policía judicial, autores como el Fiscal LAFONT NICUESA, Luis, *El agente policial encubierto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 244 sí que habla de ellos en esta obra.

³⁹ Estos delitos son: Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal. Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal y los delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

la corrupción pública o privada que hoy en día no pueden ser investigados por agentes encubiertos, no puede autorizarse una operación encubierta para investigar delitos relacionados con la corrupción pública o privada⁴⁰. Quizá lo más acertado sea que las operaciones encubiertas se puedan llevar a cabo para investigar delitos muy graves sin que exclusivamente estén siendo perpetrados en el seno de la delincuencia organizada y sin que tengan que ser alguno o algunos de los delitos de esa lista cerrada porque todo esto encorseta y limita de manera incorrecta este tipo de investigaciones.

F) Información que debe aportar el agente encubierto.

Durante el desarrollo de la operación encubierta los agentes encubiertos deben poner a la mayor brevedad posible a disposición de quien autorizó la investigación la información que vayan obteniendo en su integridad para que pueda ser valorada en conciencia por el órgano judicial competente, en virtud del apartado uno del art. 282 BIS LECrim. Normalmente es la policía judicial la que establece la vía que consideren más segura e inmediata

Pues bien, los avances, los resultados o pruebas, indicios o datos que se vayan obteniendo debe ser reflejada en los llamados informes de actuación, notas informativas o actas del agente encubierto. Lo habitual es que en la autorización de la operación encubierta, es decir, en el auto o decreto en el que se autorice al agente encubierto se especifique la forma y los plazos en que se deben enviar dichas informaciones. Es importante resaltar que en algunas ocasiones puede que se incumplan dichos plazos o el soporte porque sea peligroso para el agente encubierto y se decida retrasar el envío de las informaciones o como digo, cambiar su soporte, por ejemplo que no sea por escrito, esto será explicado por el agente encubierto y no afectará a la operación encubierta siempre que siga siendo posible seguir controlado judicialmente de forma correcta la investigación, como ocurrió en la STS 575/2013, de 28 de junio.

Es importante resaltar que los informes de actuación, las notas informativas o actas son creadas por el propio agente encubierto, por el agente de cobertura o enlace o bien por la Unidad de Agentes Encubiertos de la policía⁴¹ y serán remitidos al Juzgado de instrucción competente. Como se puede observar, se puede llegar a producir una cadena de información muy larga que podría poner en peligro que toda la información recabada durante la operación encubierta sea puesta en su integridad y a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación como precisa el apartado uno del art. 282 BIS LECrim. Además, lo que sucede en la práctica es que la información completa que llega al juzgado de instrucción es la más relevante para la investigación, de forma que no se trasmite al Juez de instrucción el minuto a minuto de la operación encubierta sino la información que tiene importancia para la investigación⁴².

Según LAFONT NICUESA la Unidad de Agentes Encubiertos de la policía judicial crea dos informes sobre la operación encubierta. Un informe más detallado en el que incluye los pormenores de la actuación del agente encubierto como su día a día, los problemas que fue encontrando durante el desarrollo de dicha operación, entre otros detalles que no sirven para nutrir el proceso ni ayudan a la investigación. Y un informe más general en el que se incluirán todas las pruebas, los indicios, los datos y todas las informaciones que ayuden a preparar el juicio oral, este informe se debe incluir en la pieza principal de la causa y podrán conocerlo todas las partes por lo que no incluirá nunca la identidad real del agente encubierto ni ningún dato que lo haga intuir⁴³.

⁴⁰ Más profundamente SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «Investigar y combatir la corrupción a través del Agente Encubierto», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 11, 2023, pp. 39-62.

⁴¹ Como podemos observar en LAFONT NICUESA, Luis, *El agente policial encubierto*, op. cit., págs. 200 y 199 o en GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, pág. 231.

⁴² Como podemos ver en la STS 171/2019, de 28 de marzo o en la aún más reciente STS 503/2021, de 10 de junio y como ocurre con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, art. 588 TER letra f), en la que solo se obliga a la policía judicial a transmitir `` la transcripción de los pasajes que considere de interés ``.

⁴³ LAFONT NICUESA, Luis, *El agente policial encubierto*, op. cit., pág. 200.

Así las cosas, hoy en día es la Unidad de Agentes Encubiertos la que se encarga de transmitir a quien autorizó la investigación, es la policía judicial la que matiza o filtra la información que finalmente llega al juzgado de instrucción.

Por último, resaltar que actualmente en la LECrim no se prevé ni la forma procesal, ni el momento procesal en que se deben incorporar a la causa ni si tienen un carácter secreto o reservado los informes o actas en los que se relatan los aspectos más importantes de la operación encubierta y esto afecta a los investigados, especialmente al derecho de defensa de los mismos porque los informes o actas suelen tener contenidos incriminatorios.

G) Las operaciones encubiertas en la red.

Las operaciones encubiertas también pueden ser desarrolladas en internet a través de la figura del agente encubierto informático previsto en el apartado seis del art. 282 BIS LECrim. Y esto, como ya pusimos de relieve, es completamente necesario porque en internet también encontramos delincuencia organizada. Las características de la red hacen más sencillo el anonimato y las distintas redes del internet profundo, hablamos de la Deep web o Dark web complicaron las investigaciones de la policía que con las diligencias de investigación con las que contaban no podían investigar los delitos que estaban siendo perpetrados en un nuevo entorno, en internet.

De esta forma, surge la figura del agente encubierto informático⁴⁴ que de nuevo, se trata de un funcionario policía con una identidad falsa suministrada por el Ministerio del Interior que se infiltra en canales cerrados de comunicación en la web y que puede intercambiar materiales ilícitos por razón de su contenido. El legislador no especifica qué son los canales cerrados de investigación ni qué son los materiales ilícitos por razón de su contenido. Actualmente, se entiende que los canales cerrados de comunicación en la web son los foros, los chat, las páginas que no tienen un acceso abierto sino que es necesario identificarse, aportar una contraseña, son lugares de internet en los que existe una confidencialidad y privacidad mayor y por lo tanto los usuarios de dichos canales cerrados creen estar comunicándose en intimidad y con una privacidad mayor que la proporcionada en el internet abierto⁴⁵. En cuanto al material ilícito por razón de su contenido en la actualidad nuestro legislador no especifica a qué contenidos se refiere, depende del objeto de la organización criminal que se está investigando si se trata de una organización criminal que se dedica a la pornografía infantil entonces esos contenidos serán imágenes o vídeos pedófilos, si se investiga una organización terrorista dedicada al adoctrinamiento en internet esos contenidos serán propaganda del terrorismo o manuales para crear explosivos, entre otros⁴⁶.

Por lo tanto, estamos ante unas operaciones encubiertas también protagonizadas por un funcionario policía que actúa en el mundo virtual, lo que hace nuestro legislador es adaptar la figura del agente encubierto tradicional o físico para que pueda actuar en internet, en el nuevo entorno virtual⁴⁷ donde también están presentes y también perpetran delitos las organizaciones criminales. Los delitos que se pueden investigar con operaciones encubiertas virtuales, es decir con un agente encubierto informático son los fijados en el apartado cuatro del art. 282 BIS que se estén perpetrando en la web o cualquier delito de los previstos en el

⁴⁴ Gracias a la reforma de la LECrim operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica que incorpora los apartados sexto y séptimo al art. 282 BIS, como ya explicamos en el punto anterior de este artículo.

⁴⁵ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «El agente encubierto como diligencia de investigación penal: derechos fundamentales de los investigados y principios del proceso penal afectados», *op. cit.*..., p. 34.

⁴⁶ Más profundamente sobre esto, consultar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «Investigar y castigar la pornografía infantil gracias al agente encubierto informático», en *La ley penal: revista de derecho penal*, procesal y penitenciario, N° 154, 2022, págs. 1-16.

⁴⁷ Por ello, los agentes encubiertos informáticos tienen el mismo régimen legal que los agentes encubiertos tradicionales previsto en el art. 282 BIS LECrim y deberán cumplir con las mismas obligaciones que un agente encubierto tradicional como transmitir la información que vaya recabando al Juez de instrucción.

artículo 588 ter a), es decir, delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización criminal o delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; o cualquier otro delito cometido a través de medios informáticos. Por lo tanto las operaciones encubiertas en la red son posibles en más casos que las operaciones encubiertas tradicionales llevadas a cabo por un agente encubierto tradicional o físico porque en este caso, el agente encubierto informático puede investigar más delitos además de los previstos en el apartado cuarto del art. 282 BIS LECrim que se perpetren en internet, como hemos expuesto, pero siempre cuando se sospeche que estén siendo cometidos por organizaciones criminales, es decir, en el seno de la delincuencia organizada.

Las operaciones encubiertas en la red tienen diversas peculiaridades al desarrollarse en un entorno distinto al entorno físico, por desarrollarse a través de internet. Quizá sean operaciones menos peligrosas porque no se produce la infiltración real del agente encubierto con los miembros de la organización criminal en el medio físico. El desarrollo de las investigaciones encubiertas en internet se produce en la red quedando la integridad física del agente de policía a salvo porque actúa desde su base o centro de operaciones y los investigados en la mayoría de las ocasiones ni llegan a conocer la apariencia física del agente encubierto informático haciendo más sencillas este tipo de operaciones y la protección de estos policías. El agente encubierto que se encargue de llevar a cabo la operación encubierta debe contar con una especialización en nuevas tecnologías, conocimientos en ciberseguridad y ciberdelincuencia para procurar el éxito de la operación. Normalmente se trata de un funcionario policía miembro de la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) de la Policía nacional o un policía que pertenece a la Unidad de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, en todos los casos dicho funcionario policía realiza la operación encubierta en internet de manera voluntaria aunque no se especifique expresamente en el apartado seis del art. 282 BIS LECrim.

Otra de las peculiaridades o características propias de las operaciones encubiertas en internet es el momento en que se inicia la operación encubierta. Normalmente se produce cuando tras las labores de ciberpatrulleo⁴⁸ que suele llevar a cabo la policía se hayan encontrado suficientes indicios de criminalidad en la web, entonces la policía judicial interesa en un oficio que se autorice un agente encubierto informático, que se inicie una operación encubierta virtual o bien cuando sea necesario acceder a un canal cerrado de comunicación en la red, es decir a un foro, chat o página en el que el agente deba identificarse, al necesitar una identidad falsa que aportar para poder acceder al canal cerrado debe solicitar que se inicie la operación encubierta.

Las operaciones encubiertas en la red en la actualidad solo pueden ser autorizadas por el Juez de instrucción y no pueden ser autorizadas por el Fiscal como sí que sucede con las operaciones encubiertas tradicionales protagonizadas por un agente encubierto físico⁴⁹. El Juez de instrucción dictará un auto motivando la medida de investigación del agente encubierto informático, motivando porqué es necesaria la operación encubierta en la red y abrirá una pieza reservada y secreta en la que se guarde su identidad real.

Nos gustaría resaltar que las operaciones encubiertas virtuales son menos costosas para nuestro Estado y ésta es otra de las características o rasgos diferenciadores con las operaciones encubiertas llevadas a cabo en el medio físico. Esto es debido a que es mucho más sencillo y barato crear un perfil falso en internet y dotar al agente encubierto informático de los datos necesarios sobre su vida a crear toda una vida falsa en el mundo físico. A pesar de que este funcionario policía también puede participar en el tráfico social bajo su identidad ficticia no tendrá las mismas necesidades que el agente encubierto físico y por ello, es mucho menos costoso para el Estado. El gasto más alto que generan las operaciones encubiertas

⁴⁸ Amparadas en el art. 104 CE.

⁴⁹ Porque el apartado seis del art. 282 BIS LECrim literalmente dice *“El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación...”*.

virtuales quizá sea dotar al agente encubierto informático de un buen equipo, un buen ordenador, una buena conexión a internet.

Concluir diciendo que, en las operaciones encubiertas virtuales los agentes encubiertos informáticos se adentran en canales cerrados de comunicación en la red, deben obtener una autorización judicial para enviar material ilícito por razón de su contenido cuando sea necesario para conseguir o mantener la confianza de los investigados y analizan los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos y por supuesto, con todo ello tratar de conseguir su objetivo que es obtener datos, indicios o pruebas que aportar al proceso penal.

4. REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM DEL 2020, HACIA DONDE VAMOS.

En el Anteproyecto de LECrim del 2020 sí que podemos encontrar una regulación procesal específica y más pormenorizada de las investigaciones encubiertas. Se trata del primer intento del legislador en regular de manera más extensa un tipo de investigación tan compleja y peligrosa que precisamente requiere de una regulación más detallada principalmente porque se trata de investigaciones peligrosas, tanto para el propio policía que decide ser agente encubierto que está en contacto con la organización criminal y vive en primera persona la delincuencia organizada como para los investigados, porque con las operaciones encubiertas se limitan y matizan varios derechos fundamentales de los investigados como el derecho a la intimidad, art. 18.1 CE, el derecho a la protección de datos, art. 18.2 y 4 CE, el derecho a la inviolabilidad del domicilio art. 18.2 CE, el derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE, el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable art. 24.2 CE, el derecho a la presunción de inocencia 24.2 CE, el derecho a la defensa 24 CE...⁵⁰

De esta forma, el legislador en el Anteproyecto de LECrim del 2020 en su exposición de motivos, en concreto en el apartado XLVI sobre "las investigaciones encubiertas" y en el apartado XLVII sobre "El agente encubierto", pone de manifiesto cuestiones muy importantes, pues establece específicamente que "se acepta el sacrificio parcial del derecho a la intimidad" cuando se investigue con agentes encubiertos.

También en la propia exposición de motivos podemos apreciar que el Anteproyecto de LECrim del 2020 mantiene la finalidad de las operaciones encubiertas, es decir, el objetivo de los agentes encubiertos sigue siendo aportar al proceso penal datos suficientes como para acreditar los delitos que se estuvieren cometiendo determinando que la realidad actual es distinta a la lista de delitos del art.282 BIS pero que las operaciones o investigaciones encubiertas deben ser utilizadas para investigar la delincuencia organizada y los delitos perpetrados por los grupos criminales terroristas⁵¹, modificando, cambiando de esta manera los casos en que se puede llevar a cabo una operación encubierta.

En la exposición de motivos ya se especifica en qué consisten las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación determinando que pueden consistir en la utilización de una identidad supuesta para acceder a comunicaciones mantenidas en dichos canales así como en la grabación y obtención de imágenes en las comunicaciones con la persona que se investiga. Incluso se prevé que las operaciones encubiertas en internet, que se están llevando a cabo en canales cerrados de comunicación puedan pasar a desarrollarse en el plano físico y si esto ocurriese en el trascurso de la operación encubierta, se le deberá aplicar al agente policía que la protagonice el mismo régimen que al agente encubierto tradicional. Pero, de

⁵⁰ Más profundamente, sobre los derechos de los investigados y los principios del proceso penal afectados o limitados en las operaciones encubiertas: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «El agente encubierto como diligencia de investigación penal: derechos fundamentales de los investigados y principios del proceso penal afectados», *op. cit.*, págs. 1-68.

⁵¹ Si la organización criminal perpetra delitos menos graves, deberá reunir alguna de las circunstancias fijadas en el artículo 570 BIS apartado 2 del CP (presentar una especial complejidad o peligrosidad), por lo que no se puede autorizar la infiltración de un agente policía en una organización criminal que se dedique a cometer delitos leves.

nuevo, se desaprovecha la oportunidad de conceptualizar expresamente lo que debemos entender por canal cerrado de comunicación en la red.

El legislador sí que especifica que la esencia de esta diligencia de investigación sigue siendo la misma. Pero hemos de destacar que el agente encubierto no tiene que solicitar autorización judicial para poder acceder a un domicilio cuando ha obtenido previamente el consentimiento de su morador justificándolo en que el propio agente encubierto supone una injerencia, una intromisión en el derecho a la intimidad de los investigados, pero que no ocurre lo mismo en las investigaciones en las que se proceda a la interceptación de las comunicaciones en las que sí que es obligatoria la previa autorización judicial del nuevo Juez de Garantías previsto en el Anteproyecto de LECrim del 2020 que describimos.

Pues bien, el cuerpo del Anteproyecto, dedica todo un título, concretamente el séptimo a las investigaciones encubiertas, donde su capítulo II trata específicamente cuestiones relativas al agente encubierto y en el siguiente, el capítulo III se regulan las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación. En total son trece artículos los que se destinan a regular a esta materia en el referido Anteproyecto, del 500 al 513 frente al único art. 282 BIS LECrim que actualmente dedica nuestra actual LECrim al agente encubierto.

4.1. Personas que pueden protagonizar las operaciones encubiertas y delitos que pueden ser investigados en el ALECrím.

En cuanto a su ámbito subjetivo, previsto en el art.500, coincide con el actual art. 282 BIS en que siguen siendo los funcionarios de la policía judicial los agentes que pueden ser autorizados para protagonizar las actividades encubiertas. Sin embargo, en cuanto a los delitos que pueden ser investigados a través de operaciones encubiertas en el ALECrím, en el mismo artículo se prevén los casos en los que puede actuar el agente encubierto, dejando atrás como señalábamos anteriormente la lista *numerus clausus* de delitos que actualmente podemos apreciar en el vigente art.282 BIS LECrim. Desaparece la lista de delitos pero solo pueden producirse las operaciones encubiertas para investigar organizaciones criminales como podemos ver en el apartado XLVII El Agente Encubierto de su exposición de motivos, luego a pesar de que desaparezca el elenco de delitos el ALECrím sigue manteniendo que las operaciones encubiertas solo puedan ser autorizadas para luchar contra la delincuencia organizada, para investigar organizaciones criminales, art. 500. 2 ALECrím.

Incluso en el apartado cuarto del art.500 que analizamos se prevé la posibilidad de que el agente encubierto extienda su investigación a los delitos que la organización investigada pueda haber cometido en el pasado, no solamente a los que esté cometiendo o se estén preparando cometer en el momento de la infiltración, luego el campo de actuación de este medio de investigación se expande sobremanera con esta nueva regulación. Además, se prevé la posibilidad de que sea el agente encubierto el que porte la *notitia criminis* y que el Fiscal de cuenta de ello, adquiriendo el valor de denuncia.

Se establece expresamente en el Anteproyecto, en el apartado quinto de este mismo artículo su carácter totalmente excepcional, algo que no apreciamos en el propio texto del actual art.282 BIS de la LECrim, esto nos parece especialmente importante ya que las operaciones encubiertas son investigaciones peligrosas, complejas, que ocasionan grandes gastos al Estado y que limitan con la vulneración de los principios del proceso penal así como de los derechos y garantías de los sospechosos y acusados.

Pues bien, en el art. 501 al igual que en el art.282 BIS apartado dos se establece que no se puede obligar a ningún funcionario policía a ser agente encubierto, pero en el Anteproyecto además se especifica que los particulares no pueden actuar en ningún caso como agentes encubiertos y que los confidentes y arrepentidos no pueden tener la consideración de esta figura, aclaración que consideramos necesaria ya que así el legislador deja muy claro que las operaciones encubiertas solo pueden ser protagonizadas por agentes encubiertos.

4.2. Solicitud y autorización de las operaciones encubiertas en el ALECrím.

En el Anteproyecto de LECrím también refleja que el agente encubierto puede ser autorizado por el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez de instrucción art. 502 además, se especifican los contenidos que ha de tener dicha autorización, algo que tampoco se establece en el art.282 BIS y también en este artículo del Anteproyecto se añade que será el Fiscal el que debe decretar el secreto total o parcial y la formación de una pieza separada.

Sobre la resolución judicial por la que se autoriza una operación encubierta, esto es, la utilización de un agente encubierto, observamos que en el art. 503 se especifican los puntos que deben ser tratados en la misma oyendo de esta forma, otra de las peticiones de la doctrina, en una cuestión que ha ido aclarando la jurisprudencia⁵², pero que, sin duda tenía que quedar debidamente regulada en la Ley porque en la actualidad nada se dice sobre el contenido y características del auto por el que se autoriza la utilización del agente encubierto a pesar de que el Tribunal Constitucional haya fijado un deber de motivación reforzado para el caso de resoluciones judiciales que afecten a derechos fundamentales⁵³. Sin embargo, echamos de menos que en el propio artículo se fije la forma procesal que ha de adoptar dicha autorización, en la regulación actual proporcionada por el art.282 BIS tampoco se establece, nosotros estimamos que siempre que sea autorizado por el Juez de instrucción debería ser un auto dado el contenido que debe albergar, su motivación con la debida separación de hechos, fundamentos y parte dispositiva, a nuestro parecer la autorización del agente encubierto debería ser uno de los casos en los que el Juez de Garantías debe pronunciarse mediante auto interlocutorio.

Por otro lado, en el Anteproyecto de LECrím del 2020 se recoge que el Ministerio del Interior es el que debe otorgar la identidad supuesta al funcionario policía como en la actualidad ocurre, además el art.503 concreta la forma en que se va a crear esa nueva vida ficticia de la que se ha de dotar al agente encubierto, de nuevo se prevé que se tiene que conservar la verdadera identidad del agente encubierto de forma secreta y expresamente establece que se conservará en pieza separada y secreta a la luz del art. 504.1. Esta identidad falsa se mantiene durante todo el proceso y también una vez concluido el mismo, durante todas las fases solamente conoce la verdadera identidad el Juez que puede revelarla una vez finalizado el proceso cuando no exista ningún riesgo ni para el agente encubierto ni para otras personas. De esta forma, desaparece del texto la referencia a la LOPTP cuya aplicación está prevista en el actual art. 282 BIS apartado dos por el cual el agente encubierto puede mantener su identidad falsa durante el proceso y que a la vez se le aplique la LOPTP. Creemos que quizá haya desaparecido del propio articulado de la LECrím porque se trata de una legislación muy anticuada que no aporta más garantías que las ya contenidas en el nuevo texto del Anteproyecto de LECrím del 2020, que además extiende expresamente a ``otras personas`` en virtud del art.504.4 concepto que nos parece demasiado abierto, pero necesario.⁵⁴

4.3. La responsabilidad de los agentes encubiertos en ALECrím.

El agente encubierto también podría estar exento de responsabilidad penal en el trascurso de sus actuaciones gracias a la autorización judicial preceptiva para poder actuar como agente encubierto, como podemos observar en el art.505 se establece que es así incluso cuando se vea afectado el derecho a la intimidad de las personas investigadas. Esto es un paso más hacia la aceptación de que esta medida de investigación infiere en los derechos fundamentales de los investigados, en este caso en el derecho a la intimidad, art.18 CE.⁵⁵ Sin

⁵² Por ejemplo, en la STS 140/2019, de 13 de marzo.

⁵³ Como podemos observar en STC 116/1998, de 2 junio.

⁵⁴ Y porque las medidas que más podrían proteger a los agentes encubiertos, como por ejemplo es el uso de la videoconferencia, no se encuentran recogidas en la LOPTP.

⁵⁵ Especificar que con esta precisión el legislador del ALECrím ha querido acabar con esa doble autorización judicial que hoy en día se debe solicitar en primer lugar para para iniciar la operación encubierta y ser agente encubierto y en segundo lugar cuando sus investigaciones puedan afectar a los derechos fundamentales prevista expresamente en el art. 282 BIS LECrím apartado tres, pero solo en cuanto al derecho a la intimidad como especifican los art. 501 y 502 del ALECrím.

embargo, en la actual redacción del art.282 BIS a pesar de que también se pueda llegar a exonerar al agente encubierto de la responsabilidad criminal que puedan ocasionar sus actuaciones en el curso de la investigación, art.282 BIS cinco, sí que se prevé en el apartado tres que el agente encubierto solicite del órgano judicial competente la autorización cuando la operación pueda afectar a los derechos fundamentales.

Así las cosas pensamos, que estamos ante una mejora, porque es necesario asumir que con las operaciones encubiertas es decir, con las investigaciones llevadas a cabo por agentes encubiertos, algunos derechos fundamentales van a tener que limitarse en cierta medida en favor a un fin mayor, como es tratar de acabar con una organización criminal. Creemos que el legislador en este punto se aparta del excesivo garantismo que en numerosas ocasiones le caracteriza y nos parece una buena reforma, otro ejemplo de ello es que incluso en el apartado tercero del art.505 se prevé que el agente encubierto pueda entrar en el domicilio de la persona investigada con el consentimiento de su titular, aunque haya sido prestado sin saber que se trataba de un agente policía es decir, viciado. Creemos que se produce una limitación del derecho a la intimidad razonable y proporcional en relación con los beneficios que puede aportar a la sociedad las investigaciones encubiertas, conseguir combatir la delincuencia organizada.

4.4. Información que debe aportar el agente encubierto según el ALECRim.

Durante el desarrollo de la operación encubierta los agentes encubiertos deben informar de manera detallada de sus actuaciones, así lo prevé el art.505 en el apartado cuatro de nuevo, como ya ocurre en el art.282 BIS en su primer apartado, en el Anteproyecto de LECrim, sí que se especifica que dicha información debe remitirse al Ministerio Fiscal. Sin embargo, de nuevo el legislador desaprovecha la oportunidad de fijar la forma procesal que deben adoptar las actas, tampoco dice si son secretas o no, ni el momento exacto en que se tiene que incorporar al proceso y esto es muy controvertido e importante en relación con el derecho a la defensa de los investigados que deberían conocer su contenido antes de acudir al juicio oral sobre todo porque su contenido normalmente suele ser incriminatorio.

4.5. La provocación del delito por el agente encubierto según el ALECRim.

El agente encubierto en ningún caso puede provocar el delito, en el art.506 de nuevo establece expresamente como ya se encontraba previsto en el art.282 BIS apartado cinco y en el apartado dos se establecen específicamente los casos en los que el agente encubierto estará exento de responsabilidad aportando de esta forma, mayor claridad, luz a una cuestión también controvertida.

4.6. La prueba testifical del agente encubierto en el ALECRim.

Pues bien, es necesario poner de relieve que en el Anteproyecto de LECrim se dedica un artículo en exclusiva a la otra vertiente del agente encubierto⁵⁶: constituir prueba testifical, el art.507 trata sobre la declaración testifical del agente encubierto sin embargo, se dice lo mismo que en la actual regulación del agente encubierto, el art.282 BIS apartado dos en la que solo especifica sobre tal acto procesal, que en la declaración pueden seguir manteniendo su identidad falsa, desapareciendo la posibilidad de que se le pueda aplicar la LOPTP. A nuestro parecer el legislador ha desaprovechado la oportunidad de realizar mejoras de gran calado para la figura del agente encubierto. Pensamos que se debían haber especificado en el propio texto legal cuestiones como las cautelas procesales que se han de seguir para aportar seguridad al protagonista de las operaciones encubiertas, al agente encubierto durante su declaración en plenario, para evitar que el mismo sienta miedo a acudir a declarar.

4.7. El uso de la información obtenida en una operación encubierta en otro proceso según el ALECRim.

El Anteproyecto de LECrim dedica el art. 508 a la utilización de las informaciones obtenidas por el agente encubierto en otros procesos. Esto no se recoge en el vigente art.282 BIS de la

⁵⁶ La primera vertiente o rol procesal del agente encubierto es constituir un instrumento de investigación y en la segunda vertiente o rol procesal sería constituir un medio probatorio, la prueba testifical del agente encubierto.

LECRim. Observamos que el legislador establece dos condiciones que deben cumplirse para ello, que son: que exista una autorización del Juez de Garantías competente para conocer de la nueva investigación y que dicha información sea necesaria para el esclarecimiento de un delito respecto del cual podría haberse acordado esta diligencia. Nos parece un acierto y un avance que se dedique este artículo a este asunto.

4.8. Las operaciones encubiertas en la red en el ALECRim.

El Anteproyecto de LECrim sí que se dedica un capítulo exclusivamente a las investigaciones encubiertas en canales cerrados de investigación dedicándole varios preceptos a las investigaciones encubiertas en la web, concretamente encontramos el capítulo III del Título séptimo sobre las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación. Empecemos diciendo que en nuestra LECrim vigente también regula expresamente la figura del agente encubierto informático o virtual, como hemos visto, y donde se mencionan dichos canales de comunicación en el apartado sexto del art.282 BIS⁵⁷ ofreciendo una regulación insuficiente, como ya adelantamos. Comprendemos que ante las nuevas formas de criminalidad practicadas en la red, los canales cerrados de comunicación se han convertido en un nuevo entorno donde preparar y perpetrar delitos es una realidad actual que se debe combatir⁵⁸. Así las cosas nuestro legislador, en el Anteproyecto de LECrim confiere una regulación específica a las investigaciones encubiertas en el nuevo entorno virtual, determinando:

En esta regulación se concreta que el Ministerio Fiscal debe solicitar al Juez de Garantías la autorización para que el funcionario de policía acceda a los canales cerrados de comunicación en la web, que de nuevo solo se autorizará cuando sea el único eficiente para investigar la organización criminal, también se especifica que las actividades encubiertas no pueden suponer la provocación del delito y que el intercambio o el archivo de contenidos ilícitos no suponen tal provocación. Al igual que en la regulación de las investigaciones encubiertas en el plano físico el legislador del ALECRim ha especificado el contenido con el que ha de contar la solicitud que realice el Ministerio Fiscal al Juez de Garantías, aportando esto más seguridad y unidad de criterio en la práctica judicial así como los contenidos de la resolución judicial por la que se acuerde el uso de esta medida de investigación. Por último, se prevé que en caso de que el agente encubierto necesitase grabar o bien obtener imágenes debe solicitar autorización al Juez de Garantías para ello. Y se añade que el Fiscal informará al Juez de Garantías, en la forma en que este disponga, sobre el desarrollo y los resultados de la medida por lo tanto, se sigue manteniendo el mismo criterio que en la actual LECrim.

Pues bien, hemos de detenernos en la posibilidad del envío de archivos ilícitos por parte del agente encubierto informático, resaltar aquí que ha desaparecido esa preceptiva autorización con la que debía contar el agente encubierto informático para poder transmitir dicho contenido, porque debe venir expresada en la misma resolución judicial por la que se autoriza la operación encubierta virtual en el canal cerrado de comunicación, art. 511 ALECRim. Creemos que oyendo de nuevo las peticiones de la doctrina y en base a criterios de economía procesal y eficacia, el legislador del Anteproyecto de LECrim se limita a decir que su envío no supone la provocación del delito, algo que nos parece acertado porque en los canales cerrados de comunicación, en el entorno virtual prima la celeridad en las actuaciones y esperar a la autorización que se prevé en el art. 282 BIS apartado seis de la LECrim vigente, de seguro, obstaculiza o al menos ralentiza las investigaciones, lo que podría levantar sospechas a los otros integrantes de la organización criminal que actúan en el canal cerrado de comunicación.

⁵⁷ Incluidos en la LECrim gracias a la reforma operada por la por el art. único.2 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

⁵⁸ En este sentido VILLAR FUENTES, Isabel María, «El agente infiltrado y las diligencias de investigación tecnológica», en *Archivo Penale*, N° 2, 2017, págs.13 y ss. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «Investigar los delitos en la red a través del agente encubierto informático», en Merino Calle, Irene; Hernández López, Alejandro; Laro González, María Elena (Edts.), *Desafíos del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2022, págs. 267-278.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

En definitiva, observamos que en este Anteproyecto se ofrece una regulación mucho más amplia y pormenorizada sobre las operaciones o investigaciones encubiertas, sobre este medio de investigación tan controvertido, aportando más concreción al ser más específico y regulando muchas cuestiones que la doctrina venía demandando desde hace tiempo, como la actuación del agente encubierto informático en los canales cerrados de comunicación.

En el Anteproyecto de LECrim del 2020 la instrucción, en la que se encaja el agente encubierto en su primera vertiente, esto es, como diligencia de investigación penal, se deja en manos de la fiscalía y el Juez se coloca en la posición de garante, se crea un Juez de garantías que tiene un papel crucial en el cuidado de los derechos y garantías de los investigados que, en la realidad que analizamos pueden verse invadidos y llegar a ser vulnerados fácilmente. Todo lo cual, es el Juez de garantías el que sigue autorizando las operaciones encubiertas, es decir, la actuación de los agentes encubiertos, pero en virtud de este nuevo texto sería la fiscalía la encargada de realizar el seguimiento del desarrollo de la operación o investigación encubierta (repcionar las actas etc...) durante la fase de investigación.

Por último, y en conclusión sobre el marco normativo español, decir que nuestros legisladores no han prestado la atención debida a este tipo de investigaciones, las investigaciones encubiertas, y muestra de ello es que hasta el año 1999 no existía una regulación ni siquiera de sus protagonistas, los agentes encubiertos, como hemos expuesto en este artículo. Del mismo modo que no podemos entender como en la actualidad solo existe un artículo en una norma procesal, la LECrim, en el que se regule la figura del agente encubierto. Esta regulación no es suficiente para aportar la necesaria seguridad jurídica que necesitan los agentes, los investigados y en definitiva, la sociedad, ante investigaciones tan peligrosas y complejas como son las operaciones encubiertas.

Hoy, es absolutamente necesario adaptarse a la nueva realidad de la delincuencia organizada, transnacional, y tecnológica, y por lo tanto es preciso abordar las operaciones o investigaciones encubiertas desde las necesidades actuales de la investigación y prueba del crimen. En este sentido, se abre una oportunidad con la nueva regulación que se recoge en el Anteproyecto de la LECrim de 2020, en la que, como hemos visto se dedica un título a estas actuaciones, distinguiendo entre el agente encubierto tradicional y el informático. Pero desgraciadamente del análisis realizado sobre esta propuesta legislativa, se arrojan conclusiones poco alentadoras, pues nuevamente nuestro legislador desaprovecha esta reforma para colmar solo algunas lagunas y contradicciones existentes.⁵⁹

Por último, destaquemos aquí que este esfuerzo legislador que se ha plasmado en todo un título, el séptimo, en el Anteproyecto de LECrim nos permite ver cómo evoluciona la escasa regulación legal de las operaciones o investigaciones encubiertas en España y cómo nuestro legislador está tratando de detallar y desarrollar más ampliamente muchos aspectos de las operaciones encubiertas que requieren de una regulación pública y profusa. El Anteproyecto de LECrim de 2020 podría llegar a convertirse en la futura regulación legal de las operaciones o investigaciones encubiertas y aún de no prosperar esta iniciativa legislativa este texto nos muestra las líneas que quizá inspiren la legislación legal futura que prevea otro Anteproyecto de LECrim posterior o una ley específica sobre las operaciones o investigaciones encubiertas, un reglamento sobre la materia y un estatuto del agente encubierto que es lo que considero necesario para dotar de verdadera seguridad jurídica a estas actuaciones siempre secretas. A pesar de que las investigaciones u operaciones sean encubiertas esto no significa que su regulación también deba de serlo sino todo lo contrario para dotar tanto al propio protagonista de dichas operaciones, el agente encubierto, como a los propios investigados de la necesaria seguridad jurídica propia de un Estado Democrático y de Derecho como es España.

⁵⁹ Con esta misma opinión, autores como GARCÍA GONZÁLEZ, Saúl, «El agente encubierto informático a examen: un análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal», en *LA LEY Penal*, N° 139, 2019, págs. 1-12.

Así concluyo remarcando que el legislador español hoy en día solo dedica un artículo en la LECrim a las operaciones encubiertas, el referente al agente encubierto art. 282 BIS LECrim, sin contar con una ley específica, una posterior reglamentación de las operaciones encubiertas ni un estatuto del agente encubierto. Animamos a nuestro legislador a crear estas normas tan necesarias para publicitar aspectos que toda la sociedad y todos los funcionarios al servicio del Estado tienen derecho a conocer sin poner en riesgo las operaciones encubiertas sino dotándolas de mayor seguridad jurídica al desarrollar de manera pormenorizada aspectos que no caben ni deben estar en la propia LECrim ni en el CP. Aconsejamos a nuestro legislador crearlas sirviendo de ejemplo la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y el estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia⁶⁰ en el que se regula la actividad de los agentes del CNI sin revelar información que desnaturalice ni ponga en peligro a los policías que decidan ser agentes encubiertos y por lo tanto protagonizar una operación o investigación encubierta.

6. BIBLIOGRAFÍA.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Introducción al Estudio de la Criminología*, REUS, S.A., Madrid, 1999.

BERTRAN Y MUSITU, José, *Experiencias de los Servicios de Información del Nordeste de España (SIFNE). Una teoría, una técnica y una escuela sobre información general*, Espasa-Calpe, Madrid, 1940.

CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos, *El delito provocado, el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, tesis doctoral, Queralt Jiménez, Joan Josep, (Dir.), Universidad de Barcelona, 2019.

DEL CERRO ESTEBAN, José Antonio, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada», en *Estudios Jurídicos*, N° 2004, Madrid, 2004.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, Bosch, Barcelona, 2017.

ESTARELLAS Y LÓPEZ, Juan Carlos, «El agente encubierto contra el crimen organizado», en MAGAZ ÁLVAREZ, Ricardo (coord.), *Criminalidad y globalización. Análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la Ley*, Instituto Universitario general Gutiérrez Mellado UNED, Madrid, 2012.

GARCÍA GONZÁLEZ, Saúl, «El agente encubierto informático a examen: un análisis de su regulación y de la validez de su actividad investigadora y probatoria en el proceso penal», en *LA LEY Penal*, N° 139, 2019.

GARCÍA-FUSTEL GONZÁLEZ, Jesús, «Figuras de agente encubierto y confidente. Visión de la Guardia Civil», en *Curso de formación continua de fiscales. La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2016.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001.

LAFONT NICUESA, Luis, *El agente policial encubierto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

⁶⁰ Real Decreto 240/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El agente encubierto», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 1999.

RIFÁ SOLER, José María, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista del Poder Judicial*, Nº 55, 1999.

ROS AGUDO, Manuel, «El espionaje en España en la guerra civil y la segunda guerra mundial: una visión general», en *Diascroniche Studi di Storia Contemporanea*, Nº 28, 2016.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho Español*, Edersa, Madrid, 1982.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «Investigar y castigar la pornografía infantil gracias al agente encubierto informático», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 154, 2022.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «Investigar los delitos en la red a través del agente encubierto informático», en Merino Calle, Irene; Hernández López, Alejandro; Laro González, María Elena (Edts.), *Desafíos del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2022.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «El agente encubierto como diligencia de investigación penal: derechos fundamentales de los investigados y principios del proceso penal afectados», en *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 62, Iustel, 2024.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana, «Investigar y combatir la corrupción a través del Agente Encubierto», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 11, 2023.

VILLAR FUENTES, Isabel María, «El agente infiltrado y las diligencias de investigación tecnológica», en *Archivo Penale*, Nº 2, 2017.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

Textos legales.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1994 de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

Real Decreto 240/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia.

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del 2020.

Jurisprudencia.

STS 786/1973, de 20 de febrero.

STS 2873/1975, de 14 de junio.

STS 818/1995, de 14 de febrero.

STC 116/1998, de 2 junio.

STS 427/2013, de 10 de mayo.

STS 575/2013, de 28 de junio.

STS 591/2018, de 26 de noviembre.

STS 140/2019, de 13 de marzo.

STS 171/2019, de 28 de marzo.

STS 207/2020, de 28 de enero.

STS 503/2021, de 10 de junio.

SAP de Navarra, 256/2016, de 14 de diciembre.

Otros documentos.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 507, sesión n.º 51 de la VI Legislatura, de 10 de septiembre de 1998.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Senado, X legislatura, 3 de octubre de 2014.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. En <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-de-modificacion-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-para-la-agilizacion-de-la-justicia-penal-el-fortalecimiento-de-las-garantias-procesales-y-la-regulacion-de-las-medidas-de-investigacion-tecnologicas>

ANÁLISIS DE LA CAUSA DE REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS (ARTÍCULO 647 CÓDIGO CIVIL)

María Elena Cobas Cobiella.
Profesora Titular de Derecho Civil.
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia

María del Pilar Taberner Arroyo.
Graduada en Derecho y Criminología.
Universidad de Valencia
tama3@alumni.uv.es

RESUMEN: En la actualidad, se siguen efectuando un gran número de donaciones, especialmente donaciones modales, en donde el donante impone una carga al donatario. Como específicamente regula el Código Civil, existe una lista de causas cerradas por las que es posible, que el donante revoque una donación válidamente efectuada, entre ellas, por el incumplimiento de las cargas por parte del donatario. Es por ello que, el presente artículo, pretende analizar dicha causa de revocación, con el objetivo de estudiar si, el Código Civil, con su breve regulación, consigue abordar todas las cuestiones que plantea dicha causa, o por el contrario es insuficiente, dejando aspectos o cuestiones sin resolver.

ABSTRACT: Currently, a large number of donations continue to be made, especially modal donations, where the donor imposes a burden on the donee. As specifically regulated by the Civil Code, there is a list of closed causes for which it is possible for the donor to revoke a validly made donation, among them, for the failure of the donee to comply with the burden. That is why this article aims to analyse this cause for revocation, with the aim of studying whether the Civil Code, with its brief regulation, manages to address all the issues raised by this cause, or on the contrary it is insufficient, leaving aspects or questions unresolved.

PALABRAS CLAVE: Donación, donación modal, incumplimiento de las cargas, donatario, revocación, donante.

KEYWORDS: Donation, modal donation, failure of the donee to comply with the burden, donee, revocation, donor

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS POR EL DONATARIO. Regulación de la causa de revocación. Aplicación de la causa de revocación a las donaciones modales. Fundamento de la causa de revocación. Cuestiones no reguladas por el Código Civil. Transmisión de la acción a los herederos del donante. Renuncia anticipada del donante de la acción de revocación. Naturaleza de la acción y plazo para ejercitarla. Algunas propuestas de reforma. Efectos de la causa de revocación. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN.

Actualmente, en España, la donación se regula en el Código civil, en el Libro Tercero, Título II denominado “De la donación”, artículos del 618 hasta el 656. En concreto, las causas por las que es posible revocar una donación válidamente efectuada, se recogen en los artículos 644 y siguientes del Código.

Conforme a dichos artículos, existen tres causas por las que es posible revocar una donación. En primer lugar, la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos del donante, que se encuentra regulada en los artículos 644, 645 y 646 del Código civil. Este supuesto se da cuando, el donante, con posterioridad a la donación, tiene un hijo (superveniencia); o cuando, con posterioridad a la donación, el hijo que el donante reputaba por muerto, se conoce que realmente estaba vivo (supervivencia).

En segundo lugar, la revocación por incumplimiento de las cargas por parte del donatario, la cual está prevista en el artículo 647 y en el artículo 651 párrafo segundo del Código, y es la causa que a lo largo de las siguientes páginas se va a analizar. Y, en tercer lugar, la revocación por ingratitud del donatario, recogida en los artículos 648, 649 y 650 del Código Civil, que por ejemplo, se da en el supuesto de que el donatario cometiese un delito contra la persona, honor o bienes del donante.

En el presente artículo, se tratará esta segunda causa de revocación de la donación. El motivo por el que se va a analizar, es porque, ésta es la que de forma más escueta, regula el legislador en comparación con las otras dos causas de revocación, pese a que en la actualidad, los donantes aún siguen haciendo donaciones modales en donde imponen ciertas cargas a los donatarios. Por ello, es de sumo interés analizar si la regulación prevista por el Código resulta o no suficiente.

En principio, el hecho de que la regulación sea escueta, no presentaría ningún problema jurídico, si el legislador contemplase todas aquellas cuestiones o elementos que engloban dicha causa. Sin embargo, si con esta corta regulación el legislador no consigue regular todos estos aspectos, nos

encontraríamos ante lagunas legales, las cuáles no resultan deseables ya que suponen inseguridad jurídica para los donantes y donatarios.

Por ello, a lo largo de este artículo, el objetivo va ser analizar si, la regulación que ofrece el Código civil sobre dicha causa, es suficiente, o por el contrario no lo es. Y en el caso de que no lo sea, analizar qué criterios jurisprudenciales se vienen aplicando para salvar esas lagunas legales que el Código civil podría ofrecer.

II. REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS POR EL DONATARIO.

1. Regulación de la causa de revocación.

Esta causa de revocación se encuentra regulada en el Código civil en los artículos 647 y en el párrafo segundo del artículo 651, cuyo tenor literal de los mismos es el siguiente:

Artículo 647 del Código civil: “La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria¹”.

Artículo 651 párrafo segundo del Código civil: “Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición.”.

2. Aplicación de la causa de revocación a las donaciones modales.

Para poder aplicar esta causa de revocación, es necesario que la donación que se pretenda revocar sea una donación modal. Una donación modal, es aquella en la que el donante, le impone al donatario una carga en relación al bien donado², siendo el valor de dicha carga menor que el valor del bien donado³. O, en palabras del propio Código civil en el artículo 619, es “aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”.

Aunque en la donación modal, el donatario tiene que cumplir con la carga impuesta por el donante en relación al bien donado, ello no desvirtúa la donación, ya que no elimina la nota de la gratuidad, pues dicha carga no supone verdaderamente una contraprestación del donatario al donante. En tal sentido, la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia SAP 11 de junio de 2018⁴ establece que “La donación modal lleva implícita la asunción (...) del cumplimiento de la carga impuesta en los términos y condiciones preestablecidos (...), carga cuyo cumplimiento no tiene la consideración de

¹ Cuando el artículo 647 del Código civil hace mención a la Ley Hipotecaria, se refiere al artículo 34 de dicha Ley.

² En relación a ello, MEDINA ALCOZ señala, “La donación es un negocio a título gratuito que permite al donante imponer al donatario una carga o gravamen, porque *cuius est dare, eius est disponere*”, que podría ser traducido como de quién es dar, le es el disponer. Vid. MEDINA ALCOZ, M.: “La donación modal y los efectos del incumplimiento de la carga” En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, número 721, pág. 2131.

³ Respecto al valor de la carga y la responsabilidad asociada al donatario, MEDINA ALCOZ destaca como, “La responsabilidad del donatario por el incumplimiento de la carga debe de quedar, en todo caso, limitada *pro viribus donati* (en la medida de lo donado), esto es, el donatario no debe responder más allá del valor de lo donado, pues la donación no puede perjudicarle: *donatarius non debet remanere damnificatus*. No alcanza al donatario, pues, la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, por lo que al cumplimiento de la carga se refiere. Este límite es recogido habitualmente por los Códigos Civiles y, en el español, se encuentra implícito en la determinación de que el modo debe ser inferior al valor de la cosa donada. (...) Téngase en cuenta además que, incluso en el supuesto de que la carga igualara o superara el valor de lo donado, la responsabilidad del donatario permanecería limitada por éste y, de ahí que, tampoco en este caso quedaría comprometido su patrimonio personal”. Vid. Op. Cit. MEDINA ALCOZ, M., pág. 2148.

⁴ EDJ 2018/551081 SAP Madrid de 11 de junio de 2018.

contraprestación de los negocios sinalagmáticos por ser obligación accesoria impuesta por la demandada”⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse como el legislador, para regular esta causa de revocación para la donación modal, en el artículo 651 párrafo segundo del Código civil emplea el término “condición”. El uso de esta palabra, fue un tanto desafortunada por parte del legislador, puesto que, si se interpreta “condición” en un sentido literal, debería ser entendida como “un acontecimiento incierto del cual depende que la donación produzca sus efectos”⁶ tal y como señala REYES LÓPEZ, pudiéndose llegar a confundir la donación sujeta a condición con la donación modal a la cual es aplicable esta causa de revocación.

En este sentido, BLASCÓ GASCÓ clarifica la diferencia entre la donación modal y la donación sujeta a condición, “la distinción no se halla en el evento futuro e incierto que caracteriza a la condición (que podría consistir en el propio cumplimiento del modo o de la carga) sino en la consumación del acto: si es preciso que, antes de entregar los bienes donados, se cumpla el modo o la carga, la condición es condicional (el cumplimiento del modo o de la carga actúa como condición suspensiva); en cambio, si los bienes donados se entregan antes del citado cumplimiento, la donación es modal o con cargas”⁷.

En consecuencia de lo anterior, y como señala el Tribunal Supremo en la sentencia STS (Civil) de 28 de julio de 1997⁸, el término “condición” debe de interpretarse de la siguiente forma: “el artículo 647 del Código civil, cuando habla de revocación de la donación por parte del donante, establece que surge tal posibilidad si el donatario deja de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso, ahora bien dicho termino de condiciones no se debe enfocar en el sentido técnico-jurídico, sino como un modo o gravamen que se añade al contrato de donación, y que indica lo que doctrina científica consolidada denomina "donación modal", acto semigratuito que puede ser revocado sino se cumple tal modo o gravamen”⁹.

3. Fundamento de la causa de revocación.

Como se ha indicado, esta causa de revocación se aplica en el caso de que la donación sea una donación modal. Concretamente, el donante podrá revocar la donación válidamente realizada cuando el donatario no cumpla o deje de cumplir¹⁰ con la carga o cargas que el donante le impuso¹¹. No obstante, como señala PÉREZ GARCÍA, “la jurisprudencia del Tribunal Supremo [entre otras, SSTS (Sala 1ª) de 16 de mayo de 1957 (R.J. 1957/1971), 30 de diciembre de 1961 (R.J. 1962/263), 12 de noviembre de 1990 (R.J. 1990/8698) y 28 de julio de 1997 (R.J. 1997/5809)] recuerda que no

⁵ EDJ 2018/551081 SAP Madrid de 11 junio de 2018, Fundamento de Derecho Segundo.

⁶ REYES LÓPEZ, M. J. *Contratos Civiles*. Valencia, 2022, pág. 198.

⁷ BLASCÓ GASCÓ, F. d. P. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos en particular 2ª Edición*. Valencia, 2022, pág. 169-170.

⁸ EDJ 1997/5051 STS (Civil) de 28 julio de 1997.

⁹ EDJ 1997/5051 STS (Civil) de 28 julio de 1997, Fundamento de Derecho Primero.

¹⁰ Como señala MEDINA ALCOZ, “El donatario debe cumplir con la carga impuesta por el donante en los términos fijados por éste. Pero se considera que no hay incumplimiento si es el propio donante quien impide la ejecución del modo”. Vid. Op. Cit. MEDINA ALCOZ, M., pág. 2143.

¹¹ Si se analiza esta cuestión comparando la regulación prevista en España con la de otros países o estados, es decir aplicando el derecho comparado, podrá observarse, como apunta MEDINA ALCOZ que, “En el Derecho cubano, el incumplimiento del modo, como elemento accidental del negocio, sólo da lugar a la indemnización de daños y perjuicios por parte del donatario, según el tenor literal del artículo 55.3 del Código Civil (...) Esto significa que, como afirma la doctrina cubana, el incumplimiento de la carga no produce de inmediato la invalidez del negocio, ni puede compelerse a su cumplimiento forzoso específico al que debía haberla realizado”. Vid. Op. Cit. MEDINA ALCOZ, M., pág. 2147.

procede la revocación de la donación modal cuando no puede imputarse a los donatarios el incumplimiento de las cargas o condiciones impuestas por el donante”¹².

El fundamento último o la esencia de esta causa de revocación, es que, si el propio donante hubiera sabido que el donatario no iba a cumplir con esa carga o con dichas cargas, éste (el donante) no hubiera realizado dicha donación a favor del donatario. No obstante, nada impide que el donante, aún cuando el donatario no cumpla con la carga que le ha sido impuesta, en vez de solicitar la revocación de la donación, solicite el cumplimiento de dicha carga, aunque como señala COSTAS RODAL “no tiene que pedirlo como condición previa al ejercicio de la acción”¹³.

Para finalizar este apartado, es interesante hacer referencia a como ALBALADEJO, uno de los grandes estudiosos del Derecho Civil, entiende esta causa de revocación. Tal y como recoge BLASCÓ GASCÓ, ALBALADEJO entiende que: “más que un supuesto de revocación, nos hallamos ante un supuesto de resolución porque el donante está facultado a poner fin (resolver) una situación en la que otra parte (el donatario) no cumple lo que incumbía”¹⁴.

Esta posición de entender la causa no como un supuesto de revocación sino que como un supuesto de resolución, no sólo la mantiene ALBALADEJO, sino que también es sostenida por el Tribunal Supremo, en la sentencia STS (Civil) de 20 de julio de 2007¹⁵, en donde afirman que “el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, aunque ciertamente es más bien una resolución, como se desprende del segundo párrafo del artículo transcrito, que atribuye a la revocación efectos *ex tunc*, con la ineficacia de los actos dispositivos realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria”¹⁶.

4. Cuestiones no reguladas por el Código civil.

Como se ha señalado anteriormente, el Código civil regula esta causa de revocación únicamente en los artículos 647 y 651 párrafo segundo. Esta regulación dada por nuestro legislador, se puede definir como un tanto escasa o parca, ya que, parece olvidarse de regular cuestiones de numerosa importancia, como es el caso del plazo para interponer la acción de revocación, que por el contrario, sí que se encuentra regulada, por ejemplo, en el artículo 652 del Código civil para la revocación a causa de la ingratitud del donatario.

Por ello, a lo largo de este apartado, se van a ir examinando aquellas cuestiones que el legislador no ha regulado expresamente en el Código civil para esta causa de revocación por incumplimiento de cargas.

4.1. Transmisión de la acción a los herederos del donante.

La primera de las cuestiones que el legislador no prevé cuando regula esta causa de revocación, es si dicha acción es susceptible de ser transmitida o no a los herederos del donante.

En relación a ello, como señala CARRIÓN OLMOS, “la mayoría de la doctrina considera, (...) que la acción de revocación por incumplimiento de cargas es transmisible a los herederos del donante”¹⁷.

¹² PÉREZ GARCÍA, M.J.: “La donación modal en el derecho español: el incumplimiento del modo ¿una causa de revocación perpetua? En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2008, número 73, pág. 88.

¹³ COSTAS RODAL, L. “El contrato de donación”. En *Tratado de Contratos 4ª Edición*. Dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano. Valencia, 2024, pág. 2795.

¹⁴ Op. Cit. BLASCÓ GASCÓ, F. d. P., pág. 184.

¹⁵ EDJ 2007/104528 STS (Civil) de 20 julio de 2007.

¹⁶ EDJ 2007/104528 STS (Civil) de 20 julio de 2007, Fundamento de Derecho Segundo.

¹⁷ CARRIÓN OLMOS, S. “La donación”. En *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos 6ª Edición*. Coord. J.R. de Verda y Beamonte. Valencia, 2023, pág. 348.

Esta acción de revocación, se transmitirá a los herederos en el supuesto de que el donante no haya podido ejercitar dicha acción en vida. Pero sí pudiendo haberla ejercitado en vida, el donante voluntariamente no lo hizo por el motivo o la causa que fuese, en tal caso no se transmitirá dicha acción a sus herederos.

Como acertadamente indica COSTAS RODAL, existen tres supuestos en los que el propio donante no podrá ejercitar la acción de revocación, pues “el donante no puede ejercer la acción cuando, por ejemplo, se estipula que la carga deba cumplirse muerto el donante, o es después de muerto el donante cuando el donatario incumple la carga, o cuando por una imposibilidad de hecho o de Derecho no pudo interponer judicialmente la acción revocatoria”¹⁸.

Esta postura mayoritaria, resulta ser también criterio reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal y como recoge en la sentencia STS (Civil) de 3 de julio de 2009¹⁹, “la sentencia de 3 de diciembre de 1928 se refiere a las varias causas de revocación de las donaciones y dice que “no se transmitirá (la acción) a los herederos del donante si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado”. La de 6 de febrero de 1954, que cita las anteriores de 4 de marzo de 1872 y 3 de diciembre de 1928, reitera que esta acción “no es transmisible a los herederos del donante que pudo ejercitarla en vida y no lo hizo”. Criterio que reitera la de 16 de mayo de 1957. La de 11 de diciembre de 1975 recoge la doctrina jurisprudencial y concluye: “tal acción es intransmisible en el supuesto de que el donante, habiendo podido ejercitarla, no la hubiere ejercitado...”²⁰.

El fundamento de este criterio, como indica la sentencia STS (Civil) de 11 de diciembre de 1975²¹, es el siguiente, “que respecto a la transmisibilidad o intrasmisibilidad a los sucesores del donante de la acción revocatoria de la donación modal, (...) tal acción es intransmisible en el supuesto de que el donatario habiendo podido ejercitarla, no la hubiere ejercitado, presumiéndose que en este proceder existe una renuncia tácita que los sucesores deben respetar”²².

Este criterio anteriormente mencionado, también parece ser mantenido por el Código civil, en el artículo 653 cuando regula la causa de revocación por ingratitud del donatario. Y aunque resulta evidente que el Código, en el artículo 653 no se refiere expresamente a esta causa que ahora se analiza, por analogía podría llegar a aplicarse a ésta, tal y como recoge la Audiencia Provincial de Burgos en la sentencia SAP Burgos de 8 febrero de 2006²³, en donde establecen que, “se considera que la acción, en principio, es transmisible como regla, salvo que se pruebe que el donante no quiso ejercitarla, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 653 del Código Civil para el supuesto de revocación por causa de ingratitud -por la identidad de razón; por la unidad común que tienen, hasta en la contigüidad y redacción de los preceptos que la regulan, 647 y 648 (...)”²⁴.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, resulta relevante analizar el interesante supuesto de hecho del que conoció el Tribunal Supremo en sentencia STS (Civil) de 3 de julio de 2009²⁵ sobre la transmisión o no de la acción.

En dicha sentencia, se expone el caso de un matrimonio (D^a. Yolanda y D. Isidro) que el 19 de febrero de 1992, hicieron una donación modal a favor de su hijo D. Casiano, de 31 fincas. De las cuales, 25 fincas eran privativas de D. Isidro, y las 6 fincas restantes, correspondían a ambos cónyuges en régimen de gananciales.

¹⁸ Op. Cit. COSTAS RODAL. L., pág. 2796.

¹⁹ EDJ 2009/150891 STS (Civil) de 3 julio de 2009.

²⁰ EDJ 2009/150891 STS (Civil) de 3 julio de 2009, Fundamento de Derecho Cuarto.

²¹ EDJ 1975/460 STS (Civil) de 11 diciembre de 1975.

²² EDJ 1975/460 STS (Civil) de 11 diciembre de 1975, Fundamento de Derecho Primero.

²³ EDJ 2006/6708 SAP Burgos de 8 febrero de 2006.

²⁴ EDJ 2006/6708 SAP Burgos de 8 febrero de 2006, Fundamento de Derecho Tercero.

²⁵ EDJ 2009/150891 STS (Civil) de 3 de julio de 2009.

El matrimonio le donó al hijo la nuda propiedad y las participaciones indivisas de cada una de las fincas recogidas en la escritura (reservándose el matrimonio el uso vitalicio y solidario de las fincas), a cambio de que, como se recoge en una de las cláusulas del contrato, D. Casiano continuara viviendo en la misma casa en donde ha venido viviendo con sus padres, constituyendo una sociedad civil familiar, que les suministrara alimentos durante toda la vida y que trabajara las faenas agrícolas de las fincas. No obstante, como recoge otra de las cláusulas aceptada por D. Casiano, si el hijo dejase de vivir en común con sus padres, la donación realizada quedará resuelta y sin efecto.

Pero, en fecha 10 de diciembre de 2001, D. Casiano incumplió una de las dos cláusulas anteriores, porque abandonó en esta fecha, la mencionada vivienda familiar como consecuencia de la deteriorada relación y los problemas que tenía con sus padres y hermanos.

¿Podía, tras este acontecimiento D^a. Yolanda instar la revocación de dicha donación por incumplimiento de las cargas? ¿Conforme a qué título podría revocar dicha acción: facultad originaria o cómo sucesora de la acción que tenía su marido? Debe recordarse como, de las 31 fincas, 25 eran privativas de D. Isidro, el cual en la fecha del incumplimiento ya había fallecido, y las 6 fincas restantes sí que eran en régimen de gananciales entre ambos cónyuges.

Esta cuestión llegó hasta el Tribunal Supremo, el cual en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto resolvió esta cuestión, y entendió que la donación que el matrimonio realizó a su hijo fue una donación conjunta, en donde tras el fallecimiento del marido, el hijo incumplió con la carga impuesta. En consecuencia, el Tribunal Supremo falló que la mujer, conforme a la facultad originaria que ella tenía, podría revocar dicha donación por incumplimiento del modo o de la carga.

El Tribunal Supremo falló en tal sentido porque, pese a que cuando se produjo el incumplimiento, su marido ya había fallecido, y dicha acción podía haber sido ejercida por los herederos, ella aun no siendo heredera, sino que legataria de una parte alícuota (como se estableció en el testamento), tiene en todo caso facultad originaria para revocar dicha donación porque ella, es codonante de dicha donación. Por lo tanto, D^a. Yolanda tiene título propio y suficiente como para poder revocar la donación de las 31 fincas que el matrimonio donó a su hijo D. Casiano.

4.2. Renuncia anticipada del donante de la acción de revocación.

El segundo de los aspectos a los que el Código civil no hace referencia en su escasa regulación sobre esta causa, es si cabe o no la renuncia anticipada de la acción de revocación por parte del donante. Es decir, ¿es posible realizar una donación modal en donde el donante renuncie a interponer en el futuro una acción de revocación de la donación?

En primer lugar, es interesante hacer referencia a lo que señala OSSORIO SERRANO, en relación a la doble opción que tiene el donante, respecto de la acción de revocación, ante el incumplimiento del modo o de las cargas impuestas por el donatario, pues “es facultativo para el donante mantener la donación o bien dejarla sin efecto”²⁶. Es decir, el donante ante el incumplimiento de la carga impuesta, puede tolerar dicho incumplimiento y no revocar la donación, o bien puede revocar dicha donación con base a dicho incumplimiento cometido por el donatario.

Ante la laguna legal que plantea el Código civil en relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo se pronunció en 1992 en la sentencia STS (Civil) de 16 de diciembre de 1992²⁷, en dónde da a entender, que sí que es posible renunciar a la acción de revocación de forma anticipada.

El supuesto de hecho que plantea la sentencia es, una donación realizada mediante escritura pública el 30 de enero de 1957 entre D^a. Carmen y D^a. Eloisa (actuando como donantes a través de

²⁶ OSSORIO SERRANO, J.M.. “El contrato de donación”. En *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos 12ª Edición*. Coord. por F. J. Sánchez Calero. Valencia, 2022, pág. 305.

²⁷ EDJ 1992/12492 STS (Civil) de 16 diciembre de 1992.

un representante) y el Ayuntamiento de Otura (actuando como donatario), en donde realizaban una donación intervivos e irrevocable de una finca, con la obligación de que el Ayuntamiento se la donara al Estado, para que el Estado construyera allí la casa-cuartel para la Guardia Civil. De la finca donada, D^a Carmen, era titular en plena propiedad de la mitad indivisa de la finca y D^a Eloisa titular en usufructo de la otra mitad, correspondiendo a D^a Carmen, la nuda propiedad, como establecen los hechos probados de la sentencia.

El 16 de junio de 1961, mediante escritura pública, el Ayuntamiento de Otura, cumpliendo con lo impuesto por las donantes, donó al Estado (representado por uno de los Jefes de la Guardia Civil) esta finca. En dicha escritura, se hizo constar la carga que había asumido el Ayuntamiento con las donantes, y se hizo constar como el Estado se obligaba a construir en esa finca donada la casa-cuartel para la Guardia Civil.

Como la casa-cuartel no se construyó, el 9 de febrero de 1988, habiendo ya fallecido D^a. Eloisa con anterioridad a dicha fecha, D^a. Carmen interpuso demanda contra el Ayuntamiento y el Estado solicitando la revocación de la donación porque no se construyó la casa-cuartel en dicha finca.

¿Podía D^a. Carmen, 31 años después, instar la revocación de una donación modal que se firmó en la escritura pública como irrevocable? Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Supremo, y estableció que “esta renuncia no se encuentra prohibida en el Código Civil a diferencia de otros supuestos de revocación de las donaciones (art. 646, 652 y 655)”²⁸.

A sensu contrario, si no se encuentra prohibida, ello supone que se encuentra permitida la renuncia, por lo tanto, en principio D^a. Carmen sí podría revocar. Sin embargo, el Tribunal Supremo, entendió que D^a. Carmen no podía revocar dicha donación porque, en su demanda, no alegó “siquiera una extralimitación de su representante al renunciar”²⁹.

4.3. Naturaleza de la acción y plazo para ejercitarla.

Por último, y en tercer lugar, otro de los puntos que el Código civil no recoge, es que naturaleza tiene esta acción de revocación, y en consecuencia, tampoco especifica cuál es el plazo establecido para ejercitar dicha acción.

Ante la ausencia de regulación por parte del Código civil, en la doctrina existen tres teorías sobre la naturaleza de dicha acción. En primer lugar, parte de la doctrina considera que la acción es una acción rescisoria, en consecuencia, por analogía, se aplicaría el plazo previsto para dichas acciones en el artículo 1299 del Código, es decir un plazo de 4 años para poder ejercitar dicha acción.

En segundo lugar, otra parte, considera que a esta causa de revocación, por analogía, debería de aplicarse el plazo de 1 año que se aplica a la causa de revocación por ingratitud del donante (artículo 652 del Código civil). Y por último, otra parte (distinta de las dos anteriores) sostiene que se trata de una acción personal, y en consecuencia, el plazo para interponer la misma es de 5 años conforme al artículo 1964.2 del Código civil³⁰.

²⁸ EDJ 1992/12492 STS (Civil) de 16 diciembre de 1992, Fundamento de Derecho Tercero.

²⁹ EDJ 1992/12492 STS (Civil) de 16 diciembre de 1992, Fundamento de Derecho Tercero.

³⁰ En tal sentido, la sentencia STS (Civil) de 18 de enero de 2023 en el Fundamento de Derecho Tercero recoge lo siguiente “Ante la falta de previsión legal, son muy distintas las opiniones doctrinales acerca de cuál es el plazo de ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento de cargas. Las diversas alternativas que se han propuesto se apoyan bien en la naturaleza que se atribuye a la acción de revocación, bien en la similitud con otros supuestos que sí cuentan con una regulación expresa, bien en la inclusión del supuesto de incumplimiento de la carga en el espíritu de algunas de los otros supuestos para los que sí hay norma expresa. Así, se ha sostenido que el plazo es el mismo que el general para la acción de cumplimiento del modo o gravamen, por ser una alternativa de que dispone el donante (art. 1964 CC); o que es el de un año, dada la proximidad del supuesto al de la revocación por ingratitud (art. 652 CC, que expresamente prevé el plazo de un año); o que es el plazo de cuatro años del art. 1299 CC, por analogía con las acciones rescisorias, en tanto se trata de dejar sin efecto una situación jurídica

Como señala acertadamente COSTAS RODAL, “el plazo de cinco años resulta excesivo, pues no parece de recibo someter al donatario durante ese plazo a la incertidumbre derivada del posible ejercicio de la acción”³¹, y “el plazo de un año se excluye pues no cabe la analogía”³². Y aunque la posición mayoritaria de la doctrina sostiene que, la acción sería rescisoria, el Tribunal Supremo no parece haber sentado un criterio firme y concluyente.

En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido oscilante, porque tal y como recoge la sentencia STS (Civil) de 18 de enero de 2023³³ “La sentencia de 11 de marzo de 1988 (...) consideró preferible el plazo de un año desde que el donante (sus causahabientes) tuvieron conocimiento del hecho del incumplimiento y posibilidad de ejercitar la acción (...) La sentencia 1104/2004, de 23 de noviembre, (...) considera que es más defendible el plazo de 4 años, "por tratarse de un tipo de acción asimilable a la rescisión". Pero este pronunciamiento también se hace *obiter dicta*, pues la caducidad de la acción se invocó por primera vez en casación (...) También *obiter dicta*, la sentencia 900/2007, de 23 de noviembre, antes de concluir que en el caso que decide (...) el plazo no ha transcurrido, tanto si se entiende que es de un año como de cuatro, afirma: “El plazo para el ejercicio de esta acción no está determinado por el Código Civil.”³⁴

Pero no sólo el Código civil no clarifica los anteriores términos, sino que tampoco clarifica, una cuestión tan importante como es, si el plazo sería un plazo de prescripción o de caducidad. En relación a ello, como señala RUIZ BAUTISTA, “la doctrina (...) considera (...) que se trata de un plazo de caducidad. Así por ejemplo, se pronuncian, entre otros, Albaladejo García (1986, pp. 409 y 410) o Sánchez-Calero Arribas (2007, p. 201). En cambio, también existen autores que consideran que el plazo de ejercicio de la acción de revocación es un plazo de prescripción (de los Mozos, 2000, pp. 43 y 344 y Domínguez Rodrigo, 1983, pp. 100-104.)”³⁵

En relación a ello, el Tribunal Supremo, en sentencia STS (Civil) de 23 de noviembre de 2004³⁶, en el Fundamento de Derecho Cuarto, se pronunció sobre dicha cuestión y sobre el plazo, estableciendo lo siguiente, “cualquiera de las dos posturas expuestas que se acepte (refiriéndose al plazo de un año o de cuatro años), ha de producir la caducidad de la acción”³⁷. Es decir, el Tribunal Supremo en esta sentencia, parece claro en establecer un plazo de caducidad, al igual que lo establece en la sentencia como la STS (Civil) de 11 marzo de 1988³⁸ en donde no niega que es un plazo de caducidad cuando analiza la duración del mismo. No obstante, el Tribunal Supremo tampoco parece haber clarificado totalmente la cuestión, teniendo en cuenta que como señala CARDÓS ELENA, “la STS 6 abril 1999 mencionó la prescripción”³⁹.

creada, el legislador no ha dotado a la revocación de las donaciones de un régimen unitario y la revocación por incumplimiento de cargas, a diferencia de otros ordenamientos y de los precedentes históricos es un supuesto autónomo de revocación de la donación y no una modalidad de la revocación por ingratitud.”. Vid. EDJ 2023/506253 STS (Civil) de 18 de enero de 2023.

³¹ Op. Cit. COSTAS RODAL, L., pág. 2796.

³² Op. Cit. COSTAS RODAL, L., pág. 2796.

³³ EDJ 2023/506253 STS (Civil) de 18 de enero de 2023.

³⁴ EDJ 2023/506253 STS (Civil) de 18 de enero de 2023, Fundamento de Derecho Tercero.

³⁵ RUIZ BAUTISTA, M. DEL C.: “La revocación de una donación modal por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 287/2023 de 18 de enero de 2023” En *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, número 23, e7954, 2023. <https://doi.org/10.17561/rej.n23.7954>.

³⁶ EDJ 2004/183457 STS (Civil) de 23 noviembre de 2004.

³⁷ EDJ 2004/183457 STS (Civil) de 23 noviembre de 2004, Fundamento de Derecho Cuarto.

³⁸ EDJ 1988/2051 STS (Civil) de 11 marzo de 1988.

³⁹ CARDÓS ELENA, J.M.: “Revocación de donación por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Comentario a la STS de España, núm. 44/2003, de 18 de enero (JUR 2023, 59703) En *Revista Boliviana de Derecho*, número 36, julio 2023, pág. 414.

Y por último, el Código tampoco regula en qué momento se entiende que comienza a contar el plazo (el *dies ad quo*) para interponer la acción de revocación. Sobre tal aspecto, el Tribunal Supremo, en sentencia STS (Civil) de 23 noviembre de 2004⁴⁰, se pronunció estableciendo que, “el dies a quo para el cómputo del plazo no es la escritura pública, es decir, el contrato de donación, sino el conocimiento del hecho, como dice el artículo 652, aplicándolo al incumplimiento de la carga, como dice el 647”⁴¹. Como en el caso en concreto de la sentencia se trataba de un incumplimiento continuado, el Tribunal Supremo entendió que, en tales casos, “no se puede concretar en un día concreto, sino que persiste continuadamente, por lo que la acción seguía viva”⁴².

4.4. Algunas propuestas de reforma

Todos estos aspectos que se han venido analizando, muchos no están presentes en la regulación del Código Civil español, e incluso sobre algunos de ellos, ni siquiera hay criterio unánime en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de ahí que se podría señalar algunas recomendaciones frente a dicha problemática, con vistas a ofrecer seguridad jurídica a las partes, sería que el legislador, operase una reforma sobre el Código Civil, en concreto que reformase los artículos 647 y el párrafo segundo del artículo 651, e introdujese expresamente en el Código todas estas cuestiones ya abordadas en epígrafes anteriores.

Se plantea como solución la reforma del Código Civil, porque si se consultan otros Códigos, se podrá ver como en algunos de ellos, el legislador nacional o de dicha Comunidad Autónoma, sí que ha previsto expresamente estas cuestiones que se han analizado.

Por ejemplo, el Código Civil catalán⁴³, en el Libro V, relativo a los Derechos Reales, en su artículo 531.15, en primer lugar, regula expresamente el plazo de revocación de las donaciones, indicando que es el plazo de 1 año y de caducidad; en segundo lugar, el legislador recoge como la renuncia de la acción de revocación que el donante pudiera hacer de forma anticipada es nula; y en tercer lugar, establece como esta acción de revocación puede ser transmitida a los herederos del donante.

O por ejemplo, el Código Civil de Chile⁴⁴, en el artículo 1426 regula el incumplimiento de las cargas por parte del donatario y en el artículo 1427, expresamente recoge como el donante tiene un plazo de 4 años para rescindir dicha donación y claramente fija el *dies ad quo* de dicho plazo.

Por ello, y con la finalidad de que los donantes y donatarios, tengan seguridad jurídica, sin duda una opción sería la modificación legislativa inspirada en cómo está prevista la regulación de estas cuestiones en otros Códigos.

4.5 Efectos de la causa de revocación.

Si el donante consigue revocar la donación válidamente realizada alegando el incumplimiento de las cargas por parte del donatario, ello va a producir toda una serie de efectos que a continuación se van a exponer y analizar.

En cuanto a los efectos, el Código Civil, en su artículo 647 establece “los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria”. Y el artículo 651 párrafo segundo, por su parte regula que “el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición”.

⁴⁰ EDJ 2004/183457 STS (Civil) de 23 noviembre de 2004.

⁴¹ EDJ 2004/183457 STS (Civil) de 23 noviembre de 2004, Fundamento de Derecho Cuarto.

⁴² EDJ 2004/183457 STS (Civil) de 23 noviembre de 2004, Fundamento de Derecho Cuarto.

⁴³ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

⁴⁴ Artículo 2 (Código Civil) del Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil; de la Ley nº4.808, sobre Registro Civil, de la Ley nº17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley nº 16.618, Ley de menores, de la Ley nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley nº16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

En primer lugar, debe destacarse la eficacia retroactiva de este tipo de revocación y sus efectos únicamente *inter partes*, ya que, los terceros, excepto los de buena fe protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, deberán devolver al donatario aquellos bienes que el donante le donó, siendo nulas las enajenaciones y cargas establecidas sobre dichos bienes, de modo que, los bienes objeto de la donación retornen al donante libre de cargas y limitaciones.

En tal sentido, se consideran que son terceros de buena fe protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aquéllos que no podían conocer del modo, supuesto que se da, cuando el modo no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad. Pues en tal caso, como no podían conocer, no se les podrá revocar su adquisición si ya inscribieron su título.

En el supuesto de hecho que se presenta en la sentencia STS (Civil) de 17 de septiembre de 2007⁴⁵, aunque finalmente el Tribunal Supremo falló que no se trataba de una donación modal, sí que es posible observar del relato de hechos probados, un claro ejemplo de terceros protegidos por la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

D. José Enrique y D^a. Estefanía decidieron separarse de mutuo acuerdo, y en el convenio regulador de su separación, según el relato D. José Enrique, él le transmitió a D^a. Estefanía la titularidad de la vivienda en donde residían, con la condición de que, ella y sus dos hijas menores residiesen allí hasta que las hijas fueran mayores de edad, y que dicho inmueble no podía D^a. Estefanía ni enajenarlo ni gravarlo, puesto que, si ésta no cumplía con la condición impuesta por D. José Enrique de residir allí, debería de donar a las menores la titularidad del inmueble.

Según el relato de D. Estefanía, D. José Enrique, no sólo transmitió la titularidad de dicha vivienda sino que, ante notario, realizó a favor de ella una permuta de los bienes privativos, y constó en escritura que la diferencia, entre los bienes recibidos por parte de D. Estefanía y los bienes que él había permutado, ya se la había entregado D^a. Estefanía mediante dinero efectivo.

Conforme a los hechos probados, D^a. Estefanía y sus hijas, no residían en dicha vivienda, por lo que D. José Enrique demandó a D^a. Estefanía para que ésta donase la titularidad del inmueble a las menores. Pero, tras la imposición de la demanda, D. José Enrique conoció que D^a. Estefanía había vendido dicho inmueble a D. Augusto y D^a. Soledad a través de una agencia inmobiliaria, mediante escritura pública, inscribiendo en el Registro de la Propiedad dicho inmueble como libre de cargas.

En este caso, tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial, como el Tribunal Supremo, entendieron por diferentes razones que no se trataba de una donación, sino que de una permuta. Pues como entendió la Audiencia Provincial, no tenía sentido que los bienes que él había recibido de ella estuvieran libres de cargas, pero que el bien que ella recibía de él tuviera dicha limitación.

En cualquier caso, respecto del tema que en estos momentos se analiza, este supuesto de hecho del que conoció el Tribunal Supremo, muestra claramente como D. Augusto y D^a. Soledad que compraron dicha vivienda a través de un contrato de compraventa válido (no nulo como alegaba D. José Enrique), son terceros de buena fe, puesto que la compraventa se realizó a través de una agencia inmobiliaria, por lo que era imposible que ellos llegaran a conocer de todo ello, y es que además dicha compraventa la inscribieron en el Registro de la Propiedad de Córdoba en donde figuraba como una finca libre de cargas.

No obstante a lo anterior, si revocada la donación por el donante, el donatario se encontrase ante el supuesto de que el tercero se encuentra protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en tal caso como no podrá devolverle los bienes al donante, deberá de restituirle el precio de dichos bienes en el momento de la donación.

⁴⁵ EDJ 2007/152403 STS (Civil) de 17 de septiembre de 2007.

Es decir, si en el supuesto de hecho planteado por la anterior sentencia, los tribunales hubieran fallado que no se trataba de una permuta, sino que de una donación modal. En tal caso, como D. Augusto y D^a. Soledad eran terceros de buena fe, el donatario no podría restituirle al donante los bienes donados, sino que debería de haberle restituido en dinero el valor de los bienes que fueron donados, en tal caso, el valor de la vivienda en el momento en que se hubiese efectuado la donación.

Junto con todo lo anterior, debe de destacarse como, aunque no lo establece expresamente el Código, esta revocación no opera de manera automática o ipso iure, sino que es necesario que el donante ejerza la acción de revocación para que se pueda revocar dicha donación válidamente realizada, como establece el Tribunal Supremo en la sentencia STS (Civil) de 21 de octubre de 2011⁴⁶.

El supuesto de hecho que se presentó ante el Tribunal Supremo fue que, D. Darío (fallecido en fecha 22 de enero de 1994) y D^a. Asunción (fallecida en fecha 8 de diciembre de 1983), el 15 de noviembre de 1983 mediante escritura, donaron a su hijo D. Ramón una casa y tres fincas a cambio de que éste les cuidara y les asistiera en todas sus necesidades hasta su fallecimiento.

Dicha carga se inscribió en el Registro de la Propiedad en enero de 1985, aunque, en fecha 13 de diciembre de 1984, D. Darío acudió ante notario y manifestó que quería revocar la donación, porque su hijo no estaba cumpliendo con la condición que le habían impuesto, y por lo tanto quería revocar dicha donación.

En fecha 31 de noviembre de 2006, D. Jon (sobrino de D. Ramón) interpuso demanda ejercitando la acción reivindicatoria contra éste para que, se dictara “sentencia por la cual se declare la obligación del demandado de indemnizar a la comunidad hereditaria (nacida del fallecimiento de D. Darío) por el valor actual de las fincas reivindicadas -las que habían sido objeto de la donación- al haberlas transmitido el demandado a terceros hipotecarios (...) por daños morales (...) más los gastos (...) y los intereses legales”⁴⁷. Todo ello, basándose en que, la donación, se revocó cuando en fecha 13 de diciembre de 1984, D. Darío acudió ante notario y expresó su voluntad de revocar dicha donación.

El Tribunal Supremo, falló a favor de D. Ramón, ya que aunque esté incumplió con el modo, no resulta suficiente la actuación unilateral del donante ante el notario, sino que debió ejercitar la correspondiente acción de revocación de la donación ante los tribunales.

Para finalizar este apartado, es muy interesante analizar qué sucede con los frutos. En este sentido, el Código civil establece que el donatario deberá de devolver los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la donación.

Ésta es la única causa de revocación de las donaciones en donde se prevé un momento distinto, ya que, conforme al primer párrafo del artículo 651 del Código, cuando la donación es revocada por supervivencia o superveniencia de hijos del donante, por ingratitud del donatario o cuando se reduce la donación por ser inoficiosa, prevé expresamente que deberán de devolverse los frutos desde la fecha de interposición de la demanda. Sin embargo, el segundo párrafo de este mismo artículo, para la causa de revocación que ahora se estudia (incumplimiento de cargas) establece que los frutos deberán devolverse desde que se dejó de cumplir la condición.

Ello sin duda, como comenta COSTAS RODAL, “mejora la situación del donante, pues el momento de interposición de la demanda será posterior al propio incumplimiento”⁴⁸. Debe de tenerse en cuenta, como desde que se produce el incumplimiento, hasta que el donante lo conoce e interpone la demanda, en todos los casos transcurre un lapso de tiempo que resulta inevitable, en el cual el donante perdería dichos frutos, sino fuera por esta regulación que establece el Código en el artículo 651.

⁴⁶ EDJ 2011/244993 STS (Civil) de 21 octubre de 2011.

⁴⁷ EDJ 2011/244993 STS (Civil) de 21 octubre de 2011, Fundamento de Derecho Primero.

⁴⁸ Op. Cit. COSTAS RODAL, L., pág. 2795.

5. CONCLUSIONES.

Del análisis realizado de esta causa de revocación de las donaciones, resulta evidente como la escueta regulación que prevé el Código civil, en los artículos 647 y en el párrafo segundo del artículo 651, no resulta suficiente ya que, como se ha explicado existen muchas lagunas legales, puesto que el legislador, expresamente no ha regulado la posibilidad de transmitir o no la acción de revocación a los herederos del donante; el Código civil no se pronuncia expresamente sobre si existe o no la posibilidad de que el donante renuncie de forma anticipada a dicha acción; y tampoco, se ha previsto la naturaleza de la acción, el plazo para ejercitar la misma, si es un plazo de caducidad o prescripción y el inicio del *dies ad quo* del plazo.

Como de todos es sabido, en el caso de que existan lagunas legales, siempre resulta interesante acudir a la jurisprudencia (especialmente a la del Tribunal Supremo) para ver qué criterios se han venido fijando de manera reiterada. Sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal Supremo, en algunas cuestiones, no acaban de ofrecer sistematicidad o soluciones a dichas lagunas legales previstas en el Código Civil.

Es posible apreciar que, esta configuración ante la que nos encontramos, no ofrece ni a los donantes ni a los donatarios seguridad jurídica en un contexto en el que, hoy en día, aún siguen siendo habitual este tipo de donaciones, especialmente las de bienes muebles e inmuebles de padres a hijos, a cambio de que éstos últimos, cuiden y se hagan cargo de ellos hasta el final de sus días.

De ahí que, debería de reconsiderarse el reformar estos artículos del Código civil (el artículo 647 y el párrafo segundo del artículo 651), y regular expresamente todas aquellas cuestiones que no se encuentran codificadas (transmisión o no de la acción a los herederos del donante, la renuncia anticipada de la acción por parte del donante y el plazo, *dies ad quo* y naturaleza de la acción de revocación) inspirándose en la regulación prevista en otros códigos, como es el Código Civil catalán o el Código Civil de Chile, tal y como se ha comentado.

BIBLIOGRAFÍA.

- BLASCÓ GASCÓ, F. d. P. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos en particular 2ª Edición*. Valencia, 2022, pág. 163-187.
- CARDÓS ELENA, J. M. “Revocación de donación por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Comentario a la STS de España, núm. 44/2003, de 18 de enero (JUR 2023, 59703)”. En *Revista Boliviana de Derecho*, número 36, julio 2023, págs. 406-423.
- CARRIÓN OLMOS, S. “La donación”. En *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos 6ª Edición*. Coord. J.R. de Verda y Beamonte. Valencia, 2023, pág. 335-357.
- COSTAS RODAL, L. “El contrato de donación”. En *Tratado de Contratos 4ª Edición*. Dir. R. Bercovitz Rodríguez Cano. Valencia, 2024, págs. 2753-2835.
- MEDINA ALCOZ, M.: “La donación modal y los efectos del incumplimiento de la carga” En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, número 721, págs. 2127-2174.
- OSSORIO SERRANO, J. M. “El contrato de donación”. En *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos 12ª Edición*. Coord. por F. J. Sánchez Calero. Valencia, 2022, págs. 281-307.
- PÉREZ GARCÍA, M.J.: “La donación modal en el derecho español: el incumplimiento del modo ¿una causa de revocación perpetua? En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2008, número 73, pág. 73-114.
- REYES LÓPEZ, M. J. *Contratos Civiles*. Valencia, 2022, págs.. 181-220.
- RUIZ BAUTISTA, M. DEL C.: “La revocación de una donación modal por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 287/2023 de 18 de enero de 2023” En *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, número 23, e7954, 2023. <https://doi.org/10.17561/rej.n23.7954>.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

EDJ 2018/551081 SAP Madrid de 11 junio de 2018.
EDJ 1997/5051 STS (Civil) de 28 julio de 1997.
EDJ 2007/104528 STS (Civil) de 20 julio de 2007.
EDJ 2009/150891 STS (Civil) de 3 julio de 2009.
EDJ 1975/460 STS (Civil) de 11 diciembre de 1975.
EDJ 2006/6708 SAP Burgos de 8 febrero de 2006.
EDJ 1992/12492 STS (Civil) de 16 diciembre de 1992.
EDJ 2004/183457 STS (Civil) de 23 noviembre de 2004.
EDJ 1988/2051 STS (Civil) de 11 marzo de 1988.
EDJ 2007/152403 STS (Civil) de 17 septiembre de 2007.
EDJ 2011/244993 STS (Civil) de 21 octubre de 2011.
EDJ 2023/506253 STS (Civil) de 18 de enero de 2023.

LA AFECTACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: Especial referencia al ámbito empresarial.

Dra. Blanca Ballester Casanella
Profesora Titular de Derecho de la empresa
Universidad de EAE Business School

Fecha de recepción: 03/11/2024
Fecha de aceptación: 12/12/2024

RESUMEN: La inclusión digital ha cobrado gran importancia puesto que ha mejorado numerosos aspectos de la sociedad, pero también a dado paso a nuevos desafíos. Los derechos digitales, al igual que el resto de los derechos fundamentales, son consecuencia de una demanda social y en algunos casos, también pueden llegar a constituir la redefinición de derechos ya existentes. La cuestión que se plantea, es cómo podemos ante esta realidad social y tecnológica, garantizar que se respeten los derechos de las personas puesto que, en la actualidad, existe una relación muy estrecha entre los derechos humanos y las nuevas tecnologías. Todo ello pone de manifiesto la imperiosa necesidad de efectuar el debido desarrollo legislativo, para adaptar nuestro Derecho a la llegada de estas nuevas tecnologías y poder efectuar así, la debida protección de los derechos fundamentales.

ABSTRACT: Digital inclusion has become very important as it has improved many aspects of society, but it has also given rise to new challenges. Digital rights, like other fundamental rights, are a consequence of social demand and in some cases may also constitute the redefinition of existing rights. The question that arises is how we can, in the face of this social and technological reality, ensure that people's rights are respected, given that there is currently a very close relationship between human rights and new technologies. All of this highlights the urgent need to carry out the necessary legislative development in order to adapt our law to the arrival of these new technologies and thus be able to ensure that fundamental rights are duly protected.

PALABRAS CLAVE: Nuevas tecnologías, derechos fundamentales, derechos digitales, entorno laboral.

KEYWORDS: New technologies, fundamental rights, digital rights, work environment.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Una aproximación a los Derechos Fundamentales; 2.1. El derecho a la protección de los datos personales; 2.2. El derecho a la privacidad; 3. La problemática sobre el uso de las herramientas tecnológicas en la empresa; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Los Derechos Humanos no sólo se encuentran reconocidos en Carta de las Naciones Unidas, sino que se reconocen universalmente como derechos inalienables y fundamentales que toda persona posee por el simple hecho de ser humana sin importar su edad, origen étnico, ubicación, idioma, religión o cualquier otra condición.

Por todo ello, los Estados tienen la responsabilidad de protegerlos y defenderlos a través de sus respectivos sistemas jurídicos¹ ya que la huella digital que llevamos acumulando durante décadas es tan amplia y profunda, que puede llegar a repercutir muy negativamente en muchísimos aspectos de nuestra vida real.

Aunque la protección de datos personales ha avanzado considerablemente desde los años ochenta, los derechos asociados a esta protección tales como el derecho al acceso, a la rectificación, cancelación y oposición, no pueden simplemente adaptarse a las nuevas realidades de la "sociedad del conocimiento".

A pesar de los esfuerzos de diversas agencias reguladoras, incluida la Agencia Española de Protección de Datos, no es fácil abordar los nuevos problemas que plantea internet utilizando los instrumentos consolidados para la protección de datos, puesto que se han encontrado ciertos obstáculos.

Esto se evidencia en los recursos presentados por *Google* contra las decisiones de la Agencia Española de Protección de Datos y en la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014. *Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*)².

Desde una perspectiva jurídica constitucional, es imperativo que nos enfoquemos en los derechos fundamentales, para establecer las bases de la sociedad futura e ir afrontando los nuevos desafíos que van surgiendo tales como, la inteligencia artificial (IA), la superación de las fronteras físicas entre Estados, la dificultad de perseguir sitios *web* situados fuera de las jurisdicciones nacionales, además de las diferentes interpretaciones de la libertad de expresión y las complicaciones procesales para perseguir infracciones administrativas y delitos cometidos en la red³.

Uno de los primeros instrumentos donde se muestran las preocupaciones del legislador sobre los riesgos de la IA y su posible interferencia con algunos derechos inherentes a la persona, es la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica⁴.

La finalidad principal de esta resolución es configurar un punto de partida, un marco ético que sea la referencia para el futuro diseño y desarrollo de nuevas tecnologías que incluyan algún tipo de IA y que puedan en su funcionamiento, quebrantar algún derecho fundamental.

Por ello, se señalan entre los principales riesgos de la IA, la potencial vulneración de ciertos derechos fundamentales, entre ellos se pueden mencionar el derecho a la libertad, la integridad física, la integridad psicológica, la intimidad, la dignidad de la persona, la autodeterminación del individuo y su autonomía, la igualdad y el derecho a la no discriminación.

¹ BALAGUER CALLEJÓN, F. (2023). *La constitución del algoritmo*. Fundación Giménez Abad. Zaragoza. 2ª ed.

² Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 13 de mayo de 2014. *Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*.

³ AGUINAGA GLARÍA, B. (2022). "La tutela judicial civil del derecho al olvido digital". *Revista general del derecho constitucional*, núm. 37 p.p 1-26

⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

En definitiva, se indica que es necesario desarrollar un Código de Conducta Ética para los ingenieros de robótica. Este código debería de basarse en los mismos valores sobre los que se constituye la UE, así como sobre los principios recogidos en la carta de derechos fundamentales de la UE (la dignidad, la justicia, la igualdad, la equidad, etc.).

El Libro Blanco sobre la inteligencia artificial⁵, es donde se reúnen todos los trabajos existentes sobre la inteligencia artificial, así como las directrices y los principios en los que debería basarse la futura regulación de la IA en el ámbito europeo. Además, el Libro Blanco indicaba que el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento no podía hacer frente a los riesgos que planteaba la IA, con las disposiciones existentes. Por ende, se puso de manifiesto la necesidad de armonizar la regulación de los Estados miembros de la UE sobre la IA, a la espera de abordar el desarrollo legislativo de esta materia en un futuro.

De igual manera, se señala nuevamente la necesidad de la protección de los derechos fundamentales ante a IA, debido a los riesgos que conlleva su uso y desarrollo. Entre tales riesgos se hace alusión expresa al derecho a la privacidad y a la intimidad, por cuestiones relacionadas con la protección de datos personales. También se apela a la posible vulneración de la dignidad humana, o incluso a la falta de transparencia en el proceso de adopción de decisiones, con la discriminación que ello puede suponer y el atentado al derecho a la igualdad.

Después del Libro Blanco llega la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 octubre 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas. La Resolución analizada⁶ constituye una propuesta para la regulación de la IA en base a unos principios, pero qué en este caso, se transformarán en exigencias legales, con eficacia directa. Esta incluye un total de diez principios regulatorios de la IA en Europa⁷ que van desde el control de riesgos en el mercado financiero a la protección del consumidor, la seguridad, transparencia, la prevención de cualquier tipo de discriminación de forma automatizada.

Este último extremo es importante en relación con el objeto de este trabajo y en relación a la deseada protección de datos personales. Se ha constatado que la IA en función de su grado de desarrollo y de uso, puede crear o incluso fortalecer ciertos sesgos que resultan discriminatorios, relacionando por ejemplo a grupos de personas con características similares, pero que no tienen vínculos reales. Ese es el motivo en base al cual, es importante fortalecer la protección de los derechos fundamentales y la protección de datos personales frente a las nuevas tecnologías.

Por todo ello, proponemos un estudio de los derechos fundamentales afectados por la revolución tecnológica y un análisis de las necesidades que surgen a la hora de establecer nuevos derechos digitales íntimamente relacionados con el derecho a la libre expresión, a la intimidad y a la privacidad, en especial en el ámbito empresarial.

⁵ Libro Blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque orientado a la excelencia y a la confianza. Comisión Europea. Bruselas 19 de febrero de 2020. COM (2020) 65 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>

⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 octubre 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012(INL)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.html#title1

⁷ TAPIA HERMIDA, Alberto J. Decálogo de la inteligencia artificial ética y responsable en la Unión Europea, *La Ley Unión Europea*, diciembre 2020, N.º 87, LA LEY 14743/2020

2. UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1.- Derecho a la protección de los datos personales

La Real Academia Española define la privacidad como el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión” y se refiere a la protección de datos como el “conjunto de medidas para garantizar y proteger los datos de carácter personal, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos, a los efectos de garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

Por lo tanto, si tomamos en consideración ambas definiciones, podemos dilucidar que la privacidad y la protección de datos, se basa en la protección de nuestra vida privada a través de la salvaguarda de aquellos datos que pueden facilitar nuestra identificación y, por consiguiente, puede dar lugar a que se vulneren derechos fundamentales.

Se recoge en la Constitución Española⁸, más concretamente en su art. 18.4 el reconocimiento de la protección de la privacidad de las personas y, por ende, de sus datos, como un derecho fundamental a ser salvaguardado, así como en el art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹ y en el art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰.

La protección de datos de las personas físicas pretende respetar sus libertades y salvaguardar su privacidad, que dependa de ellos el qué compartir, con quién compartir y cuándo compartir dichos datos.

Por ello, y con el objetivo de proteger los datos de las personas físicas, la Unión Europea ha considerado la privacidad y protección de los datos, como un derecho fundamental de las personas físicas. Cabe mencionar al respecto el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas relativo al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Reglamento en virtud del cual se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), o más conocido como RGPD).

En dicho reglamento, se recogen los principios y normas relativos a la protección de la privacidad de los datos de las personas físicas, así como directrices a seguir por parte de las empresas para preservar los mismos. Se recogen los derechos de las personas físicas sobre sus datos y los aspectos a tener en cuenta por parte de las empresas para respetarlos.

Asimismo, a raíz del mencionado Reglamento, se han ido estableciendo por parte de los Estados Miembros, una serie de organismos reguladores más enfocados a la protección de los datos de las personas físicas, asegurándose de que las empresas lo cumplen.

Las que han tenido más repercusión a nivel europeo son entre otros:

- CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) en Francia - <https://www.cnil.fr/fr>
- ICO (The Information Commissioner's Office) en Reino Unido [también muy incorporada, aunque se haya dado el Brexit el 1 de febrero de 2020]: <https://ico.org.uk/>
- IE DPA (Irish Data Protection Authority o DPC - Data Protection Commission) de Irlanda: <https://www.dataprotection.ie/>
- AEPD (Agencia Española de Protección de Datos) en España: <https://www.aepd.es/>
- BfDI (Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit) en

⁸ Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

⁹ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02).

¹⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012/C 326/49).

Alemania: https://www.bfdi.bund.de/DE/Home/home_node.html

- GPPD (Garante per la Protezione dei Dati Personali) en Italia: <https://www.garanteprivacy.it/>

Todos ellos, forman parte del CEPD (Centro Europeo de Protección de Datos) que es el encargado de garantizar que el Reglamento se aplique de manera coherente en todos los países de la Unión Europea, así como en Noruega, Liechtenstein e Islandia. También se encarga de promover la cooperación entre las autoridades de protección de datos de los diferentes países¹¹.

A nivel nacional nos encontramos con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)¹², cuyo objetivo ha sido adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos¹³, y completar sus disposiciones, tal y como recoge en su art. 1.

Asimismo, aclara que también tiene por objeto garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución.

Con la finalidad de que la LOPDGDD se cumpla, se ha creado la mencionada Agencia Española de Protección de Datos (aepd), que tal y como detallan en su web, se trata de la autoridad pública independiente encargada de velar por la privacidad y la protección de datos de la ciudadanía española.

El apartado 11, del artículo 4, del RGPD define el consentimiento del interesado como, “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen” y aclara en su considerando (32) que “debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal”.

Por lo tanto, el RGPD establece una serie de requisitos de indispensable cumplimiento, para que el consentimiento para que sea válido:

En primer lugar, que sea libre, es decir, que no esté guiado ni viciado, y se considerará “libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno” (considerando (42) de la RGPD).

En segundo lugar, que sea específico, es decir, obtenido para una finalidad en concreto. También que sea informado, el destinatario deberá ser siempre informado sobre los requisitos recogidos en el art. 13 del RGPD (finalidad del tratamiento, como ejercer sus derechos, identidad y datos de contacto del responsable, entre otros). Y por último que sea inequívoco, en consecuencia, debe ser claro, conciso y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta.

La persona que da su consentimiento debe saber en consecuencia, qué tipo de consentimiento está prestando. Es por ello por lo que es tan importante que se respete dicho consentimiento de las personas físicas y que no se perturbe o se pretenda manipularlo.

El uso de las tecnologías de la información en el ámbito de las relaciones laborales, se articula

¹¹ Consultar en el siguiente enlace: https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/members_es.

¹² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018).

¹³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016).

a través de la protección de determinados derechos recogidos, no sólo en la Constitución Española (CE) y el Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁴, sino también en la mencionada Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

No hay pues que olvidar, que el trabajador además de ser sujeto de los derechos estrictamente laborales, es también titular de los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano¹⁵. Por ello, cuando el empresario tome decisiones que afecten a dichos derechos, deberá poder justificarlas y sujetarlas a cierta proporcionalidad¹⁶.

Los derechos con mayor tendencia a sufrir una vulneración en el ámbito laboral son, el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y subsidiariamente, el derecho a la libertad de expresión. El derecho a la intimidad viene recogido en el artículo 18.1 CE y establece lo siguiente: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Es evidente que el mencionado derecho es aplicable al entorno de las relaciones laborales y supone tal y como indica la jurisprudencia, “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”¹⁷.

Por su parte, el derecho al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 18.3 CE dispone que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Pese a que se trata de un derecho con unas características más estrictas y rigurosas que las exigidas en el derecho a la intimidad, la jurisprudencia también garantiza su aplicación en el ámbito laboral, protegiendo las comunicaciones de los trabajadores¹⁸.

El último de los principales derechos que puede verse afectado en la relación entre el empresario y el trabajador por el uso de estas nuevas tecnologías, es el derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 20 CE.

Partiendo de la base de que es posible arrojar juicios de valor sobre alguien o sobre una circunstancia determinada, ese hecho no debe ser incompatible con el vínculo laboral surgido de un contrato de trabajo. Es importante tener en cuenta que, al estar subordinado a una relación laboral con las consiguientes obligaciones y derechos que ello conlleva, la posible difusión de opiniones, no puede suponer vulnerar los Derechos de otros sujetos sean físicos o jurídicos.

El derecho a la libertad de expresión, no debe verse coartado dentro de la esfera de las relaciones laborales, no obstante, queda condicionado a la necesaria existencia entre las partes de una obligación recíproca, de respetar la buena fe contractual exigida por el vínculo que las une.

En la mayoría de supuestos donde entran en colisión los derechos del empresario, como el derecho a la dignidad y al honor, con los derechos fundamentales del trabajador, tales como el derecho a la libertad de la expresión, su análisis siempre es casuístico, es decir, la decisión del tribunal se debe fundamentar en el análisis detallado y concreto de los comentarios publicados, ya que dependiendo de su contenido se determinará si puede llegar a ser ofensivo y dañar otros derechos fundamentales en juego. En el mismo sentido, es importante recordar

¹⁴ Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

¹⁵ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2013). “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.122, p. 200

¹⁶ TRUJILLO PONS, F. (2016). “El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 41, p.120.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril 98/2000. Fundamento jurídico quinto.

¹⁸ DEL PINO PADRÓN, M.C. (2018). “El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho laboral, especial referencia a la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones”, *Cadernos de derecho actual*, n.8, p. 160.

la doctrina constitucional la cual pone de relieve la importancia de analizar, no solo el contenido sino también el contexto en el que se efectúan las declaraciones¹⁹.

2.2.- El Derecho a la privacidad

El concepto de privacidad y lo privado se puede entender mediante su antónimo, “público”. Si lo “público” es todo aquello que no es propiedad de un particular, podemos afirmar entonces, que lo privado es aquello que no pertenece o no se realiza abiertamente a la vista de todos, pero que atañe a la esfera más familiar y personal en un contexto en el que se pretende prohibir la mirada indiscreta de terceros y se tiene la expectativa de llevarlo a cabo sin intrusión alguna.

La privacidad se produce desde el domicilio y la vida cotidiana familiar, hasta también en nuestro fuero más interno. La privacidad es un recinto vedado al mundo exterior que guarda a todo aquello que es propio de la esfera personal o íntima de la gente, de intromisiones ajenas.

Es evidente entonces, como la privacidad es un concepto estrechamente vinculado con la dignidad humana, perteneciente a la esfera moral de la persona y por ello merecedor de la más alta protección jurídica posible.

Es por este motivo, que la Constitución Española protege la privacidad mediante tres derechos fundamentales en su art. 18, al garantizar el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya estableció en el 2001 en su STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2 (STC, 2001) que se trata de tres derechos de carácter autónomo que, aunque están estrechamente vinculados en tanto que son derechos de la personalidad que protegen la dignidad humana y relacionados con la privacidad, cada uno tiene un contenido propio.

El primero de estos Derechos Fundamentales es la intimidad, la STS 443/2013, de 18 de febrero de 2013, AH 5 (STS, 2013) recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional STC de 15 de Julio de 1999 (STC, 1999) que define el derecho a la intimidad como aquel que tiene por objeto garantizar a un particular un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, y continua diciendo que, por tanto, lo que realmente se protege es el derecho al secreto, a ser desconocido por los demás y que éstos no sepan que hacemos, pudiendo privar a los demás de entrometerse y prohibirles el conocimiento y difusión de información privada perteneciente a su vida personal y familiar.

El segundo derecho es el del honor. El honor es un concepto que podemos encontrar definido en la STS 975/2008, 16 octubre de 2008, FJ2 (STS, 2008) en el que el Tribunal lo define como un aspecto de la dignidad personal consistente en dos vertientes, una externa y otra interna y que en definitiva tiene relación con la buena reputación de una persona.

El último derecho es el de la propia imagen. Para encontrar su definición nos remitiremos a la STS 625/2012, de 24 julio de 2012, FJ 3 (STS 2012), que se hace eco de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, según el cual el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad que otorga a su titular un derecho sobre su propia información gráfica producida por sus propios rasgos físicos que le permite impedir su obtención y reproducción por terceros. Es por tanto un derecho que protege la privacidad en lo referido a la apariencia corporal de la persona.

Es obligado analizar y valorar cuidadosamente el conflicto que se plantea entre los referidos derechos que han sido y que actualmente siguen constituyendo pilares de un Estado democrático. Dicho conflicto surge ante la irrupción de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TICs) puesto que han provocado una alteración sensible en el tratamiento de la información. Los derechos de las personas que se ven afectados a raíz de las TICs son sobre todo, los mencionados derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen de las personas reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española. A más abundamiento, la Ley Orgánica 1/1982 de protección

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2004, de 20 de septiembre de 2004.

de derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, se halla poco ajustada a la realidad social que nos trae la Sociedad de la Información, a pesar de que ha tenido un recorrido importantísimo en la incursión de la prensa rosa.

Por todo ello, no podemos perder de vista, la relevancia de preservar los derechos fundamentales en las relaciones laborales, en aras de evitar que puedan verse afectados por la falta de equilibrio existente en la relación entre los empleadores y los empleados. Como señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “el empresario no se encuentra apoderado para llevar a cabo, bajo el pretexto de las facultades de vigilancia y control que la legislación le asigna, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus trabajadores en la empresa” (STC 186/2000, de 10 de julio).

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.3 ET “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana...” y, de acuerdo con el art. 20 bis ET, “los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

En conclusión, sin perjuicio de los avances tecnológicos, los derechos y valores constitucionales, deben ser preservados, evitando que ese poder de la empresa sea un poder inexpugnable²⁰.

De todas formas, esa manera de enfocar la cuestión, no siempre ha sido tan acorde con lo que acabamos de declarar, puesto que, durante bastante tiempo, la jurisprudencia²¹ admitió el uso de medidas tecnológicas de control empresarial de manera que, determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad podían quedar desprotegidas²², a no ser que se tratara de incidir en espacios destinados al aseo o al descanso, en los cuales, el derecho a la intimidad, quedaba garantizado²³ al considerarse espacios no públicos.

En línea con este enfoque, cabe mencionar la STSJ de Cataluña de 25 de abril de 1994 mediante la cual, el Alto Tribunal, admite la instalación de un circuito cerrado de televisión con sistema de grabación de imagen y sonido en múltiples espacios del centro de trabajo tras considerar que entender que la medida vulnera el derecho a la intimidad “(...) supondría extender la protección de tales derechos a instalaciones que suponen la práctica totalidad de espacios públicos del hotel en el que este presta sus servicios a los clientes y, en consecuencia, donde los trabajadores desarrollan su actividad. La intimidad de estos no resulta agredida por el solo hecho de que esta sea objeto de filmación pues no se trata de divulgar su conducta, sino de obtener un conocimiento de cuál es su comportamiento laboral”. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Galicia de 25 de enero de 1996.

Según estos razonamientos alegados en defensa de los intereses de los empresarios, la formalización del contrato laboral mitiga la posibilidad de preservar el derecho a la intimidad y los derechos fundamentales en general, durante el tiempo y lugar de trabajo la prevalecer el poder de dirección.

A pesar de estos precedentes, hoy superados, la realidad indica que en el contexto de las relaciones laborales se sigue presentando la disyuntiva entre dicho poder de dirección del empleador (art. 20.3 ET) y los derechos fundamentales de los trabajadores, no siendo siempre pacífica la relación entre ambos grupos de derechos, sino que suelen producirse problemas,

²⁰ CARRILLO LÓPEZ, M., “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad”, en El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico, XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pág. 41.

²¹ SSTC 19/1985, de 13 de febrero y 170/1987, de 30 de octubre y STC 142/1993, de 22 de abril.

²² MIERES MIERES, L. J., Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional, Aranzadi, Navarra, 2002, pág.23.

²³ GUERRA RODRÍGUEZ, L., “Ejercicio del poder de control a través de cámaras de video vigilancia: análisis de la doctrina constitucional”, Trabajo y Derecho 29/2017 (mayo), nº 29 de 1 de mayo de 2017, pág. 2.

sobre todo cuando, derivado del uso de las nuevas tecnologías, se prima la potestad de dirección²⁴.

En esta línea, la mencionada LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la Propia Imagen, en su artículo 7 establece que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas : “1) El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas; 2) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”.

Cabe plantearse si el empleador puede encontrarse legitimado a instalar aparatos de escucha en la empresa y si tal decisión conlleva inexorablemente una lesión del derecho a la intimidad del trabajador. Para la determinación de la procedencia de la instalación de sistemas de videovigilancia, será necesario tener en cuenta, si la instalación de estos sistemas responde a verdaderos criterios de proporcionalidad, dado que, si bien es cierto que son medidas necesarias para materializar el poder directivo empresarial, no pueden, sin embargo, conducir a resultados inconstitucionales.

Así pues, elementos causales, tales como el hecho de si la instalación del sistema de videovigilancia ha sido hecha de forma subrepticia, o a sido o no indiscriminada, o si concurren razones objetivas de seguridad, entre otras circunstancias, será determinante para averiguar si resultan o no medidas inconstitucionales ²⁵.

En este sentido, cabe citar la STS de 13 de mayo de 2014 (Sala IV, Sección 1ª), que considera vulnerado el derecho a la intimidad de una trabajadora derivado del uso de cámaras de videovigilancia instaladas, como sistema disuasorio de hurtos por parte clientes, por causa de la falta de información sobre la posibilidad de supervisión laboral de las capturas de imágenes de los trabajadores y sin que por parte del empresario estuviesen previstos dispositivos anunciando su instalación y captación de imágenes, así como la notificación de la creación de ficheros a la AEPD.

3. LA PROBLEMÁTICA SOBRE EL USO DE LAS HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS EN LA EMPRESA

En la era tecnológica en la que nos encontramos, estamos más que acostumbrados a ver cámaras de videovigilancia en distintos tipos de edificios, tales como empresas, comunidades de vecinos, locales comerciales entre otros. La mayoría de dichos sistemas suelen usarse con el objetivo de garantizar la seguridad de las personas, los bienes y las instalaciones de la entidad, hasta incluso, suelen utilizarse por las empresas para ejercer su derecho de control y dirección en el ámbito laboral.

Como bien sabemos, las cámaras de vigilancia facilitan grabar información personal en forma de imágenes, sin embargo, un gran número de particulares y empresas desconocen las obligaciones y requisitos en cuanto a su instalación, especialmente en lo que se refiere a la ley de protección de datos.

Por todo ello, en el presente trabajo queremos arrojar un poco más de luz acerca de la normativa sobre cuestiones tales como, dónde se pueden colocar, quién puede acceder a las imágenes y si es necesario solicitar consentimiento para la grabación de esas imágenes. Más concretamente, nos centraremos en los casos en los que la videovigilancia se utiliza con una finalidad de seguridad y su impacto en materia de protección de datos, dando una serie de premisas básicas a tener en cuenta, premisas recogidas en la normativa de referencia.

Es cierto, que la necesidad de garantizar una tutela adecuada de estos derechos a la intimidad

²⁴ Entre otras, STSJ de Madrid de 25/1/1996; STSJ de Murcia de 18/7/1995; STS de 1176/1990 (Sala IV); STSJ de Galicia, de 21/4/1995; STSJ de Cataluña, de 25/4/1994; STSJ de la Comunidad Valenciana, de 12/3/1993

²⁵ CARRILLO LÓPEZ, M., CARRILLO LÓPEZ, M., “Los ámbitos del derecho a la intimidad...”, op. cit., pág. 48.

y a la protección de datos no es una situación novedosa, sino que es una cuestión de la que viene, desde hace tiempo, ocupándose doctrina y jurisprudencia. Ahora bien, aun siendo esto cierto, no lo es menos que la sociedad está experimentando en los últimos tiempos una verdadera revolución digital que está transformando de manera muy significativa, la manera que tenemos de relacionarnos y de trabajar dando todavía más sentido a procurar tutelar los derechos fundamentales a los que hemos hecho mención.

El incremento de las posibilidades de transmisión de información que nos facilita el actual entorno digital y la gran cantidad de herramientas que lo forman, tiene una desventaja evidente; y es que, paralelamente también han aumentado los riesgos de obtener información sin nuestro consentimiento y aún peor, de que se utilice indebidamente, con las consecuencias que ello puede tener para nuestra seguridad y privacidad.

Por supuesto, el ámbito laboral no es ajeno a las consideraciones que acabamos de señalar porque, al igual que acontece en el ámbito privado, en el ámbito laboral se produce también un tráfico de información continuo ya que la cantidad de datos personales del empleado a los que accede el empleador, es enorme. Precisamente, el recurso a las nuevas tecnologías como herramientas de control de la actividad laboral, es lo que ha propiciado una gran actividad en sede judicial.

Esta conflictividad en parte, ha sido consecuencia de una ausencia de normativa específica que regulase la facultad de control empresarial, y es que hasta hace poco tiempo, sólo se podía contar con el artículo 20 del Estatuto de Trabajadores (ET), en cuya virtud: “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

La mencionada falta de normativa, propició la creación de una elaborada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, interpretada y, en ocasiones modificada, por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, gracias a la cual, se ha podido obtener parámetros interpretativos a tener en cuenta, a la hora de valorar si existe un adecuado equilibrio entre el control de la actividad laboral y el respeto al derecho a la intimidad y a la protección de datos del trabajador.

Esta situación ha cambiado, en parte, con la aprobación de la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Ello es debido de un lado, a que, la citada norma ha incluido ciertos preceptos que regulan de forma específica el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral; imponiendo, límites concretos al ejercicio del poder de control empresarial y, de otro, a la introducción de un nuevo art. 20 *bis* al ET rubricado: “derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”.

Conviene a las empresas adoptar determinadas medidas para el supuesto de que se detecten posibles incumplimientos de los trabajadores a través del control de sus dispositivos digitales corporativos.

En primer lugar, es muy relevante contar con protocolos que regulen la utilización dichos dispositivos digitales en la empresa, y que prevean expresamente la posibilidad de monitorizarlos limitando así al máximo posible las expectativas de intimidad de los trabajadores.

En segundo lugar, asesorarse debidamente para saber cómo y cuándo realizar la monitorización de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores por la empresa, para evitar que la prueba obtenida con tal actuación vulnere derechos fundamentales.

Atender a tales consejos básicos, se antoja imprescindible para eludir el riesgo (que no excluye esta Sentencia del Tribunal Constitucional) de que el despido pueda ser declarado

automáticamente como nulo y, en todo caso, para evitar que, con independencia de su calificación, el despido se encarezca con la indemnización por daños morales asociada a una intromisión ilegítima en el dispositivo puesto a disposición del trabajador.

En la era digital, es una realidad innegable, que el uso de internet en el lugar de trabajo se ha convertido en una necesidad, pero el acceso no autorizado a internet durante las horas laborales plantea desafíos significativos para los empleadores, por ello en este apartado queremos exponer que implicaciones legales tiene esta situación y las consideraciones prácticas asociadas con el despido de un empleado por este motivo.

El despido de un trabajador por conexión no autorizada a internet en horas de trabajo, es como estamos constatando, un tema complejo que requiere un análisis cuidadoso de las normativas legales y las políticas de la empresa; por ello, cada caso debe ser evaluado individualmente para garantizar un proceso justo y legalmente sólido.

Podemos afirmar, que el uso no autorizado de internet puede afectar negativamente la productividad del empleado, pero el acceso a sitios web no autorizados puede también, entre otras cosas, comprometer la seguridad de los datos de la empresa. Sin perjuicio de ello, es como hemos apuntado muy importante antes de proceder con el despido, evaluar cada caso individualmente, considerando la gravedad de la infracción y los antecedentes del empleado.

Se debe seguir un proceso justo y documentado, incluyendo la notificación al empleado y la posibilidad de que este se defienda, porque el principal problema sigue siendo la colisión entre los derechos constitucionales reconocidos a estos y los derechos de los empleadores a poder llevar a cabo el control y la vigilancia necesarios que permitan evitar determinados comportamientos por parte de los trabajadores.

En el supuesto en el que nos encontramos, se pone básicamente en juego el derecho a la intimidad del trabajador ya que, por un lado, el historial de Internet y el propio sistema informático del ordenador almacena y guarda todos los datos relativos a las páginas web visitadas por el empleado. Por otro lado, también se instalan programas que permiten vigilar desde otro ordenador de la empresa, la conexión a internet en tiempo real de trabajador, sin que él tenga conocimiento de dicha vigilancia puesto que no se requiere su consentimiento.

La problemática es que, de esta forma, es posible obtener información confidencial, por ello resulta clave que el empresario deje claramente establecido que el acceso a internet debe estar destinado de forma exclusiva a un uso profesional.

El establecer el uso al que debe estar destinado dicho acceso, debe de quedar claramente estipulado en el contrato de trabajo o en los reglamentos internos de la propia empresa, porque de esta manera se podría proceder a un despido²⁶ basado en la trasgresión a la buena fe contractual y abuso de confianza²⁷, independientemente de si el empleado obtuvo gracias a dicha conducta, algún beneficio o de si se ha causado finalmente, algún perjuicio al empleador²⁸.

Otro motivo que el empresario puede alegar como causa de despido, es la disminución continuada en el rendimiento del trabajo (art. 54.2 e) ET), ya que un uso prologado de los medios tecnológicos, puede impedir que el empleado lleve a cabo sus funciones de forma satisfactoria²⁹.

Por todo ello, si la empresa está autorizada a establecer normas o medidas imperativas para el personal como impedir el acceso a determinadas plataformas “online”, sea mediante el uso de los propios recursos de la empresa o mediante dispositivos personales, tenemos que entender que paralelamente se puede constatar si el trabajador esta invirtiendo su tiempo de trabajo en plataformas que no son necesarias para realizar sus funciones laborales.

²⁶ CUADROS GARRIDO, M. (2017), “La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n.11, p. 140.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 (RJ 2010\7126). Fundamento jurídico quinto.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 (RJ 2010\7126)

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de junio 1956/2016. Fundamento jurídico quinto.

Lo más importante es pues, proceder a notificar al empleado cuales son las normas internas y probar, no sólo que ha incumplido dicha normativa, sino que se la he notificado previamente de forma legal.

En segundo lugar, para que se pueda declarar como procedente el despido, se tendrá como ya hemos dicho que valorar si la supervisión ejercida por el empresario ha sido la adecuada y no ha supuesto una intrusión en la vida privada del empleado. En definitiva, la empresa tiene la carga de la prueba y debe demostrar, no sólo que no había un modo menos intrusivo para comprobar los hechos, sino también que el trabajador ha estado invirtiendo gran parte de su jornada laboral en navegar por internet o en redes sociales con fines personales. Un medio de prueba sería llevar a cabo una auditoría del ordenador usado por el empleado y si la empresa puede probar el menor rendimiento de la actividad por este motivo, ésta puede proceder al despido disciplinario.

Otro ejemplo de ello, lo tenemos en una sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero del 2018³⁰, en la que se declaró el despido como procedente, al haberse producido en ese caso en particular, todas las circunstancias arriba mencionadas, circunstancias que debemos aclarar, han sido establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y en virtud de las cuales puede concluirse, que el comportamiento del empleado es digno de ser sancionado con el despido.

En la misma línea, el Tribunal de Justicia en fecha 22 de marzo del 2018³¹ declaró como disciplinario el despido por haber realizado el demandado, un uso excesivo de internet para fines particulares, gracias a la realización de una auditoría informática encargada por la directora de Recursos Humanos de la compañía, mediante la cual quedó constancia de que navegaba de forma continua y constante en páginas webs que no guardaban relación alguna con su puesto de trabajo, entre ellas: Facebook, Twitter, Amazon, vertele.com y diario madridista.

La auditoría se solicitó, porque se había detectado que el demandado invertía parte importante de su jornada a navegar por la red, no siendo tal actividad necesaria para la realización de sus funciones, que consistían en la remisión de encuestas de satisfacción a los clientes tras la celebración de eventos y en la realización de todos aquellos actos posteriores al mismo, dirigidos a constatar, tanto las posibilidades de mejora del servicio existentes, como el grado de satisfacción obtenido, así como la fidelización del cliente para eventos futuros.

El resultado de la investigación informática realizada corrobora el consumo de banda ancha y acceso a Internet por parte del trabajador dentro de su jornada laboral desde las 8 am hasta las 15 pm, en el periodo comprendido entre el 3 y el 26 de octubre de 2016.

Sin perjuicio de que el empleador también alegaba en su defensa la comisión por parte del empleado, de varias infracciones en relación a sus deberes como trabajador, el TSJ de Madrid ratificó la declaración de procedencia del despido disciplinario por el uso reiterado de internet para fines puramente particulares y no tuvo en consideración el resto de infracciones alegadas por la empresa, al considerar que dicho uso inadecuado era suficiente para declarar procedente el despido y el resto de incumplimientos alegados, sólo eran susceptibles de ser sancionados con medidas menos drásticas.

Además, también argumenta el Alto Tribunal que el trabajador interactuaba de forma continua y constante con los principales contenidos web que visitaba. Este comportamiento, razona la sentencia, “hay que ponerlo en relación con la entrega por la empresa, en abril de 2016, de un manual de usuario de tecnologías de la información en el que se indicaba que no estaba permitido el uso de Internet para cualquier actividad que sea lucrativa o tenga carácter comercial individual, así como para propósitos fraudulentos, publicitarios o para agraviar o propagar mensajes no relacionados con la actividad laboral”. Y en este sentido, concluye la sentencia, “que el incumplimiento producido tiene la trascendencia suficiente para convalidar la decisión extintiva, lo que lleva a confirmar la declaración de procedencia del despido disciplinario”.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 (RJ 119/2018).

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018 (RJ 217/2018).

4. CONCLUSIONES

Podemos concluir, que el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental relacionado con la vida privada, pero independiente y distinto al derecho a la privacidad, que tiene carácter universal y está vinculado a la dignidad humana y a las personas físicas, sean nacionales o extranjeras, y su principal objeto es entre otros, garantizar la libertad del individuo en relación a su autodeterminación respecto del tratamiento de sus datos personales por terceros.

Los derechos fundamentales no pueden ser ignorados en un contrato de trabajo puesto que ejercen en el ámbito de la relación laboral, una función equilibradora entre trabajador y empresario.

Por todo ello, el derecho fundamental a la intimidad despliega toda su eficacia también en el seno de las relaciones jurídico laborales, si bien no se trata de un derecho ilimitado o absoluto, en este sentido, es importante tener en cuenta que constituye una carga para el empresario, el establecimiento de reglas de uso y control de los dispositivos digitales que facilite a los empleados, para que estos las conozcan expresamente, ya que de lo contrario no podrá obtener pruebas lícitas en orden a la defensa ante los tribunales de justicia de las medidas disciplinarias que pudiera adoptar.

Es un hecho incuestionable que, en el marco de las facultades de organización y dirección inherentes a la empresa, ésta puede legítimamente regular el uso que hace el trabajador de los medios de titularidad empresarial que aquella pone a su disposición, prohibiendo, si así lo estima oportuno, su utilización para fines privados. Del mismo modo, la empresa ostenta la facultad de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio de que se trate. Ahora bien, cualquier medida de supervisión debe implementarse con pleno respeto a la dignidad de los trabajadores y, por ende, a sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta cual era la situación de partida, caracterizada por un ausencia de regulación casi absoluta, el establecimiento de previsiones normativas –art. 20 bis ET y, fundamentalmente, arts. 87 a 89 LOPD- en las que se regulan los procedimientos de control en el uso o frente al uso de dispositivos digitales en los que se puede ver afectado el derecho de protección de datos y el derecho a la intimidad de los trabajadores es, de por sí, un aspecto a valorar. Con el nuevo marco jurídico, los Tribunales de Justicia, a la hora de enjuiciar si el control empresarial ha sido ajustado a Derecho; o, más concretamente, si el procedimiento de obtención de la prueba ha sido o no respetuoso con el derecho fundamental de protección de datos y con el derecho de intimidad, deberán comprobar si se han cumplido las exigencias que se contienen en los preceptos contenidos en la LOPD.

Ahora bien, en el presente trabajo hemos podido comprobar que esta regulación no puede considerarse, ni mucho menos, adecuada desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica que reconoce el art. 9.3 CE. Y la verdad es que, tratándose de una norma que regula perfiles de derechos fundamentales, esto resulta muy criticable. En este sentido, la crítica al legislador puede centrarse, en primer lugar, en la falta precisión a la hora de configurar la justificación legítima de la empresa para delimitar la intensidad del control. En segundo lugar, en la falta de recepción normativa eficiente de los principios clásicos de la doctrina constitucional de proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Y, en tercer lugar, en la debilidad con la que se configura el derecho esencial de información que forma parte de aquellos derechos fundamentales.

Podríamos decir que da la impresión de que el legislador ha ido de más a menos en la redacción de los artículos 87, 89 y 90 LOPD. En el primero de los preceptos, de forma ordenada, reconoce primero el derecho a la intimidad del trabajador; en segundo lugar, el poder de control de la empresa; y, en tercer lugar, delimita el espacio de concurrencia de este derecho y este deber imponiendo límites a la empresa para que el control no supere el marco del derecho a la intimidad que el trabajador mantiene en el ámbito laboral. El segundo de los preceptos, de forma menos ordenada, no reconoce expresamente el derecho a la intimidad del

trabajador, sino que comienza ya con el reconocimiento del poder de control empresarial. No obstante, limita este poder imponiendo la obligación de información, aunque no sin plantear importantes dudas interpretativas. Ahora bien, hay que destacar que, en relación con la grabación de sonidos, el legislador sí ha sido exhaustivo y sí ha cerrado la puerta a interpretaciones puesto que, tanto la justificación legítima como la proporcionalidad, la idoneidad y la necesidad de la medida de control están recogidas en el art. 89.3 LOPD. Todo lo contrario, ocurre con la regulación en relación con los sistemas de geolocalización, que garantiza débilmente el derecho del trabajador a la protección de datos y a la intimidad, planteando interrogantes en relación con la definición clara de los límites al control empresarial.

5. BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2023), *La constitución del algoritmo*. Fundación Giménez Abad. Zaragoza. 2ª ed.

CARRILLO LÓPEZ, M. (2016) “Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

CUADROS GARRIDO, M. (2017), “La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n.11.

GUERRA RODRÍGUEZ, L. (2017), “Ejercicio del poder de control a través de cámaras de video vigilancia: análisis de la doctrina constitucional”, *Trabajo y Derecho* 29/2017 (mayo), nº 29 de 1 de mayo.

MIERES MIERES, L. J. (2002), *Intimidad personal y familiar*. Prontuario de jurisprudencia constitucional, Aranzadi, Navarra.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2013), “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.122.

TAPIA HERMIDA, Alberto J. (2020), “Decálogo de la inteligencia artificial ética y responsable en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, diciembre 2020, N.º 87, LA LEY 14743/2020

TRUJILLO PONS, F. (2016), “El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 41.

Legislación y Tratados

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02).

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 311, de 29 de diciembre de 1978.

[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado* núm. 255, de 24 de octubre de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado* núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>

Libro Blanco sobre la inteligencia artificial. Un enfoque orientado a la excelencia y a la confianza. Comisión Europea. Bruselas 19 de febrero de 2020. COM (2020) 65 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016).

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012/C 326/49).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero de 1985.

Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1993, de 22 de abril de 1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril del 2000. Fundamento jurídico quinto.

Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2004, de 20 de septiembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4º de lo Social), de 21 abril de 1990 (RJ 1176/1990);

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª de lo Social), de 19 de julio de 2010 (RJ 2010\7126)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª de lo Social), de 8 de febrero de 2018 (RJ 19/2018).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 12 de marzo de 1993.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 de abril de 1994.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de abril de 1995.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de enero de 1996.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 18 de julio de 1996.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de junio 2016.

EL TERCER SECTOR DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE ITALIA Y ESPAÑA. ASPECTOS FISCALES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES¹

Juan Jesús Gómez Álvarez
Contratado postdoctoral
Universidad de Almería

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7478-9636>

Fecha de recepción: 03/11/2024

Fecha de aceptación: 12/12/2024

RESUMEN: Italia ha sido pionera en dotar al tercer sector de un marco jurídico estructurado que aborde una clasificación de las entidades que lo integran, las actividades que pueden desarrollar, su fiscalidad en la *Imposta sul Reddito delle Società* (IRES), la contabilidad o el régimen de su personal voluntario. En cambio, en España no encontramos un criterio doctrinal único que lo identifique. Ello, sumado a la gran dispersión normativa que afecta al régimen sustantivo de las entidades, junto con su fiscalidad, dificulta poder establecer una clasificación y examinar su régimen tributario. Tomando como referencia el *Codice del Terzo Settore* italiano, a través del presente trabajo, se lleva a cabo un análisis comparado del tercer sector en Italia y en España, evaluando la situación jurídica actual de los sujetos que lo conforman y la tributación en el Impuesto sobre Sociedades en ambos países.

ABSTRACT: Italy has been a pioneer in providing the Third Sector with a structured legal framework that addresses a classification of the entities that comprise it, the activities they can carry out, their taxation under the *Imposta sul Reddito delle Società* (IRES), accounting, and the regime of their volunteer staff. In contrast, in Spain, we do not find a single doctrinal criterion that identifies it. This, combined with the great regulatory dispersion affecting the substantive regime of the entities, along with their taxation, makes it difficult to establish a classification and examine their tax regime. Taking the Italian *Codice del Terzo Settore* as a reference, this paper conducts a comparative analysis of the Third Sector in Italy and Spain, evaluating the current legal situation of the entities that comprise it and their taxation under the Corporate Tax in both countries.

PALABRAS CLAVE: Tercer Sector, Tercer Sector Italiano, entidades sin ánimo de lucro, Impuesto sobre Sociedades.

KEYWORDS: Third Sector, Italian Third Sector, Non-profit Entities, Corporate Tax

¹ Este trabajo es uno de los resultados de la estancia de investigación realizada en la Universidad de Pisa durante el año 2023, tutelada por la profesora Giulia Boletto y financiada por el Plan Propio de la Universidad de Almería del año 2023, del proyecto I+D+i PID2020-119473GB-I00 orientado a Retos de la Sociedad, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación, titulado “Las empresas sociales. Identidad, reconocimiento de su estatuto legal en Europa y propuestas para su regulación en España”, concedido al Centro de Investigación CIDES de la Universidad de Almería.

SUMARIO: 1. Estado del arte. 2. Las entidades del tercer sector en Italia y en España. 2.1. El tercer sector en Italia. 2.2. El Codice del Terzo Settore. 3. Las entidades del tercer sector en España. 3.1. Asociaciones, fundaciones y federaciones acogidas a la ley 49/2002. 3.2. Empresas Sociales: cooperativas de iniciativa social, empresas de inserción, centros especiales de empleo y las sociedades de beneficio o interés común. 4. La tributación de las entidades del tercer sector italiano en el IRES. 4.1. Las entidades no mercantiles y mercantiles. Actividades no comerciales y comerciales. 4.2. IRES. 5. La tributación de las entidades del tercer sector en España. 5.1. Régimen fiscal de las ENL en la LRFESFL y en la LIS. 5.2. Régimen Fiscal de las empresas sociales. 6. Reflexiones finales. 7. Referencias bibliográficas.

1. ESTADO DEL ARTE

El tercer sector no es una figura nueva. Aunque existen antecedentes, desde principios de los años 80 viene actuando en respuesta de las necesidades que demanda la sociedad, convirtiéndose en un importante agente social gracias a las actividades que desarrolla, el enorme potencial humano que lo integra y su modelo económico. Todo ello ha supuesto un cambio en la sociedad civil, en la lucha por la desigualdad y en la realización de actividades económicas, primando lo social frente al capital, contribuyendo a la participación ciudadana y fomentando el sentido de la responsabilidad y la solidaridad de la comunidad.

Ofrecer un criterio conceptual único resulta difícil por varias razones: la diversidad de entidades que lo integran, su actividad y sus principios; los ordenamientos jurídicos de cada país que atienden principalmente a criterios de interés ideológicos y políticos²; los diferentes enfoques desde la doctrina, procedentes de diversas tradiciones y sistemas jurídicos; y, por último, la ausencia de una armonización legislativa que permite unificar el criterio. Todo ello imposibilita conceptualizar el tercer sector de manera unívoca.

En el contexto actual el tercer sector está adquiriendo mayor relevancia que nunca. Desde la perspectiva internacional, términos como el interés social o el interés general toman fuerza para dar paso a nuevos modelos de hacer empresa. Criterios como la sostenibilidad económica y ambiental, la responsabilidad social corporativa o las finanzas éticas y sostenibles se han puesto por delante de sistemas económicos tradicionales.

En la doctrina existen dos perspectivas diferentes, el enfoque angloamericano y el enfoque europeo, procedente principalmente de la escuela española e italiana. Desde el primero se apuesta por una equiparación entre la actividad comercial y la filantrópica. Entre las diferentes organizaciones que lo integran encontraríamos: las corporaciones comerciales con fin de lucro que desarrollan actividades de responsabilidad social corporativa, las empresas sociales, las cooperativas sociales, las entidades mutuales, las “*trading charities*” o entidades sin ánimo de lucro con actividad comercial, las asociaciones públicas y privadas y las “*spin off*” dedicadas al sector público. Estas últimas han adoptado las actividades que desarrollaba el Estado con anterioridad³. Salamon y Sokolowski equiparan el tercer Sector a economía social, y lo describen como un término más amplio para incluir a las entidades sin ánimo de lucro (en adelante, ENL) en sentido estricto, y también a todas aquellas entidades con una finalidad pública o social cuyo

² VARGAS VASSEROT, Carlos, “Social Enterprises in the European Union: gradual recognition of their importance and models of legal regulation”. En: PETER, Henry; VARGAS VASSEROT, Carlos; ALCALDE SILVA, Jaime (Coord.), *The International Handbook of Social Enterprise Law: Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, Springer, 2023, pág. 35.

³ YOUNG, Denis. & LECY, Jesse, “Defining the Universe of Social Enterprise. Competing Metaphors”, *Voluntas*, Vol. 25, N.º 5, 2014, págs. 1307-32; SPEAR, R.; CORNFORTH, C. & AIKEN, M., “The Governance Challenges of Social Enterprises: Evidence from a UK Empirical Study”, *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 80, N.º 2, 2009, págs. 247-73.

cometido es satisfacer una necesidad de bien público, dirigida a la comunidad o de forma solidaria hacia otras personas⁴. Para los autores se identifican 4 indicadores:

- Propósito social explícito.
- Distribución del excedente inferior al 50%.
- Prohibición de distribuir reservas acumuladas de la organización.
- Prohibición de distribución de excedentes en proporción al capital invertido⁵.

Una parte de la escuela española ha adoptado la economía social como concepto general donde el tercer sector sería un término particular de este. Aquí entraríamos a hablar de las denominadas entidades *productoras de mercado y de no mercado*. Las primeras responden a entidades privadas que producen bienes y servicios a un precio por debajo del mercado o competitivo, cubriendo el coste de producción, y las segundas los ofrecen a un precio inferior al coste de producción o de forma gratuita. En este último encontraríamos al tercer sector. De acuerdo con diferentes autores, entenderíamos dentro las primeras a las cooperativas, las instituciones sin ánimo de lucro al servicio de las sociedades financieras, las mutualidades, las mutuas de seguros y previsión social. Mientras que las segundas estarían integradas por asociaciones y fundaciones⁶.

Italia es pionera en consagrar positivamente el tercer sector a través de un texto legislativo, estableciendo una clasificación de las entidades que pertenecen a esta categoría, las particularidades y características de cada una, su fiscalidad y las medidas de apoyo y acceso a la financiación a las que pueden tener acceso, todo ello a través del denominado *Codice del Terzo Settore* (en adelante, CTS). Sin embargo, pese a tener un marco jurídico propio, tampoco existe un criterio conceptual unánime del tercer sector o *terzo sistema*. Como ha subrayado Gori, la aproximación al término contenida en el CTS es más una descripción que un criterio conceptual, a causa en parte del gran dinamismo⁷, por lo que recomienda reorganizar e institucionalizar lo que ya existe⁸. Dentro de la clasificación teórica tendríamos las entidades que llevan a cabo actividades sin ánimo de lucro, enfocadas en la práctica social cuya pretensión es ofrecer una nueva dimensión económica y social sin sustituir a los otros dos sectores⁹.

Al margen de plantear un debate sobre esta cuestión, está apareciendo una tendencia desde las instituciones de la Unión Europea que percibimos como una perspectiva diferente y simplificada de tercer sector, equiparando el concepto con el de economía social. Como ejemplo, podemos ofrecer la definición recogida en el Plan de Acción de la Economía Social (PAES) aprobado por la Comisión Europea¹⁰. En él se definen las entidades de la economía social como aquellas que presentan las siguientes características: primacía de las personas y finalidad social o medioambiental sobre el beneficio; la reinversión de las ganancias para la mejora de la miembros y usuarios o de la sociedad en general; y la gobernanza democrática y participativa¹¹. Este plan

⁴ FICI, Antonio & RENNA, Mario, “La legislazione sul terzo settore in Europa: il quadro attuale e le prospettive future” en *verso Un diritto Europeo del Terzo Settore, 1° rapporto sul quadro giuridico dell’economia sociale in Europa*, 2020, pág. 20. A su vez en: SALAMON, Lester & SOKOLOWSKI, Wojciech Beyond nonprofits: In search of the third sector. In *The Third Sector as a Renewable Resource for Europe: Concepts, Impacts, Challenges and Opportunities*, 2018, págs. 7-48, Disponible en: Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-71473-8_2.

⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁶ CHAVES ÁVILA, José Luis, “Crisis del Covid-19: impacto y respuesta de la Economía Social”, *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC-España* N.º 63, Universidad de Valencia, 2023, págs.28-43. [en línea].

⁷ GORI, Luca. *Terzo Settore e Costituzione*, Giappichelli, 2022, pág. 21.

⁸ BORZAGA, Carlo, “Opportunità e limiti della riforma del Terzo settore”. En: FICI, Antonio. *La riforma del Terzo settore e dell’impresa sociale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, págs. 57 y ss.

⁹ Vid., GORI, Luca, *Terzo Settore e Costituzione*, *op.cit.* pág. 15.

¹⁰ Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1537&langId=es>.

¹¹ Este criterio se corresponde con los principios plasmados en la Conferencia Europea Permanente de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CEP-CMAF), y que dio lugar a la *Carta de principios de la Economía Social*:

entiende que dentro de esta categoría se incluirían a las empresas sociales, donde se definen en diferentes países como empresas de economía social, empresas sociales o tercer sector, especializándose en ofrecer oportunidades de trabajo a personas desfavorecidas¹².

A través de esta comunicación se establecieron orientaciones sobre los marcos fiscales para las entidades de economía social¹³ y de las ENL a través *Non-discriminatory taxation of charitable organisations and their donors: principles drawn from EU case-law* y el *Non-discriminatory taxation of charitable organisations and their donors: principles drawn from EU case-law*, respectivamente. Un criterio similar es el ofrecido desde la *Internacional Classification of non profit Organizations*. Estos son: constitución formal, naturaleza jurídica privada, autogobierno, ausencia de distribución de beneficios y un alto grado de participación voluntaria¹⁴, características que se corresponde con las cooperativas, las mutualidades, las asociaciones y las fundaciones. En el marco de la financiación podemos destacar los programas como «Empleo e Innovación Social del Fondo Social Europeo Plus», «Horizonte Europa», «El programa para el Mercado Único» o «El Cuerpo Europeo de Solidaridad» sumado al «Non-discriminatory taxation of charitable organisations and their donors: principles drawn from EU case-law» y el «Relevant taxation frameworks for Social Economy Entities», respectivamente. Queda patente que el derecho europeo comprende la importancia del tercer sector y de la economía social, fruto de ello es la propuesta de la directiva europea sobre la asociación europea transfronteriza como paso hacia la creación de un marco legal común para las organizaciones de economía social.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que el término debe ser flexible, dinámico, que evolucione y madure en sintonía con los cambios producidos en la sociedad, las reformas jurídicas que se vayan llevando a cabo y abrir el concepto a criterios doctrinales diferentes e integradores. Así mismo, consideramos que el tercer sector no puede ser definido en términos absolutos ni responder a una única clasificación, sino que requiere de un examen individualizado de cada entidad para catalogarla o no como tercer sector. Debemos entender que no por el simple hecho de estar ante una fundación, asociación o cooperativa de iniciativa social (en adelante, CIS) ya responde directamente a la definición de tercer sector, sino que se debe analizar si realmente cumple o no con los criterios que se exigen por la ley. Esto es, en España, un régimen estatutario determinado, un funcionamiento bajo una serie de principios, un tipo de actividad enfocado al interés general y un grado significativo de participación voluntaria que vele por los derechos y la integración del trabajador, y que se relacione con los otros dos sectores de manera activa¹⁵.

España ha sido pionera en establecer dos leyes referentes a la economía social y el tercer sector de acción social que consideramos pueden ayudar a ofrecer una visión flexible amplia e integradora del tercer sector, la ley 5/2011, de 29 de marzo de economía social (en adelante, LES)

La primacía de la persona y del objetivo social por encima del capital; la adhesión voluntaria y abierta; el control democrático ejercido por sus miembros; la combinación de los intereses de los miembros y/o del interés general; la defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad; la autonomía de gestión e independencia respecto de los poderes públicos; la utilización de la mayoría de los excedentes para la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible, los servicios de interés para los miembros y el interés general.

¹² Vid., PAES. Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12743-Plan-de-accion-de-la-UE-para-la-economia-social> es. No obstante, este criterio no es seguido por la doctrina, donde se ha diferenciado entre empresas de la y empresas sociales. VARGAS VASSEROT, Carlos. Las empresas sociales como entidades de la economía social en el Plan de Acción Europeo. Propuestas de *Jege ferenda* para su reconocimiento en España en la Ley 5/2011 de Economía Social, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N.º 41, 2023, págs. 289-329.

¹³ Comisión Europea, *non-discriminatory taxation of charitable organisations and their donors: principles drawn from EU case-law. Documento de trabajo*, 2023, págs. 1-15.

¹⁴ GORI, Luca. *Terzo Settore e Costituzione*, op., cit., pág. 9.

¹⁵ Sobre esta cuestión, véase, entre otros: MARTÍN DÉGANO, Isidoro, «Capítulo V. Las fundaciones en los impuestos locales.» En: PEDREIRA MENÉNDEZ, José, (Dir.): *La regulación de las entidades no lucrativas y el mecenazgo: cuestiones pendientes para una reforma*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

y la Ley 43/2015, de 9 de octubre del Tercer Sector de Acción Social (LTSAS). Ello, junto con la ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, L.Coop), la ley 44/2007 de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de empresas de inserción (en adelante, LEI), el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, TRLGDPD), el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de los centros especiales de empleo y la ley 49/2002, de 23 de diciembre de régimen fiscal del mecenazgo (en adelante, LRFESFL). Todas ellas en conjunto pueden contribuir a la construcción y la aproximación pragmática del término de forma coherente con nuestro ordenamiento jurídico (LRFESFL).

Por último, a nivel fiscal, la dispersión y fragmentación jurídica de nuestro ordenamiento en comparación con el italiano dificulta más si cabe identificar con precisión la tributación en los principales impuestos que les afectan. Aunque como veremos, en Italia la puesta en práctica del CTS está comenzando a ver sus primeros atisbos desde su aprobación en el 2017, en general por la confrontación con el Derecho Europeo y en particular con las exenciones y las ayudas de estado, la sistematización de su fiscalidad puede facilitar su examen desde una perspectiva comparada. A lo anterior, se le suma el régimen de beneficios fiscales de ENL, especialmente criticado por algunos sectores doctrinales de nuestro país¹⁶. A través del presente trabajo llevaremos a cabo una aproximación conceptual del término con base a los dos ordenamientos jurídicos, para después continuar con el análisis jurídico y tributario de ambos, finalizando con unas reflexiones para la mejora nuestro sistema actual.

2. LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR EN ITALIA

2.1. El tercer sector en Italia

En Italia, de acuerdo con los datos publicados por el *Instituto Nazionale di Statistica*, las instituciones que integran el tercer sector son más de 363.000, dando empleo a un total de 870.183 trabajadores. Su distribución territorial es proporcional en todas las regiones del país, excepto en el territorio insular, siendo el Noroeste la zona que presenta un mayor número de entidades, agrupando un total aproximado del 27,7 % del sector que, junto con el noreste, suponen más del 57 % del total¹⁷. Pese a las cifras, el estado de bienestar o *Welfare*, promocionado principalmente por el *Terzo Settore*, ha sido criticado desde diversas instituciones. De acuerdo con el Foro del Tercer Sector italiano¹⁸, actualmente, no es capaz de promover de forma eficiente la cohesión social, impulsar la resiliencia y evolucionar hacia un modelo integrador basado en el reconocimiento de los derechos ante la fragmentación y fragilidad que aflora en la sociedad actual.

El tercer sector italiano se ha enfrentado a diversos obstáculos que han dificultado la puesta en práctica del CTS aprobado a través del Decreto Legislativo de 3 de julio de 2017, n.º 117. Así, en 2023 se implementó por primera vez el Registro Único del Tercer Sector (en adelante, RUNTS) tras más de 6 años desde la aprobación del texto legislativo¹⁹. Además, no existe un marco fiscal

¹⁶ PEDREIRA MENÉNDEZ, José, “Propuestas para la reforma del sector no lucrativo: especial consideración del régimen aplicable a las fundaciones y el mecenazgo”, *Quincena Fiscal*, N.º 11, 2015, págs. 61-76. BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro, “La inaplazable reforma de la exención por educación en el IVA (art. 20.uno.9). Consideraciones de lege ferenda (I)”, *Quincena Fiscal*, N.º 6, 2014, págs.67-89.

¹⁷ Datos ofrecidos por el ISTAT. Disponible en: <https://www.istat.it/it/archivio/284352>.

¹⁸ Forum del Terzo Settore, *Verso un nuovo sistema di Welfare*, 2023.

¹⁹ En cuanto a las cifras, para el año 2023, se encuentran registradas más de 104.000 entidades, de las cuales 43.000 son asociaciones de promoción social, más de 32.600 organizaciones de voluntariado, 24.000 empresas sociales, 140 filantrópicos, 74 sociedades de ayuda mutua y 4100 como otros organismos. Vid, Lombardi, Alessandro. (2023) R.U.N.T.S.

actual que no interfiera o plantee dudas con las políticas de la Unión Europea en especial en lo que respecta al IVA para determinado tipo de entidades. De esta forma, el cambio de régimen de IVA de no sujeción a exención para entidades no mercantiles ha quedado aplazado hasta el 1 de julio de 2024 a través del decreto-ley de 10 de mayo de 2023, N.º 51²⁰. Aparentemente, se pretende coordinar la reforma del impuesto indirecto con la ya prevista desde la Unión Europea²¹. En cuanto al Impuesto sobre Sociedades, actualmente el tercer sector no presenta un régimen más favorable en comparación con el resto de las entidades de carácter mercantil.

Como analizaremos en el presente artículo, la ley que regula el Impuesto sobre Sociedades en Italia permite la deducción de la base imponible de las cantidades aparejadas en concepto de costes por empleado. En cambio, este beneficio fiscal no se contempla para las ETS, por lo que la inaplicación de esta medida resulta más gravosa para las últimas. A todo ello, se le suma los escasos pronunciamientos de carácter interpretativo por la Agencia Tributaria Italiana en comparación con el resto de los sectores, la falta de armonización normativa entre las regiones que poseen autonomía para legislar y regular determinadas particularidades de las entidades y, en particular, con la fiscalidad, lo que dificulta aún más si cabe un análisis uniforme del tercer sector.

2.2. El codice del terzo settore

El CTS se encuentra dividido en 12 títulos entre los que encontramos: las disposiciones generales, los requisitos generales de las entidades que lo integran, la participación del voluntariado, las asociaciones y fundaciones del tercer sector, las categorías particulares de las entidades, el RUNTS, las relaciones con los organismos públicos, la promoción y apoyo a las entidades, los valores solidarios, el régimen tributario, los órganos de control y coordinación y, por último las disposiciones transitorias y finales que forman parte del título XII. Por razones de espacio no serán abordados de forma individualizada cada uno de ellos, sino que nos centraremos en los que hemos considerado de mayor interés y que, comparativamente con nuestro ordenamiento, pueden presentar mayor relevancia.

El CTS enumera las entidades que serán consideradas entidades del tercer sector (en adelante, ETS), estableciendo a su vez una serie de requisitos entre los que destacan: el de actividad, el de carácter patrimonial y económico, el formal y el contable. Las entidades que pueden ser consideradas ETS son, de acuerdo con el art. 4 CTS:

- Las organizaciones de voluntariado.
- Las asociaciones de promoción social.
- Las entidades filantrópicas²².

Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, en: *Censimento Permanente delle istituzioni non profit, la diffusione dei primi risultati*. Disponible en: <https://www.istat.it/it/archivio/283872>.

²⁰ Disponible en:

https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-07-05&atto.codiceRedazionale=23A03864&elenco30giorni=false.

²¹ NOVARINO, Massimo, “Terzo settore, il cambio del regime Iva slitta al 1º luglio 2024”, *Cantiere Terzo Settore*, 2023, Prensa.

²² Las entidades filantrópicas son entidades constituidas bajo la personalidad jurídica de asociación o fundación cuyo cometido es proporcionar dinero, bienes o servicios, incluyéndose las inversiones para el apoyo a personas desfavorecidas o financiar actividades de interés general (art. 37 CTS).

- Las empresas sociales²³ donde se incluyen a las cooperativas sociales, las federaciones (redes asociativas²⁴).
- Las mutualidades de previsión social.
- Las asociaciones reconocidas o no.
- Las fundaciones y otras entidades privadas distintas de las sociedades mercantiles.

No se incluirán dentro de esta categoría a las Administraciones Públicas, las formaciones y asociaciones políticas, los sindicatos, las asociaciones profesionales y las asociaciones representativas de categorías económicas, las asociaciones empresariales, así como las entidades gestionadas y coordinadas o controladas por las entidades mencionadas, con la excepción de aquellas que operan en protección civil, cuya regulación se encuentra prevista en el art. 32, apartado 4 del CTS. Así mismo, quedan excluidos los cuerpos de bomberos voluntarios de las provincias autónomas de Trento y Bolzano y de la Región Autónoma del Valle de Aosta y las asociaciones y fundaciones de derecho privado resultantes de procesos de transformación de instituciones públicas de beneficencia o caridad. Aunque no se encuentran dentro de las ETS en sentido estricto, el CTS se aplicará a las entidades religiosas civilmente reconocidas que realicen las actividades recogidas en el art. 5 CTS.

Previo al examen de las actividades, debemos hacer una breve referencia a la teoría del ánimo de lucro entendido por la doctrina italiana. La procedencia de esta deviene del Código Civil italiano, y parte de dos modalidades diferentes: el denominado lucro objetivo, relacionado con la obtención de beneficio; y el lucro subjetivo, siendo este la devolución del beneficio obtenido a la sociedad²⁵. El lucro en sentido estricto solo se prevé para las cooperativas sociales, donde se combina un lucro mutualístico-económico y otro mutualístico- altruista como representación de una nueva causa del contrato social, ya que esta última forma jurídica presenta una posición atípica en el contexto societario.

El requisito de actividad se centra en enumerar qué actividades de interés general deben ser realizadas por las entidades anteriores:

- a) Intervenciones y servicios sociales de conformidad con los apartados 1 y 2 del art. 1 de la Ley N.º 328, de 8 de noviembre de 2000²⁶, e intervenciones, servicios y prestaciones en virtud de la Ley N.º 4, de 5 de febrero de 1992, y de la Ley N.º 112, de 22 de junio de 2016.
- b) Intervenciones y servicios sanitarios.
- c) Servicios sociosanitarios indicados en el Decreto del primer ministro de 14 de febrero de 2001, y sus modificaciones posteriores²⁷.

²³ La empresa social queda definida en el art. 6 de la Ley de 6 de junio de 2016, N.º 106. A través del Decreto Legislativo de *Revisione della disciplina in materia di impresa sociale* se derogó la ley anterior de empresa social de 2006. Sobre esta cuestión, vid. FICI, Antonio, "La empresa social italiana después de la reforma del tercer sector", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N.º 36, 2020, pág. 191.

²⁴ Véase art. 41 CTS. Como ha definido Boletto la empresa social no es un nuevo y diferente tipo de empresa, sino más bien un caso subjetivo, no cualificable como tipo, sino como categoría asumible por varios tipos de entidades, corporativas y no corporativa, siendo reconocible dentro de él actividades propias de carácter no económico, como asociaciones y fundaciones, y económicas como cooperativas. Vid. BOLETTTO, Giulia, *Le imprese del terzo settore nel sistema di imposizione dei redditi: tra sussidiarietà orizzontale e concorrenza*, 2020, págs. 50 y 51.

²⁵ Ibidem, pág. 48.

²⁶ De acuerdo con estos apartados: 1. La República garantiza un sistema para las personas y las familias de intervenciones integradas y servicios sociales, promueve la calidad de vida, la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la igualdad de derechos de ciudadanía, previene, elimina o reduce las desigualdades en la discapacidad, en las necesidades y dificultad individual y de familia, resultante de la insuficiencia de ingresos, las dificultades sociales y las condiciones de no autonomía, en consonancia con los artículos 2, 3 y 38 de la Constitución. 2. De conformidad con esta ley, "intervenciones y servicios sociales" significa todas las actividades previstas en el artículo 128 del decreto legislativo del 31 de marzo de 1998, N.º 112.

²⁷ Se consideran servicios sanitarios los que tienen por objeto la promoción de la salud, la prevención, la detección, la reducción y la contención de las secuelas degenerativas (art. 3. apartado 1). Y, serán prestaciones sociales con relevancia

- d) La educación, la enseñanza y la formación profesional, de acuerdo con la Ley N.º 53 de 28 de marzo de 2003²⁸, sus modificaciones y las actividades culturales de interés social con fines educativos.
- e) Intervenciones y servicios destinados a la salvaguarda y mejora del medioambiente y la utilización racional de los recursos naturales. Se excluye de la actividad la recogida y reciclaje de residuos urbanos, residuos especiales y peligrosos llevadas a cabo de forma habitual, la protección de los animales y la prevención de personas vagabundas con arreglo a la Ley N.º 281, de 14 de agosto de 1991, así como la producción y reparto de energía procedentes de fuentes renovables para el autoconsumo.
- f) Intervención para la protección y valorización del patrimonio cultural y paisajístico.
- g) Formación universitaria de postgrado.
- h) Investigación científica de interés social.
- i) Organización y gestión de actividades culturales, artísticas o recreativas de interés social, incluidas las actividades de edición, promoción y difusión de la cultura y la práctica del voluntariado y actividades y de las actividades de interés general a que se refiere el art. 5.
- j) Radiodifusión, de acuerdo con el art. 16, apartado 5 de la ley N.º 223, de 6 de agosto de 1990.
- k) Organización y gestión de actividades de carácter turístico de interés social, cultural o religioso.
- l) Formación extraescolar dirigida a la prevención del abandono escolar, a la promoción educativa y formativa, el acoso y la lucha contra la pobreza escolar.
- m) Servicios accesorios a ETS integradas en un porcentaje no inferior al 75% por otras ETS.
- n) Cooperación al desarrollo, de acuerdo con la Ley N.º 125, de 11 de agosto de 2014 y sus modificaciones posteriores.
- o) Actividades comerciales, de producción, de educación e información, de promoción, representación, concesión de licencias de marcas de certificación y las realizadas en el marco o a favor de cadenas de suministro de comercio justo²⁹.
- p) Servicios destinados a la inserción y reinserción al mercado laboral de personas y trabajadores a las que se refiere el artículo 2, apartado 4 del decreto legislativo por el que se revisa la normativa sobre las empresas sociales a las que se refiere el artículo 1, apartado 2, letra c), de la Ley 106, de 6 de junio de 2016³⁰.

sanitaria, todas las actividades del sistema social que tienen como cometido ayudar a la persona en estado de necesidad, con problemas de discapacidad o marginación que afecten a la salud. Estas actividades son competencia de los municipios, y se prestan con participación en el gasto por parte de los ciudadanos. Se llevan a cabo mediante: a) intervenciones de apoyo y promoción a favor de la infancia, la adolescencia y las responsabilidades familiares; b) intervenciones de lucha contra la pobreza a favor de los ciudadanos que no pueden producir ingresos debido a limitaciones de carácter personal o social; c) intervenciones de apoyo familiar y ayuda doméstica dirigidas a favorecer la autonomía y permanencia en el hogar de personas en situación de dependencia; d) intervenciones de alojamiento hotelero en centros residenciales y semi-residenciales para adultos y ancianos en situación de dependencia que no pueden ser atendidos en su domicilio; e) intervenciones de carácter económico destinadas a favorecer la integración social de personas que padecen discapacidades o patologías psicofísicas, adicciones; f) cualquier otra intervención calificada como prestación social de relevancia para la salud e incluida entre los niveles esenciales de asistencia según la legislación vigente (art. 3 apartado 2) .

²⁸ Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2003/04/02/003G0065/sg>.

²⁹ Sobre el comercio justo, el apartado o) establece: sobre la base de un acuerdo a largo plazo destinado a favorecer el acceso del productor al mercado y que prevea el pago de un precio justo, se prevén medidas de desarrollo en favor del productor y la obligación de éste de garantizar condiciones de trabajo seguras conformes a la reglamentación nacional e internacional, que permitan a los trabajadores llevar una existencia libre y digna, y de respetar los derechos sindicales, así como de comprometerse a luchar contra el trabajo infantil.

³⁰ De acuerdo con este apartado, «2. *Los decretos legislativos a que se refiere el apartado 1, en cumplimiento y coherencia con la legislación de la Unión Europea y de conformidad con los principios y criterios rectores previstos en la presente ley, preverán, en particular: c) la revisión de la normativa sobre la empresa social*»; por su parte, el apartado 1, dispone: «1. *Con el fin de apoyar la iniciativa autónoma de los ciudadanos que contribuyen, también de forma asociada, a la consecución del bien común, elevar los niveles de ciudadanía activa, cohesión y protección social, favoreciendo la participación, la inclusión y el pleno desarrollo de la persona, potenciar el crecimiento y el empleo, en desarrollo de los*

- q) A la vivienda social.
- r) La acogida humanitaria y la integración social de los migrantes.
- s) La agricultura social, de acuerdo con el art. 2 de la Ley N.º 141, de 18 de agosto de 2015.
- t) La organización y gestión de actividades deportivas de aficionados.
- u) Beneficencia, apoyo a larga distancia, transferencia gratuita de alimentos o productos o desembolso de dinero, bienes o servicios para apoyar a personas desfavorecidas o actividades de interés general de acuerdo con el presente artículo.
- v) Promoción de la legalidad, la paz entre los pueblos, la no violencia física y defensa sin armas.
- w) Promoción y protección de los derechos humanos, civiles, sociales y políticos, así como los derechos de los consumidores y usuarios. De las actividades de interés general a las que se refiere el presente artículo.
- x) Atención a los procedimientos de adopción internación.
- y) Protección civil de conformidad con la Ley N.º 225, de 24 de febrero de 1992, en su versión modificada.
- z) Revaloración de los bienes públicos no utilizados o confiscados a la delincuencia organizada.

A esta numerosa cantidad de actividades se suman otro tipo diferente, que podrán realizar siempre que figuren en el acta o escritura fundacional o en los estatutos y sean de carácter instrumental, es decir auxiliares a las de interés general (art. 6 CTS). No obstante, como ha indicado Luque Mateo³¹, la actividad desarrollada por las entidades debe ser de forma exclusiva o principal alguna de las anteriores. Sin embargo, pese a que el precepto del art. 5 CTS incluye una batería de hasta 26 tipos diferentes de actividades, es susceptible de actualización en el futuro mediante Decreto del Gobierno, sin trámite parlamentario previo, lo que puede derivar en inseguridad jurídica, en particular si esta facultad se destina para suprimir actividades originariamente incluidas en la norma.

Las ETS pueden desarrollar otro tipo de actividades, siempre que sean secundarias o instrumentales. La calificación de las actuaciones como secundarias o instrumentales no depende de su objeto, sino de su representación en el balance de la entidad. Según el artículo 6 del CTS, se considerarán secundarias si los recursos generados por las mismas no exceden del 30 por ciento de los totales del ETS, o si los gastos asociados a ellas no superan el 66 por ciento de los costes totales del ente. Si se excede del umbral máximo del porcentaje elegido, se deberá realizar una reducción de similar magnitud en el ejercicio siguiente para evitar la pérdida de la calificación correspondiente. En cualquier caso, las específicas actividades de interés general y las instrumentales deben contemplarse de manera expresa en los estatutos de la organización.

Los requisitos de carácter patrimonial se refieren al destino del patrimonio de la organización con independencia de su denominación, el cual debe ir dirigido al cumplimiento exclusivo de fines

artículos 2, 3, 18 y 118, párrafo cuarto, de la Constitución, se delega en el Gobierno la aprobación, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, de uno o varios Decretos Legislativos de reforma del Tercer Sector. Se entiende por Tercer Sector el conjunto de entidades privadas constituidas para la realización, sin ánimo de lucro, de fines cívicos, solidarios y de utilidad social y que, en aplicación del principio de subsidiariedad y de acuerdo con sus respectivos estatutos o escrituras de constitución, promueven y realizan actividades de interés general mediante formas de acción voluntaria y gratuita o del mutualismo o la producción e intercambio de bienes y servicios. No forman parte del Tercer Sector las formaciones y asociaciones políticas, los sindicatos, las asociaciones profesionales y las asociaciones representativas de categorías económicas. Las disposiciones contenidas en la presente ley y en sus decretos de desarrollo no se aplican a las fundaciones bancarias, como entidades que contribuyen a la consecución de los fines de la presente ley».

³¹ LUQUE MATEO, Miguel Ángel, "La financiación del tercer sector local en Italia". En: CORDERO GARCÍA, José Antonio (Dir.), *Estudios sobre financiación local: En especial, reflexiones sobre la autonomía financiera y sobre los beneficios fiscales*, 2021, pág. 244.

cívicos, solidarios y de utilidad social (art. 8.1 CTS). Este apartado responde a que el patrimonio de las entidades y, en particular de las asociaciones y fundaciones reconocidas como ETS, escinden su patrimonio del de los asociados o fundadores, de tal forma que, en caso de deudas, tan solo es la entidad la que responde frente a los posibles acreedores (Art. 22. 7 CTS). En caso de extinción o disolución el patrimonio deberá destinarse a otras ETS o, en su defecto, a la denominada *Fondazione Italia Sociale*³² (art. 9 CTS). Respecto a los económicos, se establece la prohibición de distribución de resultados de cualquier forma (directa o indirecta). En este punto se incluyen los excedentes de explotación, los fondos y las reservas, independientemente de su denominación y procedencia, y las aportaciones de los fundadores, los socios, los trabajadores, los colaboradores, los administradores o cualquier otro. Esta prohibición afecta también a la entidad en caso de disolución (art. 8.2 CTS).

La distribución indirecta de beneficios queda definida en el art. 8.3 CTS como: a) el pago a administradores, auditores y quienes ejerzan cargos de carácter social con retribuciones individuales que no guarden proporción con la actividad desarrollada, la responsabilidad asumida y las competencias específicas y cuando sea superior o igual que en otros sectores; b) el pago a trabajadores por cuenta ajena o propia de salarios o retribuciones superiores en el 40 % a los previstos para el mismo puesto de trabajo con igual cualificación; c) la adquisición de bienes a título oneroso que, sin motivos económicos, exceda de su valor normal; d) el suministro de bienes y servicios bajo condiciones más favorables a los asociados o participantes, a los fundadores, a los miembros de los órganos administrativos o a cualquier otro que participe o trabaje para la organización o formen parte de ella, a los donantes y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad y a las empresas directa o indirectamente controladas por estos últimos; e) el pago a entidades distintas de bancos e intermediarios financieros autorizados.

En cuanto a los requisitos formales, las ETS deberán inscribirse en el RUNTS, indicando los datos de inscripción obrante en la escritura de constitución. Además, en caso de que la entidad lleve a cabo actividades de naturaleza mercantil –de forma principal o exclusiva– deberán inscribirse obligatoriamente en el Registro de Sociedades. Para las empresas sociales, la inscripción en la sección especial del registro de empresas será equivalente a la inscripción en el RUNTS³³ (Art. 11 CTS). Por su parte, la denominación social podrá indicar en esta que pertenecen al tercer sector o indicarlo con el acrónimo ETS, pudiendo hacer uso en su escritura y de forma pública. Esta calificación específica no será de aplicación para las entidades de carácter religioso (Art. 12. 1 y 2 CTS). Las organizaciones del tercer sector que estén formalmente inscritas en el registro correspondiente podrán constituir uno o varios patrimonios afectos a una actividad empresarial específica, de acuerdo con los art. 2447- bis y siguientes del Código Civil italiano.

Las ETS deberán adecuarse a una serie de obligaciones contables. Entre ellas destacan: el balance, el estado de cuentas –donde figuran los ingresos y gastos de la organización–, el denominado “informe de misión” (*relazione di missione*) que ilustra las partidas del balance y el informe de resultados económicos y de gestión de la organización donde figura la forma en la que esta persigue sus fines u objetivos estatutarios (art. 13.1 CTS). Para aquellas entidades que ingresan cifras inferiores a 220.000 euros, podrá elaborarse el estado de flujo de efectivo en

³² Esta fue creada a través del art. 10 de la Ley de 6 de junio de 2016, n.º 106, de reforma del Tercer Sector. De forma abreviada, establece que esta se crea con el objetivo de apoyar, mediante la aportación de recursos financieros y capacidad de gestión, la realización y desarrollo de intervenciones innovadoras por parte de las entidades del tercer sector, caracterizadas principalmente por la producción de bienes y servicios con alto impacto a nivel social y laboral, y dirigidas a los territorios desfavorecidos. Sobre esta cuestión, vid. *Fondazione Italia Sociale*. Disponible en: <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/terzo-settore-e-responsabilita-sociale-impresefocus-on/riforma-terzo-settore/pagine/fondazione-italia-sociale>.

³³ Vid. arts. 45 a 54CTS.

España (o, en Italia, *forma del rendiconto per-casa*)³⁴. En el supuesto de que la entidad realice actividades mercantiles de forma exclusiva o principal a otra actividad, se les aplicarán las obligaciones contables recogidas en el art. 2214 del Código Civil italiano, siendo estos depositados en el correspondiente Registro Mercantil (art. 13. 4 y 5 CTS). Para el resto de los sujetos no inscritos en el Registro Mercantil, deberán depositar los libros contables en el RUNTS.

Aquellas organizaciones con rentas o ingresos superiores a 1 millón de euros, independientemente de su denominación, deberán presentar en el RUNTS y publicar en su página web un “informe social” (*balancio sociale*), elaborado de acuerdo con las directrices adoptadas por el ministro de trabajo y políticas sociales, previa consulta a la *Cabina di regia*³⁵ y el Consejo Nacional del Tercer Sector. Los elementos que se tendrán en cuenta para la elaboración del informe con el objetivo de evaluar el impacto social de las actividades llevadas a cabo son: la naturaleza de la actividad y el tamaño de la organización (Art. 14. 1 CTS). En el supuesto de que las rentas sean superiores a 100.000 euros, deberán publicar anualmente y mantener actualizados en su página web o en la red asociativa a la que hacer referencia el art. 41 los emolumentos, los honorarios o contraprestaciones de cualquier clase atribuidos a los órganos de administración y de control, los directivos y los vocales.

A las obligaciones contables anteriores se les suma una serie de libros obligatorios donde deben figurar: el registro de socios o adherentes; el libro de reuniones y acuerdos de las asambleas donde deberán transcribirse las actas y los acuerdos a los que se lleguen en ellas; y, el libro de reuniones y acuerdos del consejo de administración del órgano de control o cualquier otro órgano de carácter social (art 15. 1 y 2 CTS). El libro del registro de socios junto con el de las reuniones y las actas de las asambleas serán encomendados al órgano de administración, mientras que los referentes al consejo de administración o de otro órgano de control serán llevados por estos mismos (art. 15.3 CTS). Los miembros de la organización tendrán derecho a examinar los libros de acuerdo con los estatutos o reglamentos previstos, salvo en las instituciones de carácter religioso (art. 15. 4 CTS).

En cualquier caso, las entidades enumeradas anteriormente en el art. 4 CTS presentan su propia ley. Pese a que no entraremos en detalle de cada una de ellas, sí puntualizaremos ejemplificativamente algunos de los criterios que se enmarca en el Código. De este modo, las organizaciones de voluntariado serán consideradas ETS cuando se constituyan como asociaciones, reconocidas o no como tal, y presenten un número igual o superior a 7 personas físicas o se organicen como entidades de voluntariado integrado por un mínimo de tres. Todo ello con la finalidad de realizar actividades reconocidas en el art. 5 CTS (Art. 34 CTS). En el supuesto de las asociaciones de promoción social, deberán estar constituidas por un mínimo de 7 personas físicas o tres asociaciones de promoción social que realicen actividades en beneficios de sus socios, familiares o de terceros, y lleven a cabo las actividades reconocidas en el art. 5 CTS (art. 35 CTS). Estas últimas, además, deberán presentar un patrimonio mínimo de 15.000 euros para poder adquirir personalidad jurídica. En el caso de las fundaciones deberán estar inscritas en el RUNTS y tener un patrimonio mínimo para adquirir personalidad jurídica de 30.000 euros.

En ambos supuestos el patrimonio podrá integrarse por activos distintos del dinero. Para ello, deberá demostrarse el valor de los bienes o activos mediante informe pericial por un experto auditor de cuentas o una sociedad de auditoría inscrita en el registro correspondiente (art. 22.4 CTS). En caso de que la cantidad anterior haya disminuido en un tercio como consecuencia de pérdidas, el órgano de administración, o en su defecto, el órgano de control, deberá convocar a la asamblea para deliberar sobre la reconstitución del patrimonio mínimo, su transformación o la

³⁴ Vid. art. 13.2 CTS.

³⁵ Art. 97 CTS.

continuación de la entidad como asociación o fundación no reconocida como ETS, o su disolución en la forma establecida en el art. 9 CTS (art. 22. 5 CTS).

3. LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR EN ESPAÑA

El tercer sector en España ha sufrido un incremento significativo en el número de entidades. De acuerdo con el último análisis de la contribución económica y social de las fundaciones españolas publicado en 2023 por la Asociación Española de fundaciones, el número aproximado de entidades para este año es de más de 10.500 activas, lo que se traduce en términos económicos en más de 27 mil millones de euros, un 2% del PIB nacional. En cuanto al sector asociativo, actualmente constan inscritas más de 2500 asociaciones de carácter estatal en el Registro Nacional de Asociaciones, centrandose su actividad principal en la integración social, la ayuda humanitaria y la cooperación al desarrollo³⁶. Respecto a las cooperativas de iniciativa social (en adelante CIS), estas se han convertido en un referente en el modelo de empresa social, siendo actualmente un total aproximado de 450 distribuidas por todo el territorio nacional. Una ligera cifra en comparación con el resto del sector cooperativista pues, confrontando datos, el 65% de la producción agraria procede de cooperativas agroalimentarias, un 10 % del sector energético y un 8% representa el sector industrial³⁷. En cualquier caso, estos datos deben ser tomados con cautela, ya que al no existir consenso doctrinal respecto a qué entidades forman el tercer sector, no lo podemos cuantificar de manera estrictamente objetiva.

3.1. Asociaciones, fundaciones y federaciones acogidas a la ley 49/2002

Las asociaciones y fundaciones poseen leyes particulares que rigen su funcionamiento, sin embargo, nos centraremos en la LRFESFL que establece cuáles son los requisitos que estas deben tener para ser consideradas ENL, lo que nos permitirá además ofrecer una visión comparada con el tercer sector italiano.

Esta ley ha sido modificada recientemente a través del Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia³⁸. La reforma se ha centrado en introducir una exención para las acciones de inserción sociolaboral de personas en riesgo de exclusión, una aclaración –ya superada por la doctrina– respecto al régimen de plusvalías y una mejora en cuanto al régimen fiscal que examinaremos en los epígrafes correspondientes al mecenazgo. De acuerdo con el art. 2 LRFESFL serán entidades sin ánimo de lucro:

- Las fundaciones.
- Las asociaciones declaradas de utilidad pública.
- Las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo.
- Las federaciones deportivas españolas, las de carácter autonómico, el Comité Olímpico Español y Paralímpico.
- Las federaciones y asociaciones de las ENL.

³⁶ Disponible en:

https://www.interior.gob.es/opencvms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/anuarios-estadisticos-antiguos/anuario-estadistico-de-2021/Anuario-Estadistico-2021_web.pdf.

³⁷ CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE ECONOMÍA SOCIAL, *Análisis del impacto socioeconómico de los valores y principios de la Economía Social en España*, 2021, págs. 93 y ss.

³⁸ Sobre un análisis de las principales novedades del Real Decreto en materia de mecenazgo, vid. MARTÍN DÉGANO, Isidoro, “Análisis de las novedades en los incentivos fiscales al mecenazgo tras el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre”, *Revista de Contabilidad y tributación, CEF*, N.º 492, págs. 57-98, 2024.

- Las entidades no residentes en territorio español que operen en el mismo con establecimiento permanente y sean análogas a las figuras anteriores.

Estas deberán adecuarse a los siguientes requisitos (art. 3 LRFESFL):

a) Requisitos de actividad. Deberán llevarse a cabo actividades consideradas de interés general de forma directa o indirecta³⁹. El apartado 1 del art. 3 establece una amplia lista de actividades, siendo esta de carácter meramente ejemplificativo, lo que deja la puerta abierta a cualquier otro tipo que, por su naturaleza pueda ser considerada de interés general para la sociedad (apartado 1.º).

b) Requisitos económicos y de destino del patrimonio. Deberán emplear como mínimo el 70% de sus ingresos y rentas a fines de interés general. Entre las fuentes de ingresos encontramos: las rentas derivadas de explotaciones económicas; las rentas derivadas de la transmisión de bienes o derechos de su titularidad, quedando excluidas las obtenidas en la transmisión onerosa de bienes inmuebles donde la entidad desarrolle su actividad estatutaria o principal; y, por último, los ingresos obtenidos por cualquier otro concepto, deducidos los gastos (apartado 2.º). No obstante, podrán realizar otro tipo de actividades de carácter no estatutario o accesorio siempre que los ingresos totales obtenidos no superen el 40% de la cifra neta de negocios y no vulneren las normas de defensa de la competencia (apartado 3.º). En caso de disolución, el patrimonio de la entidad deberá destinarse a otra entidad considerada ENL (apartado 6.º). En ninguna circunstancia se permite la reinversión del patrimonio en otro sujeto diferente de una ENL.

c) Requisitos formales. Las entidades deberán estar inscritas en su registro específico (apartado 7.º).

d) Requisitos contables. Deberán cumplir con las normas y obligaciones contables⁴⁰, la rendición de cuentas y elaborar anualmente una memoria económica donde se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio y el porcentaje que posean de mercantiles, en su caso⁴¹ (apartados 8.º, 9.º y 10.º, respectivamente).

e) Requisitos laborales. El destino de la actividad de la ENL no podrá ir dirigido a los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno, cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive, salvo para las actividades de investigación científica, las actividades de asistencia social referidas en los apartados 8 y 13 de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni las fundaciones cuya finalidad sea la conservación y restauración de bienes históricos (apartado 4º). En cualquier caso, la actividad de los patronos, representantes estatutarios y miembros de los órganos de gobierno deberá ser gratuita⁴², sin perjuicio de ser reembolsados de los gastos debidamente justificados. No obstante, podrán percibir

³⁹ CV 2369-23 de 4 de septiembre de 2023; STS 1040/2018, de 23 de abril de 2018, (N.º Rec. 697/2016) Sección Tercera, FJ. 3º; STS 1556/2018, de 23 de abril, (N.º Recurso, 657/2016, Sala Tercera), FJ. 3.º; Desde la perspectiva doctrinal, vid. SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Guillermo, “Los fines que establece la ley 49/2002 pueden cumplirse de forma directa o indirecta. Análisis de la RTEAC de 8 de septiembre de 2016 (R.G 769/2015)”. *RCyT.CEF*, N.º 406, 2017, pp. 153-161; PEDREIRA MENENDEZ, José, “Propuestas para la reforma del sector no lucrativo: Especial consideración del régimen aplicable a las fundaciones y el mecenazgo”. En: MERINO JARA, Isaac (Dir.). *Entidades con valor social. Nuevas perspectivas tributarias*, 2015, pág. 495.

⁴⁰ Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre por el que se adapta el Plan General de Contabilidad a las ENL.

⁴¹ Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

⁴² Sobre la remuneración de los cargos de patrono y de los miembros de los órganos de representación, vid. PALACIOS RONDA, Esteban, “La gratuidad del cargo de patrono en el régimen fiscal privilegiado. Análisis crítico y propuesta de reforma”, *CIRIEC - España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, N.º 102, 2021, págs. 329-356.

retribuciones por la prestación de servicios, incluidos los prestados en el marco de una relación de carácter laboral, diferente del puesto en el que desempeñan sus funciones como miembro del Patronato u órgano de representación. Esto también será de aplicación para los Administradores de entidades mercantiles en que participe la ENL, salvo que las cantidades que las retribuciones percibidas se reintegren por la condición de administrador a la entidad que representen (apartado 5.º).

Debemos puntualizar que existen entidades, especialmente asociaciones, que por razones de temporalidad y económicas no pueden recibir formalmente la calificación de ENL, pero que si deben ser consideradas ETS. Pensemos en los criterios examinados anteriormente, de acuerdo con el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, exige la presentación de la memoria económica y de las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios cerrados, por lo que una asociación de nueva creación no puede acceder esta categoría hasta que no transcurra un período mínimo de dos años⁴³.

3.2. Empresas Sociales: cooperativas de iniciativa social, empresas de inserción, centros especiales de empleo y las sociedades de beneficio o interés común

Las empresas sociales responden a las siguientes características identificadas por la doctrina: actividad y producción enfocada en el objeto social; amplia participación de los miembros y los *stakeholders* en la Asamblea General; limitación en el reparto de beneficios; dependencia de financiación externa y alto grado de participación voluntaria⁴⁴. Desde el punto de vista jurídico, encontramos una amplia dispersión normativa, debiendo acudir a la L.Coop, la LEI, el TRLGPD y su reglamento de aplicación y la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en adelante, LCCE).

Las CIS, a nivel estatal⁴⁵, vienen recogidas en el art. 106 L.Coop como aquellas cooperativas que, independientemente de su clase, realizan sus actividades con ausencia de ánimo de lucro y tienen como objeto social la prestación de servicios de carácter asistencial mediante la realización de actividades de carácter sanitario, educativo, cultural u otras de naturaleza social o que velen por la integración de las personas en situación de exclusión, así como cualquier otro tipo de actividad no atendida por el mercado. La L.Coop puntualiza que a este tipo de entidades les serán de aplicación las normas relativas a la clase de cooperativas a las que pertenezcan. No obstante, de la enumeración de actividades realizada se desprende que tan solo las cooperativas de trabajo asociado, de consumidores y usuarios, de servicios, sanitarias y de enseñanza, son los modelos cooperativos que mejor se adecuan a las CIS, independientemente de que sean de primer o segundo grado. En cualquier caso, estas deberán centrar su funcionamiento en una serie de requisitos que deberán recogerse estatutariamente. Entre ellos destacan:

- Los resultados positivos no podrán ser distribuidos entre sus socios.
- Las aportaciones obligatorias y voluntarias al capital social no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de las mismas.

⁴³ Sobre esta cuestión puede verse en detalle, ROJAS SUÁREZ, José Rafael, “Breve análisis de los requisitos necesarios para la declaración y revocación de la utilidad pública de las asociaciones”, *Revista General de Derecho Administrativo, IUSTEL*, N.º 59, 2022, [edición electrónica].

⁴⁴ DEFOURNY, Jaques & NYSENS, Marthe, “El enfoque EMES de empresa social desde una perspectiva comparada”, *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, N.º 75, 2012, págs. 13 y ss.

⁴⁵ Sobre un examen detallado de las CIS a nivel nacional y autonómico, vid. HERNÁNDEZ CÁCERES, Daniel, “Las cooperativas sociales como manifestación del principio cooperativo de interés por la comunidad”, en: AGUILAR RUBIO, Marina (Dir.), *Innovación social y elementos diferenciales de la economía social y cooperativa*, Marcial Pons, 2022, págs. 79-98.

- Carácter gratuito de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de los pagos procedentes de los gastos en el desempeño de sus funciones.
- Retribución de los socios con un límite del 150% de las retribuciones que en función de la actividad y categoría profesional establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector.

Las Empresas de Inserción (EI) vienen reguladas en la LEI. Estas son definidas como entidades mercantiles o cooperativas que realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas que se encuentren dentro de alguno de los colectivos enumerados en el art. 2 (art. 4LEI). Entre criterios de esta categoría encontramos (Art. 5 LEI):

- Estar promovidas y participadas por una o varias entidades sin ánimo de lucro, entre las que encontramos asociaciones, y fundaciones cuyo objeto social sea la inserción de personas en situación de exclusión o desfavorecida.
- Encontrarse inscritas en el registro correspondiente a su forma jurídica y en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma.
- Mantener un cómputo anual desde su calificación, con un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, independientemente de su modalidad de contratación, de al menos el 30% durante los 3 primeros años de su actividad, y de al menos el 50% a partir del cuarto, no pudiendo ser inferior el número de personas en situación de inserción inferior a dos.
- No realizar actividades diferentes a su objeto social.
- Destinar como mínimo el 80% de sus beneficios o excedentes disponibles a la mejora o ampliación de las estructuras productivas y de inserción.
- Presentar el balance social de la actividad de la empresa que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario, la composición de la plantilla y las tareas realizadas.
- Contar con los medios necesarios para el cumplimiento de los compromisos derivados de la inserción laboral.

De acuerdo con los requisitos anteriores, las entidades promotoras deberán ser ENL, con especial referencia a las asociaciones, las fundaciones y las CIS. No obstante, determinados autores han puesto de manifiesto la posibilidad incluir dentro de esta clasificación a las *sociedades de capital sin ánimo lucrativo*⁴⁶. Como ha destacado Aguilar Rubio, el término “consideración” al que hace mención la ley nos lleva a interpretar que deben recibir esta categoría expresamente, por lo que deberán adecuar su funcionamiento y requisitos a lo contemplado en el art. 3 de la LRFESFL. Además, se prevé la posibilidad de que sean entidades mercantiles en sentido estricto, por lo que puede desembocar en figuras como la Sociedad Limitada (SL) o Sociedad Laboral (SLL). Compartimos la idea de la autora de que, efectivamente, resulta difícil pensar que se configuren como sociedad anónima por las particularidades de este tipo de mercantil⁴⁷.

⁴⁶ Especialmente interesante es la Resolución de 17 de diciembre de 2020, con cita de la referida sentencia del TS de 29 de noviembre de 2007 que, en las mismas Resoluciones de 20 de enero de 2015 y 11 de abril de 2016, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en su F.J. 2.º se recoge: «el tipo de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada es adoptado en algunas ocasiones como simple técnica organizativa, habida cuenta de su funcionalidad y el criterio de mercantilidad formal de aquéllas –cualquiera que sea su objeto–, derivado de la propia regulación legal (artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, dada la indudable existencia de sociedades de capital que, en la realidad y según la legislación especial, carecen de base empresarial y ánimo de lucro en sentido estricto, no cabe desconocer las opiniones doctrinales que niegan o interpretan muy flexiblemente la finalidad lucrativa como elemento caracterizador de las sociedades de capital, por considerar que prevalece el elemento estructural u organizativo del concreto tipo social adoptado y no el fin perseguido. Desde esta perspectiva, el ánimo de lucro sería un elemento natural, usual, pero no esencial, a diferencia del fin común que siempre ha de existir».

⁴⁷ Sobre esta cuestión, vid. AGUILAR RUBIO, Marina, “Capítulo II. Las empresas de inserción”. En: *la fiscalidad de las WISES en España*, Marcial Pons, 2024.,

Los CEEP vienen regulados en el TRLGPD. Estos son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad de carácter productivo, llevando a cabo operaciones en el mercado y teniendo como finalidad asegurar un empleo remunerado a personas con discapacidad (art. 43.1). Podrán ser creados tanto por organismos públicos como privados (art. 45). No obstante, los CEEP han sido discutidos por la doctrina, en especial, si deben o no estar dentro de la consideración de entidades de economía social y del tercer sector, siendo la tendencia mayoritaria a que, tan solo aquellos cuya participación venga dada por las entidades sin ánimo de lucro podrían integrarse dentro de esta categoría⁴⁸. En nuestra opinión, no es un criterio de qué tipo de entidad lo participa. Desde una visión integradora, debe ponerse el foco en qué actividad realiza, es decir, si es o no de interés general, bajo qué circunstancias y requisitos las desarrolla y cuál es su régimen estatutario. De esta forma, obtendremos una visión general que nos permita introducir o no a este sujeto. Sus requisitos son:

- La plantilla deberá estar integrada por el mayor número posible de personas con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo, siendo como mínimo el 70%. No se consideran dentro de esta categoría al personal dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal o social, siendo este calificado como aquel cuya misión sea superar las barreras, los obstáculos o las dificultades de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo.
- Además, recibirán la categoría de CEEP de iniciativa social aquellos que, cumpliendo con el objetivo principal de integración junto con el criterio de integración laboral, sean promovidos y participados por entidades sin ánimo de lucro tales como asociaciones, fundaciones, CIS, otras entidades de economía social, así como aquellas cuya titularidad corresponde a mercantiles cuyo capital social está en manos de ENL. Se incluyen también aquí— a diferencia de las empresas sociales— a las corporaciones de derecho público.

Uno de los criterios que hemos puesto de manifiesto es la participación de los sujetos del tercer sector con el primer y segundo sector, es decir, el público y el privado, respectivamente. No queda dudas de que la participación e implicación de ambos está explícita en los primeros y es latente en el segundo. Así, tanto la LEI como el TRLGPD prevén que las Administraciones se relacionen con los servicios públicos (art. 10 LEI, 5 TRLGPD), promuevan sus actividades (art. 16 LEI; art. 51 TRLGPD) y medidas necesarias para el ejercicio de en igualdad de condiciones de los derechos (arts. 10, 11 TRLGPD), lleven a cabo políticas de actuación, programas específicos y estimulen la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo en colaboración con otros organismos o entidades (art. 45 TRLGPD).

A través de la ley de 18/2022, de 18 de septiembre de Creación y Crecimiento de empresas (LCC), se aprobó de forma breve las denominadas Sociedades de Beneficio Común. Si bien estas han sido identificadas con diferentes denominaciones, no deben ser confundidas con las B-Corp⁴⁹, calificación que reciben determinadas entidades a manos de una ENL bajo determinadas circunstancias. Las SBC se han descrito como una combinación con una sociedad mercantil con fines sociales. En palabras de González Sánchez «*son empresas que no buscan beneficio privado, pero sí buscan beneficio*»⁵⁰, es decir, buscan una adecuada salud financiera que les garantice su

⁴⁸ Vid. AGUILAR RUBIO, Marina. “Capítulo II. Las empresas de inserción” en *la fiscalidad de las WISES en España, op.cit.*, págs. 80 y ss. A su vez, PANIAGUA ZURERA, Manuel. *Las empresas de economía social más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 205.

⁴⁹ MONTIEL VARGAS, Ana, “Las Empresas B (B Corps) y la regulación de las sociedades con propósito (benefit corporations) en Derecho comparado”, REVESCO: *Revista de estudios cooperativos*, N.º141, 2022, págs. 1-25.

⁵⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara, “La sociedad de beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el Derecho comparado”, *Revista de derecho de sociedades*, N.º 66, 2022, [edición electrónica], sin paginar.

sostenibilidad financiera. Lo que la distinguen son dos aspectos fundamentales: la forma de obtener los recursos económicos y a dónde se dirigen los beneficios obtenidos.

Como se desprende de estos dos elementos, estas figuras serían perfectamente compatibles con las personas jurídicas que obran dentro de nuestro ordenamiento ya mencionadas. De lo anterior, podríamos entender que tanto una CIS, SL, SLL e incluso una asociación o fundación que desarrollen actividades de carácter económico podrían responder a la definición de SBC. Sin embargo, existen criterios que imposibilitan la incorporación de estas dos últimas figuras. En primer lugar, el objeto de la ley por la que se aprueba la LCC no es otro que el impulso y el crecimiento empresarial para la creación de empresas, la mejora de la regulación y la eliminación de obstáculos al desarrollo de actividades económicas. De esta acepción se desprende que las medidas tomadas en ella a través de la modificación de diferentes cuerpos legislativos se dirigen exclusivamente a entidades de naturaleza mercantil. En segundo lugar, la disposición adicional décima de la LCC las califica expresamente como «sociedades de capital», por lo que deja fuera de duda, pese a que las ENL y las CIS realizan actividades económicas y de carácter mercantil, que puedan constituirse como tal. No obstante, ello no impide que puedan estar participadas por ambas. Esto desemboca en que solo las SL y las SLL podrán acceder a esta calificación. En el caso de las sociedades anónimas ocurre igual que en el supuesto de las EI.

Los requisitos establecidos en la SBC, que deben estar recogidos voluntariamente en sus estatutos, son los siguientes:

- Compromiso con la generación explícita de impacto positivo a nivel social y medioambiental a través de su actividad.
- Sometimiento a mayores niveles de transparencia y rendición de cuentas en el desempeño de sus objetivos sociales y la toma en consideración de los grupos de interés relevantes para sus decisiones.

No obstante, pese a lo anterior, aún son un tipo de entidad que requiere de un desarrollo reglamentario para su puesta en marcha⁵¹, por lo que deberemos esperar a una posible regulación.

Desde una perspectiva comparada con el TS italiano, se aprecian enormes similitudes con lo dispuesto en el CTS a excepción de las mutualidades de previsión social que, bajo nuestro criterio, estarían excluidas del tercer sector. Estas, pese a carecer de ánimo de lucro de acuerdo con el art. 4 de la Ley 9/2000, de 30 de junio, de mutualidades de previsión social, no desarrolla su actividad bajo los criterios anteriormente citados, lo que no significa que no sean consideradas entidades de economía social como sí prevé la LES.

A continuación, a través de un cuadro comparativo se resumirá cada uno de los aspectos examinados anteriormente

⁵¹ Como acercamiento, el registrador de la propiedad García Valdecasas ha señalado que, el impacto positivo a nivel social y medioambiental deberá constar en el objeto social, siendo concreto e incluso único a fin de evaluar a la entidad; los niveles de transparencia y rendición de cuentas deberán figurar en la parte estatutaria dedicada a la confección y aprobación de las cuentas anuales, pudiendo consistir en un compromiso de publicidad a través de la web de la sociedad; en cuanto a la toma en consideración de los grupos de interés relevantes, se debe valorar la posibilidad de que puedan ser tenidos en cuenta como estos los trabajadores, los clientes y los proveedores, estando ello regulado en el caso de los primeros. Por último, sugiere que el posible Reglamento deberá establecer cuál será el órgano encargado de validar la calificación de SBC y el plazo de funcionamiento de la sociedad hasta recibir esta categoría. Vid. GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, José Ángel, "Informe mercantil diciembre de 2022. Las B-Corps y las sociedades de Beneficio e Interés Común", *Notarios y registradores*, 2022, [edición electrónica, sin paginar]. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/diciembre-de-2022-b-corps-y-sociedades-de-beneficio-e-interes-comun/#-sociedades-de-beneficio-e-interes-comun>.

<p>Tercer Sector en Italia</p> <p>Entidades</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las organizaciones de voluntariado. - Las asociaciones de promoción social. - Las entidades filantrópicas. - Las empresas sociales donde se incluyen a las cooperativas sociales, las federaciones (redes asociativas). - Las mutualidades de previsión social. - Las asociaciones reconocidas o no. - Las fundaciones y otras entidades privadas distintas de las sociedades mercantiles. 	<p>Tercer Sector en España</p> <p>Entidades</p> <ul style="list-style-type: none"> - ENL calificadas como tal a efectos del art. 2 de la LRFESFL: <ul style="list-style-type: none"> - Asociaciones declaradas de utilidad pública. - Fundaciones. - Federaciones. - ONG. (Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo) - Comité olímpico y paralímpico español. - Entidades no residentes en territorio español que operen en el mismo con establecimiento permanente y sean análogas a las figuras anteriores. - Asociaciones sin calificación de utilidad pública formalmente inscritas. - Empresas sociales: <ul style="list-style-type: none"> - CIS (LCoop). - EI (LEI). - CEEP (TRLGPD). - SBC⁵² (LCC).
<p>Actividades</p> <ul style="list-style-type: none"> - De carácter comercial y no comercial. - Enumeración de actividades de interés general: Art. 5 CTS y art. 6 CTS. - Prohibición de resultados de cualquier forma (directa o indirecta). Se incluyen los excedentes de explotación, los fondos y las reservas, independientemente de su denominación. (Art. 8 CTS) 	<p>Actividades</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deben desarrollar actividades de interés general o dirigidas a la sociedad, en cualquier caso. - Actividades de carácter económico y no económico bajo unos límites establecidos en la LRFESFL, la L.Coop. En cualquier caso, debe destinarse un porcentaje al sostenimiento y mantenimiento de la entidad. En el supuesto de las ENL ($\geq 70\%$); en las CIS los resultados no pueden ser distribuidos entre los socios. - Las EI deberán destinar una parte los beneficios económicos a la entidad ($\geq 80\%$). - CEEP reinversión íntegra de beneficios en creación de empleo.
<p>Destino del patrimonio en caso de extinción</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deberá destinarse a otras entidades del tercer sector o la <i>Fondazione Italia Sociale</i> (art. 9 CTS). 	<p>Destino del patrimonio en caso de extinción</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deberá destinarse a otras ENL. Solo se prevé para las ENL. (art. 3.6 LRFESFL).
<p>Requisitos laborales</p>	<p>Destino de la actividad y Requisitos laborales</p> <ul style="list-style-type: none"> - ENL: <ul style="list-style-type: none"> - El destino de la actividad no podrá ir dirigido a los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno, cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive, salvo para las actividades de investigación científica. - Cargos gratuitos. - CIS: <ul style="list-style-type: none"> - Los resultados positivos no podrán ser distribuidos entre sus socios. - Las aportaciones obligatorias y voluntarias al capital social no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de estas. - Carácter gratuito de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de los pagos procedentes de los gastos en el desempeño de sus funciones. - EEI: <ul style="list-style-type: none"> - Mantener un cómputo anual desde su calificación, con un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, independientemente de su modalidad de contratación, de al menos el

⁵² Precisa de un desarrollo reglamentario.

	<p>30% durante los 3 primeros años de su actividad, y de al menos el 50% a partir del cuarto, no pudiendo ser inferior dos el número de personas en situación de inserción.</p> <ul style="list-style-type: none"> - CEEP: <ul style="list-style-type: none"> - La plantilla deberá estar integrada por el mayor número posible de personas con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo, siendo como mínimo el 70%.
<p>Inscripción formal</p> <ul style="list-style-type: none"> - RUNTS (art. 11CTS) 	<p>Inscripción formal</p> <ul style="list-style-type: none"> - ENL. Registro correspondiente (art. 3.7 LRFESFL) - CIS. Registro de cooperativas (art. 7, art.109 L.Coop y normas autonómicas) - EEI- Registro competente estatal o autonómico⁵³. - CEEP- Registro estatal o autonómico (art. 7 Real Decreto⁵⁴). - SL- Registro Mercantil (art. 20 LSC). - SLL- Registro de Sociedades Laborales estatal o autonómico (art. 4 LSLP).
<p>Obligaciones contables (arts. 13,14,15 CTS)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Balance. - Estado de cuentas. - Informe de misión. - Informe de resultados económico. - Informe de gestión de la organización. <p>Entidades <200.000 € <i>Ricondito per-casa</i>. Actividades excl. Mercantil, obligaciones contables CC.Italiano (2214). Entidades > 1 mill. Depósito en el RUNTS e informe social (web).</p>	<p>Obligaciones contables</p> <ul style="list-style-type: none"> - ENL (normas previstas al efecto⁵⁵, art. 3.8 y 11. LRFESFL); rendición de cuentas (art. 3.9 LRFESFL); memoria económica anual. - CIS ordenada y adecuada a su actividad de acuerdo con las normas previstas a tal efecto⁵⁶ (art. 61 LCoop). - EEI; CEEP; SLL (normas contables específicas⁵⁷).

4. LA TRIBUTACIÓN DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR ITALIANO EN EL IRES

4.1. Las entidades no mercantiles y mercantiles. Actividades no comerciales y comerciales

A través de diferentes disposiciones normativas se han implementado distintas medidas sociales y decretos en favor de las entidades del tercer sector en Italia, enfocadas principalmente en la captación recursos económicos y en la promoción de su desarrollo⁵⁸. Así mismo, los títulos VIII y

⁵³ Real Decreto 49/2010, de 22 de enero, por el que se crea el Registro Administrativo de Empresas de Inserción del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

⁵⁴ Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

⁵⁵ Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos.

⁵⁶ Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, por la que se aprueban las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas.

⁵⁷ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad; Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas. Vid. Código de Contabilidad Financiera y Sociedades. Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=089_Codigo_de_Contabilidad_Financiera_y_Sociedades&modo=2.

⁵⁸ Podemos destacar, entre otros: [Decreto Ministeriale n. 72 del 31 marzo 2021](#), Adozione delle Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore negli articoli 55-57 del Decreto legislativo n. 117 del 2017; [Decreto Interministeriale n. 107 del 19 maggio 2021](#) (GU n.177 del 26 luglio 2021) Regolamento ai sensi dell'articolo 6 del Decreto legislativo n. 117 del 2017 (Codice del Terzo Settore), concernente l'individuazione di criteri e limiti delle attività diverse; [Decreto Interministeriale 6 ottobre 2021](#) (GU n. 285 del 30 novembre 2021) Individuazione dei meccanismi assicurativi semplificati, con polizze anche numriche, e disciplina dei relativi controlli; [Decreto Ministeriale n. 89 del 23 febbraio 2022](#) (GU n. 163 del 14 luglio 2022) Regolamento concernente le modalità di attuazione

IX del CTS contienen una serie de mecanismos que han permitido desarrollar «*un marco financiero idóneo*»⁵⁹.

El CTS establece dos categorías diferentes de entidades en atención al tipo de actividad que llevan a cabo, las no mercantiles y mercantiles (art. 79. 1 y 5, respectivamente). Así, las primeras vienen definidas por todos aquellos sujetos enumerados en el art. 4 CTS, a excepción de las empresas y cooperativas sociales, siempre y cuando realicen actividades de interés general de las enumeradas en el art. 5 CTS. Se incluyen aquí también las actividades de naturaleza distinta a las de carácter general cuando sean realizadas de forma complementaria o auxiliar a estas, quedando excluidas de este supuesto las de patrocinio publicitario. Las segundas, en cambio, serán las empresas sociales, las cooperativas sociales y aquellas que desarrollen actividades mercantiles cuyos ingresos superen a las no mercantiles.

La justificación de este sistema se deposita en una función social, en la racionalización y simplificación de un régimen de deducciones acorde al rendimiento obtenido por las entidades. Todo ello con base a un apoyo público donde también destaca la reforma estructural del sistema de asignación del 5 *per mille* del IRPF.

Seguidamente y, en línea con la categorización anterior, el CTS diferencia entre actividades no comerciales y comerciales. Serán consideradas actividades no comerciales:

- Las de interés general enumeradas en el art. 5 CTS, siempre y cuando se realicen a título gratuito o mediante un pago de una contraprestación que no supere el coste real del producto o no superen en el 6 % a los costes de actividad para cada período impositivo. En concepto de contraprestaciones también se incluirán las aportaciones económicas realizadas a las entidades, no teniéndose en cuenta aquellas derivadas de los gastos de la actividad (art. 79. 1 y 2 CTS).
- Las referidas a la actividad investigadora, siempre y cuando sean llevadas a cabo por las entidades referidas al apartado 1 del art. 5, salvo las realizadas por las empresas y las cooperativas sociales, no siendo así para las denominadas “redes sociales” o federaciones ni universidades.
- Las actividades que consistan en intervención y prestación de servicios sociales, sanitarios y sociosanitarios no serán consideradas tampoco actividades comerciales en ningún caso cuando se realicen por fundaciones de las antiguas instituciones públicas de beneficencia y caridad, siempre y cuando los beneficios se reinviertan íntegramente en actividades sanitarias o sociosanitarias y no exista remuneración a favor de los órganos de administración (Art. 79.3 CTS).
- Las desarrolladas por las asociaciones del tercer sector hacia sus socios y familiares de acuerdo con los fines institucionales de la entidad (art. 79.6 CTS).

No forman parte de los ingresos aquellos derivados de:

- Los fondos recibidos como resultado de colectas públicas realizadas mediante ofertas de bienes de valor moderado o servicios a los donantes en el marco de celebraciones, aniversarios y campañas de sensibilización (art. 79.4 a) CTS).
- Las aportaciones y contribuciones concedidas por las administraciones públicas en los términos establecidos por la ley⁶⁰ (art. 79.4 b) CTS).

del social bonus; [Decreto Ministeriale del 9 giugno 2022](#) (GU n. 170 del 22 luglio 2022) Adozione delle linee guida sulla raccolta fondi degli Enti del Terzo Settore.

⁵⁹ LUQUE MATEO, Miguel Ángel, “La financiación del tercer sector local en Italia”, *op. cit.*, pág. 245.

⁶⁰ Vid. el apartado 2 del artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 165, de 30 de marzo de 2001 y letra g) del apartado 1 del artículo 9 del Decreto Legislativo n.º 517, de 7 de diciembre de 1993.

- Los ingresos derivados de aportaciones, subvenciones, donaciones, cuotas de socios de la entidad y cualquier otro asimilado, incluidos los ingresos y cobros bajo los criterios del apartado 2 y 3, siempre que sean llevados a cabo por las entidades del apartado 1, es decir, quedan excluidas –igual que en los supuestos anteriores– las empresas y cooperativas sociales (art. 79.5 bis).
- No forman parte de los ingresos las cuotas de los socios o aportaciones realizadas por estos a las asociaciones. No obstante, el suministro de bienes y servicios a los socios y a los familiares que convivan con ellos que se materialicen mediante contraprestación, incluidas las cuotas o contribuciones adicionales justificadas por una mayor o diferente prestación del servicio se consideran actividades de carácter mercantil.

Se debe advertir que, para las ETS con forma de voluntariado, entes de carácter filantrópico y asociaciones de promoción social, el CTS considera actividades no comerciales a aquellas de carácter accesorio cuya finalidad es financiar las actividades de interés general y que se desarrollan en ausencia de una organización empresarial formal⁶¹. Entre estas se destacan: el suministro de alimentos y bebidas en eventos ocasionales, la venta de artículos producidos por los voluntarios, las donaciones de terceros y la venta de publicaciones entre asociados⁶².

El criterio de entidad mercantil y no mercantil podrá ser alterado en función del tipo de actividades e ingresos que lleven a cabo las entidades. No obstante, este cambio será efectivo a partir del período impositivo siguiente. (Art. 75. 5 ter).

4.2. IRES

El CTS introduce un método de estimación objetiva denominado *regime dell'imposta sul reddito delle società* (IRES) equivalente al Impuesto sobre Sociedades para las ETS de carácter no mercantil que realicen actividades de interés general (art. 5 CTS) y auxiliares (art. 6 CTS), y que no cumplan con los requisitos para ser consideradas actividades comerciales. Estas tributarán aplicando a los importes obtenidos los siguientes coeficientes:

- a) Para las prestaciones de servicios:
 - El 7 % para ingresos hasta 130.000 €.
 - El 10 % para ingresos entre 130.001- 300.000 €.
 - El 17 % para ingresos superiores a 300.000 €.
- b) Otras actividades:
 - El 5 % para ingresos hasta 130.000 €.
 - El 7 % para ingresos entre 130.001- 300.000 €.
 - El 14 % para ingresos superiores a 300.000 €.

Los porcentajes anteriores se aplicarán a la base imponible positiva del Impuesto sobre Sociedades a las que se refieren los artículos 86, 88, 89 y 90 del texto consolidado del impuesto sobre sociedades, aprobado por el Decreto del presidente de la república de 22 de diciembre de 1986, n.º 917⁶³. Estos son, de forma resumida: las ganancias patrimoniales; los denominados

⁶¹ En este sentido, vid. CONSORTI, Pierluigi.; GORI, Luca; ROSSI, Emanuele, *Diritto del Terzo settore*, il mulino, Bologna, *op.cit.*, pág.118.

⁶² LUQUE MATEO, Miguel Ángel, "La financiación del tercer sector local en Italia" *op. Cit.*, pág. 248.

⁶³ Disponible en: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:presidente.repubblica:decreto:1986-12-22:917>.

“activos contingentes”⁶⁴; los dividendos e intereses derivados de la participación en sociedades simples, colectivas o en comandita; los beneficios distribuidos en cualquier forma y bajo cualquier denominación otorgados por la participación en otras entidades; los intereses procedentes de ventas con pacto o derecho de recompra⁶⁵ donde se prevea la obligación de reventa; los valores en un plazo determinado; y, por último, los ingresos procedentes de bienes inmuebles que estén afectos a las actividades económicas o de carácter empresarial, incluyéndose el arrendamiento. En caso de simultaneidad de actividad, el coeficiente vendrá determinado con base al importe de los ingresos procedentes de la actividad principal. En el supuesto de que las actividades no vengan separadas a nivel contable se considerarán prestación de servicios en la aplicación del coeficiente.

Respecto a las transmisiones realizadas a favor de las ETS, estas deberán ser gratuitas para no encontrarse sujetas al impuesto sobre sucesiones y donaciones⁶⁶. En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados estarán exentas las escrituras, los documentos, las solicitudes, los contratos y copias auténticas, los extractos, las certificaciones, las declaraciones o cualquier otro documento en formato electrónico o papel (Art. 82. 2 y 3 CTS).

Los bienes inmuebles pertenecientes a las ETS y que realicen actividades de carácter no comercial tales como las actividades asistenciales, de seguridad social, sanitarias, de investigación científica, educativas, de alojamiento, culturales, recreativas y deportivas, además de las actividades de culto⁶⁷ se encontrarán exentos del Impuesto sobre bienes inmuebles. No obstante, en este último impuesto se permite a los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas y las regiones autonomía de decisión al respecto de las actividades que sean de carácter exclusivamente comercial, la reducción o exención en el pago de este impuesto (art. 82. 6 CTS).

5. LA TRIBUTACIÓN DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR EN ESPAÑA EN EL IS

A diferencia de Italia, en España la calificación de ETS no tiene efectos sobre su fiscalidad. Nuestro sistema tributario de las ETS es consecuencia directa de la fragmentación jurídica de su norma sustantiva. Por ello, encontramos que a las ENL en sentido estricto podrán aplicar la LRFESFL siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley o, en su defecto, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), siendo en este caso su aplicación a las entidades consideradas parcialmente exentas. En ambos casos, uno u otro sistema es optativo y las entidades podrán decidir por razones de economía de opción por qué sistema decantarse, salvo en el caso de que no cumplan con los requisitos establecidos en los art.

⁶⁴ Estos son, ejemplificativamente, los ingresos o beneficios obtenidos con respecto a gastos, pérdidas de pasivos deducidos registrados en los estados financieros de ejercicios anteriores y de los ingresos u otros beneficios obtenidos por encima de los que contribuyeron a ingresos de periodos anteriores. También se incluyen aquí las indemnizaciones recibidas por las aseguradoras en concepto de compensación por daños ocasionados, ingresos en metálico o en especie percibidos en concepto de contribución o donación, entre otros. Sobre esta cuestión, vid. art. 88 del Decreto del presidente de la república de 22 de diciembre de 1986, n.º 917.

⁶⁵ Dentro de nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar esta figura definida en el art. 30 de la Resolución de 10 de febrero de 2021, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para el reconocimiento de ingresos por la entrega de bienes y la prestación de servicios, quedando definido como: « 1. Un acuerdo de recompra es un contrato por el que una empresa se compromete o tiene la opción de adquirir un activo que ha sido transmitido al cliente con carácter previo. El activo recomprado puede ser el que se vendió originalmente al cliente, uno que sea sustancialmente igual, u otro del que el activo originalmente vendido es un componente. 2. Los acuerdos de recompra generalmente tienen tres formas: a) la obligación de recomprar el activo (a término); b) El derecho de recomprar el activo (opción de compra); c) La obligación de recomprar el activo a requerimiento del cliente (opción de venta)».

⁶⁶ Respecto a la inscripción en el registro hipotecario y catastral, se aplicará un tipo fijo de arancel respecto a las escrituras de constitución y modificación estatutaria, incluyéndose aquí las operaciones de fusión, escisión o transformación realizadas por las entidades del tercer sector.

⁶⁷ Reconocidas en el artículo 16, apartado 1, letra a) de la Ley nº.22 de 20 de mayo de 1985.

2 y 3 LRFESFL, esto es, a modo de recapitulación, que no sean entidades reconocidas por la ley como ENL, tales como asociaciones sin la calificación de utilidad pública o que no se adecuen a los requisitos de actividad y destino del patrimonio.

Respecto las CIS, se guiarán por la ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de cooperativas (LRFCoop.) en atención al tipo de cooperativa que pertenezcan y su clasificación fiscal, es decir, cooperativas protegidas o especialmente protegidas (art. 2 LRFCoop.). Por último, en cuanto a las EI y los CEEP, no se prevé una norma específica para ellas, siendo de aplicación la LIS en caso de configurarse como sociedades de capital, con las particularidades previstas para ellas, en especial en lo que respecta a deducciones y bonificaciones previstas por trabajadores con discapacidad.

5.1. Régimen Fiscal de las ENL en la LRFESFL y en la LIS

La fiscalidad de las ENL destaca especialmente por un amplio régimen de rentas y explotaciones económicas exentas dependiendo de si se decantan por la LRFESFL o la LIS. Para aquellas que aplican la primera encontramos, entre las rentas, las siguientes:

- Los donativos y donaciones para colaborar con los fines de la entidad. En ellas se incluyen las aportaciones o donaciones en concepto de dotación patrimonial en el momento de su constitución.
- Las cuotas satisfechas por los asociados o colaboradores.
- Las subvenciones.
- Los procedentes del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la entidad, entre los que destacan los dividendos y participaciones de sociedades, los intereses, los cánones y los alquileres.
- Las derivadas de transmisiones o adquisiciones por cualquier título de bienes o derechos, incluidas las obtenidas con ocasión de la disolución o liquidación de la entidad.
- Las derivadas de explotaciones económicas exentas.
- Las que deban ser atribuidas o imputadas a las entidades sin fines lucrativos.

Respecto a las explotaciones económicas, siempre que sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica:

- Las explotaciones económicas de prestación de servicios de promoción y gestión de la acción social, así como la asistencia social e inclusión social, incluyendo actividades auxiliares o complementarias de aquellos como son: la protección de la infancia, la asistencia a la tercer edad, la asistencia a personas en riesgo de exclusión o dificultad social o víctimas de malos tratos, la asistencia a personas con discapacidad, minorías étnicas, refugiados y asilados, emigrantes, inmigrantes y transeúntes, personas con cargas familiares no compartidas, la acción social comunitaria y familiar, la asistencia exreclusos, la reinserción social y la prevención de la delincuencia, la asistencia a alcohólicos y toxicómanos, la cooperación para el desarrollo, la inclusión social y las acciones de inserción sociolaboral de personas en riesgo de exclusión social⁶⁸.
- Explotaciones económicas de prestación de servicios de hospitalización o asistencia sanitaria, incluyendo las actividades auxiliares o complementarias.
- Explotaciones económicas de investigación, desarrollo e innovación, siempre y cuando se trate de las contempladas en la LIS.

⁶⁸ Este último ha sido modificado a través del art. 129.2 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

- Las explotaciones económicas que consistan en la organización de representantes musicales, coreográficas cinematográficas o circenses.
- Las explotaciones económicas de enseñanzas y formación profesional a todos los niveles cuando se encuentren exentas en la ley del IVA.
- Organización de exposiciones, conferencias, coloquios, cursos y seminarios.
- Explotaciones económicas de elaboración, edición, publicación y venta de libros, revistas, folletos, material audiovisual y material multimedia.
- Explotaciones económicas de prestaciones de servicios deportivos a personas físicas, siempre que estén relacionados con dichas prácticas y con excepción de los espectáculos deportivos y prestados a deportistas profesionales.

A los anteriores se les suman las rentas que tengan carácter meramente auxiliar o complementario de las anteriores siempre que estén encaminadas a cumplir con los fines estatutarios. Para ser de carácter auxiliar no podrá superar el 20% de los ingresos totales. Y, las de escasa relevancia serán aquellas con un importe neto de la cifra de negocios inferior a 20.000 euros.

Este amplio régimen de exención previsto en la norma fiscal ha sido ampliamente criticado por una parte del sector doctrinal, especialmente en lo que se refiere a la imposibilidad de deducibilidad de los gastos derivados de las explotaciones económicas y obtención de rentas exentas. El sistema planteado por algunos autores es la reformulación del sistema actual orientándolo a la aplicación de un tipo de gravamen 0% para todas las rentas y explotaciones económicas exentas, de tal forma que puedan aplicar la deducción en el porcentaje que se establezca legalmente⁶⁹.

En cuanto al cálculo de la base imponible, solo será de aplicación aquellas rentas no consideradas explotaciones económicas exentas. Así mismo, se establecen una serie de consideraciones para las deducciones, no siendo deducibles los siguientes (art. 8 LRFESFL):

- Los gastos imputables a las rentas exentas. En el caso de ser parciales serán deducibles en el porcentaje que representen los ingresos obtenidos en el ejercicio de explotaciones económicas no exentas respecto a los ingresos totales de la entidad.
- Las cantidades destinadas a la amortización de elementos patrimoniales no afectos a explotaciones económicas sometidas a gravamen. En el caso de deducciones parciales, el mismo criterio de proporcionalidad que el apartado anterior.
- Las cantidades que constituyan aplicación de resultados, en particular, los excedentes de explotaciones económicas no exentas.

En el supuesto de rentas no exentas, el tipo de gravamen será del 10% (art. 10 LRFESFL). En caso de acogerse a este régimen fiscal, la entidad quedará vinculada de forma indefinida durante los períodos impositivos siguientes, siempre que cumplan con los requisitos del artículo 3, quedando, por tanto, condicionada al cumplimiento de lo establecido en la LRFESFL.

Aquellas entidades que no cumplan u opten por no aplicar el sistema anterior, podrán acceder al régimen establecido en la LIS para las entidades parcialmente exentas. A diferencia del amplio sistema de exención anterior, en la LIS solo serán de aplicación (art. 110 LIS):

⁶⁹ PEDREIRA MENÉNDEZ, José, "Propuestas para la reforma del sector no lucrativo: Especial consideración del régimen aplicable a las fundaciones y el mecenazgo". En: MERINO JARA, Isaac (Dir.): *Entidades con valor social. Nuevas perspectivas tributarias*, págs. 493-508.

- Las que se obtengan de la realización de actividades que constituyan su objeto o finalidad específica, siempre que no tengan la consideración de actividad económica, particularmente se incluyen las cuotas de asociados, colaboradores o benefactores, siempre que no reciban una prestación derivada de la actividad económica.
- Las derivadas de transmisiones y adquisiciones a título lucrativo, siempre que se dirijan al cumplimiento de su finalidad específica.
- Aquellas procedentes de la transmisión onerosa de bienes afectos a la realización del objeto o finalidad específica, siempre que el destino se derive directamente a nuevas inversiones en elementos del inmovilizado. Se establece un plazo de 3 años para la realización de nuevas inversiones con el dinero obtenido de la transmisión y deberá mantenerse el bien nuevo adquirido durante 7 años en el patrimonio de la entidad, salvo que tenga una vida útil inferior conforme al período de amortización.
- Esta exención no alcanzará a los rendimientos de actividades económicas ni a las rentas derivadas del patrimonio, ni a las rentas obtenidas en transmisiones, distintas de las señaladas en él.

La determinación de la base imponible se aplicará conforme a las reglas establecidas en el Título IV de la ley, no siendo fiscalmente deducibles los establecidos en el art. 15 ni los imputables exclusivamente a rentas exentas ni las cantidades derivadas de la aplicación de resultados, en particular las destinadas al sostenimiento de la actividad (art. 111 LIS). El tipo de gravamen que les será de aplicación es el tipo de gravamen general, excepto para aquellas entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior al millón de euros, en cuyo caso será del 23%. No obstante, se prevé una reducción hasta el 15% durante el primer período impositivo para aquellas entidades de nueva creación que realicen actividades económicas (art. 29 LIS).

En cualquier caso, no tendrán obligación de presentar declaración cuando no superen sus ingresos los 75.000 euros anuales, que los ingresos de rentas no exentas no superen los 2.000 euros anuales o que todas las rentas no exentas estén sometidas a retención.

Comparativamente con la LRFESFL, el sistema impositivo para aquellas ENL acogidas a la LIS es más gravoso que el establecido en la norma fiscal especial por varios motivos. En primer lugar, el número de rentas exentas está muy limitado en comparación con la LRFESFL, solo aquellas que no son consideradas actividades de carácter económico disfrutarán del beneficio fiscal, tributando el resto a los tipos impositivos enumerados. Lo mismo ocurre con las transmisiones onerosas y las rentas procedentes del patrimonio. En nuestra opinión, supone un importante perjuicio económico para determinadas entidades de nueva creación que no pueden aplicar el régimen fiscal especial. Ciertamente, serán pocas las entidades que no puedan acceder a la calificación de ENL, pero el requisito de temporalidad, especialmente en asociaciones, supone una falta importante de estímulo en el emprendimiento social. Aunque el régimen de la LRFESFL es optativo, la impresión que da el legislador en este punto es que deberán obligatoriamente aplicar el sistema especial.

5.2. Régimen Fiscal de las empresas sociales

En este apartado incluiremos las que hemos descrito dentro de la categoría de empresa social, es decir, las CIS, las EI y las CEEP, respectivamente.

La fiscalidad de las primeras está prevista en la LRFCoop. En la ley fiscal especial encontramos dos tipos de cooperativas diferentes, las cooperativas protegidas y las especialmente protegidas. De forma negativa, el art. 6 de la LRFCoop dispone que, serán cooperativas protegidas aquellas

que se ajusten a los principios y disposiciones establecidas en la Ley General de Cooperativas o en las leyes de cooperativas autonómicas y no incurran en ninguna causa prevista en el art. 13 LRFCoop. En cuanto a las especialmente protegidas encontraremos: las cooperativas de trabajo asociado, las agrarias, las de explotación comunitaria de la tierra, las del mar y las de consumidores y usuarios⁷⁰. En sintonía con lo expresado anteriormente, consideramos que las que mejor se adecuan al tercer sector son las cooperativas de trabajo asociado y las cooperativas de consumidores y usuarios.

En el IS, a las cooperativas protegidas se les aplicará un tipo de gravamen específico del 20% sobre la base imponible derivada de los resultados cooperativos, mientras que a los extra-cooperativos se les aplicará el tipo general, situado actualmente en el 25% para aquellas entidades que superen el millón de euros y el 23% para cifras inferiores. Así mismo, disfrutarán de libertad de amortización de los elementos del activo fijo adquiridos en el plazo de tres años desde la fecha de inscripción en el Registro de Cooperativas y Sociedades Anónimas Laborales. La cantidad fiscalmente deducible por este concepto, una vez practicada la amortización, no podrá exceder del importe del saldo de la cuenta de resultados cooperativos disminuido en las aplicaciones obligatorias al Fondo de Reserva Obligatorio (art. 33 LRFCoop). En el caso de las cooperativas especialmente protegidas tendrán una bonificación del 50% sobre la cuota íntegra en el IS.

En igual sentido ocurre para las EI y las CEEP. Ni la LEI ni el reglamento de aplicación hacen mención alguna a un régimen fiscal específico. Tan solo la LIS prevé respecto a la integración y contratación de personas una serie de deducciones para la creación de empleo y la creación de empleo de personas con discapacidad. Respecto a la primera (art. 37 LIS):

- Se establece una deducción de 3000 euros de la cuota íntegra en la contratación indefinida de personas menores de 30 años.
- En entidades con una plantilla inferior a 50 trabajadores se prevé una deducción del 50% del menor de los siguientes importes: el importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de recibir en el momento de la contratación o el correspondiente a 12 mensualidades de la prestación por desempleo. Esta deducción se aplicará respecto de aquellos contratos realizados en el periodo impositivo hasta alcanzar una plantilla de 50 trabajadores y siempre que, en los 12 meses siguientes, se produzca un incremento de esta de al menos una unidad respecto a la existente en los 12 meses anteriores.
- La deducción se aplicará en la cuota íntegra del periodo impositivo en el que finalice el período de prueba de un año exigido en el tipo de contrato, y estará condicionada a su mantenimiento durante al menos 3 años de relación laboral.
- En el caso de contrataciones parciales, las deducciones se aplicarán de forma proporcional.

En cuanto a la deducción por creación de empleo de personas con discapacidad (art. 38 LIS):

⁷⁰ Sobre las cooperativas protegidas y especialmente protegidas, Vid. AGUILAR RUBIO, Marina. "Requisitos para la consideración de las cooperativas agroalimentarias como especialmente protegidas a efectos fiscales en España". En AGUILAR RUBIO, Marina & RODRÍGUEZ MUSA, Orestes (Coords.), *Reflexiones sobre el derecho de cooperativas desde una perspectiva hispano-cubana*, Árbol académico, 2022, págs. 65-78. ISBN 978-84-19544-84-1; en igual sentido: AGUILAR RUBIO, Marina, "Análisis crítico de la fiscalidad de las cooperativas de segundo grado como fórmula de integración", *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, N.º 126, 2017, págs. 118-132.

- Una deducibilidad de la cuota íntegra de 9000 euros por persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad con un grado igual al 33% e inferior al 65% contratados por el contribuyente.
- Una deducibilidad de la cuota íntegra de 12.000 euros por persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad con un grado igual al 65%.
- Los trabajadores contratados que dieran derecho a la deducción prevista en el art. 38 no se computarán a efectos de la libertad de amortización.

6. REFLEXIONES FINALES

El tercer sector en Italia tiene un importante impacto económico y social. Fruto de ello son las más de 363.000 entidades de las que dispone actualmente que se dispersan por todo el territorio de forma irregular, presentando un mayor número en el noreste de la península. En España, se ha producido un incremento de forma significativa en los últimos años. Sin embargo, la ausencia de una calificación jurídica de tercer sector dificulta la tarea de poder cuantificar con objetividad cuantas entidades lo conforman. Pese a su enorme potencial, el tercer sector continúa presentando bastantes dificultades a la hora de impulsar y promover la cohesión social, de encontrar personal voluntario y de obtener financiación para el desarrollo y mantenimiento de su actividad.

El CTS no ha estado exento de conflictos desde su aprobación en 2017. Como ejemplos podemos destacar la implementación del RUNTS en 2023, tras más de 6 años desde la entrada en vigor de la norma, los conflictos con la tributación de las ETS y las normas procedentes de la Unión Europea que afectan especialmente al IVA. No obstante, el *Codice* ha permitido sistematizar y armonizar jurídicamente a los sujetos del tercer sector, ofreciendo una clasificación amplia y estructurada de qué entidades y qué actividades lo integran.

En España no existe una calificación similar de carácter jurídico ni un marco que permita unificar el criterio. Para ello, debemos acudir a la doctrina científica con el objetivo de ofrecer una aproximación conceptual. Nuestra propuesta se centra en apoyarnos en las leyes que existen actualmente y que hacen referencia a los sujetos que integran la economía social, el tercer sector de acción social y el sector no lucrativo. A través de ellas hemos podido concluir que las ETS en España están integradas por las asociaciones, las fundaciones, las agrupaciones de asociaciones y federaciones, las CIS, las EI y los CEEP. No obstante, consideramos que este criterio no estará exento de controversia ya que no existe una línea doctrinal única.

En nuestra opinión, las similitudes con el ordenamiento jurídico italiano permitirían seguir con su ejemplo y llevar a cabo una sistematización de los diferentes cuerpos normativos e integrar, en un código único, las entidades que lo componen, las actividades que puede desarrollar, su financiación, la obtención de recursos económicos a través del mecenazgo, su régimen contable, su registro y las modalidades de trabajo dentro del sector. De ser así, se simplifica y sistematiza el régimen del tercer sector en nuestro país. Pensemos que, en España, solo para determinar la tributación en el Impuesto sobre Sociedades, debemos acudir a la LRFESFL, la LIS, la LRFESFL o la LRFCoop en función del tipo de entidad, para la cual se establecen requisitos, tipos de gravamen y beneficios fiscales diferentes.

Por ello, apostamos por un sistema de estimación objetiva similar al IRES italiano, que establezca una enumeración de qué entidades se consideran ETS, qué actividades pueden desarrollar, cuál de estas son consideradas comerciales, no comerciales y accesorias y, por último, un tipo de gravamen progresivo en función de los ingresos no comerciales que desarrollan. De

esta forma, se elimina el tipo único actual, de manera que, aquellas entidades que no cumplan con los requisitos que establezca la ley para ser consideradas a efectos fiscales entidades exentas o parcialmente exentas no tengan que aplicar los tipos actuales del 25%, 23% o 15% ⁷¹.

En nuestra opinión, la progresividad del sistema italiano en el IS es más aconsejable y proteccionista con las entidades que el actual. Nuestro tipo de gravamen único para las entidades no es el más apropiado para evitar un posible perjuicio económico. Los tipos de gravamen del 7%, 10 % y 17 %, y del 5%, 7% y 14%, en función del tipo de actividad y de los ingresos pueden tener un efecto positivo en las ETS, en particular para las ENL no acogidas a la LRFESFL y las empresas sociales estudiadas. Un sistema escalonado, similar a nuestro IRPF contribuye a que, de forma progresiva, la carga tributaria soportada sea mayor cuando realicen actividades y explotaciones económicas que eleven los ingresos de las entidades, dispensando un tratamiento más favorable para el resto. Ello, contribuiría de forma positiva al emprendimiento social a través de estas entidades que, en determinadas circunstancias como las asociaciones de nueva creación, no pueden disfrutar del amplio número de exenciones contenido en la LRFESFL. Además, otros sujetos como las CIS, las EI o los CEEP podrían tener acceso a un régimen tributario más favorable que el actual donde, en ocasiones, estas figuras no se ven favorecidas fiscalmente en comparación con las entidades sin ánimo de lucro.

Por último, consideramos insuficientes los beneficios fiscales planteados para las empresas sociales, particularmente a las EI y las CEEP cuyos fines estatutarios principales son la integración de personas en situación de vulnerabilidad social. En igual sentido, sentido ocurre para las CIS –aunque en menor medida– donde pese a recibir la categoría de ENL no pueden acceder al régimen fiscal especial. Pese a que las ventajas de los beneficios fiscales han sido cuestionadas por una parte del sector doctrinal, sobre todo en lo que respecta a la deducibilidad de los gastos, consideramos que este sistema impositivo no incentiva la creación de este tipo de entidades, a pesar de estar participadas en gran medida por ENL. Por ello, debería haberse planteado una auténtica reforma del mecenazgo incluyendo a las CIES entre las entidades enumeradas del art. 2 LRFESFL.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR RUBIO, Marina, *La fiscalidad de las WISES en España*, Marcial Pons, 2024. ISBN: 978-84-1381-683-8.

AGUILAR RUBIO, Marina, “Requisitos para la consideración de las cooperativas agroalimentarias como especialmente protegidas a efectos fiscales en España”. En: AGUILAR RUBIO, Marina & RODRÍGUEZ MUSA, Orestes (Coords.). *Reflexiones sobre el derecho de cooperativas desde una perspectiva hispano-cubana*, Árbol académico, 2022, págs. 65-78. ISBN 978-84-19544-84-1.

AGUILAR RUBIO, Marina, “Análisis crítico de la fiscalidad de las cooperativas de segundo grado como fórmula de integración”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, N.º 126, 2017, págs. 118-132.

BOLETTTO, Giulia. *Le imprese del terzo settore nel sistema di imposizione dei redditi: tra sussidiarietà orizzontale e concorrenza*, 2020. ISBN: 9788828822721.

⁷¹ Vid. 29 LIS.

BORZAGA, Carlo, “Opportunità e limiti della riforma del Terzo settore”. En: FICI, Antonio. *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro, “La inaplazable reforma de la exención por educación en el IVA (art. 20.uno.9). Consideraciones de lege ferenda (I)”, *Quincena Fiscal*, n.º 6, 2014, págs.67-89.

CHAVES ÁVILA, José Luís, “Crisis del Covid-19: impacto y respuesta de la Economía Social”, *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC-España N.º 63, Universidad de Valencia, 2023, págs.28-43. [en línea].

Comisión Europea, “Non-discriminatory taxation of charitable organisations and their donors: principles drawn from EU case-law”, *Documento de trabajo*, 2023, págs. 1-15.

CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE ECONOMÍA SOCIAL, *Análisis del impacto socioeconómico de los valores y principios de la Economía Social en España*, 2021.

CONSORTI, Pierluigi.; GORI, Luca; ROSSI, Emanuele, *Diritto del Terzo settore*, il mulino, Bologna, 2018, ISBN: 978-88-15-29377-0.

DEFOURNY, Jaques & NYSSSENS, Marthe, “El enfoque EMES de empresa social desde una perspectiva comparada”, *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, N.º 75, 2012, págs. 13 y ss.

FICI, Antonio, “La empresa social italiana después de la reforma del tercer sector”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N.º 36, 2020, pág. 191.

FICI. Antonio & RENNA, Mario, *La legislazione sul terzo settore in Europa: il quadro attuale e le prospettive future» en verso Un diritto Europeo del Terzo Settore, 1º rapporto sul quadro giuridico dell'economia sociale in Europa*, 2020.

GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, José Ángel, “Informe mercantil diciembre de 2022. Las B-Corps y las sociedades de Beneficio e Interés Común”, *Notarios y registradores*, 2022, [edición electrónica, sin paginar]. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/diciembre-de-2022-b-corps-y-sociedades-de-beneficio-e-interes-comun/#-sociedades-de-beneficio-e-interes-comun>.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara, “La sociedad de beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el Derecho comparado”, *Revista de derecho de sociedades*, N.º 66, 2022, [edición electrónica], sin paginar.

GORI, Luca, *Terzo Settore e Costituzione*, Giappichelli, 2022.

HERNÁNDEZ CÁCERES, Daniel, “Las cooperativas sociales como manifestación del principio cooperativo de interés por la comunidad”. En: AGUILAR RUBIO, M. (Dir.), *Innovación social y elementos diferenciales de la economía social y cooperativa*, Marcial Pons, 2022, págs. 79-98.

LUQUE MATEO, Miguel Ángel, “La financiación del tercer sector local en Italia”. En: CORDERO GARCÍA, José Antonio (Dir.), *Estudios sobre financiación local: En especial, reflexiones sobre la autonomía financiera y sobre los beneficios fiscales*, 2021, pág. 244.

MARTÍN DÉGANO, Isidoro, “Análisis de las novedades en los incentivos fiscales al mecenazgo tras el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre”, *Revista de Contabilidad y tributación, CEF*, N.º 492, págs. 57-98, 2024.

MARTÍN DÉGANO, Isidoro, “Capítulo V. Las fundaciones en los impuestos locales”. En: PEDREIRA MENÉNDEZ, J. (Dir.): *La regulación de las entidades no lucrativas y el mecenazgo: cuestiones pendientes para una reforma*, [En línea] Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015. ISBN 9788490988718.

MARTÍN DÉGANO, Isidoro, “Donativos a entidades sin fin de lucro que no han comunicado su opción por el régimen fiscal especial”, *Centro de Estudios Fiscales*, N.º 388, 2015.

MARTÍN DÉGANO, Isidoro, “Los ayuntamientos y la exención en el IBI de las entidades no lucrativas de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre”, *Tributos Locales*, n.º 95, 2010.

MONTIEL VARGAS, Ana, “Las Empresas B (B Corps) y la regulación de las sociedades con propósito (benefit corporations) en Derecho comparado”, *REVEESCO: Revista de estudios cooperativos*, N.º 141, 2022, págs. 1-25.

NOVARINO, Massimo, Terzo settore, il cambio del regime Iva slitta al 1º luglio 2024, *Cantiere Terzo Settore*, 2023, Prensa.

PALACIOS RONDA, Esteban, “La gratuidad del cargo de patrono en el régimen fiscal privilegiado. Análisis crítico y propuesta de reforma”, *CIRIEC - España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, N.º 102, 2021, pp. 329-356.

PANIAGUA ZURERA, Manuel, *Las empresas de economía social más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

PEDREIRA MENÉNDEZ, José, “Propuestas para la reforma del sector no lucrativo: Especial consideración del régimen aplicable a las fundaciones y el mecenazgo”. En: MERINO JARA, Isaac (Dir.): *Entidades con valor social. Nuevas perspectivas tributarias*, págs. 493-508.

ROJAS SUÁREZ, José Rafael, “Breve análisis de los requisitos necesarios para la declaración y revocación de la utilidad pública de las asociaciones”, *Revista General de Derecho Administrativo, IUSTEL*, N.º 59, 2022, [edición electrónica].

SALAMON, Lester & SOKOLOWSKI, Wojciech Beyond nonprofits, In search of the third sector. In: *The Third Sector as a Renewable Resource for Europe: Concepts, Impacts, Challenges and Opportunities*, 2018, págs. 7-48. Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-71473-8_2.

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Guillermo, “Los fines que establece la ley 49/2002 pueden cumplirse de forma directa o indirecta. Análisis de la RTEAC de 8 de septiembre de 2016 (R.G 769/2015)”, *RCyT.CEF*, N.º 406, 2017, pp. 153-161.

VARGAS VASSEROT, Carlos, “Social Enterprises in the European Union: gradual recognition of their importance and models of legal regulation”. En: PETER, Henry; VARGAS VASSEROT, Carlos; ALCALDE SILVA, Jaime (Coord.) *The International Handbook of Social Enterprise Law: Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, Springer, 2023, págs. 27-45.

VARGAS VASSEROT, Carlos, “Las empresas sociales como entidades de la Economía Social en el Plan de Acción Europeo. Propuestas de lege ferenda para su reconocimiento en España en la Ley 5/2011 de Economía Social”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N.º 41, 2023, págs. 289-329.

YOUNG, Dennis & LECY, Jesse, “Defining the Universe of Social Enterprise. Competing Methaphors”, *Voluntas*, Vol. 25, N.º 5, 2014, págs. 1307-32.

SPEAR, R.; CORNFORTH, C. & AIKEN, M, “The Governance Challenges of Social Enterprises: Evidence from a UK Empirical Study”, *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 80, N.º 2, 2009, págs. 247-273.

TIPOLOGÍA DEL ACOSO EN EL ENTORNO LABORAL. CONVENIO 190 OIT. CIBERACOSO. PREVENCIÓN: LOS PROTOCOLOS DE ACOSO

Francisco José Fernández Romero
Doctor de Derecho Civil
Universidad Loyola (Campus Sevilla)

Fecha de recepción: 11/05/2024

Fecha de aceptación: 27/05/2024

RESUMEN: En la normativa española, vigente desde 2003, el concepto de acoso laboral se divide en cuatro subcategorías: acoso sexual, acoso por razón de género, acoso discriminatorio y acoso moral. El convenio 190 de la OIT subraya que todo país debe respetar, promover y garantizar el disfrute del derecho de todas las personas a un mundo laboral libre y adoptar leyes que definan y prohíban esa violencia y acoso en el ámbito laboral.

El seguimiento y control del cumplimiento de la legislación y del marco normativo de referencia son fundamentales para las organizaciones no sólo por el mero cumplimiento de los mismos, sino para contribuir a la mejora de los servicios y procesos de gestión.

Dentro del plan de cumplimiento legal, se establece el Plan de Igualdad y Prevención de Riesgos Laborales y se desarrolla como parte fundamental el Protocolo de Acoso.

ABSTRACT: Since 2003, the concept of workplace harassment is divided under Spanish legislation into four subcategories: sexual harassment, gender harassment, discriminatory harassment and moral harassment. The ILO Convention (No 190) stresses that every country must respect, promote and guarantee the right to a world of work free from violence and harassment, and adopt laws that preclude such violence and harassment in the sphere of labor.

For private and public organizations, it is essential to monitor compliance with such regulatory framework in order to improve their services and management tasks.

In order to ensure legal compliance, the development of a Plan for Equality and the Prevention of Occupational Risks and the Harassment Protocol is fundamental.

PALABRAS CLAVE: Acoso laboral, Ciberacoso, Convenio 190 OIT, Prevención, Legislación.

KEYWORDS: Workplace Harassment, Cyber bullying, ILO Convention (No 190), Prevention, Legislation.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Tipos de acoso en el ámbito laboral. A) Acoso sexual; B) Acoso por razón de sexo; C) Acoso discriminatorio; D) Acoso moral o mobbing 3. Nuevo enfoque integral del tratamiento del acoso en el ámbito laboral; 4. Ciberacoso o acoso digital; 5. Protección y prevención frente al acoso; 6. Plan de cumplimiento normativo (Compliance Program). Protocolo de acoso; 7. Conclusión; 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Esta revisión hace referencia a los diferentes tipos de acoso que se pueden producir en el ámbito laboral y a los protocolos que se deben aplicar según el Convenio sobre la violencia y el acoso¹ (en adelante Convenio 190 OIT) para abordar y eliminar dichas situaciones en la empresa u organización.

En un primer apartado tratamos los tipos de acoso en el entorno laboral y cómo son definidos en las respectivas leyes. A continuación, abordamos el nuevo enfoque integral del tratamiento del acoso en el ámbito laboral, apoyándonos en el Convenio 190 OIT sobre la violencia y el acoso. Hacemos mención del ciberacoso o acoso digital, cada vez más presente en la sociedad actual. Terminamos refiriéndonos a la protección y prevención frente al acoso y el Compliance Program, el Plan de Cumplimiento Normativo, y la ejecución de los protocolos ante situaciones de acoso.

Partimos de la idea del acoso laboral como un problema generalizado que no solo afecta de manera negativa a los empleados de una determinada empresa, sino que atañe también a la propia organización. Aportamos las indicaciones del Convenio 190 OIT y la Recomendación 206 sobre violencia y acoso en el trabajo y las implicaciones que se derivan para su aplicación en la legislación laboral española y en los Protocolos de Prevención y Planes de Cumplimiento Normativo de las empresas, organismos e instituciones. Se trata de un nuevo enfoque integral del tratamiento del acoso laboral del que se deben derivar procedimientos y normas para prevenir y proteger a las personas. En el Convenio 190 OIT se reconoce abiertamente que la situación de acoso en la empresa es una total violación de los derechos humanos y establece un marco para prevenirlo de forma que se restaure un lugar de trabajo tranquilo y seguro para todos los miembros de la empresa. Establece las actuaciones correspondientes que ayuden a promover el respeto y la dignidad de las personas en su lugar de trabajo.

2. TIPOS DE ACOSO EN EL ENTORNO LABORAL

La regulación legal del acoso y la violencia en el trabajo que actualmente existe en muchos países está constituida por normas dispersas publicadas en los últimos años referidas a ámbitos parciales, sin unidad en el planteamiento y carente de un concepto legal ajustado a las circunstancias actuales².

En la regulación española esta normativa, que parte del año 2003, presenta el concepto de acoso laboral disgregado en cuatro subcategorías: sexual, por razón de género, el acoso discriminatorio y acoso moral.

A) ACOSO SEXUAL

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante L.O. 3/2007) define el acoso sexual como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”³.

¹ Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). Organización Internacional del Trabajo.

² PÉREZ AMORÓS, Francisco. Nuevo concepto de violencia y acoso en el trabajo según el convenio 190 de la OIT de 2019. *Revista Iberoamericana De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*, 3 (6), 5-21, 2022.

³ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que plantea específicamente la actuación frente a los acosos de tipo sexual y por razón de sexo. *Boletín Oficial del Estado*, 71, de 23 de marzo de 2007, art. 7.1.

Es importante destacar que, en este caso, el acoso debe producirse en el contexto de la relación laboral y no en otros aspectos no relacionados con el ámbito laboral. Por tanto, el conflicto se debe originar bien con motivo de la relación laboral, bien en tiempo y lugar de trabajo, bien en el entorno laboral. Es importante tener en cuenta que no será necesario acreditar, cuando el acercamiento sexual es objetivamente ofensivo, una negativa de la víctima para que se considere ilícito. Si la víctima consiente expresamente o ha realizado actos inequívocos de consentimiento, desaparece la ofensividad. Por contra, los actos no ofensivos en sentido objetivo pueden constituir acoso cuando hay una negativa expresa o inequívoca de la víctima⁴.

Se considerarán constitutivas de acoso sexual las siguientes conductas: - Observaciones sugerentes y desagradables, chistes o comentarios sobre la apariencia o condición sexual del trabajador o trabajadora, gestos obscenos y abusos verbales. - Peticiones de favores sexuales, incluyendo todas aquellas insinuaciones o actitudes que asocien la mejora de las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo del trabajador o trabajadora, a la aprobación o denegación de estos favores. Cualquier otro comportamiento que tenga como causa o como objetivo la discriminación, el abuso, la vejación o la humillación de las personas por razón de su sexo. - El contacto físico innecesario con connotación y toda agresión sexual. - Difusión de documentos, vídeos o imágenes relacionados con la vida sexual de las personas, a través de las redes sociales o de cualquier otro medio de comunicación, aunque hubiera habido consentimiento⁵.

B) ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

La L.O. 3/2007 define el acoso por razón de sexo como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”⁶.

Por lo que se refiere al acoso por razón de sexo, son elementos de este, los comportamientos verbales o físicos realizados en función o sobre la base del género de la persona que sean ofensivos y que se produzcan en el ámbito laboral⁷.

Son conductas calificables como acoso por razón de sexo: - Comentarios despectivos acerca de las mujeres y, en general, comentarios sexistas sobre mujeres u hombres basados en prejuicios de género. - Demérito de la valía profesional por el hecho de la maternidad. - Conductas hostiles hacia cualquier persona que ejercite su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional⁸.

C) ACOSO DISCRIMINATORIO

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁹ (en adelante Ley 62/2003) lo describe como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación

⁴ MORENO SOLANA, Amanda. *Acoso Sexual, Acoso por Razón de Género y Acoso Moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda. Nieto Rojas (dir.) Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa.* ISBN 978-84-1377-637-8, págs. 175-207 España. Dykinson. (2021).

⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, serie B, núm. 66, de 29 de septiembre de 2021. Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo y frente a todas las formas de acoso y violencia en las Cortes Generales de España, págs. 6 - 7).

⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que plantea específicamente la actuación frente a los acosos de tipo sexual y por razón de sexo. *Boletín Oficial del Estado*, 71, de 23 de marzo de 2007, art. 7.2.

⁷ MORENO SOLANA, Amanda. *Acoso Sexual, Acoso por Razón de Género y Acoso Moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda. Nieto Rojas (dir.) Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa.* ISBN 978-84-1377-637-8, págs. 175-207 España. Dykinson. (2021).

⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, serie B, núm. 66, de 29 de septiembre de 2021. Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo y frente a todas las formas de acoso y violencia en las Cortes Generales de España, pág. 7).

⁹ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. *Boletín oficial del Estado*, 313, de 31 de diciembre de 2003, art. 28.2.

sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

También hay que señalar que el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹⁰, define el acoso discriminatorio en personas con discapacidad como “toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Al igual que también define el acoso discriminatorio la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación integral¹¹ (en adelante Ley 15/2022) como “cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Las causas a las que hace referencia la Ley 15/2022¹² son “por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

A título de ejemplo, podemos considerar constitutivos de acoso discriminatorio los comentarios o comportamientos: - Racistas y xenófobos. - Contrarios a la libertad religiosa o a la no profesión de religión o credo. - Degradantes de la valía personal o profesional de las personas con discapacidad. - Peyorativos por razón de edad o aspecto físico. - Los comportamientos de segregación o aislamiento de las personas discriminadas. - Clasistas o que denoten aporofobia¹³.

D) ACOSO MORAL O MOBBING

Por lo que se refiere al Acoso Moral, Acoso Psicológico, Mobbing, lo primero que hay que destacar es que, a diferencia del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, nuestra legislación laboral no recoge el concepto.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO¹⁴ usa el término acoso moral, como el más preciso para definir las conductas que afectan a la integridad moral y otros derechos fundamentales, en múltiples casos, como la integridad física, la propia imagen o el derecho al honor y que, en ningún caso, pueden tener cabida en el ámbito de las relaciones laborales. Estas formas de violencia se agrupan en una sola categoría para la cual se han usado varias denominaciones: acoso moral, acoso laboral, mobbing o bullying.

¹⁰Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. *Boletín Oficial del Estado*, 289, de 3 de diciembre de 2013, art. 2.f.

¹¹Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Boletín Oficial del Estado*, 167, de 16 de junio de 2022, art. 6.4.

¹²Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Boletín Oficial del Estado*, 167, de 16 de junio de 2022, art. 2.1.

¹³Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, serie B, núm. 66, de 29 de septiembre de 2021. Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo y frente a todas las formas de acoso y violencia en las Cortes Generales de España, págs. 7 - 8).

¹⁴ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 157, 167-192, 2021.

Son conductas calificables como acoso laboral: - Dejar a la persona de forma continuada sin ocupación efectiva, o en situación de incomunicación, sin causa alguna que lo justifique. - Ocupar a la persona en tareas inútiles o que no tienen valor. - Exigir unos resultados desproporcionados de imposible cumplimiento con los medios materiales y personales que se le asignan. - Realizar acciones de represalia frente a quienes han planteado quejas, denuncias o recursos, o a quienes han colaborado con las personas reclamantes. - Insultar o menospreciar repetidamente a una persona, así como reprender su conducta reiteradamente delante de otras personas, o difundir rumores sobre su capacidad y desempeño profesional o sobre su vida privada. - La violencia verbal. - La violencia física¹⁵.

Cualquiera de los tipos antes descritos, en función del lugar jerárquico que la persona que acosa ocupa respecto a la víctima, puede producirse entre compañeros y compañeras de trabajo (acoso horizontal), por parte de un superior o superiora hacia su subordinado o subordinada (acoso vertical descendente), por parte de un subordinado o subordinada a un superior o superiora (acoso vertical ascendente). Cualquiera de estas situaciones se puede ejercer de forma individual o grupal y estar dirigidas hacia una única persona o un grupo de ellas.

3. NUEVO ENFOQUE INTEGRAL DEL TRATAMIENTO DEL ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL.

El Convenio 190 OIT establece un nuevo concepto sobre violencia y acoso de carácter amplio y general¹⁶.

En el apartado de definiciones, el Convenio 190 OIT establece un concepto único de violencia y acoso en el trabajo, así se dispone que: la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género¹⁷.

Se trata de un concepto mínimo de referencia, si bien, como señala el propio (C190), nada impide que “la violencia y el acoso puedan definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados”¹⁸.

Por otra parte, según DE VICENTE PACHÉS¹⁹, no es un elemento o requisito fundamental el daño o que tenga como resultado el daño. Es suficiente que la conducta acosadora sea susceptible de producirlo (físico, psíquico, sexual o económico), perdiendo trascendencia el elemento de su intencionalidad.

¹⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, serie B, núm. 66, de 29 de septiembre de 2021. Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo y frente a todas las formas de acoso y violencia en las Cortes Generales de España, pág. 8).

¹⁶ PONS CARMENA, María. Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 1(2), 30-60, 2020.

¹⁷ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Manuel Pedro. El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 119-142, 2019.

¹⁸ PONS CARMENA, María. Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 1(2), 30-60, 2020.

¹⁹ DE VICENTE PACHES, F. El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106, 2020.

En el Convenio 190 OIT se establece claramente que los comportamientos inaceptables o las amenazas “ya se manifiesten una sola vez o de manera repetida” son constitutivas de violencia o acoso, desechando cualquier exigencia de continuidad o reiteración²⁰.

Estas definiciones suprimen totalmente algunas condiciones, la reiteración y la intencionalidad, que los tribunales españoles, y nuestra doctrina, habían establecido como fundamentales para entender y demostrar que se producían estas conductas. Así, el Convenio 190 OIT admite que estas conductas se pueden manifestar una sola vez o de forma repetida. Y, además, ese comportamiento puede generar daños intencionadamente o no. Incluso, puede tratarse de un comportamiento que sea susceptible de causar ese daño sin llegar a haberlo producido²¹.

Además, el Convenio 190 OIT ha incluido, además de las situaciones de violencia y acoso horizontal y vertical (ascendente y descendente), las que provienen de terceras personas (clientes, proveedores, pacientes, alumnos, usuarios, etc.), cuando se manifiestan dentro de la esfera laboral.

En lo que se refiere al ámbito personal, el Convenio 190 OIT protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, incluyendo a los trabajadores asalariados, a las personas que trabajan, cualquiera que su tipo de contrato, las personas en formación, los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los candidatos a un empleo. También a las personas que ejercen la autoridad o la responsabilidad, directivos e incluso a los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Este Convenio 190 OIT se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales²².

El Convenio 190 OIT en lo referente al ámbito espacial (art. 3), reconociendo la naturaleza diversa y cambiante del mundo laboral, expresamente, indica que se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que se producen durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, incluyendo todos los espacios donde el trabajador puede encontrarse, eso sí, dentro de la esfera laboral: lugares de descansos, de comida, de aseo, vestuarios, en los desplazamientos que se realizan como consecuencia del trabajo, en el alojamiento proporcionado por el empleador, en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo y a través de las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas a través de las nuevas tecnologías (acoso digital o ciberacoso). Esto último resulta relevante ya que es la primera vez que una norma hace referencia expresamente a esta forma de manifestación del acoso²³.

²⁰ PONS CARMENA, María. Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 1(2), 30-60, 2020.

²¹ MORENO SOLANA, Amanda. *Acoso Sexual, Acoso por Razón de Género y Acoso Moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda*. Nieto Rojas (dir.) *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*. ISBN 978-84-1377-637-8, págs. 175-207 España. Dykinson. (2021).

²² DE VICENTE PACHES, F. El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106, 2020.

²³ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Manuel Pedro. El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 119-142, 2019

4. CIBERACOSO O ACOSO DIGITAL

La nueva revolución tecnológica o cuarta revolución industrial ha introducido a la sociedad en nuevos avances y desarrollos técnicos aplicables a todos los ámbitos de la vida (social, productivo o económico) y está conllevando profundos cambios en todos los aspectos de nuestra vida personal, social y profesional. El mundo del trabajo no ha sido ajeno a esta realidad.²⁴

Las ventajas del uso de las TIC y de las redes sociales en el mundo del trabajo son muchas, pero el mal uso o el abuso en su utilización pueden suponer un riesgo psicosocial para la salud de la persona trabajadora. Así, por un lado, al desdibujarse las fronteras entre tiempo de trabajo y vida privada, pueden suponer una intromisión empresarial en el tiempo de descanso, sobre todo en el caso del teletrabajo, lo que pretende corregirse mediante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el trabajo. Y, por otro lado, esta interconectividad ha sido la puerta de entrada de un nuevo tipo de conductas violentas en la empresa²⁵.

Esta nueva modalidad de acoso en el trabajo, que va en aumento, se ha denominado con diferentes términos y expresiones: acoso digital, acoso cibernético, acoso virtual, acoso en red, acoso online, acoso por medio de las Tecnologías de la Relación, la Información y la Comunicación (en adelante TRIC), o la más conocida o utilizada de “ciberacoso” en el trabajo²⁶.

La violencia y el acoso laboral se pueden producir “en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”, a las que hace referencia el Convenio 190 OIT, y este uso condiciona que las personas se ubiquen en una nueva realidad en el mundo del trabajo en la que, como se viene dando realmente en la práctica, las propias tecnologías se pueden transformar en vehículo y medio de violencia y acoso en sus distintas modalidades (sexual, por razón de sexo, moral, discriminatoria)²⁷.

Por lo tanto, el ciberacoso en el trabajo no constituye una categoría específica de acoso que pueda diferenciarse del acoso sexual, sexista, discriminatorio o moral, por cuanto esta conducta no afecta a un bien jurídico diferenciado. Al contrario, cualquiera de estas modalidades de violencia en el trabajo podría producirse en “escenarios digitales” a través del uso de tecnologías de la información²⁸.

En el documento de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo N°1²⁹, se define el ciberacoso en el mundo del trabajo como “cualquier comportamiento agresivo contra una víctima individual o un grupo individualizado de víctimas a través de las TIC en el contexto del trabajo”. Y añade que “el resultado previsible de infligir estos actos es un daño físico o psicológico a una víctima o a un grupo de víctimas, con lo que a menudo se degradan las

²⁴FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier. La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (452), 83–115, 2020.

²⁵ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio. y ARADILLA MARQUÉS, María José. Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 65-92, 2023.

²⁶MOLINA NAVARRETE, Cristobal. *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, 1ª Edición. Madrid. La Ley, Wolter Kluwer, 2019.

²⁷MORENO MÁRQUEZ, Ana María. El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (166), 93-138, 2023.

²⁸ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 157, 167-192, 2021.

²⁹Documento de trabajo N°1 de la OIT. *Actualización de las necesidades del Sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y al acoso en el mundo del trabajo posibilitado por las TIC*, 2020.

condiciones de trabajo de la víctima o las víctimas o del entorno de trabajo en general. Asimismo, el ciberacoso requiere que el comportamiento agresivo se produzca de forma regular durante un período razonable o que la incidencia de dicho comportamiento agresivo tenga un efecto perjudicial duradero”.

El profesor MOLINA NAVARRETE³⁰, tomando como base el Convenio 190 OIT, construye una definición de “violencia cibernética en el trabajo”: [...] conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables [conductas actuales], o las amenazas de ellos [intimidación con conductas futuras], se manifiesten de una sola vez [agresión ocasional] o repetida [acoso], susceptibles de causar un daño [personal o económico] cualquiera que sea su motivación, incluida la razón de sexo, mediante las comunicaciones por medio de tecnología digital y relacionadas con el trabajo.

De esta definición, VICENTE PACHÉS³¹ extrae los elementos que configuran el ciberacoso en el mundo del trabajo:

1. Es una agresión/conducta violenta utilizando las TRIC consistente en intimidar, atacar, humillar, difamar, vigilar, chantajear a la persona trabajadora. Se puede realizar por medio de dispositivos digitales, aplicaciones o herramientas informáticas muy comunes como el WhatsApp, el correo electrónico, SMS, las páginas web, las tabletas, los blogs, los foros, las redes sociales, los chats internos de las empresas, YouTube, etc.
2. La agresión por medio de estos dispositivos digitales suele realizarse de forma reiterada o de forma ocasional o puntual. En los casos de ciberacoso sexual y sexista, una sola vez puede ser suficiente para ocasionar un gran daño. Por ejemplo, la publicación de fotos o un vídeo íntimo que puede ser visto por muchas personas en muy poco tiempo y puede estar accesible mientras no sea borrado. En otras ocasiones, la duración de los ataques, la prolongación o la persistencia en el tiempo (“efecto acumulativo”) produce en la propia víctima la sensación de inseguridad, de indefensión y que su temor vaya en aumento. Por otra parte, el acoso por estos medios, por su amplia difusión pública en poco tiempo, supone mayor capacidad lesiva en relación con el acoso físico o presencial.
3. La agresión puede provenir de sujetos internos o externos al ámbito de trabajo. En la mayoría de los casos es realizado por uno o varios compañeros de trabajo o por superiores, aunque puede ser realizado, incluso, por terceras personas ajenas o externas al propio lugar de trabajo (clientes, usuarios, proveedores).
4. La agresión por dispositivos digitales carece de las limitaciones de espacio y tiempo. Puede hacerse desde cualquier lugar y en todo momento. Por consiguiente, puede realizarse tanto dentro como fuera de la jornada y del tiempo de trabajo, como establece expresamente el Convenio 190 OIT, siendo suficiente constatar que la acción tenga lugar “durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del trabajo”. Puesto que la tecnología puede desdibujar las fronteras entre la vida personal y laboral se pueden producir conductas agresivas mucho más allá de los límites del lugar de trabajo.
5. El ciberacoso produce daños físicos o psicológicos de gravedad pudiendo generar en la persona cuadros de ansiedad, estrés postraumático, depresión, incapacidad para el trabajo e incluso el suicidio. Se trata de una intromisión inapropiada o inaceptable, como dice el Convenio 190 OIT, en la vida personal de la víctima. En estas situaciones se produce un desentendimiento emocional, ya que los acosadores, a diferencia del acoso presencial, no conocen directamente reacciones y emociones de sus víctimas.

³⁰MOLINA NAVARRETE, C. (2019) *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, 1ª Edición. Madrid. La Ley, Wolter Kluwer, 2019.

³¹DE VICENTE PACHES, F. El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106, 2020.

6. Otro elemento clave en determinadas formas de acoso digital o ciberacoso laboral es que este se produce tras la negativa de la víctima a continuar recibiendo mensajes, llamadas, comentarios o cualquier otra información procedente del ciberacosador. Las posibilidades que ofrece internet para la ocultación de la identidad, así como la distancia física entre la persona agresora y la víctima, implican la imposibilidad de manifestar dicha negativa, ya que, a diferencia del acoso offline o presencial, en muchos casos la víctima no conoce quién es el ciberacosador, aunque suele ser común que en muchas ocasiones se trate de una persona de su entorno.

Aunque en el Convenio 190 OIT queda claro que las comunicaciones deben estar relacionadas con el trabajo, se pueden plantear cuestiones como si los medios utilizados para ello deben pertenecer a la empresa o pueden ser privados; o si es preciso que se produzca en tiempo y lugar de trabajo o no. Lo cierto es que en el Convenio 190 OIT no se especifica la titularidad de los citados medios, lo que determina que se pueda interpretar que es indiferente; lo mismo sucede con respecto al tiempo y lugar, ya que el hecho de que esos comportamientos y prácticas inaceptables se produzcan por esos medios conlleva que el ciberacoso pueda tener lugar en cualquier momento y lugar. En realidad, suele ser lo más habitual en la práctica, además hay que recordar que en el Convenio 190 OIT se hace referencia a “la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado de este”³².

VICENTE PACHÉS³³ explica que la violencia digital y ciberacoso en el trabajo aparecen debido a una inadecuada utilización de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente de internet, las redes sociales y la telefonía móvil, cada vez más frecuentes en las relaciones personales y, como no podía ser de otra forma, en las relaciones del mundo del trabajo. Estas nuevas formas de acoso, en ocasiones fomentadas por el anonimato que favorecen las redes sociales o por la facilidad de acceso a los dispositivos tecnológicos y a sistemas de mensajería instantánea, han de ser en todo caso prevenidas y reprimidas, en especial en el ámbito laboral o en relación con el mismo, con independencia de quién, cuándo, con qué motivación o a través de qué vías las realice, siempre que la conexión entre acosador y víctima pueda trazarse en el ámbito laboral³⁴.

En la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia³⁵, se establece la obligación de las empresas de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, con respecto a la configuración y aplicación de medidas contra el acoso (sexual, por razón de sexo, por causa discriminatoria y laboral); al igual que en la Ley Orgánica 10/2022, 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual³⁶, para indicar que la violencia sexual, en la que se incluye el acoso sexual, se puede producir en el ámbito digital.

La Agencia Española de Protección de Datos en el año 2019 incluyó, a modo de ejemplo, cuáles podrían ser las conductas constitutivas de acoso a través de un tratamiento ilícito de datos personales:

- La grabación de imágenes degradantes que afecten a la intimidad de los trabajadores, en particular, pero no solo, cuando estas afecten a la vida y libertad sexual de las personas

³²MORENO MÁRQUEZ, Ana María. El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (166), 93-138, 2023.

³³DE VICENTE PACHES, F. El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106, 2020.

³⁴IGARTUA MIRÓ, M. T. (2020). Los canales de denuncia internos (whistleblowing) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (447), 37-69, 2020.

³⁵Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. *Boletín Oficial del Estado*, 164, de 10 de julio de 2021, art. 4.4.

³⁶Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, 215, de 16 de junio de 2022, art. 3.1.

- La difusión de imágenes o videos de contenido sexual entre los trabajadores, ya se trate del envío por quien las haya recibido de forma legítima, el llamado ‘porno vengativo’, o de la

mera difusión en redes sociales o de comunicación (Telegram, WhatsApp) de imágenes o videos de terceras personas.

- La publicación o difusión de mensajes o contenido audiovisual (imágenes, memes, etc.) que tenga por objeto menoscabar la dignidad de un trabajador y crear un entorno humillante u hostil, especialmente -pero no solo- cuando estos supongan insinuaciones relativas a la vida sexual del trabajador.

- La publicación o difusión de comentarios despectivos, chistes ofensivos o demérito de la valía profesional de un trabajador en redes de mensajería instantánea o redes sociales ya tengan un carácter sexual (constitutivos de acoso sexual), ya estén relacionados con el sexo del trabajador (acoso por razón de sexo) o su orientación o identidad sexual, ya tengan un carácter general (acoso laboral).

- El envío de mensajes o insinuaciones ofensivas de carácter sexual realizadas por redes de mensajería instantánea o redes sociales.

- La difusión de insultos o de rumores falsos empleando redes de mensajería instantánea o redes sociales.

5. PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN FRENTE AL ACOSO.

En el Preámbulo del Convenio 190 OIT se recoge el derecho de toda persona a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso, reconociendo, asimismo, que la violencia y el acoso en el trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, que son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente y que en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social.

El Convenio 190 OIT también pone de relieve, tal como describe MORENO SOLANA³⁷, que todo “Estado que lo ratifique deberá respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso y deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, y con un enfoque inclusivo e integrado, primando la faceta o dimensión preventiva (de prevención de riesgos laborales, en adelante, PRL. Las leyes más apropiadas en el ordenamiento español para establecer estos derechos y definiciones serían el ET y el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP”. Sin embargo, la redacción actual de estos preceptos no cumpliría íntegramente con las exigencias del Convenio 190 OIT si no define la violencia y el acoso en sus distintas formas ni incluye de manera explícita su protección en todos los casos. Sería, por tanto, necesario ampliar en tal caso la redacción de estos preceptos para que incluyan la definición de estas conductas y se recoja así de manera expresa, y no solamente implícita, la protección frente a ellas³⁸. Asimismo, el Convenio 190 OIT obliga a las empresas

a poner en práctica las políticas oportunas de gestión eficaz frente a la violencia y acoso, comprendiendo, igualmente, también el ciberacoso o acoso por medio de dispositivos

³⁷ MORENO SOLANA, Antonio. Acoso Sexual, Acoso por Razón de Género y Acoso Moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda. *Nieto Rojas (dir.) Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, págs. 175-207, 2021.

³⁸VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Manuel Pedro. El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 119-142, 2019

digitales³⁹. De igual forma, también dispone que “todo Estado que lo ratifique deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”⁴⁰.

Y desde esta perspectiva preventiva para combatir la violencia y acoso, el Convenio 190 OIT concreta que las empresas y organizaciones deberán: a) adoptar y aplicar una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso; b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos; y d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes.

La política del lugar de trabajo debería incluir una declaración de tolerancia cero; establecer programas de prevención; definir los derechos y las obligaciones de los trabajadores y del empleador; prever que las comunicaciones relacionadas con incidentes de violencia y acoso se tengan debidamente en consideración y se adopten las medidas que correspondan; contener información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación; definir el derecho a la privacidad, e incluir medidas de protección frente a la victimización o las represalias. Esta política de lugar de trabajo debe ser adoptada y aplicada en consulta con los representantes⁴¹.

Según VICENTE PACHÉS⁴², para prevenir y actuar frente al acoso por medios tecnológicos o digitales es necesaria la inclusión en la normativa interna de las organizaciones productivas, a modo de políticas internas de empresa, de normas éticas o códigos éticos o de conducta, esto es, de concretas obligaciones y compromisos, a modo de “buenas prácticas” o guías en relación con el proceder de la persona trabajadora en el momento de emitir opiniones, comentarios o manifestaciones que se pudieran publicar en internet y en las redes sociales (fuera o dentro de la empresa).

Un uso adecuado de los medios de comunicación digitales de la empresa y las redes sociales en el entorno laboral, además de situaciones de violencia y acoso digital, evitaría otros problemas que derivan en acciones disciplinarias contra los responsables, por el daño que causan a la empresa⁴³.

Uno de los aspectos más positivos del Convenio 190 OIT es su puesta en valor de la vertiente preventiva del acoso y la adopción de medidas dentro de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, partiendo de la evaluación de riesgos⁴⁴.

³⁹MORENO SOLANA, Antonio. Acoso Sexual, Acoso por Razón de Género y Acoso Moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda. *Nieto Rojas (dir.) Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, págs. 175-207, 2021.

⁴⁰DE VICENTE PACHES, F. El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106, 2020.

⁴¹Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190). Organización Internacional del Trabajo, art.7 de Recomendación 206.

⁴²DE VICENTE PACHES, F. El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106, 2020.

⁴³ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio. y ARADILLA MARQUÉS, María José. Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Nº 166, 65-92, 2023.

⁴⁴IGARTUA MIRÓ, M. T. (2020). Los canales de denuncia internos (whistleblowing) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (447), 37-69, 2020.

En la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo que menciona el Convenio 190 OIT se señala que se deberían tener en cuenta los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales. Y concretamente que debería prestarse especial atención a los peligros y riesgos que: a) se deriven de las condiciones y modalidades de trabajo, la organización del trabajo y de la gestión de los recursos humanos, según proceda; b) impliquen a terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público; y c) se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso⁴⁵.

La Recomendación 206 sobre la violencia y el acoso del OIT señala además que: “Los miembros deberían adoptar medidas apropiadas para los sectores o las ocupaciones y las modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, tales como el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio”⁴⁶.

El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo en 2021 estableció que en el caso concreto del trabajo a distancia se deberá tener en cuenta el número total de personas que teletrabajan, el tiempo de trabajo de esta modalidad de prestación de servicios, los centros de trabajo en los que se llevan a cabo y las unidades funcionales de las que dependen. Y ponerse en relación con la violencia y el acoso en el trabajo, ya que, por un lado, estas personas trabajadoras están seguramente más expuestas a estas conductas, tanto por su aislamiento del resto de la plantilla, como por la poca conciencia existente sobre las consecuencias del mal uso de los medios digitales.

Según VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ⁴⁷ el único contexto legal en el que se pueden desarrollar estas medidas es el de la LPRL. En concreto, dentro del ámbito de los “riesgos psicosociales”, tal y como menciona el propio Convenio 190 OIT. Un término que comúnmente abarca el estrés laboral, la violencia y el acoso en el trabajo⁴⁸. La gestión preventiva de los riesgos psicosociales comprende la evaluación de riesgos, que se cita expresamente en el Convenio 190 OIT, la planificación de medidas preventivas, así como su seguimiento y revisión periódica. Estas acciones tendrían por finalidad eliminar el riesgo de que se produzca violencia o acoso o bien reducir la probabilidad de que este riesgo se materialice causando un daño en la salud de las personas trabajadoras.

Entre los factores de riesgo psicosocial que tienen influencia en la violencia y el acoso laboral se encuentran las relaciones interpersonales en el trabajo (malas o escasas relaciones, ausencia de comunicación, conflictos personales...), las características del puesto de trabajo y los aspectos organizacionales sobre tiempo de trabajo (distribución de los tiempos, descansos y desconexiones). Entre estos factores de riesgo existe una clara relación de interdependencia de forma que la sobrecarga de trabajo, los horarios prolongados, la falta de desconexión, especialmente en condiciones de aislamiento, se convierten en factores

⁴⁵DE VICENTE PACHES, F. El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106, 2020.

⁴⁶Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206) de la Organización Internacional del Trabajo.

⁴⁷VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Manuel Pedro. El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 119-142, 2019

⁴⁸GARCÍA JIMÉNEZ, M. Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(2), 97-120, 2019.

que pueden incidir negativamente en las relaciones personales y crear un ambiente que propicie conductas violentas⁴⁹.

Finalmente, las empresas y organizaciones deberán informar y formar suficiente y adecuadamente a trabajadores, a directivos y mandos intermedios sobre violencia y acoso, para que sean capaces de detectarlo y, si se produce algún supuesto, actuar en consecuencia. La formación deberá estar adaptada al nivel de responsabilidad y competencias que se tengan en la empresa. En este sentido, el Convenio 190 OIT señala expresamente que: “Se proporcionen orientaciones, recursos, formación u otras herramientas sobre todas las formas de violencia y acoso en el mundo del trabajo, tanto física como psíquica, incluyendo la violencia y el ciberacoso por razón de género, a los empleadores y a los trabajadores y a sus organizaciones respectivas, así como a las autoridades competentes, en forma accesible, según proceda.”

6. PLAN DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE PROGRAM). PROTOCOLO DE ACOSO.

La vigilancia y el control del cumplimiento de la legislación y del marco normativo de referencia resultan esenciales para las organizaciones, no sólo por la mera observancia de las mismas, sino por contribuir a la mejora continua de los servicios y procesos de gestión. Por otro lado, la complejidad que algunas exigencias legales suponen para las empresas provoca el aumento del riesgo de desconocimiento e incumplimiento normativo. Esta circunstancia, que originariamente afectaba a las grandes empresas, hoy en día supone un elemento de preocupación para cualquier entidad, no sólo a causa de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal de 2015, y de las recientes reformas en materia laboral, administrativa, fiscal, medioambiental y de protección de datos, sino sobre todo, por la necesidad de implementar un sistema de control permanente de la actividad y de los procesos de negocio, que ayude a los directivos a prevenir, detectar y corregir riesgos que puedan comprometer el buen funcionamiento de la empresa.

Cada elección que toman las organizaciones para alcanzar sus objetivos y metas tiene sus riesgos. Por lo tanto, lidiar con el riesgo es una parte de los procesos inherentes a la compañía, desde la gestión operativa (el día a día de una empresa) hasta la adopción de decisiones estratégicas en la administración de la entidad. De esta manera, el Compliance Program (Plan de Cumplimiento Normativo, en adelante PCN) se configura como un elemento garante del compromiso de cumplimiento normativo de la empresa, tanto en materia de prevención de delitos, como en la regulación de los procesos éticos, organizacionales y de gobernanza en cada organización.

El Compliance Program se convierte, por tanto, como un sistema de control general preventivo de infracciones penales, administrativas y fiscales, y de discordancias, irregularidades y disfuncionalidades que puedan desarrollarse en el día a día de la actividad de la empresa, que además contribuye a desarrollar y mejorar los procesos internos, reforzando la identidad corporativa de promoción del cumplimiento normativo.

La elaboración de un PCN no es solo una señal inequívoca de la buena salud empresarial sino también un indicativo del querer hacer bien las cosas de manera reconocible.

La elaboración de un PCN no es solo una señal inequívoca de la buena salud empresarial sino también un indicativo del querer hacer bien las cosas de manera reconocible.

Esto implica la repulsa expresa de todas las situaciones de violencia y acoso en el seno de la institución y el compromiso de consolidar un entorno laboral en el que las personas puedan trabajar en un ámbito libre de acoso de cualquier tipo.

⁴⁹ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio. y ARADILLA MARQUÉS, María José. Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N° 166, 65-92, 2023.

Dentro del ámbito del PCN se encuentra el Plan de Igualdad y de la PRL, y como parte fundamental se desarrolla el “Protocolo de acoso” Se trata de eliminar cualquier situación de esta naturaleza en las relaciones laborales mediante un procedimiento que permita dar solución a las reclamaciones con las debidas garantías, basándose en la normativa legal vigente.

El protocolo de acoso se pone en marcha una vez se ha producido la conducta con el fin de dar cauce a las denuncias y dar un tratamiento correcto al conflicto en el seno de la empresa tomando, en su caso, las medidas protectoras y sancionadoras oportunas.

Aunque poseen un carácter eminentemente defensivo o reactivo, tienen también una función preventiva en cuanto que la adecuada protección y respaldo empresarial a la víctima funcionan como elemento de disuasión de futuras conductas.

Según ALTÉS TÁRREGA y ARADILLA MARQUÉS⁵⁰, sería conveniente que estos protocolos, además de hacer mención a la normativa aplicable, ofrezcan las definiciones de violencia y acoso en el trabajo en sus distintas manifestaciones, incluyendo el ciberacoso, así como ejemplos de las conductas que provocan estos ilícitos.

Igualmente, es imprescindible asegurar un tratamiento absolutamente confidencial de los casos que se pudieran producir, así como la protección de cualquiera de las partes implicadas.

En este punto hay que traer a colación la obligación de incorporar canales internos de denuncia tomando como referencia el Convenio 190 OIT y la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019⁵¹, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. En relación con estos canales, deberían establecerse medidas de garantía que impidan posibles represalias sobre los informantes y el procedimiento a seguir para interponerlas, que, en caso de existir trabajo a distancia, debe contemplar la posibilidad de presentación telemática⁵². La adecuada protección del “denunciante” (sea la víctima o un tercero) puede contribuir a la evitación de situaciones de acoso o, al menos, a su detección y remedio temprano⁵³.

La Ley 3/2023 hace necesaria la regulación de los canales de denuncia en aspectos como la participación y funciones de los representantes de los trabajadores, la inversión de la carga de la prueba, una regulación más completa de las garantías frente a las represalias y la graduación de las sanciones. En los protocolos de acoso laboral, regulados en los convenios colectivos y planes de igualdad, se establece un procedimiento de actuación y un sistema de garantías, que deberían servir como modelo formal para la implantación de los canales de información internos recogidos en la Ley 3/2023⁵⁴.

El Protocolo de Acoso instrumentaliza las actuaciones necesarias para la investigación y análisis facilitando al personal un procedimiento objetivo que garantice la prevención y la resolución de este tipo de casos. Los principios que deben regir dicho procedimiento son la celeridad, la confidencialidad, la imparcialidad y la protección de la intimidad y dignidad de las personas implicadas.

⁵⁰ ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio y ARADILLA MARQUÉS, María José. Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N° 166, ISSN 0213-0750, 65-92,2023.

⁵¹ Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

⁵² ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio y ARADILLA MARQUÉS, María José. Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N° 166, ISSN 0213-0750, 65-92,2023.

⁵³ IGARTUA MIRÓ, María Teresa. Los canales de denuncia internos (whistleblowing) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (447), 37–69, 2020.

⁵⁴ SIERRA HERNÁIZ, Elisa. El sistema de garantías y protección de la persona trabajadora frente a represalias empresariales por denuncias y reclamaciones en el ordenamiento jurídico comunitario y español. *Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, (49), 2023.

El Protocolo de Acoso instrumentaliza las actuaciones necesarias para la investigación y análisis facilitando al personal un procedimiento objetivo que garantice la prevención y la resolución de este tipo de casos. Los principios que deben regir dicho procedimiento son la celeridad, la confidencialidad, la imparcialidad y la protección de la intimidad y dignidad de las personas implicadas.

El protocolo contempla las fases del procedimiento de la denuncia:

- En la Fase de Inicio la persona demandante debe dirigirse a la persona u órgano encargado de tramitar la denuncia, que puede ser el Departamento de Recursos Humanos, representantes legales de las personas trabajadoras o la Comisión de Igualdad. En el contenido mínimo de la denuncia se incluirá la identificación de la persona denunciante, identificación del presente acosador y puesto que ocupa, identificación de la víctima y puesto que ocupa, descripción cronológica y detallada de los hechos, identificación de posibles testigos, copia de la documentación que pueda acreditar los hechos y firma del denunciante.
- En la Fase de Instrucción, el órgano instructor realizará las gestiones y trámites oportunos para el esclarecimiento de los hechos y realizará entrevistas y otras actuaciones que estime convenientes para recabar información relativa al caso. Dependiendo de la gravedad de las conductas denunciadas, el procedimiento podrá ser abreviado, marcando un plazo de una semana, por ejemplo, para resolver la denuncia o dar paso a la Fase Formal. En este caso, el procedimiento es más complejo.
- Fase Formal: El órgano instructor decidirá la práctica de cuantas pruebas y actuaciones considere oportunas para esclarecer los hechos denunciados realizando entrevistas a todas las partes, testigos y otras personas que considere: incluso, si la complejidad lo requiriera, podría solicitar la ayuda de un experto. En el caso de que se estime necesario, podría adoptar medidas provisionales como la separación de las personas implicadas. En los casos de trabajo presencial ese tipo de situaciones se resuelve evitando que víctima y agresor coincidan en el centro de trabajo, mediante un cambio de puesto de trabajo o introduciendo modificaciones en los horarios de trabajo y, a estos efectos, habría que contemplar igualmente un cambio voluntario de la víctima de trabajo presencial a trabajo a distancia. En los casos en que la víctima haya sufrido la violencia o el acoso prestando sus servicios en la modalidad de teletrabajo, habrá que impedir el contacto digital con su agresor, lo que puede implicar cambios en la organización personal de la empresa⁵⁵. Estas medidas, en ningún caso, podrán suponer para la víctima un perjuicio en las condiciones laborales. En este último caso el plazo varía entre veinte y treinta días naturales y concluirá con la redacción de un informe. Si no se prueba la existencia de acoso se archivará el expediente y en el caso contrario se dará traslado el informe a la dirección de la empresa para que tome las medidas disciplinarias que procedan.

El Convenio 190 OIT⁵⁶ establece la obligación de garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y ciberacoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces. Y entre ellos menciona:

- Procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo.
- Mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo (en referencia a la tutela administrativa).

⁵⁵ ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio y ARADILLA MARQUÉS, María José. Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N° 166, ISSN 0213-0750, 65-92, 2023.

⁵⁶ Convenio sobre la violencia y el acoso de la Organización Internacional del Trabajo, núm. 190, art. 10.b., 2019.

- Juzgados o tribunales (en referencia a la tutela judicial).
- Medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.
- Medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas⁵⁷.

En muchos casos se establece un procedimiento formal y otro informal para situaciones de acoso menos graves. Sin embargo, estos últimos sólo deberían usarse para solventar conflictos derivados de comportamientos que no constituyen una situación de violencia y acoso, pero que, de persistir, darían lugar a dicha situación. Por otro lado, durante la tramitación del procedimiento formal, que será conducido por asesores confidenciales y deberá respetar el derecho a la intimidad de los sujetos implicados —sin perjuicio de que se dé publicidad a los resultados—, debe preverse la posibilidad de establecer medidas cautelares que eviten que la conducta siga ocurriendo, sin menoscabar los derechos de la víctima⁵⁸.

7. CONCLUSIÓN.

Como se ha puesto de manifiesto el nuevo Convenio 190 de la OIT ha establecido un ámbito de aplicación considerablemente más amplio que el previsto en el marco normativo internacional, supranacional y nacional. Y resulta más amplio tanto en su dimensión material, como personal y espaciotemporal.

El uso de las TIC en el mundo del trabajo ha elevado el riesgo de que se presenten situaciones de violencia y acoso.

El ciberacoso no debe considerarse desconectado de los tipos de violencia y acoso tradicionales sino como un fenómeno que puede acompañar o no a estas formas más tradicionales.

Es necesario actualizar y unificar la legislación relativa a la violencia y acoso en el mundo del trabajo.

⁵⁷ DE VICENTE PACHES, F. El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106, 2020.

⁵⁸ ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio y ARADILLA MARQUÉS, María José. Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N° 166, ISSN 0213-0750, 65-92, 2023.

8. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2021). El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 157, 167-192. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7968641>

ALTÉS TÁRREGA, J.A. y Aradilla Marqués, M.J. (2023). Teletrabajo, violencia y acoso en Convenio 190 OIT. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. Nº 166, ISSN 0213-0750, 65-92.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8934719>

GARCÍA JIMÉNEZ, M. (2019). Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(2), 97-120.

http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/download/676/878

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (2020). La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (452), 83-115. <https://doi.org/10.51302/rtss.2020.934>

IGARTUA MIRÓ, M. T. (2020). Los canales de denuncia internos (whistleblowing) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (447), 37-69.

<https://doi.org/10.51302/rtss.2020.1038>

INSST. (2021). Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de la Seguridad y salud en el trabajo (NTP 1.165).

<https://www.insst.es/documents/94886/0/NTP+1165+Teletrabajo%2C+criterios+para+su+integraci%C3%B3n+en+el+sistema+de+gesti%C3%B3n+de+la+SST+-+A%C3%B1o+2021.pdf/9958d5d0-50c6-1dbe-ddb8-b5a1b1eb4e2e?t=1635167755677>

MOLINA NAVARRETE, C. (2019) *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, 1ª Edición. Madrid. La Ley, Wolter Kluwer.

Moreno Márquez, A. M. (2023). El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (166), 93-138.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8934720>

PÉREZ AMORÓS, F. (2022). Nuevo concepto de violencia y acoso en el trabajo según el convenio 190 de la OIT de 2019. *Revista Iberoamericana De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*, 3(6), 5-21. Recuperado a partir de

<http://revistaiberoamericana.net/index.php/main/article/view/92>

PONS CARMENA, M. (2020). Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 1(2), 30-60.

<https://doi.org/10.20318/labos.2020.5538>

SIERRA HERNÁIZ, E. (2023). El sistema de garantías y protección de la persona trabajadora frente a represalias empresariales por denuncias y reclamaciones en el ordenamiento jurídico comunitario y español. *Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, (49). <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24827>

SOLANA MORENO, A. (2021). Acoso Sexual, Acoso por Razón de Género y Acoso Moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda. *Nieto Rojas (dir.) Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*. ISBN 978-84-1377-637-8, págs. 175-207 España. Dykinson

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7980095>

DE VICENTE PACHES, F. de (2020). El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 448, 69-106. <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/190645>

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P. (2019). El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 119-142.

<https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1244>

Legislación relacionada:

Constitución Española, 27 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. *Boletín Oficial del Estado*, 269, de 10 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. *Boletín oficial del Estado*, 313, de 31 de diciembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23936>

Real Decreto 171/2004, de 3 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. *Boletín Oficial del Estado*, 27, de 31 de enero de 2004. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-1848>

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que plantea específicamente la actuación frente a los acosos de tipo sexual y por razón de sexo. *Boletín Oficial del Estado*, 71, de 23 de marzo de 2007. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 152, de 23 de junio de 2010. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. *Boletín Oficial del Estado*, 289, de 3 de diciembre de 2013. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>

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. *Boletín Oficial del Estado*, 7, de 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3439>

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 255, de 24 de octubre de 2015. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 294, de 6 de diciembre de 2018. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

<https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>

“Actualización de las necesidades del sistema”: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC. Documento de trabajo de la OIT 1 Febrero 2020.

https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/organigramme/workquality/WCMS_736237/lang-es/index.htm

Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. *Boletín Oficial del Estado*, 164, de 10 de julio de 2021.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-11472>

Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo y frente a todas las formas de acoso y violencia en las Cortes generales. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Sección Cortes Generales, serie B, núm. 66, de 29 de septiembre de 2021*

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/BOCG/B/BOCG-14-CG-B-66.PDF

Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (190), hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019. *Boletín Oficial del Estado*, 143, de 16 de junio de 2022.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-9978

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Boletín Oficial del Estado*, 167, de 16 de junio de 2022.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Boletín Oficial del Estado*, 215, de 16 de junio de 2022.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. *Boletín Oficial del Estado*, 44, de 21 de febrero de 2023.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-4513>

NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y EL AJUAR O MOBILIARIO DOMÉSTICO EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y COMPARADO EUROPEO Y LATINOAMERICANO

Pablo Jose Abascal Monedero
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad Internacional de la Rioja*

Fecha de recepción: 21/05/2024
Fecha de aceptación: 14/07/2024

RESUMEN: El presente trabajo estudia las normas relativas a la vivienda familiar y al ajuar doméstico en derecho civil español y comparado europeo y latinoamericano. Se apuntan los criterios jurisprudenciales más recientes en materia de vivienda familiar y valoración del ajuar doméstico. Se resaltan las diferencias principales con los ordenamientos jurídicos comparados.

ABSTRACT: The present work studies the norms related to the family home and the household trousseau in Spanish and comparative European and Latin American civil law. The most recent jurisprudential criteria on family housing and valuation of household items are noted. The main differences with the compared legal systems are highlighted.

PALABRAS CLAVE: Ajuar, Matrimonio, Vivienda Familiar, Leyes, Jurisprudencia

KEYWORDS: Trousseau, Marriage, Family home, Laws, Jurisprudence.

SUMARIO: 1. Introducción: Aspectos Conceptuales y Antecedentes Históricos. 2. Marco Legal Español: Textos Internacionales, Constitución Española y Código Civil. 3. Criterios Jurisprudenciales en materia de Vivienda Familiar y Ajuar. 4. La Vivienda y Ajuar Familiar en el Derecho Civil Comparado. 5. Conclusiones. 6. Referencias Bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: ASPECTOS CONCEPTUALES Y ANTECEDENTES HISTORICOS ¹

La vivienda familiar aparece como vivienda habitual en Derecho Civil español con la ley de reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 que introdujo el artículo 1320 del CC² que establecía que para disponer de los derechos sobre la misma y los muebles que la componen, aunque tales derechos perteneciesen a uno solo de los cónyuges, es necesario el consentimiento de ambos o en su defecto la autorización judicial.

La regulación se amplió con el artículo 96 del Código Civil que estaba en la redacción originaria del Código Civil ³ y que fue objeto de reforma el 7 de julio de 1981 por la ley reguladora del divorcio. En dicho precepto se regula la atribución de la vivienda familiar y de su mobiliario en los supuestos de crisis familiares, al cónyuge que quede en la misma con los hijos comunes o mayores con discapacidad y, en su defecto, al más necesitado de protección.

El referido régimen de la vivienda familiar en el Código Civil se articula de dos formas atendiendo a la situación de estabilidad (art. 1.320 CC) o crisis (art. 96 CC) del matrimonio. Y, en cada una de esas situaciones, se atiende tanto a la relación entre ambos cónyuges como a la relación frente a terceros.

A diferencia de otros sistemas normativos no encontramos una definición en derecho español de qué se entiende por vivienda familiar que aparece vinculada a la residencia habitual o domicilio de la pareja, aunque el Código Civil siga refiriéndola solo a los cónyuges en sus

¹ La metodología utilizada en este estudio fue llevar a cabo una búsqueda completa de bases de datos jurídicas privadas, como La Ley Digital, Aranzadi, Tirant Online y la base de datos Dialnet de la Universidad de La Rioja. También se han utilizado bases de datos públicas, especialmente las de la Unión Europea. Otras bases de datos utilizadas para extraer información fueron la base de datos del Consejo General del Poder Judicial de España (CENDOJ) y Google Scholar y también Scopus of Elsevier, utilizando una cadena de búsqueda para buscar en los subcampos de título, abstracto y palabras clave, para identificar publicaciones que abordan los asuntos analizados en este trabajo, vivienda familiar y ajuar doméstico. La búsqueda se limitó a los países europeos de nuestro entorno y a los países latinoamericanos. La búsqueda de publicaciones sobre este tema es muy amplia, por lo que se tuvieron que activar filtros de búsqueda específicos para entender sólo los aspectos legales, jurisprudenciales y doctrinales relacionados con el derecho privado y se puede ver que el interés científico en el tema de la investigación podría calificarse como alto y estable en los últimos años. En Dialnet nos aparecen para el término vivienda familiar 2700 entradas, para ajuar doméstico 112 entradas y para patrimonio familiar 1989 entradas. Se ha utilizado en el estudio legislación, jurisprudencia y doctrina nacional. Se ha empleado un método de derecho comparado que tiene por objeto establecer sistemáticamente semejanzas y diferencias entre sistemas jurídicos. En este caso se ha realizado una micro comparación dentro del Derecho Civil, concretamente dentro del derecho de familia y atendiendo exclusivamente a los términos: vivienda familiar, mobiliario, ajuar doméstico y patrimonio familiar. La comparación se ha restringido dentro del sistema de fuentes jurídicas a normas de derecho civil, sin incluir jurisprudencia o doctrina extranjera. No nos limitamos en este trabajo a dar un conocimiento de los derechos extranjeros comparados junto al derecho español, sino que resaltamos una serie de denominadores comunes en los ordenamientos comparados como son: el proceso de declaración de la vivienda como vivienda familiar, los requisitos de disposición de la misma y del mobiliario en lo relativo al consentimiento de los cónyuges y las consecuencias en cuanto a la validez del acto jurídico de disposición celebrado sin el consentimiento de los dos cónyuges. El estudio comparativo se hace tomando por base dos familias europeas de derecho la familia Romano-Germánica y la familia del *Common Law*.

²Completan la regulación los artículos 12 a 15 de la LAU, 91 y 144.5 del Reglamento Hipotecario y los artículos 91, 96, 1377, 1378, 1390 y 1391 del Código Civil. El artículo 231.9 del Código Civil de Cataluña, artículo 190 de la Compilación de Aragón y Ley 55 de la Compilación de Navarra.

³Vid. la última reforma de este artículo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE número 132, de 3 de junio. Se completa la regulación con los artículos 103.2^a, 523, 1406 y 1407 del Código Civil. También guardan relación los artículos 12, 14, y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

normas. Tampoco encontramos una definición de familia como ocurre en otros sistemas legales.

Tampoco se define ni se establece en las leyes civiles cómo se adquiere el carácter de vivienda familiar, salvo algunos preceptos que establecen que la manifestación falsa o errónea del disponente no perjudica a terceros. Son las leyes administrativas y fiscales y la jurisprudencia las que han aclarado cuando una vivienda tiene este carácter.

En lo que se refiere al ajuar, la reforma de 13 de mayo de 1981 introdujo el artículo 1321 que regula el derecho a detraer el ajuar o mobiliario de uso ordinario, en favor del cónyuge viudo, sin contárselo en su haber hereditario. Indica LEÓN-CASTRO⁴ que existe unanimidad en considerar como el más claro precedente del actual artículo 1321 del Código Civil, los derogados artículos 1374 y 1420, que a su vez son copia con variantes de los artículos 1301 y 1342 del Proyecto de Código Civil de 1851. El artículo 1374 establecía que se entregaran a la viuda, sin cargo a la dote, el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya y las ropas y vestidos del uso diario de la misma.

La doctrina y jurisprudencia española más reciente se detiene mayoritariamente en los aspectos fiscales de la figura, que, sin dejar de ser importantes, no son el único aspecto de esta. Los criterios fiscales se imponen a los de derecho privado. Esta institución debería estar regulada mejor en nuestro derecho privado español actual a nivel normativo. Es de destacar que sólo la jurisprudencia ha tratado de perfilarla y dotarla de contenido.

El ajuar es el conjunto de bienes (mobiliario, ropa etc.) que conforman un hogar. Tradicionalmente, según una costumbre antigua⁵, era la familia de la esposa la que aportaba el ajuar al matrimonio, siendo responsabilidad de la madre ir preparando el ajuar de sus

⁴Vid LEÓN-CASTRO ALONSO J. En torno al artículo 1321 del Código Civil. Una Propuesta de Interpretación. Separata de Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Volumen Segundo. 1993.

⁵ La costumbre del ajuar ha sido ampliamente estudiada en las diversas regiones de España: Individuo y Sociedad en la Asturias Tradicional. Grupo Editorial Asturiano. Oviedo 1992. Este libro constituye la reedición definitiva de la obra aparecida originalmente en 1925 bajo el título: *Las Costumbres asturianas, su significado y sus orígenes. El Individuo*. Madrid, Talleres Voluntad y cuya edición fue patrocinada por el Ayuntamiento de Oviedo. LLANO ROZA DE AMPUDIA A. Del Folklore Asturiano. Mitos, Supersticiones. LLANA J. G. *Una Costumbre inmemorial en Asturias*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año LXXI. Tomo 142. Editorial Reus. Madrid 1923. Indica este autor que, en otros concejos, entre los cuales figuran Moreín, Campo de Caso y Ponga, el novio regala los dones a la novia. Los cuales consisten en “vestirla de pies a cabeza” de ropa exterior y la novia regala a su novio una muda de ropa interior. Costumbres. Diputación de Oviedo. Instituto de Estudios asturianos. Tercera Edición. Oviedo 1977. CARO BAROJA J. Los vascos. Ediciones Istmo. Madrid 1971. En el País Vasco y Navarra según CARO BAROJA, mucho tiempo antes de pensar en casarse, la muchacha comenzaba a preparar el arreo de bodas, nombre que en estos territorios recibe el ajuar. En varios valles navarros fronterizos, y en el país del *Soule*, a los trece años sus padres le cedían un trozo de tierra para que cultivara el lino y lo trabajara. Las buenas hilanderas se equiparaban a las buenas amas de casa. Despacio se preparaba una cantidad considerable de sábanas, camisas etc., para el futuro hogar. Estas piezas y otras cosas tenían ocasión de contemplarlas los vecinos y amigos poco antes del casamiento (“*ezkontzea*”, “*ezkontza*”). Esta ceremonia de exhibición de ajuares también estuvo presente en Andalucía como lo indica RODRÍGUEZ GARAY (Vid. Edición facsímil de la Revista El Folklore Andaluz dirigida por Antonio Machado y Álvarez) al decir que la novia acostumbra a exhibir el ajuar, desde la cama de palo hasta los utensilios de cocina, costumbre que no se desdientan de practicar las más escogidas desposadas si bien se hace forzoso para estas sustituir el vocablo castellano por el término francés “trousseau”, que no entienden, pero que les parece más elegante, por menos ordinario. Indicar para completar la reseña relativa al ajuar en Andalucía que cuando el noviazgo era cosa seria, era costumbre según MONTOTO (que el novio depositara en poder de la novia, todos sus ahorros, para invertirlos poco a poco en la compra de los efectos del mobiliario indispensables para poner una sala, excepción hecha de la cama matrimonial y de las sábanas y los colchones; porque es de rigor que la mujer aporte al matrimonio estos efectos. Vid. MONTOTO RAUTENSTRAUCH. L. *Los Corrales de Vecinos. Costumbres Populares Andaluzas*. Colección popular de Bolsillo Editorial Rodríguez Castillejo. Sevilla 1996.

hijas antes de su boda y de acuerdo con su posición económica. Era preceptivo que la confección y especialmente el bordado de determinadas prendas (manteles, sábanas...) fuesen obra de la novia.

El ajuar no es regulado históricamente de forma independiente, sino que era parte integrante de la dote en las aportaciones por razón del matrimonio.⁶ Esta costumbre es detectada desde época visigoda en España, consistente en la aportación de la mujer al matrimonio de ropas, joyas y mobiliario que recuperaba al final del matrimonio y que posiblemente nunca llegó a perderse por completo durante la época alto medieval.

La costumbre del ajuar ha perdido importancia en nuestra sociedad como elemento de unión entre generaciones y quizás al hilo de los cambios que acontecen en la sociedad donde ciertas instituciones como familia y matrimonio no son las mismas de los contextos históricos en las que surgió el ajuar.

Las costumbres y los usos sociales en materia familiar y matrimonial han cambiado, surgiéndonos el interrogante de si la costumbre de formación del ajuar ante estos profundos cambios camina a su fin. De hecho, solo se mantiene en el derecho actual la concepción de mobiliario de la vivienda habitual.

Como decía antes, al ajuar formaba parte de la dote y así se recoge en los pactos notariales del siglo XVII⁷, del XVIII y del XIX. Solo hemos encontrado un documento notarial que utilice la palabra ajuar se trata de unas *Capitulaciones matrimoniales de Luis Vélez de Guevara*

⁶En las Leyes de Toro de 1505 (ley 29), se establece claramente la dote como la Donatio Procter Nuptias del hijo. En cuanto a las donaciones esponsalicias, la ley 52 de Toro establecía que en caso de concurrir y arras en un matrimonio, la mujer podía optar, a la muerte del marido, entre la obtención del valor de unas y otras. Se mantiene con relación a ellas la ley del ósculo, aunque con una importante modificación que introdujo el Concilio de Trento, la consumación matrimonial, habiendo precedido meramente esponsales los convertía en auténtico matrimonio y, en consecuencia, la donación esponsalicia se convertía en donación entre marido y mujer que el Derecho castellano prohibía durante el primer año de matrimonio, lo que daría lugar a importantes polémicas doctrinales. Esta tradición de la ley del Ósculo figura en otros textos castellanos anteriores. Vid. Libro de los Fueros de Castilla 241... *Et jusgo don Diago que sy la dueña otorgava que avya besado e abrazado el caballero en desposorio, que fuesse suyo de la duenna todo lo que la vya besado e abrazado el caballero en desposorio, queldiesse todo lo quelavya dado...* Vid Fuero Real 3, 2, 5. *"Si el esposo de alguna mujer diere algunas donas en paños o en otras cosas a su esposa, e muriere el esposo ante que aya de ver con ella, e ella besó ante que muriese, la esposa aya la meitat de las donas que del tenia, e la otra mentad tornela a sus herederos del, o qui él mandare..."*

⁷ Extractamos aquí un párrafo de uno de estos documentos notariales que es prueba de lo que indicamos. Promesa de dote la villa de Madrid a diez y seis días del mes de noviembre de mil y seiscientos y veinte y seis años, ante mí el escribano y testigos comparecieron el contador Francisco Salgado y Don Guillen de Castro, residentes en esta corte, y dixerón que estando doña Angela Salgado, hija del dicho contador Francisco Salgado, en servicio de los Duques de Osuna Don Juan Tellez Girón y Doña Isabel de Sandoval y Padilla, su muger, trataron de casarla con el dicho Don Guillen de Castro, y para que tubiese efecto la prometieron en dote diez y seis mil ducados... Demas de lo qual, los dichos duques han dado a la dicha señora Doña Angela una cama rica de tela de oro amarilla listada con su cobertor y sobremesa de lo mismo y colgaduras y almohadas de estrado vestidos, ropa blanca y otras cosas... y escritura de dote a favor de la dicha señora Doña Angela y para que se tase la dicha cama y los demas bienes muebles y se sepa lo que valen y lo que monta, los dichos contadores Francisco Salgado y Don Guillen de Castro de conformidad nombraron para tasar la cama, sobremesa, colgaduras, estrado vestidos y bordados a Diego de Murguía bordador, y a Juan López, sastre y para la ropa blanca a doña María Contreras y Doña Catalina de Alarcón, que todos son personas entendidas y prácticas para lo susodicho y se obligaron a estar y pasar por lo que tasaren y no contradecirlo en tiempo alguno y Ansi lo dixerón y otorgaron e firmaron de sus nombres aqui en doy fee conozco siendo testigos Tomas de escovar y Pedro Fernandez y Pedro Rodriguez estantes en esta corte – Francisco Slagado—Don Guillen de Castro—Ante mi Juian de Alayz de Pedrosa Solo hemos encontrado un documento notarial que utilice la palabra ajuar se trata de unas Capitulaciones matrimoniales de Luis Vélez de Guevara otorgadas el 24 de Octubre de 1626. "... Lo segundo, que cada una de las dichas partes ha de traer al matrimonio los vienes rayces, muebles, ajuar y bastagas de casa que tubiere..."

otorgadas el 24 de octubre de 1626⁸ “... Lo segundo, que cada una de las dichas partes ha de traer al matrimonio los vienes rayces, muebles, ajuar y bastagas de casa que tubiere...”

Modernamente y en sentido jurídico el concepto ha quedado reducido al mobiliario de uso común de la casa. La vivienda familiar y su mobiliario justifican un acercamiento a la regulación de estos bienes. No en vano se ha tramitado en las Cortes españolas una ley de vivienda que pretende ser la primera ley integral sobre esta cuestión.

El acceso de los españoles a la vivienda familiar es muy variado: desde un punto de vista jurídico encontramos las figuras de arrendamiento, propiedad y la mera ocupación en sus diversas formas.

El interés sobre este tema de la vivienda familiar y su mobiliario lo prueban las estadísticas que nos indican que son muchas las personas que residen en hogares familiares en nuestro país. En los dos siguientes gráficos recogemos el número de hogares familiares en España por Comunidades Autónomas y en cada provincia.

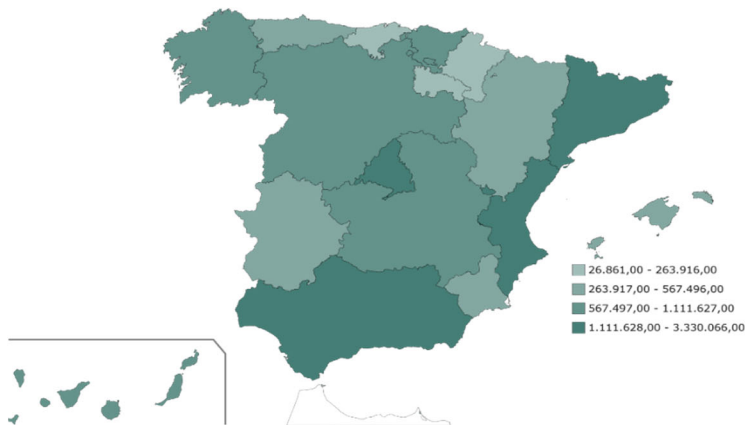


Ilustración 1 Mapa. Fuente INE. Proyecciones de hogares. Resultados por Comunidades Autónomas. Serie 2002-2037. Hogares de personas residentes en viviendas familiares en España en el año 2023.

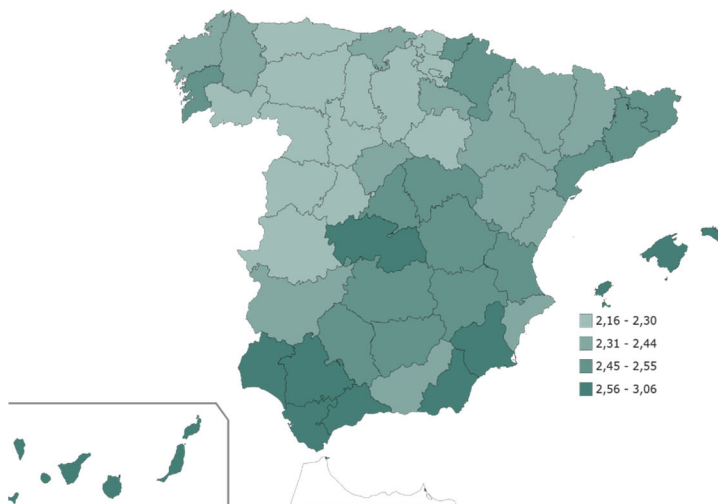


Ilustración 2 Mapa. Fuente INE. Proyecciones de hogares. Resultados por Provincias. Serie 2002-2037. Hogares de personas residentes en viviendas familiares en España en el año 2023.

⁸ Vid. Archivo de Histórico de Protocolos Notariales de Madrid. Protocolo número 3494. Año 1626. Folios 858-861. Documento de 24 de octubre de 1626.

La hipótesis de la que se parte en este trabajo es la comprobación de si las normas actualmente existentes en derecho privado español relativas a la configuración, uso y disposición son suficientes para la protección de la vivienda familiar y su mobiliario entre los cónyuges y en relación con terceros y están en sintonía con las soluciones adoptadas en el derecho comparado europeo y latinoamericano.

2. MARCO LEGAL ESPAÑOL: TEXTOS INTERNACIONALES, CONSTITUCION ESPAÑOLA Y CODIGO CIVIL

En el marco internacional existen diversos textos ratificados por España que protegen el derecho a la vivienda. Concretamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25 párrafo primero, reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure tanto a la persona como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Esta declaración se ve apoyada en otros textos internacionales como es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consagra y protege el derecho a la vivienda de acuerdo con el artículo 11.

El texto constitucional vigente de 1978 no contiene mandato ni precepto alguno que se refiera a la vivienda familiar. Como indica ALGARRA PRATS⁹ el derecho a la vivienda en la Constitución no es un derecho fundamental, desde la perspectiva constitucional, como tampoco lo es el derecho a la vivienda familiar, sin negar con ello la importancia que la vivienda tiene tanto para el individuo como para la familia.

La familia sí es objeto de consideración en el texto constitucional. El precepto básico es el artículo 39 que establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

Hoy día debido a la crisis económica se están viviendo situaciones dramáticas con los desahucios de las familias de sus viviendas habituales y en otros casos con la ocupación ilegal de las mismas por parte de terceros. La vivienda familiar carece de una protección expresa y específica en la Constitución vigente. Quizás si se hubiese constitucionalizado la vivienda familiar en 1978, dotándola de un estatuto específico, las circunstancias serían otras y también su protección.

El Código Civil en su versión de 1889 no contenía ningún precepto para la protección de la vivienda y del mobiliario de esta. Existieron solo ciertos atisbos y preceptos aislados que se referían a este tema, pero que no suponían un principio general de protección de estos elementos.

Fue la reforma de nuestro Código Civil, operada por ley de 13 de mayo de 1981 y que seguía en este asunto lo establecido en el derecho comparado, la que introdujo los artículos 1320 y

⁹Vid. ALGARRA PRATS. *Reflexiones sobre la Protección de la Vivienda Familiar frente a Terceros* (Comentarios al hilo de la STC 106(2002 de 6 de mayo). Revista Derecho Privado y Constitución. Editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Numero 16 enero -diciembre2002. Página 19

1321¹⁰ del Código Civil¹¹. Estos artículos se aplican con carácter general a todos los casados sujetos al Código Civil. Es lo que se ha llamado régimen matrimonial primario. La regulación se completó con el artículo 96 del Código Civil que regula la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis familiares: nulidad, separación y divorcio.

El artículo 1320, no conceptualiza qué es una vivienda habitual familiar, ni tampoco qué compone el mobiliario familiar. Se limita a indicarnos el régimen especial de disposición de tales bienes que exige el consentimiento de ambos esposos o en su defecto la autorización del juez, terminando el precepto con una norma de protección del tráfico jurídico y de los terceros que, actuando de buena fe, contraten con los esposos y que no se verán perjudicados por la manifestaciones erróneas o falsas de los dos o de cualquiera de ellos.

La cualidad de vivienda habitual familiar y de los muebles o accesorios que la componen se la otorgan los esposos por voluntad expresa o tácita. La ley no interviene para obligar imperativamente a que los cónyuges realicen tal acto de destinación de un inmueble a residencia familiar. La actuación de la Ley se da una vez se ha realizado tal acto de destinación por los esposos¹².

La vivienda familiar ha de ser determinada con criterios prácticos. Normalmente es la vivienda donde residen los cónyuges y sus hijos con habitualidad y suele coincidir con el concepto jurídico de domicilio, aunque puede ser distinto.

La vivienda y mobiliario familiares no se fijan de una vez para siempre, sino que pertenece a la autonomía de los cónyuges su modificación y cambio. Sería deseable la constancia registral del carácter de vivienda habitual para proteger así a los cónyuges y terceros.

La vivienda habitual es inicialmente un inmueble. Además, un inmueble destinado a vivienda que sirva para alojarse¹³. Estaría excluida del concepto de vivienda familiar la

¹⁰Vid LEÓN-CASTRO ALONSO J. *En torno al Artículo 1321 del Código Civil. Una Propuesta de Interpretación*. Separata de Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Volumen Segundo. 1993 indica que existe unanimidad en considerar como el más claro precedente del actual artículo 1321 del Código Civil los derogados artículos 1374 y 1420 que a su vez son copia con variantes de los artículos 1301 y 1342 del Proyecto de Código Civil de 1851. El artículo 1374 establecía que se entregaran a la viuda, sin cargo a la dote, el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya y las ropas y vestidos del uso diario de la misma.

¹¹ Artículo 1320. *Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o en su caso autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.* Artículo 1321. *Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregaran al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas. Objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.*

¹² Vid. Obra Colectiva *El Hogar y el Ajuar de la Familia en las Crisis Matrimoniales*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1986. GABRIEL GARCÍA CANTERO tiene una colaboración titulada *Configuración del Concepto de Vivienda Familiar en el Derecho Español*. Páginas 61 a 85. Como indica GARCÍA CANTERO podríamos pensar en un caso en que no existiera en la vida de un matrimonio pensemos en un pacto de los esposos de tener cada uno un domicilio separado e independiente sin fijar uno en común.

¹³ Vid obra citada en la nota anterior. En este punto GARCÍA CANTERO indica demasiado técnicamente, que estarían excluidos una choza, una autocaravana, una cabaña, una casa en ruinas, un edificio en construcción, un establo, un almacén o un local de negocio. Las razones que da es que estos elementos son fácilmente vulnerables y están expuestos a ser destruidos y sobre todo que son imposibles de inscribir en un registro del carácter de alojamiento familiar. Personalmente estoy en contra puesto que un criterio práctico y sobre todo extensivo y ajustado a la realidad, es que desgraciadamente existen personas que

vivienda de vacaciones o segunda residencia que solo se emplea habitualmente para albergar a la familia por temporadas, especialmente la veraniega.

El destino de la vivienda ha de ser familiar. Entendiendo por familia en este punto y con un criterio extensivo la idea de familia compuesta por descendientes provenientes de distintas uniones, adoptados, acogidos etc.

El artículo 1320 nos indica “para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual”; esta expresión comprende no solo derechos de propiedad, sino una multiplicidad de situaciones: propiedad singular de los esposos, comunidad de bienes con otros comuneros, usufructo de uno o de los dos esposos sobre la vivienda, titulares de un derecho de habitación, arrendatarios en sus diferentes tipos (temporada, vivienda amueblada, subarriendo total de vivienda o subarriendo parcial), legado de habitación o pensión alimenticia, alimentos legales, acogimiento de mayores con uso de vivienda de los acogidos por el matrimonio acogedor.

Por lo que se refiere a los muebles de uso ordinario están vinculados por su finalidad de servicio o destino a la familia. Para determinar los mismos habrá que atender al nivel de vida de cada familia. El mobiliario protegido se caracteriza por su destino accesorio y vinculado a la vivienda familiar. Se excluiría el mobiliario almacenado en una habitación libre o depositado por no tener cabida en un almacén y el constitutivo de colecciones que no tengan un valor extraordinario, pues no está al servicio de la familia.

Entre las exclusiones del Ajuar Doméstico establece el actual artículo 1321 del Código Civil¹⁴ que: *<Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregaran al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.>*

Este precepto que regula lo que se ha dado en llamar el derecho de “pedetración” del cónyuge viudo, se refiere al concepto de ajuar doméstico como mobiliario de la vivienda habitual de los esposos. Resultando del precepto, que en el mobiliario ordinario de la casa no entrarían las alhajas¹⁵ y los objetos de extraordinario valor que se excluyen expresamente del concepto del ajuar doméstico.

viven bajo estas circunstancias y excluirlas del concepto puede suponer excluirlas de toda protección legal, aunque provisionalmente no puedan habitar una “vivienda” y entrar en este concepto legal de inmueble, la manera no es excluirlas y desentenderse del asunto como si no existiera. La razón de que no se puede inscribir este alojamiento, es verdad en cuanto al Registro de la Propiedad, pero no en cuanto a los posibles registros municipales por supuestos alternativos al padrón municipal que opera de forma clásica como el Registro de la Propiedad. En cuanto a la razón de poder ser destruidos estos elementos. Muchas veces la destrucción del hogar familiar opera antes en viviendas que en chabolas. Lo estamos viendo con las viviendas adquiridas a bancos por particulares que se han visto abocados al desahucio con nula protección legal a pesar de la protección legal dispensada al concepto constitucional y civil de vivienda familiar. Si excluimos estos elementos y tampoco protegemos adecuadamente la vivienda familiar los enunciados legales no sirven para nada y la protección es nula. En Irlanda su legislación permite desde la ley de derecho familiar de 1995 que sea vivienda familiar, un edificio, estructura, vehículo o embarcación o parte de este ocupado como una vivienda separada, un jardín o in terreno ver en este sentido la ley de Derecho Familiar de 1995(FLA) Sección 54

¹⁴ Vid concordancias o disposiciones análogas: Compilación de Navarra Ley 90, Código de Familia de Cataluña artículo 35 y Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón, artículo 84. Estudiados por BARCELÓ DOMÉNECH. J. *El Derecho de Pedetración del Cónyuge Supérstite. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*. Tomo I. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia 2004. Páginas 513 y siguientes.

Es decir, que en el primer párrafo nos determina el contenido del ajuar doméstico concretado a las ropas que visten la casa (se entienden comprendidas dentro de las mismas a mi juicio las mantelerías, ropas de cama, y cortinas), mobiliario (se entiende comprendido dentro del mismo los muebles de uso ordinario del que fue domicilio conyugal, así como los electrodomésticos ordinarios) y enseres (aquí se incluirían los objetos que existan en la casa de uso ordinario y formando el contenido de las diferentes habitaciones). Por tanto, las alhajas, en el sentido de objetos de metal precioso, ni forman parte del ajuar doméstico, ni del mobiliario de una estancia o habitación.

En el segundo párrafo del precepto nos determina de forma excluyente lo que no constituye el ajuar¹⁶: las alhajas, entendiendo por estas como he señalado al principio de este apartado, no el sentido etimológico ni de la antigua jurisprudencia, ni en el sentido de amueblar que recoge el artículo 346.2º del Código Civil.

Quedan excluidos los objetos de uso personal que no sean valiosos (artículo 1346.7º del Código Civil) y todos aquellos que puedan ser objeto de atribución preferente en el haber del superviviente, como los afectos al ejercicio de una profesión u oficio¹⁷ y todos los que se refiere el artículo 1406 del Código Civil.

En la regulación anterior, el derecho de supervivencia¹⁸ en régimen de gananciales se extendía a las ropas y vestidos de uso ordinario, conforme al artículo 1420 derogado, mientras

¹⁵ Se comprenderán entre las alhajas, los muebles de metales preciosos o que tengan pedrería fina, de gran valor bien por la materia de que se componga bien por el excesivo trabajo artístico que conlleven o bien por ambas cosas. Su clasificación y contenido es casi imposible de realizar a título enunciativo podemos señalar comprendidas dentro de las mismas, en las mujeres: los pendientes, brazaletes, collares, peines etc.; en los hombres cajas para el tabaco, puños de bastón, sellos para el reloj, etc.; y comunes para ambos sexos, los broches, sortijas, dijes, botones, cruces, alfileres, anteojos, relojes etc. La palabra alhaja que es la que se emplea en sentido jurídico ha tenido distinta significación según los tiempos. En nuestra antigua jurisprudencia, siguiendo a las leyes romanas y a su origen etimológico, era todo mueble de uso doméstico. En el lenguaje común, las preseas y objetos de metales o piedras preciosas; Sin embargo, el verbo alhajar se usa en el sentido de amueblar en otros preceptos. En el segundo párrafo del artículo 346, tenemos esa expresión tradicional de amueblar o alhajar las habitaciones, además de emplear la palabra alhaja en la otra acepción de objetos de metales y piedras preciosas, que no están comprendidos en la palabra “muebles” ya que este término se reserva a los objetos que componen el repertorio de cosas de una casa. La palabra alhaja, se aplica siempre a cosas de valor y mérito. Indica menos valor que joya, palabra que se aplica a los objetos preciosos de la Corona y demás ornamentos del Patrimonio Nacional y a los propios de las imágenes religiosas. Refiriéndose al concepto de joya nos dice Bandera Romero que es todo objeto realizado con materiales nobles, piedras preciosas o semipreciosas, aunque su función no sea la de servir de adorno personal. Atendiendo a una forma más concreta considera joyas los objetos realizados en oro, plata o electrón, para un uso exclusivamente personal.

¹⁶ Al excluir del derecho de predetracción estos bienes especialmente valiosos para la familia en cuestión se está quitando un incentivo al fraude así le señala Lacruz en su obra *La Reforma del Derecho de Familia en el Código Civil* obra citada en los comentarios al artículo 1321 por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVIII Vol. I, Edersa. Página 140

¹⁷ No se considera mobiliario familiar o ajuar doméstico el instrumental de la clínica que regenta en la vivienda uno de los cónyuges, o el laboratorio en ella instalado o la biblioteca profesional de un abogado.

¹⁸ Las características de este derecho de supervivencia son las de ser un derecho mortis causa, que solo tiene lugar cuando se disuelve el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, no es aplicable en los casos de divorcio, nulidad o separación ni cuando cambia voluntariamente el régimen matrimonial por capitulaciones constante matrimonio. -Sin embargo, hasta en este caso es posible, el ejercicio de atribución preferente a que se refiere el artículo 1406 del Código Civil. A nuestro juicio el mismo sería aplicable en los casos de separación de hecho. Como señala DE LOS MOZOS, lo importante es poner de relieve que el artículo 1321 del Código Civil ha de interpretarse con largueza, de modo que para excluirse las ropas, muebles y enseres del derecho de supervivencia han de ser los bienes especialmente valiosos y no simplemente valiosos. *Vid. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVIII, Volumen

que, ahora los bienes de esta naturaleza, si no son especialmente valiosos, son privativos (artículo 1346.7º) y no se hallan comprendidos como decimos en el artículo 1321.

Para los casos de crisis matrimoniales el artículo 96 del Código Civil establece unas preferencias. El artículo distingue los supuestos de hijos menores, mayores y con discapacidad y el caso de que el matrimonio no tuviera hijos. En algunos de estos casos prima el interés superior del menor. Son los casos de hijos menores e hijos con discapacidad.

Las normas reguladoras sobre su atribución y de los objetos u ajuar tienen carácter imperativo en caso de desacuerdo entre los progenitores. El pacto de los cónyuges puede ser revisado por el juez competente para comprobar que el criterio elegido por los cónyuges respeta la ley al homologar el convenio regulador.

La atribución a uno u otro cónyuge provoca situaciones de falta de proporcionalidad dado que el legislador no ha previsto ningún tipo de compensación económica para el que se ve privado de su uso, y en consecuencia debe procurarse otro y, a menudo, seguir pagando la hipoteca de la familia. La restricción de la facultad dispositiva de la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad en cuanto a la atribución de su uso.

Según indica CHAPARRO MATAMOROS¹⁹ En España y en Italia la naturaleza del derecho de uso ('diritto di abitazione') de la vivienda familiar es todavía objeto de discusión, existiendo autores que se posicionan en los extremos (real²⁰o personal²¹), mientras otros opinan que la naturaleza del derecho dependerá del caso concreto²². En fin, también los hay que relativizan

I. Comentarios al Artículo 1321 por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Edersa. Página 140. Al excluir del derecho de predetracción estos bienes especialmente valiosos para la familia en cuestión sé está quitando un incentivo al fraude así le señala LACRUZ BERDEJO en su obra *La Reforma del Derecho de Familia en el Código Civil* obra citada en los comentarios al artículo 1321 por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVIII Vol. I, Edersa. Página 140 Terminar este comentario indicando que en la práctica sucesoria nos podemos encontrar que el ajuar no vaya destinado al viudo, sino que el testador establezca en el testamento un legado del ajuar a favor de otro heredero diferente como puede ser por ejemplo un hijo o un sobrino. La cláusula será del tenor siguiente "... lega sus ropas, enseres y ajuar de casa a su sobrina Doña...". En este supuesto de colisión entre el viudo y un heredero entendemos prevalecería la disposición del testador frente a lo que dispone el artículo 1321 del Código Civil.

¹⁹ CHAPARRO MATAMOROS P. Apuntes sobre el Derecho de Uso de la Vivienda Familiar en Italia. Revista. Boliviana. de Derecho N.º 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 360-377

²⁰ SIRENA, P.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso", Riv. dir. civ., 2011, I, pp. 568 y ss., considera que la nueva formulación del art. 155 quater CCI (y en la actualidad del art. 337 sexies, párrafo primero, CCI), que ha omitido el reenvío al art. 1599 CCI, permite calificar como real el derecho de disfrute del cónyuge asignatario.

²¹ Sostienen esta tesis BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: *Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Provvedimenti e tutela*, G. Giappichelli, Torino, 2004, p. 200; FREZZA, G.: "Il nuovo art. 337 sexies C.C.: appunti e spunti", Arch. Giur. Filippo Serafini, vol. CCXXXIV, fasc. 2-2014, pp. 169-172; GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia", Riv. Dir. civ., I, 2003, p. 128; JANARELLI, A.: "L'assegnazione della «casa familiare» nella separazione personale dei coniugi, Foro it., 1981, I, c. 1382; y VIRGADAMO, P.: "Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso", Dir. fam. pers., 2008, pp. 1598 y ss.

²² Es el caso, por ejemplo, DE BIANCA, C. M.: *La familia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 222, para quien el problema de la naturaleza del derecho de uso del cónyuge separado o divorciado no puede ser resuelto buscando una calificación unívoca: se configurará como un derecho real si la casa es propiedad del cónyuge no usuario, o como un derecho personal en la hipótesis de que la casa sea arrendada. En sentido similar, v. BARTOLINI, F., y BARTOLINI, M.: *Commentario sistematico del diritto di famiglia. Aggiornato con la riforma della giustizia civile* (L. 10 novembre 2014, n. 162), CELT, Piacenza, 2015, p. 54; y Luminoso, A.:

la importancia del debate, afirmando que la oponibilidad del derecho a los terceros adquirentes priva de interés a la controversia sobre el carácter real o personal del derecho de uso de la vivienda familiar

Según algunos autores es un derecho real sui generis, que no puede confundirse con el derecho de usufructo, pero que, como tal, es oponible frente a terceros, de constitución judicial e inscribible en el Registro de la Propiedad. Pero en ningún caso constituye un vínculo jurídico que obligue al propietario (cuando este sea un tercero ajeno a la relación matrimonial) a mantener la posesión en casos de precario o en caso de resolución contractual de un arrendamiento o por desahucio.

El artículo 96 del Código Civil ha sido muy criticado por la doctrina española por su parquedad e inadecuación. Como comentario a este artículo 96 recojo las conclusiones de algunos autores como HERRERA²³ que sobre el mismo indica que sería más que conveniente, necesario el efectuar algunas precisiones en el texto para evitar automatismos en los casos en los que se atribuya la vivienda familiar a los hijos menores y al progenitor en cuya compañía se queden, al no prever la posibilidad ni lejanamente de poder atribuir la vivienda familiar al progenitor no custodio en el caso de que su situación haga más difícil el poder acceder a otra vivienda, y teniendo el cónyuge custodio recursos suficientes para proteger el derecho de los hijos menores. Debería regularse de forma más precisa indica este autor la referencia a la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida.

En el mismo sentido AVIÑO BELENGUER²⁴ también ha destacado la insuficiencia del art. 96 CC para regular la atribución del uso de la vivienda familiar, por cuanto su concepción está pensada para casos de custodia individual, de forma que su contenido no se adecua a la realidad práctica de los casos enjuiciados, ni mucho menos para las soluciones referidas a la custodia compartida (a pesar de la forzada interpretación analógica del art. 96.II CC), lo que ha provocado una incesante tarea judicial en la búsqueda de soluciones jurídicas que, adecuándose a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y adaptándose a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (art. 3.1 CC), permitan atender no solamente al interés superior del menor, sino también a otros intereses igualmente legítimos, como p. ej. el del “cónyuge más necesitado de protección” o el derivado de la titularidad de la vivienda familiar, pudiendo llegar, especialmente en el régimen de custodia compartida, incluso a soluciones que pasan por limitar temporalmente el derecho de uso de la vivienda familiar, por compensar económicamente el no uso de la vivienda a favor del cónyuge titular (o cotitular) de la misma, etc. Y añade que, en aras a una mayor seguridad jurídica, cree necesaria la reforma del art. 96 CC, de manera que, de una forma flexible, recoja las principales soluciones establecidas por el Tribunal Supremo, por el legislador autonómico, o por la doctrina autorizada.

3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE VIVIENDA FAMILIAR Y AJUAR

Declara la STS de 21 de junio de 2011 (RJ 2011/7325) que la atribución del uso de la vivienda es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez. Este criterio cambia en caso de hijos mayores de edad, ya que, en este supuesto, la

“Spunti in tema di assegnazione della casa coniugale”, en De Tilla, M. y Operamolla, U. (a cura di): *Seminari di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 830-833.

²³ HERRERA RODRIGUEZ M.P. La Atribución del uso de la Vivienda Familiar en Casos de Nulidad, Separación y Divorcio Estudio del artículo 96 del Código Civil. *Rev. Boliviana. de Derecho* N.º 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 552-573

²⁴ AVIÑO BELENGUER D. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 194-219

atribución del uso de la vivienda familiar no procede interpretar que la necesidad de habitación de los hijos mayores de edad debe ser resuelta atribuyéndoles o manteniéndoles en el uso de la vivienda familiar de forma automática [STS de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012/458. Régimen de contribución en los gastos generados por la vivienda).

Por lo que se refiere a los gastos derivados de la propiedad del inmueble, seguirán siendo a cargo del que sea titular del gasto o de los dos si fuera común la propiedad. Los derivados del uso y disfrute serán por cuenta del que tenga asignado el uso del inmueble. De los derivados de la propiedad, el más gravoso suele ser la amortización del crédito hipotecario, en caso de existir. El Tribunal Supremo ha resuelto de forma definitiva (STS 20 de marzo de 2013) decretando que el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar no constituye una carga del matrimonio, en el sentido a que se refiere el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por los titulares dominicales del inmueble, y su pago debe ser resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondientes a cada matrimonio.

En cuanto a los gastos derivados del uso de la vivienda, el suministro es obvio que corresponden a aquel que los genere y, por tanto, será el cónyuge que tiene atribuido el uso y disfrute el que debe soportar tales gastos. Lo mismo ocurre con el pago de los gastos ordinarios de la Comunidad de Propietarios, que deberán ser soportados por quien tenga el uso; no así, los gastos o derramas de carácter extraordinario que, por afectar al elemento estructural del inmueble, mejoras o cambio de servicios, repercuten en el valor de la propiedad y, por tanto, deberán ser asumidos por quien la tenga, o por los dos conforme a la cuota de participación en la propiedad.

Históricamente los pleitos que se planteaban sobre el ajuar venían referidos a la dote. Los litigios que se plantean en la actualidad en materia de ajuar versan sobre la atribución de este en los casos de crisis familiares y en los casos de fallecimiento de unos de los cónyuges. Los litigios no siempre se producen entre los esposos o entre los herederos en el segundo caso, sino que la mayoría de las veces se producen con la administración tributaria por la valoración atribuida a los bienes que lo conforman en los impuestos correspondientes.

Indicaremos en este apartado algunos aspectos sobre los que se ha pronunciado modernamente la jurisprudencia y que no aparecen claros en la legislación que se refiere a este asunto, básicamente en las leyes que regulan el Impuesto de Patrimonio, la Ley del Impuesto de Sucesiones y su Reglamento y en el Código Civil.

En el ámbito sucesorio las normas del impuesto de sucesiones no contienen una definición de ajuar doméstico. La jurisprudencia, apoyándose en el contenido de la legislación del Impuesto sobre Patrimonio y en el Código Civil, especialmente en el artículo 1321, ha desarrollado el concepto.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1995, 18 de diciembre de 1995 y 29 de mayo de 1998 han indicado que el concepto jurídico fiscal de ajuar está integrado por el concepto usual “de conjunto de muebles enseres y ropa de uso común de la casa”, concepto recogido en el Diccionario de la Real Academia. Es desconcertante que se acuda como criterio por los tribunales para definir el concepto de ajuar al Diccionario de la Lengua a pesar de existir antecedentes legales más que suficientes de esta figura en nuestro Derecho histórico.

Un segundo grupo de sentencias amplía el concepto del mismo, entre las que se encuentra la Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria de 14 de Marzo del 2003 que establece que el concepto jurídico fiscal del ajuar está integrado por el concepto usual del “conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común en la casa” (concepto recogido en el diccionario de la Real Academia) ampliado a “joyas, obras de arte, automóviles o embarcaciones cuyo valor unitario no exceda de 250.000 pesetas” e introduce como condición exigible que no produzcan rentas al sujeto pasivo, ya que su destino es las necesidades personales dentro del núcleo doméstico, no una actividad patrimonial. Este segundo grupo de sentencias toman por base la Ley del Impuesto del Patrimonio 19/91 de 6 de junio y 50/1977 de 14 de noviembre de Medidas de Reforma Fiscal, teniendo un concepto más preciso de ajuar que la ley sucesoria.

Sobre la existencia o inexistencia del ajuar doméstico, el artículo 15 de ley del Impuesto de Sucesiones establece que el ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se

valorará en el 3% del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje.

El legislador ha optado por establecer la doble presunción legal *iuris tantum* de la presencia del ajuar doméstico en la masa hereditaria y la de su valoración mínima en el 3% del caudal relicto, es decir, el legislador presume que en toda herencia se encuentra presente el ajuar doméstico y corresponde al interesado demostrar la inexistencia de esta universalidad de cosas.

Las razones de esta doble presunción legal según TOVILLAS MORAN²⁵ se hallarían en el desigual valor de estos bienes y en las dificultades que comporta valorar los mismos, así como en el temor de la administración de que los contribuyentes dejasen de incluir estos bienes en la base imponible del impuesto.

Las presunciones en derecho no son en general justas, ya que son ficciones jurídicas, y en especial en relación con la prueba de inexistencia de ajuar, que se configura de forma negativa y que además ha de hacerse fehacientemente. La convierte en una *probatio diabólica* en perjuicio del contribuyente. De forma general hay que indicar que hay una tendencia en las salas de lo contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia a adoptar posturas favorables al contribuyente en esta cuestión.

El Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos ha cambiado su criterio en la estimación del ajuar doméstico: ha fallado que el ajuar se concreta en los bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante, delimitando lo que es el ajuar a efectos del Impuesto de Sucesiones, los bienes que lo conforman y los bienes que han de quedar excluidos. El 3% a aplicar operará sólo sobre el valor del inmueble o vivienda habitual en que se halle el ajuar y no sobre todo el patrimonio relicto.

Resumiendo, la nueva doctrina del Tribunal Supremo podemos indicar los principales puntos:

En primer lugar, ni la LISD incorpora un concepto autónomo de ajuar doméstico ni éste se puede cifrar en un mero porcentaje del caudal relicto. No hay concepto autónomo porque la Ley del impuesto, que podría hacerlo, no ha definido, acotado, incluido o excluido bienes o clases de bienes para configurar, a los efectos de su regulación, qué sea ajuar doméstico. Al contrario, parte de una noción legal preexistente, que debe completarse con la usual y jurídica del ajuar doméstico. Como, por lo demás, es práctica común en las leyes fiscales que de forma expresa o implícitamente incorporan conceptos, instituciones o reglas de aplicación incluidas en otras leyes fiscales o no fiscales.

El concepto de ajuar doméstico, aún no definido taxativamente en la ley fiscal, menos aún enumerado, no puede comprender sin más un porcentaje sobre la totalidad de los bienes de la herencia, sino sólo aquéllos que, conforme a la norma civil y fiscal, sean propiamente ajuar. No es ya que la norma civil sea supletoria de la tributaria —que no hace al caso—, sino que ésta se debe interpretar en sentido propio, usual o jurídico, y ambos sentidos nos encaminan sin duda a un concepto de ajuar doméstico que debe ser, ante todo, doméstico, cuando menos en un sentido amplio, en relación con los bienes definidos en el artículo 1321 CC y en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Ésta sí define, de un modo concordante, qué es el ajuar doméstico —por otra parte, porque debe ser objeto de valoración singularizada—, siendo así que, para su cálculo, el artículo 15 LISD se remite a las reglas del impuesto sobre el patrimonio.

En segundo lugar, el ajuar doméstico no puede sustraerse de una concepción ya centenaria, vinculada a los bienes que componen o dan servicio a la vivienda familiar (artículo 1321 CC) o, en una significación más amplia, a los que se sirven de uso personal del sujeto pasivo (artículo 4, Cuatro, del Impuesto del Patrimonio).

En tercer lugar, indica que, en todo caso, ambas normas excluyen netamente de su ámbito de regulación algunos bienes cuando estando a priori dentro del concepto objetivo, poseen un

²⁵ TOVILLAS MORÁN J.M. El Régimen Jurídico del Ajuar Doméstico en la Reciente Jurisprudencia. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi número 16/2004. BIB 2004/1725. Editorial Aranzadi. S. A

extraordinario valor material, lo que se presume iuris et de iure en ciertas clases de bienes o en los que superen determinado valor económico (el propio artículo 1321 CC y los artículos 18 y 19 LIP).

También ha de tenerse en cuenta que para determinar la composición del ajuar doméstico debemos atender a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas pertinentes (artículo 3 CC), pues tal perspectiva, dado el carácter dinámico y evolutivo de los usos sociales, podría incluir o excluir de su ámbito determinados bienes. Téngase en cuenta como se ha estudiado anteriormente en la primera parte dedicada al derecho histórico que en derecho antiguo los bienes del ajuar formaban parte de la dote.

Aun cuando el concepto positivo del ajuar doméstico, en su composición, pueda ser problemático porque su integración no depende tanto de la naturaleza de la cosa misma como de su valor y de su aptitud concreta para la satisfacción de las necesidades o usos de las personas, el concepto negativo no resulta de tan dificultosa obtención, pues hay bienes o derechos que, claramente, con toda evidencia, quedarían fuera, en cualquier caso, de la esfera de afectación a la utilización de la vivienda familiar o del uso personal.

Entre los bienes que están “extramuros” del concepto ajuar figuran, los bienes susceptibles de producir renta, ¡en los términos ya precisados por nuestra jurisprudencia; los afectos a actividades profesionales o económicas; y, en particular, el dinero, los títulos-valores y los valores mobiliarios, que ninguna vinculación podrían tener, como cosas u objetos materiales, con las funciones esenciales de la vida o con el desarrollo de la personalidad. Entre las sentencias que delimitan los bienes que quedan excluidos del ajuar citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo del 2020 que da por excluidos los valores mobiliarios y las acciones.

Hay que destacar también que la presunción legal iuris tantum del 3 por 100 que establece el artículo 15 LISD, podrá ser destruida judicialmente con el derecho a probar por todos los medios admitidos en Derecho que no existen bienes que integren el ajuar o que el valor de estos no supera el 3%.

El contribuyente puede destruir tal presunción haciendo uso de los medios de prueba admitidos en Derecho, a fin de acreditar, administrativa o judicialmente, que determinados bienes, por no formar parte del ajuar doméstico, no son susceptibles de inclusión en el ámbito del 3 por 100, partiendo de la base de que tal noción sólo incluye los bienes muebles corporales afectos al uso personal o particular tal como ya se ha indicado anteriormente. En caso contrario la presunción legal del artículo 15 de la LISD se convertirá por interpretación del TS en una presunción iuris et de iure, es decir indestructible, pudiéndose producir un posible efecto de doble cómputo de los mismos activos para la cuantificación de la base imponible.

En particular, no está necesitada de prueba la calificación de los bienes por razón de su naturaleza que la Administración debe excluir. En otras palabras, sobre el dinero, títulos, los activos inmobiliarios u otros bienes incorporeales no se necesita prueba alguna a cargo del contribuyente, pues se trata de bienes que, en ningún caso, podrían integrarse en el concepto jurídico fiscal de ajuar doméstico, al no guardar relación alguna con esta categoría. La prueba será necesaria si la valoración del ajuar resulta inferior al 3% o bien es inexistente y para evitar entre en juego la presunción legal como hemos indicado.

Para terminar, indicar que en los casos de crisis familiares la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 14 de Julio del 2020 hace una aplicación combinada de los artículos 90 párrafo primero del Código Civil, 1320 y 1321 del Código Civil y establece que la valoración del mismo ha de referirse al momento de la ruptura y que en ese caso se aplicará como valoración el 3% del valor de la vivienda habitual y no de todo el patrimonio siguiendo las directrices del Tribunal Supremo.

La Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 13 de noviembre del 2019 indica que es posible separar el uso de la vivienda del uso del ajuar como dos derechos distintos, por lo que, aunque suelen coincidir en el tiempo y en el espacio, no tiene por qué ser necesariamente así. El ajuar es accesorio con respecto a la vivienda por cuanto su finalidad es siempre hacer habitable esta, pero esta accesoriedad “funcional” no implica que quede vinculado necesariamente a la vivienda conyugal. No es por tanto obstáculo el que uno de los cónyuges

pueda atribuirse el uso del ajuar doméstico con independencia de la vivienda familiar, siempre y cuando aquel siga el destino que le es propio.

4. LA VIVIENDA Y EL AJUAR FAMILIAR EN EL DERECHO CIVIL COMPARADO

En las primeras páginas de este artículo se ha recogido como en nuestro sistema legal falta una definición de vivienda familiar y de familia y ello a pesar de su protección constitucional en el caso de la familia. Algo similar ocurre en otros regímenes legales como el Derecho anglosajón.

MOSSMAN²⁶ subraya la ausencia de una definición legal de familia y la dificultad de concretarla, aunque por experiencia todos sepamos lo que es la familia o lo que debería ser. Destaca tres aproximaciones posibles en el contexto legal: primero el censo define oficialmente la familia; segundo observar lo que las familias hacen permite construir una definición funcional de la misma; y tercero la referencia al ideal de familia, o a su deber ser nos aproxima a la esencia de la familia.

También HOVIUS y MAUR²⁷ se remiten a la definición oficial del censo buscando cubrir la laguna legal de una definición de familia. Conforme a esta definición, se incluiría, dentro del concepto de familia tanto la referida al matrimonio, como la pareja equiparable al matrimonio conforme al Common Law este derecho tradicionalmente equiparó al matrimonio la convivencia conyugal con intercambio de promesas, cuando concurrían ciertos requisitos, con hijos o sin ellos, o bien a la persona que vive con uno o más hijos. La definición excluye colectivos de personas que compartan vivienda. Como última referencia, las autoras PAYNE²⁸ destacan la ausencia de una definición legal de familia y aluden a las «estructuras familiares» buscando integrar los diversos supuestos.

Por lo que se refiere a Europa durante los años sesenta y setenta del siglo XX se reforman los distintos Códigos Civiles europeos mediante distintas leyes que tratan de asegurar que la vivienda habitual de la familia y el mobiliario habitual de la misma solo pueda ser dispuesto “inter vivos” con el consentimiento de ambos cónyuges, sea a título oneroso o gratuito. Solo la autorización judicial puede suplir la falta de consentimiento del cónyuge que se opone a la disposición.

En casi todas las legislaciones europeas, el efecto que provoca la disposición por uno solo de ellos sin el consentimiento del otro es la sanción de nulidad. En Bélgica la nulidad es relativa, al igual que en Francia, donde se faculta al esposo de cuyo consentimiento se prescindió para pedir la anulación del acto dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento del acto.

Por tanto, en las legislaciones europeas predomina la exigencia del asentimiento de ambos cónyuges, tanto del propietario como del no propietario, para poder enajenar los derechos que cualquiera de ellos pueda tener sobre la vivienda o sobre el ajuar o mobiliario de la misma.

También en el derecho anglo-norteamericano encontramos una solución similar JEREZ DELGADO²⁹ nos concluye del análisis comparado de los sistemas español y anglosajón norteamericano (en particular, el canadiense), cabe concluir que ambos reconocen que la protección a la familia pasa por la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para que el contrato de disposición de la vivienda familiar sea plenamente válido y eficaz. A la vez,

²⁶ MOSSMAN M.J (2012), Families and the Law. Cases and Commentary, Captus Press Inc., Canada.

²⁷ HOVIUS.B, MAUR. M. J (2009), Hovius on Family Law. Cases, Notes and Materials, 7ª ed., Carswell, Thomson-Reuters Canada.

²⁸ Julien D. PAYNE/Marilyn A. PAYNE (2013), Canadian Family Law, Irwin Law, Canada, 1ª (2001) y 5ª ed. (2013).

²⁹ JEREZ DELGADO C. Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos. Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense. Revista In Dret Revista para el análisis del Derecho. In Dret 4/2018.

ambos sistemas protegen también la seguridad del tráfico jurídico, y amparan en su adquisición —como regla general— a los adquirentes a título oneroso y de buena fe. Cuando el cónyuge impugnante no logre que el juez declare la nulidad del acto, tiene —al menos— la posibilidad de exigir una indemnización por los daños que la decisión de su pareja le haya causado (artículo 1902 CC).

Un segundo asunto que se ha desarrollado en algunas legislaciones europeas es la atribución expresa a la vivienda del carácter de vivienda familiar y las consecuencias que ello comporta.

En Francia esta afectación de la vivienda como bien familiar se efectúa a través de una declaración notarial que requiere una serie de publicaciones autorizadas por un juez. Ante estas publicaciones pueden existir oposiciones por parte de terceros. La legitimación para solicitar la declaración de bien familiar se le otorga a cualquier persona con capacidad de disposición, es decir, la pueden solicitar tanto los cónyuges, como padres, hijos o el cónyuge superviviente o divorciado. El efecto que produce la declaración de bien familiar con relación a los acreedores es que los bienes familiares son inembargables.

En Italia también se lleva a cabo un acto expreso de afectación. Puede solicitarlo uno o ambos cónyuges, por medio de un acta pública o mediante un testamento. También la legitimación es amplia ya que esta afectación la puede pedir un tercero que puede decidir a quién se le otorgará el bien.

Un último asunto tratado en diversas legislaciones europeas es la configuración legal de la atribución de la vivienda y su mobiliario, en los casos de crisis familiares (separación y divorcio). En nuestro Derecho ya hemos visto que se indica en la ley que es un derecho de uso.

No existen grandes diferencias entre el sistema español e italiano, sobre este asunto nos indica CARAPEZZA³⁰ que la disciplina de la asignación del uso de la vivienda familiar plantea en las experiencias jurídicas, española e italiana, análogos problemas, que, en no pocas ocasiones, reciben respuestas semejantes en las respectivas jurisprudencias. Es significativo que las mayores diferencias se observan en las soluciones estrictamente legales, como sucede en el caso de atribución de la vivienda familiar al cónyuge sin hijos. En cambio, cuando falta una solución legal expresa, la jurisprudencia, con frecuencia, llega a resultados semejantes, como acontece, de manera emblemática, con la extensión de la atribución del derecho de uso en el supuesto de existencia de hijos no matrimoniales.

La presencia de principios constitucionales comunes —como el de protección de la personalidad de los hijos— unida a la utilización de las mismas técnicas hermenéuticas, fundadas en la aplicación directa de las normas constitucionales permiten la elaboración de un entramado de *regulae iuris*, en buena parte, homogéneas. Sin embargo, la protección de los intereses patrimoniales de los titulares del inmueble es más acusada en la jurisprudencia española, la cual realiza una lectura «asistencial» de la figura del derecho de uso (en clave alimenticia); y, así mismo, excluye que el mismo pueda ser opuesto a los terceros comodantes, que cedieron gratuitamente el inmueble a los progenitores, para que instauraran en él su residencia familiar, lo que marca una diferencia importante entre las soluciones elaboradas en ambos países latinos.

En otro país de nuestro entorno Portugal, el tribunal a falta de acuerdo y a instancia de las partes podrá dar en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges la vivienda familiar con independencia de que sea común o propiedad del otro. Para ello el tribunal deberá considerar, en particular, las necesidades de cada uno de los cónyuges y el interés de los hijos. El referido arrendamiento queda sujeto a las normas del arrendamiento de viviendas si bien el tribunal puede definir las condiciones del contrato, oídos los cónyuges, y poner fin al arrendamiento a

³⁰ CARAPEZZA FIGLIA. G Y DE VERDA Y BEAMONTE J.R El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 752, págs. 3389 a 3468.

petición del propietario cuando las circunstancias que se produzcan posteriormente lo justifiquen.

El tratamiento, por el Código Civil francés de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial, se realiza, en sede de medidas provisionales, a través del art. 255.4º, en virtud del cual el juez podrá conceder a uno de los cónyuges el disfrute de la vivienda y el mobiliario del hogar o dividir entre ambos dichos disfrutes, precisando su carácter gratuito o no y, en su caso, dejando constancia del acuerdo de los cónyuges sobre el importe de la eventual indemnización por ocupación. Se produce, pues, como mantienen TERRÉ y FENOUILLET, un *mécanisme de contrainte judiciaire* en la formación de esa relación contractual. Desde ese primer momento la medida no debe tener un carácter necesariamente gratuito. El Código francés únicamente se refiere a la atribución del uso de la vivienda en aquellos casos en que esta es propiedad privativa de uno solo de los cónyuges. Y lo hace a través de un arrendamiento forzoso cuando el uso de la vivienda se atribuya al que no es propietario de esta

GARCIA MAYO³¹ con referencia al sistema Francés y portugués de arrendamiento forzoso en casos de crisis familiares, concluye que es precisamente, para evitar tal abuso y cumplir con el verdadero fin de la medida -que no es esencialmente económico- para lo que propone que, de *lege ferenda*, se opte en España por un sistema similar al francés o al portugués, consistente en la constitución de un arrendamiento forzoso a favor de aquel a quien se pretenda atribuir el uso de la casa. Con el referido arrendamiento no solo es que se ponga fin, en gran medida, a las desigualdades que, en la actualidad, puede originar esta medida, sino que se acabaría con un problema de base: la inexistencia, en la actualidad, de un régimen jurídico claro y conocido que aplicar al derecho de uso atribuido, pues sería de aplicación, como régimen común, el régimen del derecho de arrendamiento de vivienda contemplado en la LAU, con las excepciones que plantea la especialidad de este arrendamiento forzoso.

Concretamente, propone la aplicación del modelo portugués (previsto tanto para los supuestos en los que la casa es propiedad de uno solo de los cónyuges como para cuando lo es de ambos), pero reduciéndose sus criterios de atribución de forma similar al modelo francés: posible constitución del arrendamiento forzoso únicamente cuando, existiendo hijos comunes menores de edad, su interés así lo exija, extendiéndose la medida, como máximo, hasta la mayoría de edad -la emancipación- de los mismos, o cuando el hijo mayor de edad discapacitado o el cónyuge no propietario tuviese una especial vinculación con la vivienda que aconsejase la atribución al mismo durante un espacio temporal. Se pondría fin, así, a gran parte de los problemas que en la actualidad genera la atribución de la casa familiar tras la crisis de la pareja.

En Latinoamérica se sigue un modelo de patrimonio familiar que tiene sus antecedentes en el derecho canadiense y norteamericano.³² En algunos países la vivienda y los bienes familiares tienen un precepto específico de protección en su Constitución como ocurre en México. El concepto de bienes familiares es más amplio que el utilizado en Europa que se circunscribe a la vivienda habitual familiar y su mobiliario. Los bienes del patrimonio familiar tienen como objeto servir de sustento a la familia y satisfacer las necesidades básicas de la misma.

³¹ GARCIA MAYO. M Vivienda y crisis familiar: el tratamiento de la cuestión en Francia y en Portugal y su aplicación en España como propuesta de *lege ferenda*. Esta doctrina forma parte del libro "Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones", edición nº 1, BOSCH, 2020. LA LEY 6397/2020

³² El patrimonio familiar tiene su origen remoto en el *homestead* norteamericano. Primitivamente, existió el *homestead lowe*, que tuvo su origen en una ley del Estado de Texas, dada en 1839 y convertida en la Ley Federal de 1862. El término *homestead* implica hogar y lugar y que podría significarnos como el lugar de la familia, en donde tiene asentado su hogar; se incluye no sólo la casa habitación, sino igualmente la finca y no sólo la rural sino también la de la ciudad.

Este concepto, con diversas variantes lo encontramos en Argentina, Bolivia, Perú, Uruguay, Chile, Paraguay, Panamá, Puerto Rico, Ecuador³³ y México³⁴. Los aspectos desarrollados en relación con el patrimonio familiar en estas legislaciones comparadas son variados.

En relación con la legitimación para constituir el patrimonio familiar. En Argentina toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda familiar. En Bolivia la constitución solo puede ser solicitada por el propietario del bien respectivo.

En cuanto al procedimiento para afectar o constituir el patrimonio familiar y la constancia registral. En Argentina³⁵ y en Uruguay se sigue un procedimiento administrativo para la declaración del bien familiar que tendrá que ser registrado en el registro inmobiliario y publicado para poder ser oponible a terceros. En Bolivia y en Perú se realiza por resolución judicial. En Bolivia se realiza por resolución judicial con asistencia del fiscal. La resolución judicial se dicta en un procedimiento especial que conlleva la publicación de la solicitud en un periódico de la localidad y que será contencioso si existe oposición de terceros. La resolución se inscribe en el Registro de Derechos Reales tanto de la solicitud como la resolución. A la inscripción sigue una publicación que tiene como efecto evitar la oponibilidad de los terceros a su constitución. En Perú el procedimiento es de carácter judicial no contencioso, salvo que exista oposición y existe igualmente una inscripción registral posterior.

En la doctrina chilena LOPEZ BLANCO indica que la afectación como familiar de un bien inmueble y de los muebles que lo guarnece debe considerarse en el ordenamiento jurídico chileno como una situación absolutamente excepcional y que solo podría concederse en aquellos casos y circunstancias donde sea necesario, debiendo el tribunal considerar antes que nada el interés de los hijos y la equivalencia en las fuerzas patrimoniales de las personas a los cuales afecte. Se persigue evitar que, tras el fracaso marital, la familia quede expuesta a abandonar o perder su lugar de residencia en el que, hasta ese instante, se desenvuelve. Como afirma CORRAL, esta institución cumple una función familiar directa, a saber, permitir y favorecer la convivencia de la familia, no persigue proteger intereses individuales

³³ El patrimonio familiar en Ecuador tiene origen en la Constitución de 1929, por primera vez en esta Carta magna se estableció la inembargabilidad del patrimonio familiar.

³⁴ Vid. CASTAÑEDA RIVAS M.L. La Vivienda Familiar como un Derecho Humano en México. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 267 - 282. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio familiar, La vivienda familiar como un derecho humano en México, asimismo, a través de políticas públicas se busca garantizar dicho derecho, pero no obstante ello, aún se encuentra presente la desigualdad dentro de nuestra sociedad y es así que no todos tienen el acceso a ese derecho humano, por tal motivo es importante que el Estado no deje a la deriva tan importante tema. GUITRON FUENTEVILLA J. La Vivienda y el Patrimonio Familiar en México. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 247 - 266. El principio de protección viene en la Constitución, no obstante, los Códigos Civiles locales, vigentes en los 31 Estados de la República Mexicana, más el del Distrito Federal, implantan una ley diferente en cada entidad, regulando la vivienda y el patrimonio familiar de manera distinta, a estos Códigos se agrega el Código Civil Federal que también legisla sobre la materia, aun cuando no tiene una aplicación jurídica y debe dejarse muy claro que todo lo referente al Derecho Familiar es de orden público e interés social, pero de competencia local, es decir en México no hay leyes federales respecto al patrimonio familiar.

³⁵ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCIA. Protección de la Vivienda de la Familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial Argentino. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 193 - 213 A partir de la vigencia del Código Civil y Comercial las personas que viven en uniones convivenciales pueden proteger su vivienda mediante el instituto de la Afectación”, que viene a sustituir el viejo bien de familia previsto por la ley 14.394 que solo se ocupaba de la familia matrimonial. Se trata de disposiciones de orden público, de modo que tampoco puede pactarse en contrario (conf. art. 515 CC y C). Por eso, los convivientes no pueden dejar sin efecto lo dispuesto en el plano normativo comprendido entre los arts. 244 y 255 CC y C.

de ninguno de los cónyuges (el no propietario) sino el de la familia. En el mismo sentido se expresa RAMOS PAZOS quien asevera que los bienes familiares “persiguen asegurar a la familia un hogar físico donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad” y que “pretende evitar que las disputas patrimoniales entre los cónyuges concluyan con el desarraigo de la residencia habitual de la familia”. LEPIN MOLINA nos hace por su parte las siguientes consideraciones: en primer lugar, la declaración de bien familiar se constituye sólo como una limitación al dominio del cónyuge o conviviente civil propietario, sin garantizar la constitución de derechos reales de goce sobre estos bienes. De esta manera, la protección es precaria ya que no lo transforma en inembargable, en segundo lugar, su finalidad principal es proteger a la familia legalmente constituida, a través del matrimonio o el acuerdo de unión civil, en tercer lugar, procede la desafectación cuando existe un cambio de circunstancias, es decir, cuando pierda la calidad de residencia principal de la familia. Lo que ocurrirá, entre otros casos, cuando muera uno de los cónyuges, o se declare por sentencia firme y ejecutoriada la nulidad del matrimonio o el divorcio. En este último caso, puede subsistir la declaración de bien familiar si el cónyuge no propietario vive en el lugar con hijos menores de edad, protegiendo de tal forma, el interés superior de los hijos

Por lo que se refiere a los efectos de la constitución del patrimonio familiar. Los bienes del patrimonio familiar son inembargables, inalienables e indivisibles, mientras tengan el carácter de familiares, aunque cabe su transmisión por causa de muerte.

La Atribución del uso de la vivienda en los casos de separación y divorcio es otro tema contemplado en las legislaciones latinoamericanas. En los países latinoamericanos se lleva a cabo una atribución de su uso a uno de los cónyuges o a los hijos comunes, variando la solución de unos países a otros en función de la concepción causal o no que tengan de la separación y el divorcio.

En Panamá la vivienda familiar puede ser atribuida de forma indefinida al cónyuge declarado inocente. En Paraguay el cónyuge que tenga la tenencia de los hijos mientras sean menores de edad podrá oponerse a su liquidación y partición, quedando a salvo el derecho de los terceros anteriores a la demanda de divorcio, el juez ordenará su inscripción en el Registro respectivo. Este derecho cesa con la mayoría de edad de los hijos hasta entonces permanecerá indiviso el inmueble. Lógicamente debe ordenarse la inscripción de esta circunstancia en la Dirección de los Registros para que afecten a terceros.

Este mismo derecho a pedir la suspensión de la división de bienes gananciales en lo que se refiere al hogar familiar, denominado hogar seguro, existe en Puerto Rico³⁶ en beneficio del grupo formado por madre e hijos que quedan en la vivienda. Esta paralización subsistirá por el tiempo que permanezcan las circunstancias que le dan calidad de hogar seguro y mientras la recta razón de equidad ampare el derecho de sus ocupantes. El cónyuge que reclama y obtiene el derecho a hogar seguro podrá retener todos aquellos bienes de uso ordinario en la vivienda.

Por último, en Cuba el tribunal que resuelve el divorcio sea por justa causa o por mutuo acuerdo, tiene que pronunciarse sobre ella, al extinguirse, dividirse y liquidarse la comunidad matrimonial existente. Caben dos posibilidades, o constituir una copropiedad por cuotas o que la vivienda se la adjudiquen los hijos o uno de ellos, por supuesto a los hijos comunes de ambos, solo cabe por acto de donación contenido en la sentencia de divorcio. Dicha solución judicial una vez firme constituye título de dominio del inmueble con acceso al Registro de la propiedad.

³⁶ Vid FRATICELLI TORRES M, “La persona natural y las instituciones familiares en el derecho puertorriqueño: una mirada axiológica a los libros primero y segundo del nuevo Código Civil de Puerto Rico”, en aa.vv., El Código Civil de Puerto Rico de 2020: primeras impresiones, San Juan, 2021.

5. CONCLUSIONES

El artículo 47 de la Constitución³⁷ española ³⁸establece la protección de la vivienda, lo que refuerza su consideración como un bien esencial para la estabilidad familiar. Si acudimos al conjunto de países de la Unión Europea podemos apreciar que no todos cuentan con un derecho constitucional a la vivienda³⁹ y, los que lo disponen, lo dimensionan de diferentes modos.

³⁷ Vid. PECES-BARBA MARTINEZ, G., Curso de derechos fundamentales: teoría general, coedición Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid, 1995, p. 369. En La Constitución española de 1978: un estudio de derecho y política, F. Torres, Valencia, 1981, p. 37, dice, asimismo, que «el Capítulo tercero no supone propiamente derechos y libertades, sino normas programa para la acción normativa de los poderes públicos». Para Peces-Barba, los derechos del referido capítulo son normas jurídicas destinadas a los poderes públicos que actúan como principios de organización, obligando al legislador y al resto de operadores jurídicos, que no podrán realizar ninguna actuación jurídica que los contradiga. Corresponderá, pues, al legislador ordinario, la configuración y delimitación del ámbito específico de protección.

³⁸ Nos indica CAPESCIOTTI M. El acceso de los extranjeros a la vivienda en el ordenamiento jurídico español e italiano. Un análisis comparativo. Doctorado en Derecho Público Universidad de Roma y co-tutela Universidad de Granada XXVII ciclo. Curso 2015-2016. Editor: Universidad de Granada. Tesis doctorales Autora: Marta Capesciotti ISBN: 978-84-9125-561-1 indica que en lo que respecta a Italia, el art. 47, Constitución, al favorecer la protección del ahorro, fomenta la vivienda como uno de los posibles usos de este. La Constitución española, sin embargo, prevé explícitamente el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). En ambos casos, la doctrina y la jurisprudencia constitucional han permitido dar una lectura sistemática de dichas disposiciones, destacando cómo la protección y garantía efectiva del derecho a la vivienda son absolutamente funcionales para el goce de otros muchos derechos garantizados constitucionalmente, como la protección de la vida familiar, el derecho al trabajo, la dignidad personal, el hogar, etc.

³⁹ Nos indica GUILLEN NAVARRO N.A. La garantía del acceso a la vivienda en el derecho comparado: una perspectiva a nivel mundial. Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local. Año 2022. Para una visión amplia de las políticas de vivienda de estos países se puede consultar: Finlandia: Kärkkäinen (1999); Hungría: Hegedüs y Teller (2005); Polonia: Glocker y Plouin (2016); Portugal: Alves y Gonçalves (2010). Además, una visión global de las políticas de vivienda y vivienda social en Europa se encuentra en Scanlon et al. (2015). En un segundo grupo de países estarían aquellos en los que, aunque no hay una referencia directa a este derecho, se incluye en sus textos constitucionales la obligación del Estado de emprender acciones tendentes a asegurar un nivel de vida digno, conexas con un conjunto de factores entre los que se incluye la vivienda. En este apartado estarían, por ejemplo, Moldavia o Albania, en donde se incluye una referencia a que el Estado asuma el papel de complementar la iniciativa y responsabilidad privada de algunos aspectos como es la satisfacción de las necesidades de vivienda de sus ciudadanos. Art. 47.1 de la Constitución de Moldavia de 1994, modificada en 2016; art. 59 de la Constitución de Albania de 1998, modificada en 2016.

La vivienda y el ajuar no solo son bienes patrimoniales, sino elementos básicos para la vida familiar y la dignidad de sus miembros. La vivienda habitual aparece con este carácter en el Código Civil español con la ley de reforma de 13 de mayo de 1981 que introdujo el artículo 1320 que estableció un consentimiento de ambos cónyuges a la hora de disponer sobre la vivienda. Esta reforma instauró el principio de igualdad de los cónyuges y de los hijos en el ámbito familiar y supuso la adaptación del derecho civil tradicional contenido en el Código a los principios legales contenidos en la Constitución de 1978.

También supuso una equiparación con las legislaciones europeas de nuestro entorno ya que en casi todas las legislaciones predomina la exigencia de asentimiento de ambos cónyuges. Tanto del propietario como del no propietario para poder enajenar los derechos que cualquiera de ellos pueda tener sobre la vivienda o sobre el ajuar o mobiliario de la misma. La falta de consentimiento de ambos determinara la anulación del acto salvo que el juez supla la falta de consentimiento del disidente. La decisión sobre el uso de la vivienda puede en definitiva estar sujeta a autorización judicial si se requiere la disposición de esta.

El referido régimen de la vivienda familiar en el Código Civil se articula de dos formas atendiendo a la situación de estabilidad (art. 1.320 CC) o crisis (art. 96 CC) del matrimonio. Y, en cada una de esas situaciones, se atiende tanto a la relación entre ambos cónyuges como a la relación frente a terceros. La jurisprudencia española ante la parquedad legal ha ido introduciendo muchos criterios interpretativos en materia de vivienda y ajuar familiares. Las cuestiones más tratadas por la jurisprudencia en materia de vivienda familiar han sido las cuestiones de atribución de su uso en los casos de crisis familiares. Cuestión regulada en el artículo 96 del CC. Estableciendo el criterio de la no atribución automática del uso de la vivienda familiar en el caso de cónyuge con hijos mayores de edad salvo tengan discapacidad. La regulación legal procura que en situaciones de crisis se tomen decisiones que prioricen el bienestar de los menores y la estabilidad del hogar.

Los principales factores legales que se consideran para determinar quién queda con la vivienda familiar en caso de separación o divorcio en España son: En primer lugar, la existencia de hijos menores. Si hay hijos menores de edad, el uso de la vivienda familiar generalmente se otorga al progenitor que tenga la custodia, ya sea en custodia exclusiva o compartida, para garantizar el bienestar de los menores.

También el régimen económico del matrimonio (gananciales, separación de bienes, etc.) influye en la decisión, especialmente si no hay hijos. En régimen de separación de bienes, el juez puede atribuir el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, aunque la propiedad esté a nombre del otro. En cualquier caso, Si las partes llegan a un acuerdo, pueden decidir de mutuo acuerdo quién se queda con la vivienda, especialmente en casos sin hijos. En caso de custodia compartida sin acuerdo, el juez decidirá en función de las circunstancias, priorizando el interés de los menores.

La situación económica de cada cónyuge y su capacidad para mantener la vivienda son factores relevantes, especialmente en divorcios sin hijos. Se valora si uno de los cónyuges quedó más desprotegido económicamente durante el matrimonio. La titularidad de la vivienda (propiedad, alquiler, etc.) también se considera, aunque no es determinante si hay hijos menores.

En resumen, en divorcios con hijos prima el interés superior del menor, mientras que en casos sin hijos se atiende más a la situación económica de las partes y al régimen matrimonial. En todo caso, el acuerdo entre las partes es la mejor solución cuando es posible.

En mi opinión resulta innegable que, a la hora de decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, el juez o tribunal ha de tener presente siempre el llamado interés supremo del menor, pero ello sin que implique obviar otros derechos, el de los progenitores que harán de ser ponderados, precisamente para evitar posibles incumplimientos e incluso posibles delitos.

El artículo 96 CC ha quedado patente que es un precepto que necesita de reformas adicionales a la planteada en la Ley 8/2021, la cual calificamos como positiva, por el paso adelante que supone en la regulación necesaria en diversas cuestiones controvertidas, pero insuficiente porque aún son necesarias reformas adicionales para tratar temas de gran importancia como

los aludidos por GALLARDO RODRIGUEZ ⁴⁰en diversos artículos doctrinales y con la que comparto parecer en muchos de los puntos que indica aunque en mi caso creo que en vez de una regulación tan minuciosa y que en seguida devendrá obsoleta es mejor dejarlo a la elaboración judicial en cada caso.

Algunos de estos asuntos indicados por esta autora que debe recoger un nuevo artículo 96 reformado son: si debe comprender la vivienda familiar las dependencias anexas. La extensión del ajuar familiar. Mayor detalle en la redacción de los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar. Prever la posibilidad de poder sustituir la atribución de otras viviendas incluidas segundas residencias, si es apto para el interés de los hijos. Un apartado específico en el artículo 96 del CC en el que se debe perfilar la terminología y concretar los bienes que van a permanecer en la vivienda y los que puede retirar el cónyuge excluido del uso. Establecer el plazo que tiene el cónyuge que ha abandonado la vivienda para que pueda proceder a la retirada del ajuar.

Sería necesario según esta autora, se prevea la necesidad de que los cónyuges realicen un inventario de los bienes que se retiran la vivienda. También establecer la no aplicación automática de atribución del uso que actualmente hace el artículo 96 del CC.⁴¹ Utilizar el criterio del interés más necesitado de protección y no lo procedente que actualmente prevé el artículo. No se regula actualmente el supuesto de que el régimen de guarda y custodia sea compartido. Regular los casos de atribución de uso de la vivienda a un tercero que no sea ninguno de los cónyuges. Contemplar los gastos que genera la vivienda a quien corresponden.

⁴⁰ GALLARDO RODRIGUEZ A. A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: Cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar Diario La Ley, N.º 9990, Sección Tribuna, 17 de enero de 2022, Wolters Kluwer. Posibilidades de atribución de la vivienda familiar ocupada gratuitamente y de titularidad ajena. Actualidad Civil, N.º 2, Sección Persona y derechos / A fondo, febrero 2022, Wolters Kluwer. LA LEY 1418/2022. Primera cuestión. Precisiones del concepto de vivienda familiar y del derecho de uso. Esta doctrina forma parte del libro "Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", LA LEY, 2020. LA LEY 15016/2020

⁴¹ Sobre este asunto VILELLA P. Indica que existe una total disociación entre derecho de propiedad y de uso, lo cual asfixia al progenitor no custodio y dificulta muchísimo la posibilidad de adoptar soluciones equitativas para ambos progenitores, y consecuentemente, para el bienestar de toda la unidad familiar. Esto podría atenuarse si se desligase el derecho de uso de vivienda familiar del modelo de guarda y custodia, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y personales según cada caso concreto. El hecho de atribuir una guarda y custodia exclusiva no debería, de manera automática, otorgar el derecho al uso de la vivienda familiar, puesto que esta premisa llega a generar situaciones de «secuestro» de la propiedad. Todo ello, por supuesto, siempre teniendo en cuenta por encima de todo el mejor interés de los menores afectados por la medida, pero no imponiéndolo a toda costa. VILELLA P. Cuestiones controvertidas en torno al derecho de uso de la vivienda familiar tras la reforma del art. 96.1 CC Actualidad Civil, N.º 3, Sección Familia y Sucesiones, marzo 2024, LA LEY

Regular las causas por las que se puede extinguir el derecho de uso de la vivienda familiar⁴² y la naturaleza jurídica del derecho de uso.⁴³

Confío en que el legislador sea consciente de la realidad actual en la que nos encontramos, que exige una respuesta clara que otorgue seguridad jurídica a través de una completa y adecuada regulación, pero sin excluir el criterio judicial en cada caso.

Otro asunto muy tratado por la jurisprudencia ha sido el de la atribución de los gastos de la vivienda familiar. La regla es la corresponsabilidad en los gastos si la vivienda es propiedad común de ambos esposos. En el caso de un esposo propietario y el otro solo usuario. Los gastos de uso serán a cargo del cónyuge al que se atribuye el uso y disfrute de la misma. En cuanto a la hipoteca que grava la vivienda familiar no es en ningún caso carga del matrimonio y debe satisfacerse por el titular del inmueble.

El ajuar se entiende jurisprudencialmente como el conjunto de muebles enseres y ropa de uso común de la casa. Resulta inaudito que nuestros tribunales acudan a una fuente no jurídica como es el diccionario de la lengua para fijar la institución del ajuar existiendo antecedentes legales más que suficientes en nuestro derecho y existiendo una norma legal el artículo 1 del Código Civil que permite acudir a la costumbre como fuente del derecho en una institución como está basada en la costumbre.

La atribución del ajuar por su parte plantea litigios en dos situaciones. La primera en los casos de crisis familiares y la segunda en los casos de fallecimiento. Hay dos artículos que señalan un criterio legal de atribución, el 1320 y el 1321 del Código Civil, aunque con matices diferentes, este último exonera de computarlo en el haber del viudo, aunque solo para las repercusiones civiles de reparto no igualitario entre los herederos no para las fiscales ya que para el pago del impuesto de sucesiones si cuenta. El artículo 96 del CC completa la regulación en los casos de crisis familiares.

⁴² En este punto es necesario hagamos constar que en el caso de viviendas cedidas por terceros a la unidad familiar la regla general es entender que es en concepto de precario. Indica GOMEZ LINACERO que existe unanimidad en considerar como precario la situación del que posee una vivienda por cesión de un tercero en razón al uso familiar, una vez disuelto el matrimonio o la unión de hecho, al desaparecer el uso familiar del comodato y devenir ineficaz el título posesorio inicial, prevaleciendo el derecho del titular de la vivienda a recuperar la misma sobre los efectos de la resolución judicial o documento notarial atributiva de la misma a uno de los cónyuges o convivientes, por no ser oponible al tercero titular del ius possidendi sobre la vivienda ajeno al proceso matrimonial ni constituir título hábil para enervar la acción de desahucio, no pudiendo crear, por tanto, un derecho antes inexistente de vigor superior al propio del precario. Vid GOMEZ LINACERO. A Derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida por tercero: colisión de titularidades y análisis de la doctrina jurisprudencial. LA LEY Derecho de familia, N.º 41, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2024, LA LEY, ISBN-ISSN: 2341-0566 En el mismo sentido FUENTES LOJO afirma no es oponible al titular de la vivienda el derecho de uso una vez vencido el comodato o en caso de precario, pues ni el juez ni los propios cónyuges pueden crear un derecho de uso con facultades superiores a las del derecho del que trae causa. En otras palabras, la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial (SAP Cádiz, Sec. 3ª, de 11 de diciembre de 1993).

⁴³ ORDAS ALONSO M. nos lo conceptúa como Derecho sui generis cuyo contenido se encuentra integrado por dos aspectos: un derecho ocupacional que no abarca la integridad de facultades dominicales propias del ius utendi, sino tan solo la posibilidad de utilización material de la vivienda que constituyo el domicilio conyugal. Facultad de uso que no legitima la posibilidad de que el cónyuge a quien se le atribuye ha atribuido el uso pueda ceder a título oneroso temporal la facultad de uso, es decir, no ampara el arriendo de la vivienda. Por otro lado, supone una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el asentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial. Vid ORDAS ALONSO. M El derecho de uso de la vivienda familiar. Esta doctrina forma parte del libro "La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes", edición nº 1, BOSCH, Barcelona, 2018. LA LEY 4265/2018

Habría que aclarar expresamente en el Código Civil, si el que se atribuye la vivienda habitual de la familia en una separación o un divorcio también estaría exonerado total o parcialmente de traer su valor completo al tiempo de la liquidación del régimen matrimonial. Pensemos que muchos bienes que lo integran son de carácter fungible y que la liquidación no suele ser coetánea a la separación y el divorcio pues tampoco lo obligan nuestras leyes.

La valoración de este se remite a leyes fiscales tan dispares como son el Impuesto del Patrimonio y el Impuesto de Sucesiones. El principio de estanqueidad tributaria impide que la valoración de los bienes de un impuesto valga para otro. Esto apoya que no es la mejor manera remitir la regulación de esta institución a las leyes fiscales que no tienen un criterio único. Tampoco el criterio del contenido o elementos que lo integran es igual en un impuesto que en otro. En uno se emplean presunciones en otro no. El momento de valoración de los bienes no queda claro tampoco.

El Tribunal Supremo ha establecido que el ajuar doméstico no incluye valores mobiliarios o acciones a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. El ajuar se valora en un porcentaje del caudal relicto, pero solo incluye bienes que están directamente relacionados con el uso personal del causante, excluyendo otros activos

Jurisprudencialmente se ha acogido el criterio de entender que su valor es el 3% del inmueble o vivienda habitual en la que se halle y no sobre todo el patrimonio relicto

Para terminar, hay que decir que el ajuar ha perdido importancia en nuestras leyes y en el ámbito antropológico de las costumbres quedando reducido al mobiliario y solo tenido en cuenta por las leyes fiscales y no precisamente en un sentido favorable al contribuyente. Actualmente prevalece en nuestras leyes el sentido fiscalista. A pesar de ser una institución de derecho civil.

No existe una definición en derecho español de la vivienda familiar nuestra legislación civil está en la línea de otras legislaciones de derecho europeo. En Latinoamérica en cambio se sigue un modelo de patrimonio familiar con antecedentes en el derecho canadiense y norteamericano. El concepto de bienes familiares es más amplio que el utilizado en Europa que se circunscribe a la vivienda habitual familiar y su mobiliario

Falta también en Derecho español un procedimiento de afectación de la vivienda como bien familiar. Este procedimiento existe en Francia e Italia y en otros países de nuestro entorno. En cambio, la regulación de la atribución del uso de la vivienda en supuestos de crisis familiares sigue la línea de los países de nuestro entorno.

Tras el estudio realizado nos podemos plantear si debiese existir una regulación más exhaustiva y protectora en derecho español de la vivienda familiar y su mobiliario como ocurre en alguno de los países de derecho comparado a los que nos hemos referido anteriormente.

Entre las medidas legislativas que se podrían dictar a futuro, destacamos: La atribución de un procedimiento notarial o judicial para declarar el carácter de vivienda familiar que termine en la inscripción en el Registro de la Propiedad. El otorgar el carácter de inembargable de la vivienda familiar y su mobiliario una vez declarada de forma expresa y registrada o la posibilidad de suspender la liquidación de la sociedad conyugal con relación a la vivienda familiar cuando existan hijos comunes menores que vivan en la misma basado en el interés superior del menor. Esta y otras medidas legales son posibles, pero no están exentas de inconvenientes siendo el principal el perjuicio de los acreedores y de terceros.

Termino indicando que el acceso de los españoles a la vivienda es muy variado: desde un punto de vista jurídico encontramos las figuras de arrendamiento, propiedad y la mera ocupación en sus diversas formas. El acceso a la vivienda de los jóvenes y las familias en España es un problema que ha cobrado mucha relevancia en los últimos años. Algunos de los principales aspectos incluyen: Primero, aumento de precios: En muchas ciudades, especialmente en Madrid y Barcelona, los precios de la vivienda han aumentado considerablemente, lo que hace que sea difícil para muchas personas encontrar un hogar asequible. Segundo, alquileres elevados: El mercado de alquiler también ha visto un incremento en los precios, lo que ha llevado a muchas personas a destinar una gran parte de

sus ingresos al pago del alquiler. Tercero. desigualdad: Hay una gran disparidad en el acceso a la vivienda, donde algunas áreas urbanas tienen una oferta limitada y precios muy altos, mientras que en otras zonas rurales hay viviendas vacías y una falta de población. Cuarto. vivienda social: La oferta de vivienda social es insuficiente para cubrir la demanda, lo que deja a muchas personas en situaciones vulnerables sin opciones adecuadas y quinto impacto de la pandemia: La crisis sanitaria también ha afectado el mercado de la vivienda, con cambios en la demanda y en las preferencias de los hogares. Es necesario un aumento de construcción de vivienda y un estatuto jurídico específico para la vivienda familiar.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Fuentes Históricas

- Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Madrid. Protocolo número 16.038. Año 1728. Folio 223. Documento de 19 de Julio de 1728 sobre Carta de Pago y recibo de Dote.
- Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Madrid. Protocolo número 17.613. Año 1742. Folios 43-45. Documento de 25 de mayo de 1742 sobre Aumento de Dote.
- Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Madrid. Protocolo número 22.614. Año 1802. Folio 145. Documento 3 de mayo de 1802
- Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Madrid. Protocolo número 3494. Año 1626. Folios 858-861. Documento de 24 de octubre de 1626.

Doctrina

Manuales y Monografías

LACRUZ BERDEJO. SANCHO REBULLIDA - LUNA SERRANO La Reforma del Derecho de Familia en el Código Civil. Fascículo I. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad. Madrid, Instituto Nacional de Prospectiva, 1979, 27x20 cm., 167 págs

DE LOS MOZOS José Luis en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVIII Volumen. I Edersa. Página 140

Artículos Doctrinales, Revistas y Capítulos de Libro

ALGARRA PRATS. Reflexiones sobre la Protección de la Vivienda Familiar frente a Terceros (Comentarios al hilo de la STC 106(2002 de 6 de mayo). Revista Derecho Privado y Constitución. Editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Numero 16 enero -diciembre 2002.

AVIÑO BELENGUER D. Actualidad Jurídica Iberoamericana N.º 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 194-219

BENETTI GENOLINI, M. U. y FRANCIOLI, L.: Separazione e divorzio. Figli, coniugi e casa coniugale. Procedimenti e tutela, G. Giappichelli, Torino, 2004.

BARCELÓ DOMENECH. J. El Derecho de Predetracción del Cónyuge Supérstite. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia 2004. Páginas 513 y siguientes.

CARAPEZZA FIGLIA. G Y DE VERDA Y BEAMONTE J.R El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 752, págs. 3389 a 3468

CAPESCIOTTI M. El acceso de los extranjeros a la vivienda en el ordenamiento jurídico español e italiano. Un análisis comparativo. Doctorado en Derecho Público Universidad de Roma y cotutela Universidad de Granada XXVII ciclo. Curso 2015-2016. Editor: Universidad de Granada. Tesis doctorales Autora: Marta Capesciotti ISBN: 978-84-9125-561-

CHAPARRO MATAMOROS P. Apuntes sobre el Derecho de Uso de la Vivienda Familiar en Italia. Revista. Boliviana. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 360-377

CASTAÑEDA RIVAS M.L. La Vivienda Familiar como un Derecho Humano en México. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 267 - 282

CORRAL H., Bienes familiares y participación en los gananciales: la reforma de la Ley N° 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

FUENTES-LOJO RIUS A. Problemática de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero. Actualidad Civil, N.º 11, Sección Derecho Inmobiliario, noviembre 2023, LA LEY LA LEY 12224/2023

GALLARDO RODRIGEZ A. A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: Cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar Diario La Ley, N.º 9990, Sección Tribuna, 17 de enero de 2022, Wolters Kluwer

Posibilidades de atribución de la vivienda familiar ocupada gratuitamente y de titularidad ajena. Actualidad Civil, N° 2, Sección Persona y derechos / A fondo, febrero 2022, Wolters Kluwer. LA LEY 1418/2022

Primera cuestión. Precisiones del concepto de vivienda familiar y del derecho de uso. Esta doctrina forma parte del libro "Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales" , LA LEY, 2020. LA LEY 15016/2020

GARCÍA CANTERO. G. Configuración del Concepto de Vivienda Familiar en el Derecho Español. Páginas 61 a 85. Obra Colectiva El Hogar y el Ajuar de la Familia en las Crisis Matrimoniales. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1986.

GARCIA MAYO. M Vivienda y crisis familiar: el tratamiento de la cuestión en Francia y en Portugal y su aplicación en España como propuesta de lege ferenda. Esta doctrina forma parte del libro "Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones ", edición n° 1, BOSCH, 2020. LA LEY 6397/2020

GUILEN NAVARRO N.A. La garantía del acceso a la vivienda en el derecho comparado: una perspectiva a nivel mundial. Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local. Año 2022.

HERRERA RODRIGUEZ M.P. La Atribución del uso de la Vivienda Familiar en Casos de Nulidad, Separación y Divorcio Estudio del artículo 96 del Código Civil. Rev. Boliviana. de Derecho N° 37, enero 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 552-573

HOVIUS B., MAUR M: J (2009), Hovius on Family Law. Cases, Notes and Materials, 7ª ed., Carswell, Thomson-Reuters Canada.

GOMEZ LINACERO.A Derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida por tercero: colisión de titularidades y análisis de la doctrina jurisprudencial. LA LEY Derecho de familia, N° 41, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2024, LA LEY, ISBN-ISSN: 2341-0566

Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida. Actualidad Civil, N.º 2, Sección Derecho de los contratos / A fondo, febrero 2021, Wolters Kluwer LA LEY 2174/2021

GUITRON FUENTEVILLA J. La Vivienda y el Patrimonio Familiar en México. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 247 - 266

JEREZ DELGADO C. Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos. Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense. Revista In Dret. Revista para el análisis del Derecho. In Dret 4/2018

JANNARELLI, A.: "L'assegnazione della «casa familiare» nella separazione personale dei coniugi, Foro it., 1981, I.

KEMELMAJER DE CARLUCCI.A. Protección de la Vivienda de la Familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial Argentino. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 193 - 213

LEÓN-CASTRO ALONSO J. En torno al Artículo 1321 del Código Civil. Una Propuesta de Interpretación. Separata de Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo. Volumen Segundo. 1993

LOPEZ BLANCO J.L Afectación y desafectación de bienes familiares: Hacia una conciliación entre normas de derecho constitucional y derecho de familia. Revista de Derecho Público NÚM. 91 Año 2019, páginas 17-34.

MENDEZ TOJO.R Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre Actualidad Civil, N.º 1, enero 2019, Editorial Wolters Kluwer LA LEY 1331/2019

Los efectos frente a terceros de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en procedimiento de familia. Análisis jurisprudencial Actualidad Civil, N.º 1, enero 2018, Wolters Kluwer LA LEY 270/2018

MOSSMAN M.J(2012), Families and the Law. Cases and Commentary, Captus Press Inc., Canada.

ORDAS ALONSO. M El derecho de uso de la vivienda familiar. Esta doctrina forma parte del libro "La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes ", edición nº 1, BOSCH, Barcelona, 2018. LA LEY 4265/2018

PAYNE J.D, PAYNE M.A(2013), Canadian Family Law, Irwin Law, Canada, 1ª (2001) y 5ª ed. (2013).

PECES-BARBA MARTINEZ, G, Curso de derechos fundamentales: teoría general, coedición Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid, 1995

RAMOS, R., Derecho de Familia, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010

SIRENA, P.: "L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso", Riv. Dir. civ., 2011, I.

TERRÉ, F. y FENOUILLET, D., Droit civil: la famille, Dalloz, 2011, p. 237.

TOVILLAS MORÁN J.M. El Régimen Jurídico del Ajuar Domestico en la Reciente Jurisprudencia. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi número 16/2004. BIB 2004/1725. Editorial Aranzadi. S. A

VILELLA P. Cuestiones controvertidas en torno al derecho de uso de la vivienda familiar tras la reforma del art. 96.1 CC Actualidad Civil, N° 3, Sección Familia y Sucesiones, marzo 2024, LA LEY

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1995. RJ 1995, 43/49
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995. RJ 1995, 42/70
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1998. RJ 1998, 43/05
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cantabria de 14 de marzo del 2003. JT 2003. 361
- Sentencia Tribunal Supremo Sala Tercera (Contencioso- administrativo) de 10 de marzo del 2020.⁴⁴
- Sentencia Tribunal Supremo Sala Tercera (Contencioso- administrativo) de 19 de mayo del 2020. ⁴⁵
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo del 2020.
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 14 de Julio del 2020.

Legislación

Nacional

- Constitución Española, artículos 9.3 y 14. Boletín Oficial del Estado Número 311 de 9 de diciembre de 1978.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), artículo 12.2. Boletín Oficial del Estado Número 302 de 18 de diciembre de 2003.
- Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), artículo 15. Boletín Oficial del Estado Número 303 de 19 de diciembre de 1987.
- Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, artículo 34. Boletín Oficial del Estado Número 275 de 16 de noviembre de 1991.
- Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, artículo 6.h). Boletín Oficial del Estado Número 274 de 16 de noviembre de 1977.
- Código Civil. Gaceta de Madrid. Número 206 de 25 de Julio de 1889.
- Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (LIP), artículos 4. 4º, 18 y 19. Boletín Oficial del Estado Número 136 de 7 de junio de 1991.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (LRJCA), artículos 88.2.a) y c), y 89.5. Boletín Oficial del Estado Número 167 de 14 de Julio de 1998.

⁴⁴ Recurso de casación 4521/2017. Diario LA LEY, número 9655, de 17 de junio de 2020. Editorial Wolters Kluwer.

⁴⁵ Ponente Doña María de la Esperanza Córdoba Castroverde. Diario LA LEY, número 9704, de 25 de septiembre de 2020. Editorial Wolters Kluwer. EDJ 559728 y EDJ 556145

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, artículo 1449.1º. Boletín Oficial del Estado Número 7 de 8 de enero de 2000.

Extranjera

Europa:

<https://n-lex.europa.eu/n-lex/index?lang=es> (consulta 24 de abril del 2023)

- **Bélgica.** Código Civil. Título 3 Las relaciones patrimoniales de las parejas artículos 2.3.36 y 2.3.37, Nulidad por falta de consentimiento de ambos esposos. <https://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>
- **Francia.** Rige la Ley de 11 de Julio de 1978 que reformó el artículo 215.3 que fue introducido por la ley número 65.570 de 13 de julio de 1965. Se refiere el precepto a la disposición conjunta de la vivienda familiar y de sus muebles. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136137?init=true&nomCode=mNqhdw%3D%3D&page=1&query=&searchField=ALL&tab_selection=code&anchor=LEGIARTI000006422766#LEGIARTI000006422766
- **Luxemburgo.** La materia se concentra en los artículos 215, 217 y 219 de su Código Civil. <https://www.legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil/20220701>
- **Países Bajos.** La materia se regula en el artículo 88.1 de su Código Civil. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2023-01-01/0>
- **Alemania.** Se concentra desde la reforma de la legislación matrimonial la regulación en los artículos 1357,1365 y 1369 del BGB. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html
- **Irlanda.** El texto básico en el derecho irlandés es la *Family Home Protection Act* N° 27 de 12 de Julio de 1976 que junto a la *Family Law Act*: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ie/legis/num_act/1976/0027.html&query=\(title:\(+family+\)\)+AND+\(title:\(+home+\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ie/legis/num_act/1976/0027.html&query=(title:(+family+))+AND+(title:(+home+)))

Y las Reglas de la Corte Circuito (Numero 7) 1982 Ley de protección del Hogar: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ie/legis/num_reg/1982/0244.html&query=\(title:\(+family+\)\)+AND+\(title:\(+home+\)\)Familiar](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ie/legis/num_reg/1982/0244.html&query=(title:(+family+))+AND+(title:(+home+))Familiar)

- **Italia.** Los bienes familiares están contemplados en el Código Civil en los artículos 167 y siguientes. Se denominan Patrimonio Familiar y tienen por objeto la protección de los cónyuges y de los hijos. El art. 337 sexies, párrafo primero, CCI (antiguo art. 155 quater), establece que la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en cuenta prioritariamente los intereses “de los hijos”, sin distinguir entre menores y mayores de edad. <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=21d029d9-1685-4626-b2d8-102f232a5e6b&tabID=0.8474029307793807&title=lbl.dettaglioAtt>
- **Reino Unido.** Encontramos la *Matrimonial Homes Act* de 1967 y la *Matrimonial Homes Act* de 9 de mayo de 1983 a parte de la aplicación de precedentes judiciales y legales para materias concretas como la *Land Charges Act* de 1972 y la *Land Registration Act* de 1925. <https://vlex.co.uk/vid/matrimonial-homes-act-1967-808046677> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/19/contents/enacted>

- **Portugal.** Los bienes familiares se encuentran regulados en diversas disposiciones del Código Civil de Portugal. El artículo 1682 exige la disposición conjunta de la vivienda familiar y de los muebles utilizados conjuntamente por ambos cónyuges en la vida del hogar con autorización judicial en caso de negativa por el Juez artículo 1684. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>
- **Suiza.** Según el artículo 169 del Código Civil ninguno de los cónyuges puede sin el consentimiento del otro cónyuge enajenar la casa o el departamento familiar o los derechos de los que depende la vivienda de la familia. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr

LATINOAMÉRICA

- **Argentina.** Fue la Ley número 14394 de 1954. Promulgada el 22 de diciembre de 1954. Publicada en el Boletín oficial el 30 de diciembre de 1954 la que introdujo los bienes familiares bajo el nombre de “Bien de Familia” en sus artículos 34 a 50. Esta norma ha sido objeto de múltiples modificaciones posteriores, aunque se mantiene el concepto de bien de familia. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=103605>
- **Bolivia.** El Código de las Familias y del Proceso familiar. Ley número 603 de 19 de noviembre del 2014, regula esta materia en su título VIII “Patrimonio Familiar” Capítulo Único titulado “Constitución Objeto, Extinción del Patrimonio Familiar” en los artículos 128 al 136. https://www.comunicacion.gob.bo/sites/default/files/dale_vida_a_tus_derechos/archivos/Ley%20603%20C%C3%B3digo%20de%20las%20Familias%20y%20del%20Proceso%20Familiar.pdf
- **México.** El artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos reconoce el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. El patrimonio familiar tiene su base en el artículo 123 fracción XXVIII de la Constitución. Título VI. Código Civil de México distrito federal. Artículos 724 y siguientes. Y Códigos Civiles locales vigentes en los 31 estados. En México no hay leyes federales respecto al patrimonio familiar. <https://www.gob.mx/salud/articulos/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicano-articulo-4>
<https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/civil-federal-disposiciones-preliminares/>
- **Perú.** Los bienes familiares se encuentran regulados en el Código Civil Peruano de 1984, en el Capítulo II, Título I, Sección 4ª, Libro III: artículos 488 a 501. <https://www.deleyes.pe/articulos/codigo-civil-peruano-actualizado-2022-parte-v>
- **Uruguay.** El Decreto Ley 15.597 de 1984 denomina al bien familiar como “Bien de Familia. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15597-1984/1>
- **Paraguay.** Ley 45/91 atribución del hogar conyugal en los casos de divorcio. Artículo 12. <https://baselegal.com.py/docs/ebe8d08e-2655-11e9-beab-525400c761ca>
- **Panamá.** En los procesos de divorcio, según los artículos 223 y 377 numeral 2 del Código de Familia se regula atribución de la vivienda familiar en los procesos de divorcio. https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2016/11/C%C3%B3digo-de-la-Familia1.pdf
- **Puerto Rico.** Ley 184 del 26 de diciembre de 1997.31 LPRA. Sección 385ª Hogar Seguro. <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/2/0184-1997.pdf>

EL ARBITRAJE EN LOS DEPORTES ELECTRÓNICOS EN ESPAÑA

David García Carmona

Coordinador técnico de TFT y prácticas de la Facultad de Derecho en UNIR

Doctorando en Derecho Penal en la Universidad de La Rioja

Miembro del grupo de Investigación de Derecho Deportivo (DDEPOR) en UNIR¹

Sergio Pérez González

Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de la Rioja

Fecha de recepción: 01/10/2024

Fecha de aceptación: 12/12/2024

RESUMEN: El sector de los deportes electrónicos ha irrumpido con mucha fuerza en el ecosistema deportivo actual, hasta el punto de generar un intenso debate en la doctrina jurídica sobre su consideración formal como deporte.

De esas discusiones jurídicas depende, en parte, la consideración una figura fundamental: la de los árbitros en el ámbito de los eSports, su consideración formal y material, así como su posición jurídica, el alcance y efecto de sus decisiones. El análisis de estas cuestiones será el núcleo del presente artículo.

ABSTRACT: The electronic sports sector has burst into the current sports ecosystem with great force, to the point of generating an intense debate in legal doctrine about its formal consideration as a sport.

The consideration of a fundamental figure depends, in part, on these legal discussions: that of referees in the field of esports, their formal and material consideration, as well as their legal position, the scope and effect of their decisions. The analysis of these issues will be the core of this article.

PALABRAS CLAVE: Deportes electrónicos, árbitro, derecho deportivo.

KEYWORDS: Esports, arbitration, sport law.

¹ Este artículo se desarrolla en una de las principales líneas de investigación del Grupo de Investigación de Derecho Deportivo de UNIR (DDEPOR).

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El arbitraje deportivo en España; 3. Los eSports en España; 4. El arbitraje en los deportes electrónicos en España: A. Licencias y aspectos laborales de los árbitros; B) Representación de los árbitros; C) Las actas arbitrales; D) Medidas de protección para los árbitros; E) Infracciones y sanciones; F) Recurso ante las decisiones arbitrales; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El deporte es un motor social y económico de nuestro tiempo, moviliza a cientos de millones de personas que lo apoyan y disfrutan con más o menos intensidad, al igual que moviliza miles de millones de euros a través de contratos de patrocinio, derechos de imagen y un largo etcétera. Y lo hace de modo transversal, con particularidades por épocas y regiones, a cualquier factor diferencial.

En la centralidad social y económica del deporte radica la necesidad de su regulación, así como el asentamiento de ciertos principios rectores que den cohesión y sentido a su práctica: el respeto, la igualdad, el juego limpio, la tolerancia, etc.

El fomento del deporte es, en nuestro país, una obligación constitucional impuesta a los poderes públicos conforme a lo previsto en el artículo 43.3 de la Constitución Española. Asimismo, es una de las materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias con base en el artículo 148.1.19 del mismo texto y, de hecho, todas lo han hecho, pues cada una de las Comunidades Autónomas ha desarrollado normativa deportiva propia.

En este contexto, emerge la variante de los *eSports* que, conforme a la interpretación dominante, no parece encajar formalmente en el concepto jurídico de deporte, pero que, materialmente, incorpora sus características esenciales. Una de ellas es la necesidad de *arbitrar* su desempeño en unos parámetros reglados. Se trata de una función delicada no ya solo por razones de práctica ética de la actividad, sino, sobre todo, porque la relevancia social y económica adquirida por los *eSports* en los últimos años proyecta unas consecuencias igualmente relevantes que, por tanto, exigen claridad y buen juicio en los conflictos que puedan sucederse en su práctica.

Para proceder, por tanto, al análisis de la figura arbitral en los *eSports*, proponemos un abordaje en tres actos: Inicialmente, se trata de situar normativamente la figura del arbitraje deportivo en España; posteriormente, procede un ejercicio de situación del fenómeno de los *eSports* para, finalmente, trasladar los parámetros jurídicos del arbitraje al ámbito del desempeño deportivo digital.

2. LOS ÁRBITROS DEPORTIVOS EN ESPAÑA

En relación con el reparto competencial señalado en materia de deporte entre el Estado y las Comunidades Autónomas, debe destacarse la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, que establece el marco jurídico regulador del deporte en España. Esta norma no atribuye a los árbitros, con carácter general, la condición de deportistas, a diferencia de lo regulado por alguna Comunidad Autónoma en su potestad de asunción de competencias, como es el caso de Murcia, que sí los considera como tal en el artículo 11.1 de la Ley 8/2015, de Actividad Física y el Deporte en la Región de Murcia.

Si ponemos el foco en la regulación de los deportes concretos, el fútbol parece una referencia inexcusable por historia, relevancia e impacto social y económico. Así, en el fútbol español los árbitros sí son considerados deportistas tal y como recoge sumariamente la muy reciente sentencia núm. 153/2024, de 20 de febrero, de la Sala de lo Social (Sección 3.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Este Tribunal, en el Fundamento de Derecho décimo de la sentencia referida, declara que: «Si bien no hay jurisprudencia respecto de los árbitros, su función es perfectamente incardinable en la definición de deportista del artículo 19.1 de la Ley del Deporte, y de deportista profesional, del artículo 21, que, en este caso es indudable, dado que estamos ante una relación establecida con carácter regular, dedicándose el actor voluntariamente a la práctica deportiva por cuenta y dentro del ámbito de organización de una entidad deportiva, como es la Real Federación Española de Fútbol, conforme a lo establecido en el artículo 1 de sus estatutos, transcrito en el hecho probado segundo, y en el 40 de la Ley del Deporte, a cambio de una retribución y, finalmente esta ley se refiere a los árbitros de alto nivel equiparándolos a los técnicos y entrenadores de alto nivel, por lo *que hemos de concluir que el demandante es un árbitro, deportista profesional, de alto nivel*»².

No obstante, pese a esta consideración controvertida, cabe puntualizar que no se trata de una interpretación directamente exportable al resto de deportes en España, ya que, al no estar recogida expresamente por la normativa laboral y deportiva, parece una interpretación adecuada a las características concretas propias del fútbol como juego altamente profesionalizado, regulado y retribuido. En cualquier caso, esta interpretación jurisprudencial abre una posibilidad de exégesis de la norma interesante³.

En España, al igual que en otros países como Italia y Francia, el colectivo arbitral se integra en la composición de la federación deportiva en la que desarrollan su actividad laboral, por lo que siempre está en tela de juicio la garantía de independencia de este colectivo, cuestión que no tiene cabida, o al menos no tanta intensidad y frecuencia, en otros modelos de organización como el de la Liga de fútbol alemana o la inglesa⁴.

Asimismo, siguiendo con la especial mención al fútbol, cabe destacar que los árbitros se organizan en torno al Comité Técnico de Árbitros de la Real Federación Española de Fútbol, cuyos objetivos primordiales y misión es: «Organizar, reglamentar, proteger y desarrollar el fútbol y sus especialidades en el ámbito estatal favoreciendo los hábitos saludables, la integración social y la igualdad a través de la práctica deportiva del fútbol e intentando maximizar el número de participantes de cada uno de los estamentos futbolísticos: clubes, entrenadores, árbitros, directivos, jugadores y aficionados, ayudándose de actividades y programas de formación e innovación»⁵.

² Información disponible en: [³ GARCÍA RUBIO, María Amparo. “Las prácticas deportivas no laborales en la nueva Ley del Deporte” en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 81, 2023, pág. 6.](https://aedd.org/noticias-derecho-deportivo/novedades-jurisprudenciales/item/2568-el-tsj-de-madrid-afirma-que-los-arbitros-son-deportistas-profesionales#:~:text=El%20TSJ%20de%20Madrid%20afirma%20que%20los%20%C3%A1rbitros%20son%20deportistas%20profesionales,-Novedades%20jurisprudenciales&text=La%20Sala%20de%20lo%20Social,Madrid%20ha%20dictado%20sentencia%20n%C3%BAm. Última consulta: 06/05/2024.</p></div><div data-bbox=)

⁴ Así es el modelo arbitral de Inglaterra y Alemania que pide LaLiga. *El Español*, 20 de abril de 2023.

⁵ Información obtenida en: <https://rfef.es/es/federacion/presentacion/mision-vision-y-valores>. Última consulta: 06/05/2024.

Por supuesto, este órgano cuenta a su vez con un organigrama piramidal encabezado por un presidente que, a su vez, es designado por el presidente de la Real Federación Española de Fútbol, que sería, por tanto, el máximo responsable del arbitraje de fútbol en España⁶.

Otras federaciones deportivas, como es el caso de la Federación Española de Baloncesto, posibilitan la constitución de asociaciones de árbitros en el seno de la propia federación, tal y como se estipula en los arts. 113 y siguientes de sus Estatutos.

Estos sistemas de representación, aunque como se ha señalado previamente, se hallan adscritos a la federación en cuestión y en el caso del fútbol, dependientes siempre del presidente de la Federación Española de Fútbol, permiten al colectivo arbitral tener una representación dentro del sistema y ver, en mayor o menos medida, con más o menos acierto, representados sus intereses.

En este sentido, cabe apreciar que una organización externa del colectivo arbitral no dependiente de forma directa de la federación a la que esté adscrita podría ser un sistema más interesante de representación de los intereses y de las voluntades del colectivo arbitral⁷.

3.LOS ESPORTS EN ESPAÑA

Los *eSports* son una modalidad de videojuegos, pero no todos los videojuegos son *eSports*. Sin duda que el componente económico es central en la diferenciación de los *eSports*⁸, ya que la manera en que se genera valor en este ámbito digital se identifica en buena medida con la de otros deportes. Así, la definición aportada por la AEVI, Asociación Española de Videojuegos, puede ser una buena referencia: «eSports es el nombre con el que popularmente se conocen a las competiciones de videojuegos estructuradas a través de jugadores, equipos, publishers, organizadores de competiciones, broadcasters, patrocinadores y espectadores. Se puede jugar de forma amateur o profesionalizada y de forma presencial u online. Otras denominaciones son “gaming competitivo”, “organized play”, “egaming” o “pro gaming”.

Los eSports son una denominación genérica que se concreta en las competiciones y ligas de juegos concretos (...) De la misma manera que no se compite en “deporte”, sino a fútbol, baloncesto, etc., no se compite a eSports sino a League of Legends, Call of Duty, EA SPORTS FC, Rainbow Six, Siege, Gran Turismo, o Hearthstone⁹.

Como se puede apreciar en esta caracterización, hay diversos factores que evidencian la diferencia entre un videojuego al uso y un deporte electrónico; en concreto, se pueden destacar las siguientes características:

⁶ Para más información sobre el organigrama del Comité Técnico de Árbitros véase GUILLÉN PAJUELO, Ángel. *El marco deportivo-federativo de los árbitros de fútbol en España*. Aranzadi. Madrid, 2024, págs. 135 y ss.

⁷ No es un precedente al uso, pero sirva de ejemplo la ACE, Association of China e-Sports, una institución privada que funciona como un sindicato de jugadores y clubes de deportes electrónicos que cuenta con reglamentación interna para combatir el dopaje, las trampas y el amaño en los partidos y ejerce una influencia significativa en el sector en el país asiático. Información obtenida en: <https://www.alexbarbara.es/china-legislacion-deporte-esports/>. Última consulta: 24/05/2024.

⁸ A propósito del crecimiento, la relevancia y la consolidación de los *eSports*, véase GARCÍA CARMONA, David. “eSports: origen, presente y futuro”, en *Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja* (REDUR), (19), 2021, págs. 109–117. <https://doi.org/10.18172/redur.5127>.

⁹ Información obtenida en: <http://www.aevi.org.es/e-sports/>. Última consulta: 10/05/2024.

- Se trata de eventos competitivos alrededor de un videojuego
- Los torneos, como competición, pueden ser puntuales o en formato liga
- Debe haber un organizador de la competición
- Hay un objetivo específico: ganar un torneo o premio
- Hay una distinción clara entre jugadores y equipos¹⁰

La consolidación de los deportes electrónicos como deporte o modalidad deportiva podría implicar una serie de beneficios a dicho sector¹¹. No es el objeto del presente artículo discernir sobre si los deportes electrónicos deben recibir la consideración o no de deporte tomando como base la legislación española. Por el momento, no se consideran como tal y, al margen de que esta es una realidad a la que el sector se ajusta, cabe trazar paralelismos que puedan ser útiles para su autorregulación o, en su caso, su asimilación al resto de deportes¹². Y es que, a partir de sus similitudes, como las de su organización profesional, la existencia de ligas profesionales, tanto a nivel nacional como a nivel internacional conformadas por diversos clubes, formados a su vez por staff técnico como entrenadores, jugadores profesionales, fisioterapeutas, psicólogos deportivos, etc., puede apuntarse la necesidad de un tratamiento jurídico igualmente parecido.

En esta línea de similitudes, existen federaciones de deportes electrónicos, tanto a nivel nacional como internacional, aunque no tienen, al menos en nuestro país, la consideración de federaciones deportivas, ya que no cumplen los requisitos legales para constituirse como tal y actúan como asociaciones sin despliegue de funciones públicas.

En el nivel nacional debe señalarse la denominada Federación Española de Videojuegos y E-sports (FEJUVES); en el nivel internacional, la Federación Internacional de E-sports (IESF), que no cuenta con el debido reconocimiento por parte del Comité Olímpico.

Otro aspecto en común con el deporte tradicional es la existencia de clubes profesionales de *eSports*. Son miembros destacados de estos clubes los *gamers* o jugadores profesionales de deportes electrónicos, aunque también lo integran otras figuras del *staff* técnico. Estos jugadores tienen entrenamientos diarios, profesionales, largos, tácticos y técnicos para poder competir al máximo nivel en las competiciones en las que se encuentren el club tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Sin embargo, esta profesionalización de su actividad laboral no se ve respaldada por la legislación española, ya que su vinculación contractual con los diferentes equipos de *eSports* en España se rige por la normativa laboral general, es decir, la contemplada en el Estatuto de los Trabajadores y no por el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, norma concreta contemplada para la denominación de los deportistas profesionales¹³.

¹⁰ Información obtenida del Libro Blanco de los *esports*, febrero del 2021, elaborado por la empresa IAB SPAIN.

¹¹ En este sentido puede verse ALBARRAL BORREGO, Antonio José, “Los e-sports y su regulación: el difícil pero posible camino hasta su reconocimiento como modalidad deportiva”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm 82, 2024, págs. 246 y ss.

¹² Sí se asimila en otros países, como Finlandia: <https://esports.xataka.com/ligas-y-competiciones-de-esports/finlandia-ya-reconoce-a-los-esports-como-deporte-y-no-son-los-unicos-que-lo-han-conseguido>. Última consulta realizada: 10/05/2024.

¹³ LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, “Hacia un modelo común de arbitraje en deportes electrónicos”. *Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja (REDUR)*, (20), 2022, pág. 23. <https://doi.org/10.18172/redur.5834>

4. LOS ÁRBITROS EN LOS ESPORTS

Una vez contextualizada la realidad arbitral del deporte tradicional y el sector de los deportes electrónicos en España, cabe realizar ciertas puntualizaciones sobre los árbitros en los *eSports*.

Una de las semejanzas referidas en los apartados precedentes entre los deportes tradicionales y los *eSports* es la centralidad de la figura de los árbitros que, como individuos, ejercen funciones de potestad disciplinaria durante el transcurso de las competiciones deportivas y, a su vez, velan por el correcto y debido desarrollo de las mismas.

Del mismo modo que en los deportes tradicionales la figura arbitral varía modos y competencias en función del deporte concreto, sucede en los *eSports* que las labores arbitrales también se adecuan en parte al juego concreto, de modo que centraremos la atención en las especificidades del más practicado: el videojuego *League of Legends* (LOL)¹⁴.

Para ello, se exponen en las siguientes líneas de forma breve y sucinta una organización de las competiciones de este *eSport* en nuestro país para contextualizar y poder entender su dimensión y organización y poder situar al árbitro en este entorno competitivo.

En España se organizan diversas competiciones a nivel profesional en torno al videojuego LOL; en concreto, existen las siguientes en el nivel profesional:

- Primera división, donde compiten los diez mejores equipos por convertirse en el mejor equipo de España y tener la posibilidad de competir a nivel europeo.
- Segunda división, en la que compiten igualmente otros diez equipos con la aspiración de ascender a la máxima categoría.

A su vez, en el nivel amateur se encuentra:

- Liga Nexa, conformada por un máximo de diez equipos que compiten por ascender al circuito profesional.
- El circuito amateur genérico, basado en la disputa de torneos a lo largo de todo el territorio nacional conforme a una clasificación donde, en función de la posición obtenida en los distintos torneos, se van obteniendo puntos, de modo que los mejores equipos tienen la posibilidad de formar parte de la Liga Nexa.

Finalmente, cabe destacar la existencia de la Iberian Cup, en la que participan equipos tanto profesionales de primera y segunda división, como amateurs de la Liga Nexa y del circuito genérico.

Para la finalidad del presente artículo, es decir, para el análisis de la figura del árbitro como órgano de control del desarrollo de las competiciones y como órgano ejecutor en primera instancia de la potestad sancionadora, interesan los reglamentos de las competiciones profesionales. En concreto, se analizan los de la copa Iberian Cup y el de la Superliga segunda por ser los más actualizados en el momento en el que se escribe el presente texto¹⁵.

En este sentido y en el caso de los árbitros en los deportes electrónicos en España, se debe incidir en que el artículo 2.1.1 del Procedimiento Disciplinario de la Liga de Videojuegos Profesional, los contempla expresamente como uno de los órganos disciplinarios.

¹⁴ SCHURNA BECERRO, Jorge. “¿Qué son los e-sports? Qué juegos y competiciones se consideran e-sports? ¿Son un deporte? ¿Se deben regular? ¿Cómo?”, en TORANZO SERRANO, Felipe & ESTÉVEZ SANZ, Marlen (coords.) *e-Sports: el Derecho deportivo en entornos digitales*, La Ley, 2022, pág. 27.

¹⁵ Información disponible en: <https://lvp.global/competiciones/league-of-legends/>. Última consulta: 06/05/2024.

Asimismo, aunque no se contemplan como órganos disciplinarios, se recoge la potestad de estos, de sus decisiones y de las medidas disciplinarias que adopte en el artículo 5 del Reglamento de la Iberian Cup y en el artículo 4 del Reglamento de la Superliga Segunda División, en su edición más actual para la temporada 2024.

Es preciso destacar que, aunque esta figura sea similar y ejerzan prácticamente las mismas funciones que las que se desarrollan en los deportes más tradicionales, es decir, velar por el correcto desarrollo y con el debido respeto a las diferentes normativas de una competición concreta, existen manifiestas diferencias.

A) LICENCIAS Y ASPECTOS LABORALES DE LOS ÁRBITROS

Los árbitros en el deporte tradicional en general están federados, es decir, son personas físicas que están adscritas a las federaciones en las que ejercen sus funciones arbitrales y desarrollan su papel en el entorno deportivo y, por lo tanto, cuentan con una licencia expedida por la federación deportiva correspondiente tras superar con éxito las pertinentes capacitaciones. Además, esta licencia federativa es un requisito indispensable para la capacidad de trabajar¹⁶ pues establece la condición de electores y elegibles, participación económica de los derechos devengados por dicha expedición, suscripción de seguro deportivo, etc.¹⁷.

Siguiendo con el parangón con el fútbol, la regulación de la licencia federativa se halla en los arts. 181 y siguientes del Reglamento General de la Federación Española de Fútbol. No es así en el caso de los *eSports* puesto que, como se ha manifestado en apartados anteriores, no hay federaciones reconocidas de deportes electrónicos en España. Si bien, esta distinción, a efectos laborales, no parece determinante, pues en ambos casos existe una vinculación contractual en términos laborales con una entidad con independencia de la forma que reciba. No es menor el debate doctrinal existente sobre el encaje laboral del colectivo arbitral en el deporte tradicional, pues no siempre cuenta con las características de voluntariedad, ajenidad y retribución. Sirve de ejemplo la Federación Española de Tenis, que los considera trabajadores autónomos en lo relativo a la percepción del salario¹⁸.

Con independencia de que en los deportes tradicionales exista una vinculación laboral por cuenta ajena -o un contrato mercantil como trabajadores autónomos- con las federaciones deportivas como organismos privados que ejercen funciones públicas por delegación, se ha destacar que en los deportes electrónicos dicha relación laboral se ha de tener directamente con las entidades privadas como empresas en la modalidad de prestación de servicios por cuenta ajena o por su cuenta como trabajadores autónomos.

Pese a que, como se indicaba en el apartado segundo del presente artículo, los árbitros, al menos en el fútbol, son considerados como deportistas profesionales, no es así en los deportes electrónicos. Y no lo es por diversos motivos, pero, principalmente, por una cuestión de lógica jurídica: y es que, al no estar reconocidos los deportes electrónicos como deporte oficial en nuestro país, las notas características de la laboralidad de los árbitros no pueden sujetarse a lo estipulado en el Real Decreto 1006/1985, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

¹⁶ Roqueta Buj, Remedios. *Derecho Deportivo Laboral*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2022, pág. 111.

¹⁷ Guillén Pajuelo, Ángel. *El marco deportivo-federativo de los árbitros de fútbol en España*. Aranzadi. Madrid, 2024, pág. 118.

¹⁸ Véase la información disponible en la página web de la Real Federación Española de Tenis: <https://www.rfet.es/es/arbitros-normativa.html>.

Esto, por supuesto, implica una gran diferencia, puesto que las relaciones laborales de los árbitros en el fútbol se rigen por lo dispuesto en dicho RD 1006/85 y no por lo contemplado en la normativa laboral general, en concreto, por el Estatuto de los trabajadores, que sí será de aplicación para los árbitros en los deportes electrónicos equiparándose al régimen aplicable de cualquier trabajador, como sucede para la mayoría de los árbitros en el deporte español. Por las propias características del ecosistema de los deportes electrónicos, sin embargo, la no dependencia de ninguna federación, al no estar considerados como deportes, genera inestabilidad en sus relaciones laborales y de prestación de servicios.

También es de destacar que, señaladamente debido a la inversión en publicidad, a la retransmisión de competiciones oficiales y al impacto social, los árbitros en los deportes tradicionales obtienen un salario mucho más elevado respecto al que pueden percibir los árbitros en los deportes electrónicos.

Esta diferencia es especialmente notoria en relación con el fútbol, ámbito en el que los salarios son muy elevados: más de 100.000 euros brutos al año más por la competición doméstica y nativa, LALIGA, a lo que se deben añadir las competiciones paralelas como la Copa del Rey, la UEFA o la Champions League. El árbitro español que más dinero percibió por sus servicios profesionales en 2022 fue Mateu Lahoz, con un sueldo de unos 300.000 euros brutos, aunque se debe precisar que no corresponde de forma exclusiva al salario anual de la Liga de Fútbol Profesional, sino que incluye otros conceptos como lo percibido el Mundial de Qatar, que se celebró ese año. En otras ligas europeas este salario es menor, como es el caso de la Premier League, la liga de primera división de fútbol inglesa, con un salario medio anual de 110.000 libras, la Bundesliga, la liga de primera división alemana, con un salario medio anual de 125.000 euros, cantidad muy similar a la que se da en las ligas italiana y francesa, Serie A y Ligue 1 respectivamente¹⁹.

No obstante, al menos de los testimonios referidos de los implicados, es decir, de árbitros de *eSports*, no parece un oficio que permita exclusividad profesional, si bien los testimonios datan del año 2018 y no recogen, por tanto, la consolidación económica del sector tras la pandemia causada por el Covid 19²⁰.

B) REPRESENTACIÓN DE LOS ÁRBITROS

En relación con la representación del colectivo de los árbitros, debe señalarse que, en ciertos deportes como el fútbol, cuenta con un organismo concreto que representa y aglutina los intereses del colectivo arbitral. En los deportes electrónicos, sin embargo, no existe ningún organismo similar o de carácter sindical que vele por los intereses de los árbitros, así como tampoco está referida esta posibilidad en la diferente normativa sobre los *eSports*²¹ que permita la constitución de los mismos, como sí lo hace la ya referida Federación Española de Baloncesto.

¹⁹ Información obtenida en: <https://marca.com/futbol/2023/04/05/642c1803e2704e44578b459c.html>. Última consulta: 15/05/2024.

²⁰ Información disponible en: https://esports.as.com/industria/arbitros-esports_0_1108689127.html. Última consulta: 15/05/2024.

²¹ La normativa a la que se alude de los deportes electrónicos es normativa de la LVP o en su caso de la creadora del videojuego que alcanza el status de *eSports*, es decir, normativa de organización, desarrollo y códigos de conducta para todos los intervinientes de un organismo no regulado de carácter privado a diferencia de cualquier norma reglamentaria de una federación deportiva oficialmente reconocida como tal.

En este sentido, parece pertinente la creación de un organismo que represente y vele por los intereses del colectivo arbitral en los *eSports*, independiente, en todo caso, de la diseñadora y propietaria del videojuego al que se compite como deporte electrónico.

C) LAS ACTAS ARBITRALES

El acta arbitral es el documento en el que se consigna la relación de hechos o manifestaciones sucedidas durante la competición y que es propia de las actuaciones que los árbitros realizan en el desempeño de sus funciones; tanto en los deportes tradicionales como electrónicos. Se debe poner de manifiesto que, en la normativa referida sobre la Liga de Videojuegos Profesional, se contempla en el artículo 2.1.3 la presunción de veracidad de las actuaciones y observaciones de los árbitros.

En los deportes tradicionales, en cualquier competición oficial, los árbitros deben redactar un acta en el que dejen constancia de los sucesos relevantes acontecidos durante el transcurso de la competición. Las redactadas por los árbitros en el fútbol tienen presunción de veracidad, ya que se así se manifiesta tanto en la legislación ordinaria, en concreto, en la Ley del Deporte, en concreto en el artículo 97.2 párrafo 4º, como en la normativa federativa, en específico, en el artículo 27.3 del Código disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol. Además, tanto las actas suscritas por los árbitros de un partido como las potenciales aclaraciones o ampliaciones a las mismas se consideran como medio documental necesario para la prueba de las infracciones, tal y como dispone el artículo 27.1 del Código disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol.

En la normativa existente en nuestro país sobre los deportes electrónicos, tanto de competición como genérica de ámbito extensivo de aplicación, es decir, aquella que se aplica a más de un *eSport*, además de la presunción de veracidad ya referida se determina que los árbitros tienen la obligación de redactar un acta en cada partido, tal y como se pone de manifiesto en el artículo 2.1.2 del Procedimiento Disciplinario de la Liga de Videojuegos Profesional.

Esta normativa, conforme a lo dispuesto en su artículo 3.1.1.a), es de aplicación a diversos deportes electrónicos en nuestro país. En concreto, se aplica a diversas competiciones de *League of Legends* (LOL), de *Counter Strike Global Offensive* (CS:GO)²² y *Clash Royale*²³.

También esta acta arbitral a la que refiere dicho Procedimiento Disciplinario se contempla como una de las posibles formas de iniciar el procedimiento disciplinario, tal y como se recoge en el artículo 3.1.1.c) de dicha normativa procedimental general.

D) MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LOS ÁRBITROS

Para concluir con este apartado, se considera relevante prestar atención a las medidas de protección de los árbitros antes, durante y después del transcurso de la competición.

Sobre las medidas de protección de los equipos arbitrales en los deportes electrónicos se debe hacer expresa mención a lo recogido en el artículo 4.4 del Reglamento de la Superliga Segunda División en su última versión de 2024, en el que se da potestad al árbitro para

²² Más conocido por sus siglas CS: GO, es un videojuego de disparos en primera persona, desarrollado por la compañía Valve y que, según dicha compañía, cuenta a día de hoy con más de 27 millones de jugadores al mes. Información disponible: <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/videojuegos/counter-strike-que-es-y-como-se-juega-759072>. Última consulta realizada el: 14/05/2024.

²³ Clash Royale es un juego multijugador en tiempo real propiedad de SUPERCELL. Información obtenida en <https://supercell.com/en/games/clashroyale/>. Última consulta: 04/05/2024.

incluso suspender definitivamente un partido si un objeto lanzado por un espectador golpea a un miembro del equipo arbitral, a un jugador o a un miembro del cuerpo técnico de uno de los equipos participantes, siempre que la respuesta sea necesaria y proporcional a la gravedad del hecho.

Por supuesto, el deporte tradicional ha desarrollado normativas más evolucionadas en este aspecto, pero que tampoco cumplen con las exigencias que demanda el colectivo arbitral en la actualidad.

Esta prohibición o infracción de lanzamiento de objetos contra los miembros del equipo arbitral, entre otros sujetos pasivos, la podemos observar en diferentes normativas como en el artículo 7.1.d) de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Así, en el fútbol, esta acción de lanzamiento de objetos se contempla como falta leve en el artículo 147.1.g) del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol.

Si bien, por tanto, los *esports* protegen al colectivo arbitral, se trata apenas de un primer paso. Evidentemente, puede recurrirse a la legislación ordinaria, pero parece oportuno el desarrollo de normativa deportiva, estatutaria, reglamentaria y, en definitiva, de competición que contemple garantías para con todos los intervinientes de las competiciones profesionales y amateurs.

E) INFRACCIONES Y SANCIONES

Cabe proseguir indicando que existe un evidente punto coincidente entre los modelos tradicional y electrónico, relativo al sistema de las infracciones y sanciones que los árbitros han de aplicar durante el transcurso de una competición oficial.

Se debe destacar que estas funciones del árbitro de aplicación de las normas y de la imposición de medidas disciplinarias requieren de una tipificación tanto de las infracciones como de las acciones potenciales y susceptibles de una reprobación en forma de sanción.

Se hace esta apreciación dado que en los Reglamentos de las competiciones referidas del *esport League of Legends* no se contemplan más que una mínima parte de las infracciones, mientras que el grueso de las mismas, así como una clasificación por gravedad de las mismas se recoge en otro documento al que ambos reglamentos remiten, aunque por diferentes vías.

El Reglamento de la competición *Iberian Cup* remite de forma directa poniendo un hipervínculo en el propio articulado, mientras que el Reglamento de la Superliga segunda remite al Reglamento ERL de *Riot Games* que rige y aplica, de forma general, para todos los *esports* que crean, desarrollan y a los que se compete.

A su vez, dicho documento al que remiten ambos Reglamentos de competición se encuentra desglosado en el código de conducta de la Liga de Videojuegos Profesional, LVP, aunque si bien es cierto que en el enlace se contemplan 2 infracciones más, 57 en total, frente a las 55 que contempla dicho código por lo que la versión en línea está más actualizada y más completa²⁴.

Cabe destacar, acerca del Reglamento ERL de *Riot Games*, que contiene en su artículo 10.4 mención directa y expresa a los árbitros de competición, indicando que han de comportarse siempre de forma profesional e imparcial y han supervisan los partidos de ERL y que pueden “Emitir sanciones en respuesta a violaciones de las reglas durante el Partido”. Además, se

²⁴ Las infracciones y sanciones de LOL se referidas se hallan en un documento excel en línea que se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1ENcC73xe3ZXVR2enpc1CDapuo4VbXSsuWF8hp6igPIk/edit?pli=1#gid=5356278>

considera relevante lo recogido en el artículo 10.4.3, en el que se indica que, de oficio, los funcionarios de la ERL pueden evaluar las decisiones arbitrales tomadas durante las competiciones, sometiendo estas a juicio y teniendo dichos funcionarios la decisión final.

Se trata, por tanto, de un sistema de revisión de oficio al que no parece que puedan apelar los clubes al considerar que la aplicación de una norma por parte del árbitro en el desarrollo del partido en concreto no ha sido la correcta²⁵.

F) RECURSO ANTE LAS DECISIONES ARBITRALES

En el ámbito de los deportes profesionales y, más en concreto, nuevamente, en el caso del fútbol, las decisiones de los árbitros están dotadas de presunción de veracidad, como ya se ha indicado previamente y de potestad disciplinaria conforme a lo establecido en el artículo 16.1 del Código disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol.

Estas decisiones pueden ser recurridas antes el Comité de Competición, que está compuesto por tres miembros, un presidente y dos vocales, conforme a lo recogido en el artículo 5, sobre la composición y funcionamiento de los órganos disciplinarios de las competiciones profesionales, del Convenio suscrito a tales efectos entre la Real Federación Española de Fútbol y la Liga de Fútbol Profesional.

El Comité de Competición también existe en los deportes electrónicos, puesto que así se establece en el artículo 2.2 del Procedimiento Disciplinario de la Liga de Videojuegos Profesional, que puede actuar tanto de oficio como a instancia de parte e, igualmente, está compuesto por un total de tres miembros.

Siguiendo con el procedimiento de recursos en el fútbol, ante esta resolución dictada por el Comité de Competición, cabe recurrir en segunda instancia ante el Comité de Apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.1 del Código disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol y que, de igual forma al anterior Comité, está compuesto por tres miembros, siguiendo el tenor del artículo 5 del Convenio suscrito a tales efectos entre la Real Federación Española de Fútbol y la Liga de Fútbol Profesional.

En los deportes electrónicos, de igual forma, también existe un órgano ante el que recurrir las resoluciones adoptadas por el Comité de Competición, la Esports Integrity Commission (ESIC)²⁶ aunque existen ya diferencias sustanciales, como que dicho procedimiento se lleva a cabo por las normas procedimentales de la propia ESIC y se desarrolla en lengua inglesa conforme a lo establecido en el artículo 2.3.2 del Procedimiento Disciplinario de la Liga de Videojuegos Profesional

Finalmente, en el fútbol, las resoluciones de los órganos de apelación serán susceptibles de recuso ante el Tribunal Administrativo del Deporte, tal y como expresa el artículo 18.3 del Código disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol.

Aquí encontramos otra diferencia; y es que en los deportes electrónicos no cabe recurso ante las resoluciones adoptadas por la Esports Integrity Commission tal y como determina el artículo 2.3.3 del Procedimiento Disciplinario de la Liga de Videojuegos Profesional.

²⁵ Versión original en inglés disponible en: https://assets.contentstack.io/v3/assets/blt6b44d0e0eb15833b/blt9306101bf3e7a436/649ace6afa18355e7918cb61/ERL_Rulebook_2023_V1.1_-_27.06.2023..pdf

²⁶ La Esports Integrity Commission (ESIC) es una asociación sin ánimo de lucro constituida en el año 2016 co la finalidad de asumir la responsabilidad de la investigación de prevención de interrupciones y el procesamiento de todas las formas de trampa en los deportes electrónicos, incluidos, entre otros, la manipulación de partidos y el dopaje. Información obtenida en: <https://esic.gg/about/>. Última consulta: 15/05/2024.

Como se puede ver, aunque con sus diferencias procedimentales, de cargos y de preparación y formación de los miembros de los comités entre otras cuestiones, ambos sistemas contemplan una vía de recurso ante las decisiones adoptadas por los árbitros, si bien es cierto que la del fútbol se considera más sólida, al tener tanto la segunda instancia como el recurso ante el Tribunal Administrativo del Deporte.

5. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente artículo, los *eSports* han experimentado un crecimiento notable durante la última década, potenciados por las mejoras y avances tecnológicos. Son muchas sus similitudes con los deportes tradicionales, pero también existen diferencias. La naturaleza híbrida de los *eSports*, entre videojuegos y deportes reglados, invita a valorar el marco jurídico en el que deberían regularse, tanto en su consideración integral (deportes o no) como a propósito de algunos de sus elementos concretos. En este trabajo, hemos prestado especial atención a la figura arbitral, compartida con los deportes tradicionales, aunque con algunas diferencias en su desempeño.

Al margen de consideraciones sociales o económicas sobre la pertinencia, en general, de una regulación, desde el punto de vista jurídico cabe extraer las siguientes conclusiones:

En relación con el régimen laboral de los árbitros, si bien el fútbol, como deporte tradicional, señala una referencia de tuición excepcional, no parece que, por el momento, los *eSports* puedan alcanzarla, ya que no se trata de un desempeño que se presta como un servicio a una entidad privada y que, con el actual desarrollo económico de las competiciones, no resulta suficientemente rentable como para que puedan generarse plantillas asalariadas estables. Si acaso, cabría una asimilación al régimen de otros deportes tradicionales, adscritos a federaciones deportivas y, por tanto, aun con salarios muy menores a los del fútbol, con cierta estabilidad laboral.

Los objetivos en el plano laboral, sin embargo, parecen improbables cuando se constata que no existe ningún organismo de representación colectivo de los árbitros en el ámbito de los *eSports* ni iniciativa sindical que pueda concentrar los intereses comunes.

En relación con las actas arbitrales y la posición de autoridad del árbitro, debe referirse que la normativa interna de las competiciones, señaladamente de la LVP, sí recoge una posición privilegiada del testimonio arbitral, lo que se equipara a la situación de las actas en el deporte tradicional. Sin embargo, al margen de ese nivel de autoridad, no hay un sistema de protección normativo integral que prevea sanciones, más allá de la legislación ordinaria (en la que no serían considerados autoridad a efectos de los atentados contra su persona que pudieran producirse).

A propósito de las infracciones y sanciones, puede concluirse que su tipificación un tanto dispersa, con remisiones entre documentos, no garantiza con el nivel de rigor que lo hacen los deportes tradicionales la seguridad jurídica necesaria en la competición, donde los comportamientos, por la propia esencia de la competición, siempre rozan los límites permitidos. Sin embargo, el sistema de recursos ante decisiones arbitrales resulta bastante completo y homologable al de los deportes tradicionales.

En definitiva, sería necesario que los organizadores de las competiciones revisasen las normativas internas tanto a nivel general como las específicas de desarrollo de cada competición, para, de este modo, dotar de seguridad jurídica a los intervinientes. En concreto, como hemos tratado de mostrar, se considera pertinente un refuerzo de la figura de los árbitros, con la referencia de los deportes tradicionales como garantía de viabilidad de las competiciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

Albarral Borrego, Antonio José.: “Los e-sports y su regulación: el difícil pero posible camino hasta su reconocimiento como modalidad deportiva”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm 82. 2024.

García Carmona, David. “eSports: origen, presente y futuro”, en *Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja* (REDUR), (19), 2021, 109-117. <https://doi.org/10.18172/redur.5127>.

García Rubio, María Amparo. “Las prácticas deportivas no laborales en la nueva Ley del Deporte” en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 81, 2023.

Guillén Pajuelo, Ángel. *El marco deportivo-federativo de los árbitros de fútbol en España*. Aranzadi. Madrid. 2024.

IAB SPAIN, Libro blanco Esports, 2021.

Liebana Ortiz, Juan Ramón. “Hacia un modelo común de arbitraje en deportes electrónicos”. *Revista Electrónica De Derecho De La Universidad De La Rioja* (REDUR), (20), 17–42. 2022. <https://doi.org/10.18172/redur.5834>.

SCHURNA BECERRO, Jorge. “¿Qué son los e-sports? Qué juegos y competiciones se consideran e-sports? ¿Son un deporte? ¿Se deben regular? ¿Cómo?”, en TORANZO SERRANO, Felipe & ESTÉVEZ SANZ, Marlen (coords.) *e-Sports: el Derecho deportivo en entornos digitales*, La Ley, 2022.

Roqueta Buj, Remedios. *Derecho Deportivo Laboral*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2022.

WEBGRAFÍA E INFORMACIÓN ELECTRÓNICA:

Agencia Española de Videojuegos (AEVI): <http://www.aevi.org.es/e-sports/>.

Asociación Española de Derecho Deportivo (AEDD): <https://aedd.org/noticias-derecho-deportivo/novedades-jurisprudenciales/item/2568-el-tsj-de-madrid-afirma-que-los-arbitros-son-deportistas-profesionales#:~:text=El%20TSJ%20de%20Madrid%20afirma%20que%20los%20%C3%A1rbitros%20son%20deportistas%20profesionales,-Novedades%20jurisprudenciales&text=La%20Sala%20de%20lo%20Social.Madrid%20ha%20dictado%20sentencia%20n%C3%BAm>

Diario deportivo As: https://esports.as.com/industria/arbitros-esports_0_1108689127.html

Diario deportivo Marca: <https://marca.com/futbol/2023/04/05/642c1803e2704e44578b459c.html>

Esports Integrity Commission (ESIC): <https://esic.gg/about/>

Liga de Videojuegos Profesional (LVP), competiciones: <https://lvp.global/competiciones/league-of-legends/>

OFFICIAL ERL RULEBOOK v1.1 2023 SEASON: https://assets.contentstack.io/v3/assets/blt6b44d0e0eb15833b/blt9306101bf3e7a436/649ace6afa18355e7918cb61/ERL_Rulebook_2023_V1.1_-_27.06.2023..pdf

Real Federación Española de Fútbol (RFEF): <https://rfef.es/es/federacion/presentacion/mision-vision-y-valores>

Real Federación Española de Tenis (RFET): <https://www.rfet.es/es/arbitros-normativa.html>

Sobre los esports en China: <https://www.alexbarbara.es/china-legislacion-deporte-esports/>

Supercell, Clas Royale: <https://supercell.com/en/games/clashroyale/>

Xataka: <https://esports.xataka.com/ligas-y-competiciones-de-esports/finlandia-ya-reconoce-a-los-esports-como-deporte-y-no-son-los-unicos-que-lo-han-conseguido>

CASOS PRÁCTICOS: JURÍDICOS, SOCIO-JURÍDICOS, SOCIALES QUE CONTRIBUYEN A RESOLVER PROBLEMAS DE LA VIDA COTIDIANA

María Gracia García Kromer
*Fiscal de la Sección de Violencia de Género
De la Fiscalía provincial de Sevilla*

Nieto-Cabrera, M. E., Nieto-Morales, C. (2024) **Casos prácticos: jurídicos, socio-jurídicos, sociales que contribuyen a resolver problemas de la vida cotidiana** Dykinsón. Madrid. Libro electrónico pp 931

El libro “Casos prácticos: jurídicos, socio-jurídicos, sociales que contribuyen a resolver problemas de la vida cotidiana” es el segundo libro sobre casos prácticos que publicamos en dos años.

Ha sido un libro compilado por M. Elena Nieto-Cabrera y Concepción Nieto-Morales; donde participan profesionales que reflejan el día a día de su trabajo profesional, el libro consta de prólogo realizado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez especialista del Juzgado de Menores 1 de Sevilla D. Alejandro Vian Ibáñez; Casos Jurídicos 15 trabajos de profesionales de la Judicatura, juristas y abogados. Casos Socio-jurídicos 13 trabajos de profesionales de Trabajo Social, Psicología y Educación Social. Casos Sociales 14 trabajos del ámbito social de profesionales tanto de Salud, Trabajo Social, Psicología Educación Social.

La participación en los **Casos jurídicos** estando los casos referidos:

1. **Intervención Judicial en Familia y Protección de menores** realizado por la Ilma. Fiscal Sra. Dña. Susana Hernando Ramos
2. **La jurisdicción de menores a tenor de la LORPM** realizado por la Ilma. Fiscal Sra. Dña. M^a. del Valle García Escudero.
3. **Familia y Protección desde la Intervención Letrada** elaborados por el pfr. Dr. D. Pablo José Abascal Monedero.
4. **La Violencia de Género desde la Fiscalía** realizado por la Ilma. Fiscal Decana y Delegada de la Fiscalía de Violencia de género Sra. Dña. Fátima Domínguez Castellano.
5. **La Violencia de Género desde la Intervención Letrada** de las pfras Dña. Amalia Calderón y Dña. Amalia M. Calderón

6. **Apoyo a personas con discapacidad** realizados por el Ilmo. Sr. Fiscal D. Norberto Sotomayor Alarcón.
 7. **Tratamiento de la víctima del delito** realizados por la Ilma. Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ceuta y Melilla Dña. Ana M^o. Hermosa Martínez.
 8. **Cooperación Judicial en Familia** elaborados por el Ilmo. Sr. Fiscal de Cooperación Internacional de la Fiscalía de Sevilla D. José Manuel Rueda Negri
 9. **Delitos; Estafa y Apropiación Indevida; ocupación ilegal y contra la seguridad vial** realizados por el Ilmo. Sr. Fiscal Delegado contra los delitos de Odio y discriminación. Coordinador de la Fiscalía con las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. Fiscal de la fiscalía provincial de Sevilla D. Enrique Pedros Fuentes.
 10. **Filiación y técnicas de reproducción asistida. Tres casos vistos por un fiscal** elaborados por el Ilmo. Sr. Fiscal de la Fiscalía provincial de Sevilla. Sección de Derecho Privado (Civil-Mercantil) D. José M. Cañal Fernández de Peñaranda
 11. **Nulidades procesales y extranjeros en prisión** trabajado por los abogados D. Miguel Palma Mur y D. Rafael Jover Muñoz.
 12. **Defensa de los derechos de las personas con discapacidad** de la abogada Dña. _Manuela Oliver Torets.
 13. **El Comité de Derechos del Niño** de la pfra. Dra. de Derecho internacional de la UPO Dña. M^a. del Rosario Carmona Luque.
 14. **La protección de los derechos humanos por los Tribunales Internacionales: Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de D. H.** realizados por la pfra. Dña. Ana I. Melo Montero.
 15. **Extranjería desde fuerzas y cuerpos de seguridad del estado. Extranjería: Asilo en territorio interior, apatridia y asilo en frontera exterior Schengen de la UE.** Casos realizados por el Comisario de la Policía Nacional y doctor por la Universidad de Sevilla y licenciado en Derecho. D. Francisco Javier Carmona Obrero.
- La participación en los **Casos Socio-jurídicos** estando referidos y participados por profesionales del Trabajo Social, y Psicología.
16. **Los Equipos Psicosociales de los Juzgados de Familia**, de la trabajadora social de los Equipos psicosociales del Instituto de medicina Legal Dña. Josefa Calderón Muñoz.
 17. **El uso de técnicas activas en casos de psicoterapia grupal, individual y familiar** realizados por Dña. Mercedes Bandrés Pereira Psicóloga y psicoterapeuta consulta privada C.S. Dohrai. Abusos sexuales, violencia intrafamiliar D. Alfonso González Valdés Correa Psicólogo y psicoterapeuta consulta privada C.S. Dohrai. Abusos sexuales, parentalidad

positiva y programas especializados en Justicia Juvenil.

18. **Propuesta de Intervención desde el Trabajo Social Penitenciario** realizados por Dña. Laura Monroy Acosta y Dña. M. Carmen Urraca Trabajadoras Sociales del Centro Penitenciario Las Palmas I.
19. **Equipo Técnico. Menores Justicia Juvenil. Elaborados por Dña. M^a. Elena Nieto-Cabrera** Grado en Relaciones Laborales y la trabajadora Social de los equipos psicosocioeducativos de la Fiscalía de Menores y pfra. Dra. Concepción Nieto-Morales.
20. **Menores Justicia Juvenil. Ejecución Medidas. Intervención en un centro de internamiento de menores infractores** elaborados por Dña. María José Cuadrado Ortiz Trabajadora social en Centro de Internamiento de Menores Infractores gestionado por Fundación Diagrama, Dña. Almudena López Marvizón Psicóloga en Centro de Internamiento de Menores Infractores gestionado por Fundación Diagrama D. Emilio Fernández González Psicólogo y jurista. Director Técnico de Fundación Diagrama en Andalucía.
21. **Divorcios conflictivos. Familias participantes en el Programa Preventivo Nayfa** cuyos autores Dña. Ainara Aguirre Narros Psicóloga sanitaria, Psicoterapeuta de Familia y Analista PIBE. Equipo NAYFA Huelva, D. José A. Gutiérrez Fernández es Psicólogo sanitario, Psicoterapeuta de Familia, Analista y coordinador del programa NAYFA Huelva. Dña Salud Angulo Moreno que es licenciada en Arte Dramático e Intérprete PIBE. Equipo NAYFA Huelva.
22. **Intervención desde las Ciencias Forenses en Violencia de Género** casos elaborados por Dña. Inmaculada Rodríguez García y Dña. Celia Llopis Giménez Médicos forenses del Instituto Medicina Legal y Ciencias Forenses. Sevilla.
23. **La Violencia de Género desde los Centros Municipales de información de la mujer** casos elaborados por Dña. Silvia Mónica Valera Cózar Asesora Jurídica del Centro Municipal de Información a la Mujer. El Puerto de Santa María y Dña. Almudena García Perea que es Psicóloga de Servicios Sociales. Ayuntamiento de El Puerto de Santa María.
24. **Servicio de Atención a la Víctima. SAVA**, realizados por D. Juan Antonio Hurtado Casau, Trabajador social y criminólogo del servicio de atención a la víctima.
25. **Migraciones, realidades y desafíos**, casos elaborados por expertas en extranjería Dña. Victoria Vidal Fernández abogada, Dña. Julia Jiménez-Ceballos psicóloga y Dña. Lidia Lara-Barrera trabajadora social.
26. **Psicología clínica y forense**, trabajo realizado por Dña. Cristina Jiménez Cortes que es Psicóloga clínica. Psicóloga forense. Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses (IMLCF). Sevilla.

27. Psicología clínica aplicada. Dña. M. Ángeles Arjona García y Dña. M. Carmen Guajardo-Fajardo Herrera que es Psicóloga Clínica y Jurídico-Forense.

28. Intervención con Víctimas de trata especialmente vulnerables casos realizados por la Psicóloga en el Programa Onna Adoratrices, especializada en víctimas de trata Dña. Nuria López González.

La participación en los **Casos Sociales** estando referidos y participados por profesionales de la psicología, trabajo social y educación social.

29. Atención a personas en situación de sin hogar realizados por el Trabajador social, sociólogo, doctor en Ciencias Sociales. Responsable de calidad y gestión de proyectos en Cáritas Diocesana de Sevilla. Profesor Asociado UPO D. Manuel Garrido Fuego.

30. El desempeño del Trabajo Social desde el Servicio de Salud. Trabajadora social en el ámbito sanitario Dña. María del Mar Laplaza Carballo.

31. En consulta de salud mental. Psiquiatría de Dña. Ana Sara Viedma Martín, Doctora en Medicina y Cirugía por la Universidad de Extremadura Facultativo Especialista de Área Psiquiatra en Servicio Andaluz de Salud. Coordinadora en USMC-Huelva Costa.

32. Psicología y Mediación. Una visión psicológica del Conflicto. Realizado por D. José David Cuenca Gallardo Psicólogo, Mediador. Formador y Coordinador de Parentalidad. Secretario de la Asociación Alquimia Mediación y Dña. Rocío Cordero Belda, Psicóloga Mediadora. Formadora y Coordinadora de Parentalidad. Presidenta de la Asociación Alquimia Mediación. Presidenta ANCOPA Andalucía.

33. Servicios Sociales Comunitarios (SSCC), casos elaborados por la Trabajadora Social. Jefa de negociado de SSCC del Polígono Sur. Ayuntamiento de Sevilla Dña. María José León Díaz

34. Intervención socioeducativa desde servicios sociales comunitarios. Pensar para educar, trabajos realizados por D. Marco Antonio Navarro Maldonado, Educador Social.

35. Intervención Familiar con menores expuestos a desprotección trabajos elaborados por Dña. Maribel Benítez González y Dña. Pilar Rivas Lobo, Psicólogas del Equipo de Infancia y Familia.

36. Los Equipos de Tratamiento Familiar de Andalucía. El complicado equilibrio entre apoyo y control, trabajos realizados por Dña. Eva Carballar Iglesias que es Pedagoga y Educadora Social, Equipo de Tratamiento Familiar. Área de Barrios de Atención Preferente y Derechos Sociales.

37. Dependencia en Servicios Sociales Comunitarios trabajos elaborados por Dña. Araceli Muñoz Aguilar, Dña. María Teresa Gordillo Blanco y Dña. Juana Márquez Rico, Trabajadoras Sociales de Servicios Sociales Comunitarios. Sevilla.

- 38. Cuidados de mayores. Personas que cuidan a personas,** trabajos elaborados por D. Manuel Fernández Rodríguez, secretario Comité de Ética Asistencial DomusVi
- 39. Familias afectadas por síndrome alcohólico fetal. Abordaje multisectorial en la atención de las personas con TEAF y sus familias. (AFASAF-FASD)** casos realizados por Dña. María Gutiérrez Corbalán, Educadora Social y Coordinadora Técnica de AFASAF-FASD
- 40. Las empresas de inserción: un puente a la integración social y laboral.** Trabajos elaborados por D. Francisco Rincón-Roldan, Doctor en Administración y Dirección de Empresas UPO. Profesor del Departamento de Organización de Empresas y Marketing de la UPO.
- 41. La era digital y los nuevos problemas de conducta y adictivos en jóvenes.** Casos elaborados por D. Óscar Lorenzo Lorenzo Lorenzo que es Psicólogo y Coordinador del Centro Aluesa de Fundación Adsis. Dña. Seneida Rodríguez Mendoza, Educadora Social del Centro Aluesa de Fundación Adsis. D. Jonathan Hernández Sánchez, Educador Social del Centro Aluesa y responsable del Programa de Prevención de Tecnoadicciones.
- 42. Las adicciones al juego, un baile desde la precontemplación a la incorporación social y laboral.** Casos prácticos realizados por D. Marcos Rivero Rivero, Psicólogo General Sanitario, Dña. Cristina Toca Santana, Trabajadora Social. Dña. Ana Bautista Santamaría, Psicóloga D. Óscar Lorenzo Lorenzo Lorenzo. Psicólogo y Coordinador, trabajadores de la UAD ADSIS ALUESA.

A modo de conclusión se plantea el libro como una segunda parte del libro Soluciones prácticas a controversias de la vida diaria. Casos prácticos Jurídicos, socio jurídicos y sociales, siendo un tema muy novedoso en el ámbito jurídico y de Ciencias Sociales, además de universitario y profesional, por lo que se considera un gran aporte para estudiantes y profesionales de muy diversas disciplinas, dado que aunar trabajos de profesionales de la judicatura, técnicos de un amplio espectro profesional no suele producirse, lo que aumenta el valor añadido del trabajo.

El objetivo es que se conozca el trabajo que se realiza y las soluciones que se producen en cada caso. Ni en el ámbito jurídico, socio-jurídico ni social se resuelven los problemas de forma matemática, entrando en juego el mundo de la persona y de las relaciones existiendo peculiaridades al trabajar con personas, lo que implica decisiones personales e institucionales que juegan un importante papel en la intervención jurídica, socio jurídica y social.

Todos los coautores que han participado pertenecen al ámbito profesional con amplia experiencia práctica.