

NÚMERO 52

2025

ISSN:1575-720-X

RJUAM

# REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA  
DE MADRID





# Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 52

2025-II

*Director:* D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil – UAM)

*Subdirectora:* Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)

*Secretaria académica:* Dña. Diana Latova Santamaría (Filosofía del Derecho – UAM)

*Secretaria de asuntos económicos:* Dña. María Teresa Martínez-Escribano Serrano (Derecho financiero y tributario – UAM)

*Responsable de difusión y medios digitales:* D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho – UAM)

*Redactores:*

D. Javier Antón Merino (Ciencia política y relaciones internacionales – Universidad de Burgos)

Dña. Andrea Bravo Bolado (Derecho penal – UAM)

D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil – UAM)

Dña. Mar Cuartero Cobo (Filosofía del Derecho – UAM)

D. Francisco Javier Díaz Majano (Historia del Derecho – UCLM)

Dña. Boliá Doubai Sánchez (Historia del derecho – UAM)

D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz (Derecho administrativo – UCM)

D. Javier Fernández-Lasquetty Martín (Derecho civil – UAM)

Dña. Ángela Fernández Rodríguez (Derecho procesal – UAM)

D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho – UAM)

D. Juan Andrés Gascón Maldonado (Ciencia política y relaciones internacionales – UAM)

Dña. Laura Concepción González Calvache (Derecho financiero y tributario – UAM)

D. Sergio Hernangómez García (Derecho mercantil – UAM)

Dña. Guiomar Jiménez de Cisneros Paz (Derecho mercantil – UAM)

Dña. Diana Latova Santamaría (Filosofía del Derecho – UAM)

D. Jesús Martín Muñoz (Derecho penal – UCM)

Dña. María Teresa Martínez-Escribano Serrano (Derecho financiero y tributario – UAM)

Dña. Elena Martínez-Moya Ruiz (Derecho mercantil – UAM)

D. Sergio Medina Bernabé (Ciencia política y relaciones internacionales – UAM)

D. Francisco Pérez del Amo (Derecho civil – ULE)

D. Christian Pérez Merino (Derecho financiero y tributario – UAH)

Dña. Ane Rodríguez Barrueta (Derecho penal – UC3M)

D. Javier Roncero Núñez (Derecho romano – UAM)

Dña. Ailén Agustina Rubio Arrieta (Derecho penal – UAM)

Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil – UAM)

Dña. Marta Solari (Derecho civil – Università del Piemonte Orientale)

D. Jaime Vázquez García (Derecho internacional privado – UAM)

Dña. Amine Vega Pirasteh (Derecho del trabajo – ULL)

Dña. Ana María Vicario Pérez (Derecho procesal – UBU)

Dña. Lorena Von Aguilar (Derecho administrativo – UAM)

*Consejo asesor:*

D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)

D. Ignacio Molina Álvarez de Cienfuegos (Director del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)

Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)

D. Juan Antonio Chinchilla Peinado (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)

D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)

D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM; y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)

D. Martín Hevia (Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina; y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

**Dykinson**

**ISSN: 1575-720-X**

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid ([www.revistas.uam.es](http://www.revistas.uam.es)).

Colaboran:

  
Universidad Autónoma  
de Madrid  
Fundación General  
de la Universidad  
Autónoma de Madrid

  
Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez  
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

**e-mail: [revista.juridica@uam.es](mailto:revista.juridica@uam.es)**

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>      <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: [german.balaguer@gmail.com](mailto:german.balaguer@gmail.com)

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

# Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 52 (2025-II)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52>

## LECCIÓN

Antonio CIDONCHA MARTÍN, «Sobre la docencia y Bolonia: algunas reflexiones» ....9

## ARTÍCULOS

- Pau ALABAU PEREIRO, «La circunstancia de multirreincidencia en el delito de hurto: una cuestión no resuelta» .....43
- Adrián AGENJO AGUADO, «La financiación de crímenes internacionales como forma de complicidad: fundamentos y límites dogmáticos de la atribución causal y normativa de responsabilidad penal».....69
- Alejandro ARAQUE GARCÍA, «Omisión de deberes precontractuales de información: presupuestos y remedios» ..... 113
- Carlos ASENSIO-WANLOSELL, «¿Deben los acreedores perdonar las deudas a sus deudores? A vueltas con la exoneración del pasivo insatisfecho»..... 141
- Javier BLANCO VARGAS, «Tratamiento penal de las fugas de información en los servicios de inteligencia»..... 169
- Rodrigo DE OÑATE CRUZ, «Propuestas para la definición y certificación del hidrógeno renovable» ..... 195
- Desirée GONZÁLEZ CUEVAS, «La naturaleza jurídica de los reglamentos de las administraciones independientes: ¿un ornitorrinco normativo en el derecho público?».....219
- Gonzalo HERRERO MEJÍAS, «El *dies a quo* del artículo 1301 del CC y los contratos coligados» .....237
- Rubèn LLORENS POBLADOR, «La brecha lingüística electoral en los sistemas de partidos del País Vasco y Cataluña. Entendiendo su evolución a partir de un nuevo indicador: el IDL».....251

Maximilian W. M. POHL, «La necesidad de reformar la legislación europea de control de inversiones extranjeras directas mediatas».....	273
Marie RUIZ CORBERA, «STC 44/2023: ¿Sistema de plazos puro? Los deberes positivos del Estado en relación con la protección del derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación de la gestante» .....	299

# LECCIÓN



# SOBRE LA DOCENCIA Y BOLONIA: ALGUNAS REFLEXIONES

## ON TEACHING AND BOLOGNA: SOME REFLECTIONS ON

ANTONIO CIDONCHA MARTÍN\*\*

**Resumen:** Las líneas que siguen son una indagación en las circunstancias que han condicionado y condicionan mi docencia. Una es la circunstancia «alumno»: el cambio en el perfil del alumno. La otra es la circunstancia «Bologna». A ella dedico el grueso de mi trabajo. Indago, sobre todo, en el cambio metodológico que el llamado «proceso de Bologna» ha impulsado: el modelo de enseñanza-aprendizaje centrado en el alumno, que tiene por objeto competencias y no solo (o no tanto) conocimientos. Analizo el origen de este modelo y su implantación en nuestro sistema educativo y pongo de manifiesto la contestación que ha tenido. Concluyo con unas preguntas y unas reflexiones personales, guiadas por un propósito: incitar al diálogo sobre cómo enseñar Derecho.

**Palabras clave:** Docencia, alumno, Declaración de Bologna, Proceso de Bologna, aprendizaje por competencias, nueva pedagogía, críticas, diálogo, principios.

**Abstract:** The following lines are an inquiry into the circumstances that have conditioned and continue to condition my teaching. One is the «student» circumstance: the change in the student profile. The other is the ‘Bologna’ circumstance. I devote most of my work to this. Above all, I explore the methodological change that the so-called «Bologna proces» has promoted: the student-centred teaching-learning model, which focuses on skills and not only (or not so much) on knowledge. I analyse the origin of this model and its implementation in our education system and highlight the response it has received. I conclude with some questions and personal reflections, guided by one purpose: to encourage dialogue on how to teach law.

**Keywords:** Teaching, student, Bologna Declaration, Bologna Process, competency-based learning, new pedagogy, criticism, dialogue, principles.

SUMARIO: I. A MODO DE PRESENTACIÓN; II. LA CIRCUNSTANCIA «ALUMNO»; III. LA CIRCUNSTANCIA «BOLONIA»: ¿PERO QUÉ ES BOLONIA?: 1. La Declaración de Bologna; 2. El proceso de Bologna: el ratón parió un monte: *A. El proceso de Bologna: perspectiva internacional; B. El proceso de Bologna en España (o «a la española»)*; 3. Bologna: algunas conclusiones; IV. SOBRE EL APRENDIZAJE POR COMPETENCIAS: 1. Lo que está detrás del aprendizaje por competencias; 2. La implantación del aprendizaje competencial en nuestro sistema educativo (no universitario); 3. Sobre la implementación de la nueva pedagogía en la enseñanza universitaria: un apunte general; V. PREGUNTAS Y REFLEXIONES.

---

\*\* Profesor titular de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid. Dirección de correo electrónico: a.cidoncha@uam.es

## I. A MODO DE PRESENTACIÓN

Todo empezó con la preparación de la plaza de profesor titular de Derecho Constitucional en la UAM, que conseguí en julio de 2024. Entre los requisitos exigidos para optar a la plaza estaba la presentación de un proyecto docente. Al preparar el proyecto docente, fui consciente de los muchos años que llevaba dando clase en mi querida Facultad de Derecho. Reparé en dos cosas. La primera: la cantidad de alumnos que han pasado por mis clases. Y me preguntaba: ¿es muy distinto el alumno de hoy que el de mis primeros años en la Facultad? La segunda: soy profesor a.B. y d.B., esto es, antes de Bolonia y después de Bolonia. Y me preguntaba: ¿Qué ha significado realmente Bolonia? ¿Qué impacto ha tenido en la forma de enseñar? Si ha cambiado la forma de enseñar, ¿es cosa de Bolonia? ¿Estamos mejor d.B. que a.B.?

Las reflexiones que siguen giran en torno a estas preguntas. Son, obviamente, reflexiones personales, pero las pongo a disposición de todos con la intención de que se abra un diálogo con todos. Porque tenemos que hablar sobre enseñanza: es muy necesario.

## II. LA CIRCUNSTANCIA «ALUMNO»

Decía el gran Humphrey Bogart: «La única cosa que uno le debe al público es una buena actuación»<sup>1</sup>. *Mutatis mutandis*, podría decirse que la única cosa que uno le debe al alumno y, por ende, a la sociedad, es una buena clase; que, por cierto, tiene no poco de actuación. Quizá haya que ampliar el objeto: la única cosa que uno le debe el alumno (y a la sociedad) es una buena docencia. Pero ¿qué es una buena docencia? No es posible definir en abstracto lo que es una buena docencia, solo en concreto, en función de las circunstancias que a uno le toca vivir. La docencia es la docencia y, sobre todo, su circunstancia.

Llevo impartiendo docencia desde finales de 1994. ¡Son más de 30 años! El profesor Cidoncha de hoy no es el mismo que el de 1994. Esto es una obviedad. Es mejor profesor que entonces, no podría ser de otra forma. Pero es que en estos más de 30 años el mundo ha cambiado mucho. No procede aquí hacer recuento de los cambios habidos, aunque, en lo que a la docencia interesa, basta con nombrar estas palabras: globalización y revolución tecnológica. El mundo ha cambiado y debemos adaptarnos a ello.

Una circunstancia que condiciona la docencia es el perfil del alumno. A este respecto, creo que el alumno de hoy es distinto del alumno de 1994. ¿Y en qué radica la diferencia? En función de mi dilatada experiencia, entresaco tres rasgos distintivos:

En primer lugar, frente al alumno *analógico* de 1994, el alumno de hoy es un alumno *digital*. Huye del papel, del mundo físico, está inmerso en la pantalla. Esto marca mucho,

<sup>1</sup> La cita la tomo de MARINERO, M., *Humphrey Bogart*, Madrid (Ediciones JC), 1980, p.10.

no solo en lo que respecta al acceso a la información, sino en lo que hace a la comprensión de la realidad y al funcionamiento del cerebro mismo<sup>2</sup>.

En segundo lugar, el alumno digital de hoy tiene un nivel de comprensión lectora inferior al del alumno de 1994. Los alumnos están llegando a la Facultad de Derecho de la UAM con una mediocre (por ser benignos) competencia lectora, como se dice ahora. Lo atestiguan los estudios de PISA, en los que España ha participado desde su primera edición, que tuvo lugar en 2000 (y a los que más tarde me referiré). Lo atestigua también mi propia experiencia y la de los compañeros a los que pregunté<sup>3</sup>. La mediocre comprensión lectora arrastra consigo a la escritura y a la expresión oral. Esto marca también mucho, porque el Derecho no es una disciplina experimental, sino social. Se enseña y se aprende Derecho mediante un lenguaje específico y nuevo para los alumnos, ciertamente, pero mediante el lenguaje. El conocimiento de la lengua castellana, de su vocabulario, la capacidad para manejar ese vocabulario y para razonar en castellano es presupuesto necesario para afrontar los estudios de Derecho en nuestra Facultad. Esa mediocre (y decreciente) competencia lectora es una dificultad (muchas veces insalvable) para el docente a la hora de enseñar Derecho y para el alumno a la hora de aprender Derecho.

¿Causas? Sin duda, la digitalización a la que me he referido tiene que ver. No pocos verán también la causa en la deficiente formación que reciben nuestros alumnos en la ESO y el Bachillerato (sobre esto, algo diré más adelante). Pero que el nivel de comprensión lectora y de, cuanto menos, la capacidad para escribir correctamente ha bajado es un hecho difícilmente cuestionable. En lo que hace a la habilidad oral, ciertamente, nunca hemos tenido mucha. Ahora parece que se está fomentando más en la enseñanza no universitaria (concursos de debates) y en la universitaria (v.gr., *mootcourts*), pero para grupos reducidos, no con carácter general.

---

<sup>2</sup> Son interesantes las reflexiones de Rafael Rubio sobre el impacto que tiene lo digital en el aprendizaje del alumno, a saber: *velocidad* (la generación digital tiene gran capacidad para procesar información rápidamente), *ruptura de la linealidad en el acceso a la información* (la generación digital accede a la información de forma no lineal –pinchando enlaces en internet–, la linealidad de los libros y, por tanto, del razonamiento, les resulta extraño), *conectividad* (no existen límites espaciales, cualquier persona en cualquier lugar del mundo puede ayudarle a resolver el problema, siempre que esté conectada a internet), *acción constante* (ante cualquier dificultad, se prefiere la pregunta directa que la investigación) y *recompensa inmediata* (el estudiante quiere saber para qué le sirve lo que va a realizar en el mismo instante en que se lo propone). En fin, el texto se convierte en ilustración de la imagen; el alumno de hoy es un *homo videns*, «un nuevo tipo de hombre que va debilitando su capacidad de raciocinio para convertirse en un ser que responde únicamente al impulso visual» (RUBIO NUÑEZ, R. «La enseñanza virtual de un Derecho Global», en: COTINO HUESO y PRESNO LINERA, M.A. (coords.), *Innovación educativa en Derecho Constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes*, Publicacions de la Universitat de València, 2010, p. 36.

<sup>3</sup> A punto de cerrar este trabajo, he leído una información de Olga R. Sanmartín en *El Mundo*, con este significativo titular: «La OCDE destaca dos lacras de la educación española: un tercio de los adultos con bajo nivel de comprensión lectora y de nuevo en cabeza de la UE en “ninis”», *El Mundo*, 9 de septiembre de 2025. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/espana/2025/09/09/68bf069ae9cf4a06748b45ad.html>>. [Consultado el 23/09/2025].

Hay quien se muestra más rotundo que yo, por ejemplo, Ramón Espejo, catedrático de filología inglesa y norteamericana de la Universidad de Sevilla. Es autor de *El laberinto educativo y el aprendizaje fake*<sup>4</sup>. En una entrevista en el diario *El Español* (14-7-2025), a propósito de la presentación de su libro, se expresó así de contundente: «en la universidad ya estamos viendo niveles importantes de analfabetismo»; y añadía: «Llegan a la universidad sin ningún conocimiento y sin ninguna destreza tampoco... Es decir, ni conocimientos, ni aptitudes, ni nada de nada...».

En tercer lugar, el alumno de hoy llega a la universidad *menos maduro* que el alumno de 1994<sup>5</sup>. Este rasgo también marca mucho. El Derecho es una de las mayores expresiones de la «complejidad social». No se puede enseñar a un niño o un adolescente, no tienen «el componente social de la inteligencia» que se requiere para captarlo<sup>6</sup>. Si el alumno llega a la Facultad de Derecho más adolescente que adulto (*adultescente*), se hace más difícil la enseñanza de una disciplina ya de por sí difícil de enseñar.

¿Causas? De nuevo me cuido mucho de sentar cátedra al respecto. Sin duda que no ayuda a madurar a los hijos la sobreprotección por parte de los padres, lo que Hadit y Lukianoff han denominado cultura de la ultraseguridad (*safetyism*)<sup>7</sup>. Tampoco ayuda a madurar la sobreprotección auspiciada por las instituciones<sup>8</sup>. En realidad, esa falta de madurez es el síntoma de un problema general, lo que Juan M. Blanco ha llamado «infantilización de la sociedad postindustrial», de la que vienen advirtiendo desde hace años sociólogos, antropólogos o psicólogos. La población envejece, pero los rasgos adolescentes permanecen en una porción significativa de sujetos adultos (los *kidulst*). Lo preocupante no es que la gente

<sup>4</sup> ESPEJO ROMERO, R., *Laberinto educativo y aprendizaje fake. Tenemos que hablar*, (Editorial Brief), 2025.

<sup>5</sup> Esta no es una mera percepción mía. En 2024 asistí a una *webinar* sobre el impacto de la investigación en el proceso de aprendizaje. La ponente era una reconocida y reputada pedagoga, defensora de la nueva pedagogía (a la que me referiré después). En el contexto del coloquio que vino después, la ponente reconoció lo que era una evidencia para todos: el menor nivel de madurez de alumno que hoy llega a la universidad: «con esto tenemos que lidiar», admitió esta conocida pedagoga.

<sup>6</sup> PÉREZ ROYO, J., «El Derecho Constitucional en la formación del jurista», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 46, p. 50.

<sup>7</sup> HAIDT, J. y LUKIANOFF, G., *La transformación de la mente moderna: cómo las buenas intenciones y las malas ideas están condenando a una generación al fracaso*, Bilbao (Ediciones Deusto), 2019.

<sup>8</sup> V.gr., por mi propia Universidad. El 9 de abril de 2024 recibí (como todos los profesores de la UAM) un mensaje de correo electrónico proveniente del Vicerrectorado de Estudiantes y Empleabilidad de la UAM. En dicho correo se nos anunciaba una buena nueva: la puesta en funcionamiento de la *Unidad de Escucha y Acompañamiento de la UAM*, orientada a «atender al estudiantado que esté atravesando una situación personal que repercute en su rendimiento académico o en su bienestar socioemocional». El objetivo no es ofrecer tratamiento psicológico (si así lo fuera, sería una irresponsabilidad –esto lo digo yo–), sino «un espacio de desahogo en el que encontrar apoyo, herramientas y consejo para aquellos estudiantes que pasen por momentos de dificultad, antes de que esto pueda derivar en un problema personal de mayor envergadura» (sic).

intente aparentar juventud física, sino que «se afane en el cultivo consciente de su propia inmadurez». La adolescencia se extiende hoy hasta edades muy avanzadas, «generando una sociedad inmadura», que reclama que sus deseos se conviertan en derechos (o privilegios); derechos que imperan frente a los denostados deberes, «esas pesadas obligaciones de los adultos». Esta sociedad adolescente tiene su gran niñera, el Estado, que está ahí no simplemente para cubrir nuestras necesidades, sino para satisfacer y estimular nuestros deseos y tenernos en perpetuo estado de adolescencia. La fase final, el perfeccionamiento del proceso de infantilización, es el populismo: «el discurso arbitrista», «proclive al reparto de prebendas, tendente a eliminar los restos de responsabilidad individual»; «líderes adolescentes y caprichosos para una sociedad infantil, anestesiada, entretenida con los juguetes que los de arriba dejan caer a voluntad»<sup>9</sup>. Véase también a Pablo de Lora<sup>10</sup>, para quien la infantilización de la política y la hipertrofia moralista infectan y corrompen los instrumentos jurídicos del Estado liberal, consolidando lo que llama «Estado parvulario».

No culpo a los alumnos de su mediocre comprensión lectora ni de su menor madurez. Tampoco es cosa suya que vivan inmersos en un mundo digital. Como dice el cuento de Cortázar, «no se culpe a nadie»<sup>11</sup>. Simplemente señalo los datos de partida, las circunstancias en las que uno ha de hacer lo único que debe hacer: impartir una buena docencia. Pero la *circunstancia alumno* no es la única que nos condiciona, también (y mucho), la *circunstancia Bolonia*. Porque *Bolonia* ha impuesto un cambio en el modo de impartir la docencia universitaria. A esta circunstancia poderosa dedico las siguientes páginas.

<sup>9</sup> BLANCO, J.M, «La incontinente infantilización de Occidente», *Disidencia*, entrada de blog de 5 de enero de 2018. Disponible en: <<https://disidencia.com/incontinente-infantilizacion-occidente/>>. [Consultado el 23/09/2025].

<sup>10</sup> DE LORA DEL TORO, P., *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales*, Barcelona (Deusto), 2023.

<sup>11</sup> ¿O sí? Me han hecho reflexionar las palabras de Miguel Pérez de Laborda, contenidas en el libro de Daniel Arias Aranda *Querido alumno, te estamos engañando. Un sincero análisis del sistema educativo y de la universidad*, Barcelona (Temas de hoy), 2024; en concreto, en las páginas 113 y 114. Miguel resume el contenido de un seminario con sus alumnos en el que estos comentaron una famosa carta de Daniel, publicada en prensa, de la que trae causa su libro. Acude a un recurso literario para hacer el resumen, una carta de un alumno dirigida a los profesores, a modo de respuesta a la carta de Daniel, titulada «Queridos profesores, os estáis engañando». Cito textualmente: «¿No se os ha ocurrido pensar que si no sabemos redactar bien un escrito es simplemente porque nadie nos ha enseñado a hacerlo? Y ¿no eran las personas de vuestra generación las que tendrían que habernos enseñado?»; «Vosotros, padres y educadores, nos habéis puesto una pantalla en las manos sin habernos ayudado a gestionar su uso. ¿Cómo os atrevéis a acusarnos de usar demasiado el móvil si desde niños nos habéis dado un chupete digital, sin daros cuenta de que poníais a nuestro alcance una pistola cargada?»; «¿Pretendéis que seamos siempre lo suficientemente fuertes como para enfrentarnos a él (al mundo), cuando nos habéis convertido en la generación blandita?»; «Por todo ello, queridos profesores, os decimos: Os estáis engañando. Antes que culpables, somos víctimas de un sistema que nosotros no hemos creado».

### III. LA CIRCUNSTANCIA «BOLONIA»: ¿PERO QUÉ ES BOLONIA?

Bolonia es una bella ciudad italiana, la capital de la región de la Emilia-Romaña. Es sede también de una universidad, la más antigua de Europa (data de 1088). Pero, entre los que nos dedicamos a la docencia y a la investigación universitaria (y a otras cosas que nos distraen y alejan de la docencia y la investigación (v.gr., las asfixiantes tareas burocráticas), la palabra *Bolonia* nos lleva a una declaración y a un proceso.

#### 1. La Declaración de Bolonia

*Bolonia* es, ante todo, una declaración, firmada en Bolonia el 19-6-1999, por altos cargos de educación de 29 países europeos, entre ellos, los de los entonces 15 países miembros de la Unión Europea (España incluida).

La Declaración tiene dos antecedentes, uno menos y otro más próximo en el tiempo:

##### a) La *Magna Cartha Universitatum* (18-9-1988)

El antecedente más lejano es puramente académico. Es un documento firmado en Bolonia el 18 de septiembre de 1988 por 430 rectores de Europa (y no solo de Europa), con ocasión del 1000 aniversario de la universidad boloñesa. El texto es accesible por internet.

Se nota que es un documento académico, porque está ayuno de retórica económico-política (no se habla en ningún momento de competitividad o cosas parecidas). Se trata de una declaración genérica, en la que, tras un preámbulo, se proclaman unos principios y se indican los medios para la realización de tales principios-objetivos. De los principios me interesa la definición que da de la universidad: *institución autónoma que produce y transmite la cultura por medio de la investigación y la enseñanza* (Principio 1). Para esos 430 rectores, el fin de universidad es la transmisión de la cultura y los medios, la investigación y la enseñanza.

Ambas, investigación y enseñanza, son indisociables (principio 2). Los rectores no quieren una universidad según el modelo clásico francés, centrada en la enseñanza, pero tampoco según el modelo clásico alemán, centrada en la investigación<sup>12</sup>. Quieren las dos cosas. Por ello, dentro de los medios para alcanzar los principios, se enfatiza que, no solo «la selección de los profesores», sino también «la reglamentación de su estatuto», deben regirse por el principio de la «indisociabilidad de la actividad investigadora y de la actividad docente» (medio 2).

<sup>12</sup> Un excelente resumen de los principales modelos clásicos de Universidad, en DE CARRERAS SERRA, F., «A propósito de Bolonia: ¿Quo vadis la Universidad española?», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 9, 2010.

Los rectores, además, subrayan algo fundamental respecto de la actividad docente: siendo la universidad un lugar de encuentro entre profesores y alumnos, los primeros «disponen de la capacidad de transmitir el saber y los medios para desarrollarlo»; los segundos, el «derecho, la voluntad y la capacidad de enriquecerse con ello» (medio 3). Los rectores presuponen, en primer lugar, que la enseñanza es responsabilidad del profesor; y, en segundo lugar, que dicha actividad consiste en transmitir el saber con los medios oportunos.

Los rectores apuestan por facilitar la libertad de circulación universitaria y por equiparar algunas cosas (estatutos, títulos, exámenes y becas), pero a partir de los pilares que acabo de relatar: la misión de la universidad es producir y transmitir cultura, la actividad docente es indisociable de la investigadora, el objeto de la docencia es la transmisión del saber y esta es responsabilidad de los profesores.

*b) La Declaración de la Sorbona (25-5-1998)*

La Declaración de la Sorbona (su contenido es fácilmente accesible por internet) es una declaración política emitida por los ministros de cuatro países de la Unión Europea: Francia, Alemania, Italia y Reino Unido. La ocasión es, una vez más, un aniversario: el de la Universidad de la Sorbona. Es una declaración con un objetivo concreto, «la armonización del diseño del Sistema de Educación Superior Europeo». Aparece aquí, por primera vez, la idea de Espacio Europeo de Educación Superior (EEES en adelante).

La Declaración de la Sorbona no tiene valor jurídico, pero tiene un valor político indudable: con ella, los cuatro grandes impulsan y, a la vez, predeterminan lo que será, un año después, la Declaración de Bolonia. El objetivo declarado es la movilidad, la libertad de circulación dentro de un espacio común, el EEES. Para ello es preciso armonizar. Las piezas de la armonización son dos. La primera es un sistema universitario formado por dos ciclos (no tres), universitario y posgrado, bien que en el segundo caben dos vías alternativas: «una titulación de máster de corta duración y una titulación de doctorado más extensa, con la posibilidad de cambiar entre uno y otro». Cualquiera que sea la alternativa, el énfasis en el posgrado se pondrá «tanto en la investigación como en el trabajo autónomo». Esto es: para los autores de Declaración, el aprendizaje autónomo y el aprendizaje por investigación deben estar en el posgrado. Nada se dice respecto del grado.

La segunda pieza es el sistema de créditos (ECTS) y de semestres, que «permitirá la convalidación de los créditos obtenidos para aquellos que elijan una educación inicial o continua en alguna de las universidades europeas y, asimismo, tengan intención de obtener una titulación»; y «animaría a los estudiantes a pasar un semestre, como mínimo, en universidades ubicadas fuera de sus países».

Dos ciclos (grado y posgrado), ECTS y semestres. Esta es la apuesta armonizadora de la Declaración de la Sorbona. Nada se dice de armonizar lo relativo a quién enseña (los profesores), qué se enseña (los contenidos) y cómo se enseña (la metodología docente), salvo, respecto de esto último (la metodología docente), la apuesta, en el posgrado, por la «investigación y el trabajo autónomo».

Antes de entrar en el contenido de la Declaración, es importante llamar la atención sobre su naturaleza jurídica: no es una norma de la UE, ni siquiera *soft law* (una recomendación, un dictamen), tampoco es un acuerdo internacional. Jurídicamente no es nada. Es solo una declaración política de determinados representantes de los gobiernos de los Estados firmantes. Resulta ciertamente curioso que, de algo carente de eficacia jurídica, haya surgido algo que ha cambiado nuestras vidas como profesores tan sustancialmente.

El contenido de la Declaración de Bolonia es conocido y fácilmente accesible por internet. En ella hay mucha retórica al principio, pero, después, hay una relación de objetivos (más o menos concretos) para lograr el EEES anunciado en la Declaración de la Sorbona. Pero, antes de la relación de medidas, no se oculta el objetivo último: incrementar la competitividad del sistema de enseñanza superior europeo. Para lograr ese objetivo último, los Estados firmantes se comprometen a coordinar sus políticas a fin de alcanzar, antes de que finalice la primera década del siglo XXI, hasta seis objetivos.

En realidad, hay un objetivo genérico y unos objetivos instrumentales (más o menos) específicos. El objetivo genérico es: la adopción de un sistema de titulaciones fácilmente comprensible y comparable. Los objetivos instrumentales específicos más precisos y tangibles son: a) la organización de las enseñanzas en dos ciclos, el grado o diplomatura, con una duración mínima de tres años, y el de maestría y/o doctorado; b) la adopción de un sistema de créditos ECTS. Estos dos objetivos ya estaban en la Declaración de la Sorbona. Junto a estos, se apuntan otros objetivos menos tangibles y más evanescentes, entre ellos, este: la promoción de la cooperación europea en aseguramiento de la calidad con el objeto de desarrollar «criterios y metodologías comparables». Nada más se dice de esos criterios y metodologías, ni siquiera si se refieren a criterios y metodologías docentes.

En definitiva, la Declaración de Bolonia tan solo impone, para la armonización de los títulos universitarios, lo mismo que la Declaración de la Sorbona, esto es, dos medidas tangibles, las arriba citadas: la organización de las enseñanzas en dos ciclos y un sistema de créditos ECTS. Todo lo demás se deja al albur de los Estados y, en su caso, a la cooperación entre ellos, en particular el *quién*, el *qué* y el *cómo* enseñar. La armonización preconizada por la Declaración no parece ser una armonización positiva, articulada a través de medidas uniformes para todo el EEES sino, más bien una armonización negativa, articulada a través del reconocimiento mutuo de titulaciones a partir de un mínimo común denominador: dos ciclos de enseñanza superior y un sistema de créditos ECTS. No en vano, en la Declaración se dice expresamente que la consecución de sus objetivos se hará «respetando plenamente la diversidad de culturas, lenguas, *sistemas de educación nacional* y la *autonomía universitaria*» (la cursiva es mía).

## 2. El proceso de Bolonia: el ratón parió un monte

La Declaración de Bolonia fue el desencadenante de un proceso (el proceso de Bolonia) que, como ya he dicho, ha afectado sustancialmente a nuestras vidas como docentes. Era

poco lo que se decía en términos sustanciales en la Declaración y, sin embargo, el cambio ha sido profundo, especialmente en el *cómo* enseñar. Pero el cambio no es responsabilidad de la Declaración, sino del proceso, que ha ido más allá de aquella. Se podría decir, al revés que el dicho, que *el ratón parió un monte*.

A efectos de proceso (valga la expresión), es imprescindible distinguir entre la implementación de Bolonia en el plano internacional y en el nacional. Este último es el más relevante: aquello en lo que ha devenido Bolonia es, en buena medida, cosa nuestra.

### A. *El proceso de Bolonia: perspectiva internacional*

En la Declaración, los firmantes se comprometían a encontrarse en dos años para «evaluar el progreso obtenido y los nuevos pasos a tomar». Así las cosas, tras la Declaración se celebraron conferencias bianuales de seguimiento del proceso de Bolonia: en Praga (2001), Berlín (2003), Bergen (2005), Londres (2007) y Lovaina (2009). En 2010, siguiendo lo previsto, se produjo el lanzamiento oficial del EEES, oficializado en la Conferencia de Budapest/Viena. En ella se declaró que los objetivos fijados en la Declaración de Bolonia se habían cumplido y que se entraba en una nueva fase, de consolidación y desarrollo del EEES. Tras esta proclama, se han celebrado otras conferencias: las de Bucarest (2012), Ereván (2015), París (2018), Roma (2020) y Tirana (2024 –la última en el momento de cerrar este trabajo–). Actualmente, 49 países forman parte del EEES, entre ellos, todos los de la Unión Europea.

Del proceso de Bolonia, en su perspectiva externa, me interesa destacar dos ideas. En primer lugar, es un proceso sin final, a pesar de que, como ya he dicho, en 2010 se declarase enfáticamente que los objetivos de la Declaración de 1999 se habían cumplido. El *proceso* se ha independizado de la *Declaración*. Prueba de ello es lo que se declara en el comunicado de Tirana 2024 (accesible –en inglés– en internet): siguiendo la estela de París 2018 y Londres 2020, ahora el objetivo es construir para 2030 un EEES «inclusivo», «innovador» e «interconectado» ¡Ahí queda eso!

En segundo lugar, el proceso ha ido más allá de la Declaración en lo que respecta a la metodología docente. La Declaración nada decía sobre armonizar la metodología docente. Sin embargo, en Bergen (2005) se empezó a hablar por primera vez de *competencias* y del enfoque basado en resultados y en Londres (2007) se hizo referencia (en el documento «cambio de enfoque») a la transición hacia una educación superior centrada en los estudiantes. Más explícitamente, en Lovaina 2009 se establecieron las prioridades para la segunda década del siglo XXI, entre ellas (punto 14), el *aprendizaje basado en el estudiante*: ello requiere «un plan de estudios centrado más claramente en el alumno», en definitiva, «la necesidad de una reforma curricular continuada orientada hacia el desarrollo de resultados de aprendizaje». En una suerte de neolengua, se nos anuncia toda una nueva metodología de enseñanza-aprendizaje, que se nos viene encima sin remisión.

## B. El proceso de Bolonia en España (o «a la española»)

Dos años después de la Declaración de Bolonia, se aprobó la *Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades* (LOU en adelante). Esta Ley tenía como objetivo modernizar nuestro sistema educativo, todavía anclado en la vieja LRU de 1983. El legislador de 2001 no tenía como preocupación fundamental incorporar *Bolonia* a nuestro sistema universitario, aunque sí la preveía. Dedicó el último y magro título (el XIII), al «Espacio Europeo de Educación Superior». En el primero de los tres artículos que dedica a este espacio (el art. 87), se limita a mandar al Gobierno, las Comunidades Autónomas y las Universidades que adopten las medidas necesarias para la plena integración del sistema español en el espacio europeo de enseñanza superior.

Desde entonces, la implementación de la Declaración de Bolonia y su proceso internacional en nuestro país ha tenido dos protagonistas fundamentales: el Gobierno de la nación, mediante el uso de la potestad reglamentaria, y las universidades, mediante la aprobación de sus planes de estudio *a lo Bolonia*, siguiendo o, simplemente, respetando las directrices fijadas por el Gobierno. Todo ello a partir del amplio margen que dejaba, en principio, la Declaración de Bolonia y que ha sido estrechado por las conferencias post-Bolonia (por el proceso).

A efectos internos, se puede distinguir entre antes y después de 2007, año en el que aprueban, primero, la *Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril*, que reforma la LOU y, poco después, el *Real Decreto 1393/2007, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales*. Es este Real Decreto el que, principalmente, marca un antes y un después desde el punto de vista normativo interno.

a) Antes de 2007, el regulador de la LOU se limitó a hincar el diente (si se me permite la expresión) a una de las dos piezas necesarias de la armonización que preconizaba la Declaración de Bolonia: el sistema de créditos ECTS, mediante la aprobación del *Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional* (BOE de 18-9-2003). Para sacar adelante sus estudios, el estudiante ha de superar, no ya exámenes, sino créditos, evanescente unidad de medida en la que se integran «las enseñanzas teóricas y prácticas, así como otras actividades académicas dirigidas» y en la que se incluyen «las horas de estudio y de trabajo que el estudiante debe realizar para alcanzar los objetivos formativos propios de cada una de las materias del correspondiente plan de estudios» (art. 3)<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> La actividad normativa gubernamental se completó con la aprobación previa del *Real Decreto 1044/2003, de 1 de agosto, por el que establece el procedimiento para la expedición por las universidades del Suplemento Europeo al Título* (BOE de 11/9/2003); y, a posteriori, con la aprobación del *Real Decreto 49/2004, de 19 de enero, sobre homologación de planes de estudio y títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional* (BOE de 22/1/2004).

¿Y qué de la segunda pieza, esto es, la estructuración en dos ciclos de la enseñanza universitaria? La LOU (art. 37, en su redacción originaria) se limitaba a señalar que «los estudios universitarios se estructurarán, como máximo, en tres ciclos». Ello constituía una posible (solo posible) desviación de lo comprometido en la Declaración de Bolonia, que articulaba la enseñanza superior en dos ciclos, el segundo de los cuales (el posgrado), admitía dos vías alternativas (no sucesivas): el máster y el doctorado.

¿Y qué de la metodología? Absolutamente nada.

b) En 2007, bajo el manto legal de la LOU reformada, se aprueba el *Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales* (BOE de 30-10-2007). Este Real Decreto será la piedra angular de la adaptación de nuestro sistema universitario al proceso de Bolonia<sup>14</sup>.

Implementado ya el sistema ECTS, el Real Decreto 1393/2007 se ocupa de la estructuración de las enseñanzas universitarias y, a este respecto, fija las directrices de obligado cumplimiento por las universidades para elaborar los planes de estudio de Bolonia. En un desvío claro de la Declaración de Bolonia, en la Conferencia de Bergen (2005 –el comunicado es fácilmente accesible por internet–), se adopta un marco general de cualificaciones en el EEES, que incluye tres ciclos. Tres ciclos y no dos. Con este aval, en el Real Decreto 1393/2007 se estructuran los estudios universitarios en tres ciclos, sucesivos en el tiempo y con distinta finalidad: grado, máster y doctorado.

En el grado, la finalidad es obtener por parte del estudiante una formación general (art. 9.1), esto es, una formación básica y generalista y no especializada (art. 12.1); y «orientada a la preparación para el ejercicio de actividades de carácter profesional» (art. 9.1). Formación general y básica, por tanto, y no orientada a la transmisión del saber (*Magna Charta Universitatum*), sino al mercado de trabajo. En el máster, la finalidad es la adquisición de formación avanzada, de carácter especializado y multidisciplinar, orientada, bien a la especialización académica y profesional, bien a promover la iniciación en tareas investigadoras (10.1). En coherencia con esta finalidad, el máster debe concluir con la elaboración y defensa pública de un proyecto o trabajo de fin de máster<sup>15</sup>. En el doctorado, la finalidad es la formación avanzada del estudiante en las técnicas de investigación (11.1). Para acceder al programa de doctorado (que implica un período de formación y la elaboración de una tesis) es preciso estar en posesión del título de máster. Este no es, pues, una alternativa, sino una condición necesaria para el acceso al doctorado. El desvío respecto de la idea inicial de Bolonia es importante.

---

<sup>14</sup> En en lo que a los estudios de Derecho se refiere, debe señalarse el impacto de la *Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador*, que huelga comentar.

<sup>15</sup> Tratándose del acceso a las profesiones de abogado y procurador, la superación de un máster específico deviene condición necesaria para presentarse a un examen oficial cuya superación es, a su vez, condición necesaria para colegiarse y ejercer las citadas profesiones (Ley 34/2006).

Tenemos así ya cumplimentadas las dos exigencias esenciales de Bolonia: estructuración de las enseñanzas universitarias en tres ciclos (tras su paso por Bergen) y sistema ECTS. Recuérdese que la Declaración de Bolonia no exigía nada respecto del *quién, qué y cómo* se enseña. Sin embargo, como ya se ha dicho, en el proceso de Bolonia se va más allá de la Declaración en el *cómo* se enseña: en Bergen 2005 empieza a hablarse de competencias y del enfoque basado en resultados.

Pues bien, nuestro Gobierno recoge con entusiasmo el guante lanzado por Bergen y apuesta para la enseñanza universitaria por el aprendizaje por competencias. La traducción normativa de este entusiasmo está en el *Real Decreto 1393/2007*<sup>16</sup>. En el Preámbulo se anuncia que la nueva organización de las enseñanzas universitarias no solo responde a un cambio estructural «sino que además impulsa un cambio en las metodologías docentes, que centra el objetivo *en el proceso de aprendizaje del estudiante*» (la cursiva es mía), de manera que los planes de estudio, cuya elaboración compete a las universidades (en uso de su autonomía), «deberán, por tanto, tener en el centro de sus objetivos la *adquisición de competencias* por parte de los estudiantes, ampliando, sin excluir, el tradicional enfoque basado en contenidos y horas lectivas» (la cursiva es mía). A tal efecto, en la Memoria para solicitud de verificación de los títulos oficiales, que han de presentar las universidades (Anexo I del Real Decreto), deberán incluirse determinados elementos: entre ellos, «las competencias generales y específicas que los estudiantes deben adquirir durante sus estudios y que sean exigibles para otorgar el título»; competencias que «deben ser evaluables» (Anexo 1, apartado 3.1).

He aquí un cambio trascendental para nuestras universidades: habrán de transitar de una metodología docente basada en la transmisión del saber (la preconizada por la *Magna Charta Universitatum*) a otra basada en el *saber hacer* (se entiende que para el mercado). En ella el profesor no es exactamente un enseñante, sino un guía que acompaña al alumno en su aprendizaje, que éste se procura autónomamente, en un proceso continuo «que se extiende ahora a lo largo de toda la vida» (Preámbulo del Real Decreto 1393/2007).

c) Desde el Real Decreto 1393/2007, el cambio ha sido imparable, al menos sobre el papel (que, como es sabido, lo aguanta todo). Este Real Decreto, el verdadero hito normativo del cambio metodológico en nuestra enseñanza universitaria (siempre sobre el papel), fue derogado y sustituido por el *Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad* (BOE de 29-9-2021). Este Real Decreto es un año anterior a la LOSU, pero se inscribe en su órbita. En relación con el EEES, el nuevo reglamentador (véase el Preámbulo del Real Decreto) da por hecha la adaptación de nuestro sistema educativo a los principios que constituyen la esencia de ese espacio, a saber: la estructuración cíclica

---

<sup>16</sup> Con el aval de la LOU reformada en 2007; en el art. 89.5 se dirá: «El Gobierno, las Comunidades Autónomas y las universidades impulsarán la realización de programas dirigidos a la renovación metodológica de la enseñanza universitaria para el cumplimiento de los objetivos de calidad del Espacio Europeo de Educación Superior».

(Grado, Máster y Doctorado) y una formación universitaria focalizada en el «estudiantado» y en sus «competencias», entendidas como el «conjunto de conocimientos, capacidades y habilidades académicamente relevantes». A esos dos principios, se añaden dos: el impulso de «una docencia más activa», «en la cual la clase magistral debe compartir protagonismo con otras estrategias y formas de enseñar y aprender, que buscan reforzar la capacidad de trabajo del estudiantado» y «que tiene en el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación uno de sus principales pilares»; y la promoción y facilitación de la «movilidad internacional de nuestro estudiantado hacia su estancia en otras universidades en el extranjero», para lo cual se adoptó «el modelo común de cómputo del tiempo de dedicación académica en créditos del Sistema Europeo de Transferencia y Acumulación de Créditos (ECTS, en su acrónimo en inglés)»<sup>17</sup>.

Estructura en tres ciclos, sistema de créditos ECTS y nueva metodología de enseñanza-aprendizaje: todo ello se da por hecho en nuestras universidades en el Real Decreto 822/2021. Dando por sentado esto, el Real Decreto introduce algunas novedades. Me interesan las relativas a la metodología: «se promueve la innovación docente, de manera que esta se convierta en una estrategia fundamental de las universidades» (Preámbulo). A este respecto, el art. 21 del Real Decreto habilita a las universidades para que, en uso de su autonomía, «vehiculen» la «globalidad de un título universitario» con arreglo a «estrategias de innovación docente específicas y diferenciadas»<sup>18</sup>.

Por último, tenemos desde 2022 una nueva ley universitaria (la tercera de nuestra democracia –cuatro, si consideramos la Ley de Reforma de la LOE como una nueva Ley–): la *Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*, conocida popularmente como LOSU. Lo que me importa destacar es que, en su preámbulo, la ley da por hecho el cambio de paradigma en lo que respecta a la metodología docente: «han surgido nuevos modelos pedagógicos que incorporan metodologías digitales en la actividad docente»; y que parten de la «autonomía del aprendizaje en un entorno digital», lo que «permite al profesorado centrarse en guiar la reflexión, e innovar la experiencia docente, complementando así el papel tradicional centrado fundamentalmente en el control de la memorización».

El nuevo profesor, que sustituye al de ayer, es guía e innovador (a lo que parece, permanente) en un entorno digital. Es responsabilidad de las universidades lograr que se haga realidad este profesor nuevo, para lo cual «garantizarán la formación docente inicial y

---

<sup>17</sup> Otros hitos normativos han sido: la independización del doctorado, que salió del ámbito de aplicación del Real Decreto 1393/2007, para tener su propia normativa (*Real Decreto 99/2011, de 28 de septiembre, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado*, modificado en varias ocasiones); y el establecimiento del Marco Español de Cualificaciones de la Enseñanza Superior (MECES): este marco, adaptado al marco europeo, se regula en el *Real Decreto 1027/2011, de 15 de julio*, también modificado en varias ocasiones.

<sup>18</sup> Que «podrán ser la docencia a través del aula invertida, el aprendizaje basado en el trabajo por proyectos o casos prácticos, el desarrollo del trabajo colaborativo y cooperativo, el aprendizaje basado en la capacidad de resolución de problemas, competencias multilingües, la docencia articulada en el uso intensivo de las tecnologías digitales de la información y la comunicación, y otras iniciativas que impulse la universidad o el centro» (art. 21.5).

continuada de su profesorado» y «establecerán planes de formación inicial y de formación a lo largo de la vida» (art. 67). Es más, la formación docente será obligatoria, cuanto menos, para los profesores ayudantes doctores; estos, «para el desarrollo de su capacidad docente, deberán realizar, en el primer año de contrato, un curso de formación docente inicial cuyas características serán establecidas por las universidades» [art. 78.b)]<sup>19</sup>.

### 3. Bolonia: algunas conclusiones

Quién, qué y cómo se enseña (y se debe enseñar): estas son las tres preguntas básicas sobre la docencia universitaria. También podríamos añadir quién aprende, esto es, el perfil de estudiante que tiene (y debe tener) la universidad.

Tras el sintético recorrido que acabamos de hacer, es preciso dar a Bolonia lo que es de Bolonia y nada más (y nada menos). En síntesis:

*Primero:* Bolonia no ha dicho nada sobre *quién* enseña. El sistema de selección del profesorado que hoy tenemos (básicamente el de la reforma de la LOU de 2007), con sus virtudes y sus defectos, es cosa nuestra.

*Segundo:* Bolonia tampoco ha dicho nada sobre el *qué* se enseña directamente, aunque acaso sí indirectamente.

Ciertamente, la estructuración en tres ciclos, obra del proceso y no de la Declaración, impacta indirectamente en los contenidos de las enseñanzas universitarias, al menos sobre el papel. La inserción del máster entre el grado y el doctorado reorienta el grado hacia una formación «básica y generalista» y el máster hacia una «formación avanzada, de carácter especializado temáticamente» (uso los términos del art. 9 LOSU)<sup>20</sup>.

Por otro lado, también condiciona el contenido de los planes de estudio de los grados algo que es cosa del proceso de Bolonia nacional, a saber: el art. 14 del Real Decreto

<sup>19</sup> Es entrañable, *prima facie*, el valor que la LOSU da a la docencia, que parece ser la innovadora, buena *per se* por ser innovadora. Tanto es así que manda que, en los concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios, la experiencia docente y la experiencia investigadora tenga una consideración análoga [art. 71.1.a)]. El legislador no quiere premiar al profesor que desdén la docencia en beneficio de la investigación (y a mí me parece bien). Sucede que, a la postre, para ese mismo legislador, la docencia se cifra en *horas de tiza*, a la antigua usanza. Ello es así porque exige al profesorado en régimen de dedicación a tiempo completo un «máximo de 240 y un mínimo de 120 horas lectivas por curso académico dentro de su jornada laboral (art. 75.1 LOSU). Sí, *horas lectivas* exclusivamente ¿Y las horas de *estudio y de trabajo* que el docente debe realizar para alcanzar los *objetivos docentes* en un contexto de innovación permanente (uso la terminología ECTS)? ¿Estas no se cuentan? El legislador de la LOSU es muy moderno a la hora de indicar al profesorado cómo ha de impartir la docencia, pero, a lo que parece, muy antiguo a la hora de contabilizarla.

<sup>20</sup> Que ello esté suponiendo, en la práctica, una degradación de los grados (valga el juego de palabras), en beneficio de los másteres y que, como daño nada colateral, ello esté potenciando a las universidades privadas, con más medios y tradición para los másteres, es algo que se me escapa (una visión muy crítica, en este sentido, en DE CARRERAS, F., «A propósito de Bolonia: ¿Quo vadis la Universidad española?», cit.).

822/2021, en línea con la antiguo Real Decreto 1393/2007, exige que los planes de estudio se estructuren en materias o asignaturas básicas, obligatorias y optativas, amén de un trabajo de fin de grado (TFG), y podrán incorporar prácticas académicas externas, así como seminarios, trabajos dirigidos u otras actividades formativas. No entro en valoraciones al respecto (no es mi propósito en este trabajo, aunque sí daría para otro trabajo).

*Tercero:* Bolonia, que guarda silencio sobre el *quién*, y que no afecta directamente al *qué* (aunque sí indirectamente), sí dice mucho sobre el *cómo*.

Se trata de un cambio metodológico muy relevante, del que hemos dado cuenta, no prefigurado en la Declaración de Bolonia, pero sobre el que se precipitó de forma entusiasta el proceso de Bolonia sin (creo) debate alguno, sin (también creo) contar con los profesores (conmigo, seguro, no se contó) y, lo que es peor, sin que estos estuvieran formados para el cambio (yo, al menos, no). Es el modelo de enseñanza-aprendizaje centrado en el alumno, que tiene por objeto competencias y no solo (o no tanto) conocimientos. En este modelo, el profesor deviene un acompañante que guía al alumno, devenido a su vez en protagonista de su propio aprendizaje. Pero ¿de dónde viene esto?

#### IV. SOBRE EL APRENDIZAJE POR COMPETENCIAS

##### 1. Lo que está detrás del aprendizaje por competencias

Detrás del aprendizaje por competencias está una curiosa confluencia de ideologías, una económica, con marchamo de neoliberal y otra educativa, con marchamo de progresista. Me referiré especialmente a esta última, aunque algo hay que decir de la primera.

El uso de la palabra *competencia* para referirse al aprendizaje tiene un trasfondo economicista. Está ligado a las exigencias del mercado laboral en un mundo globalizado y de trabajo incierto. El hito inicial de este enfoque se sitúa en el famoso informe de 1986 *La educación encierra un tesoro*, elaborado para la UNESCO por una Comisión Internacional sobre la educación del siglo XXI, presidida por Jacques Delors, por entonces presidente de la Comisión Europea<sup>21</sup>. El informe actualiza otro célebre informe de 1973 para la UNESCO, dirigido por Edgar Fauré, en el que ya se ponía de relieve la necesidad de reducir los contenidos del aprendizaje y de centrarse en las formas de adquirirlos, esto es, en *aprender a aprender*. En el informe *Delors* se contraponen la educación tradicional, que propende a dar prioridad a la adquisición de conocimientos, con la nueva educación que se auspicia, concebida para toda la vida y como un todo sustentado en cuatro pilares: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos y aprender a ser ¡Nada más y nada menos!

---

<sup>21</sup> DELORS, J. (dir.), *La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO* (UNESCO: Santillana), 1996.

Para aprender a hacer es preciso pasar de la noción de calificación profesional a la de competencia<sup>22</sup>: este es el salto que demanda el mercado laboral globalizado del siglo XXI. Y a un mercado de competencias<sup>23</sup> debe corresponderle un aprendizaje por competencias, sean lo que sean estas<sup>24</sup>. La educación al servicio del mercado, las competencias como eje de la educación; una educación, además, para toda la vida<sup>25</sup>.

Como decía, en la promoción del aprendizaje por competencias ha confluído curiosamente con el enfoque economicista la llamada *nueva pedagogía*, que le ha dado un marchamo progresista. Pero ¿qué es la nueva pedagogía? En realidad, la nueva pedagogía no es tal, sino una actualización en el siglo XX de las ideas sobre la educación de Rousseau, recogidas en su *Emilio o De la Educación* (1762). Las ideas del ginebrino contrastan con las de los enciclopedistas, con Condorcet a la cabeza<sup>26</sup>. Para estos últimos, lo importante era librar a la humanidad de la ignorancia y por ello, la gran tarea que acometer era *instruir* al individuo, esto es, proporcionarle conocimientos. Rousseau y con él, los roussonianos, preconizan otra cosa, *educar*; esto es, conducir la voluntad del niño hacia donde el educador quiera. No se trata de librar de la ignorancia al individuo, sino de algo distinto, la creación de un *hombre nuevo*. ¿Y en qué consiste educar? En dejar al niño, a Emilio, a su aire, en la naturaleza, para que vaya aprendiendo de su propia experiencia, por descubrimiento. Al niño nada se le debía prohibir. Cierto es que Emilio está bajo la guía de un ayo o tutor, un *gouverneur*, cuya misión no es instruir al niño (este se instruye solo) sino conducirlo (con mano izquierda) hacia la sociedad ideal del contrato social.

<sup>22</sup> «Cada vez con más frecuencia, los empleadores ya no exigen una calificación determinada ... y piden, en cambio, un conjunto de competencias específicas a cada persona, que combina la calificación propiamente dicha, adquirida mediante la formación técnica y profesional, el comportamiento social, la aptitud para trabajar en equipo, la capacidad de iniciativa y la de asumir riesgos» (DELORS, J. (dir.), *La educación encierra un tesoro*, cit., p. 49).

<sup>23</sup> En el que se distingue entre *hard skills*, las habilidades técnicas requeridas para el puesto de trabajo, y las *soft skills*, las habilidades blandas, las que sirven para la vida en general. Estas últimas incluyen la capacidad de adaptación a los cambios, la inteligencia emocional, la comunicación, la creatividad, el liderazgo ...

<sup>24</sup> En el ámbito universitario, en concreto, en el marco del EEES, un intento de sistematización y definición de las competencias se encuentra en el llamado proyecto Tuning, realizado por más de 100 universidades, coordinado por las universidades de Deusto y Groningen y apoyado por la Comisión Europea. El texto es fácilmente accesible por internet.

<sup>25</sup> Se ha dicho gráficamente: «De los sujetos de la sociedad del siglo XXI se requiere ... que actualicen su formación según las competencias requeridas en el momento ... que estén dispuestos a cambiar de trabajo o de puesto y que estén bien predispuestos para los nuevos retos ... Un sujeto de estas características un auténtico emprendedor ... un trabajador *just-in-time*»; así las cosas, «Una educación por competencias permite ahorrar tiempo (al empresario) y garantiza lo que una economía *just-in-time* requiere: una obligada versatilidad, puesto que, a falta de formación amplia, al individuo no le queda otra que dedicarse a aprender a lo largo de toda la vida» (GARCÍA FERNÁNDEZ, O. y GALINDO FERRÁNDEZ, E., *Aprendizaje basado en proyectos. Un aprendizaje basura para el proletariado*, Tres Cantos (Akal), 2024, pp. 118 y 121).

<sup>26</sup> Véase, en este sentido, las palabras del Alicia Delibes en el capítulo I (Rousseau y Condorcet) de su *La gran estafa. El secuestro del sentido común en la educación*, Madrid (Grupo Unisón ediciones), 2006. Las hago más en texto principal.

En síntesis, para los enciclopedistas, la tarea del Estado era instruir; educar era cosa de los padres. Por el contrario, para los roussonianos, educar, esto es, formar buenos ciudadanos, era cosa del Estado. En buena parte del siglo XIX triunfaron las ideas enciclopedistas en la enseñanza. Sin embargo, a comienzos del siglo XX, empezaron a surgir escuelas (como la de Summerhill, fundada por A.S. Neill en 1921<sup>27</sup>) que seguían la filosofía de Rousseau; y autores como Dewey<sup>28</sup> reinventaron la pedagogía siguiendo la estela del pensador ginebrino. A esto se le llamó constructivismo y pasó a ser la *nueva pedagogía*. Esta pedagogía, con el marchamo progresista de antiautoritaria y comprensiva, es la que penetrará en la escuela, a lomos de mayo del 68 y la que se tecnificará (valga la expresión) a partir de los ochenta del siglo pasado, bajo el ropaje del aprendizaje competencial.

Sostiene Inger Enkvist (hispanista y pedagoga sueca, acaso la voz más representativa en el plano internacional del movimiento de profesores surgido como reacción a la nueva pedagogía) que, a mediados del siglo XX, la pedagogía occidental se proponía como meta conseguir una educación democrática, pero no estaba claro el método para conseguirla. Los gobiernos se vieron obligados a elegir entre dos opciones: o «mantener unos sistemas educativos de calidad y de alta exigencia, abriéndolos a los alumnos que hasta ese momento no tenían acceso a él»; o «unificar el sistema al máximo hasta poder ofrecer uno y el mismo para todos, con el necesario peaje a pagar consistente en la bajada de nivel y el aligeramiento de contenidos». La opción más generalizada en los países occidentales fue la segunda: así, «en lugar de adquirir contenidos en las diferentes materias, el objetivo de la educación pasó a ser el conocido “aprender a aprender” a través de un método basado en el constante “fomento de la autonomía” de los alumnos»<sup>29</sup>.

## 2. La implantación del aprendizaje competencial en nuestro sistema educativo (no universitario)

Como ya se ha dicho, en la *nueva pedagogía* el protagonista, no de la enseñanza, sí del aprendizaje, es el propio alumno. Se enfatiza al máximo su libertad y se fomenta su capacidad de descubrimiento: el conocimiento no se trasmite, se construye por el propio

---

<sup>27</sup> «En *Summerhill* no se hablaba de disciplina, las normas las ponían los propios niños, los horarios apenas existían, la asistencia a las clases era voluntaria, nunca se castigaba a un niño ... no era necesario enseñar, los niños aprenderían sólo aquello que realmente despertara su atención y la tarea del siempre atento y bondadoso maestro era responder a las cuestiones que el niño le planteara. Era una “escuela libre”, decía A.S. Neill, donde un niño podía crecer feliz» (DELIBES LINIERS, A., *La gran estafa. El secuestro del sentido común en la educación*, cit., p. 56).

<sup>28</sup> Su libro *Democracia y educación*, publicado en inglés en 1916, es considerado una de las obras sobre educación más relevantes del siglo XX, por el impacto que tuvo.

<sup>29</sup> EKNVIST, I., *La buena y la mala educación. Ejemplos internacionales*, Madrid (Ediciones Encuentro), 2011, p. 19.

alumno. Así las cosas, el rol del profesor cambia: de protagonista de la enseñanza pasa a ser un guía, un facilitador del aprendizaje del alumno. Es (debe ser) un *profesor nuevo*.

Esta filosofía educativa es la que está detrás de la LOGSE de 1990 (*Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, General del Sistema Educativo*), al menos sobre el papel. Basta con leer su artículo 2: el sistema educativo «preparará a los alumnos para aprender por sí mismos» (2.1); y, entre los principios bajo los que debe desarrollarse la actividad educativa está «la metodología activa que asegure la participación del alumnado en los procesos de enseñanza y aprendizaje» [2.1.f)]. A pesar de los vaivenes legislativos que ha sufrido desde entonces nuestro sistema educativo no universitario, no ha sido puesta en cuestión por el legislador, insisto, al menos, sobre el papel<sup>30</sup>. En la última de las leyes educativas, la LOMLOE (*Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de Educación*) y, en línea con la LOE de 2006, todo pasa «por proporcionar una formación integral, que se centre en el desarrollo de las competencias» (Preámbulo)<sup>31</sup>.

Entre nosotros ha surgido un fuerte movimiento de reacción contra la nueva pedagogía en el profesorado no universitario. Este movimiento empieza a hacerse notar en la primera década del siglo XXI. En este período se publican dos trabajos muy provocadores: en 2003, *La secta pedagógica*, de Mercedes Ruiz Paz<sup>32</sup> y, en 2006, *Panfleto antipedagógico*, de Ri-

---

<sup>30</sup> Ni siquiera por el legislador de la LOMCE (*Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa*). Como es sabido, esta Ley fue aprobada bajo mayoría del PP y tuvo la oposición feroz del PSOE y de la izquierda educativa. El legislador de la LOMCE, de alguna manera, pretende volver al camino trazado por la LOCE (*Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación*), también aprobada bajo mayoría del PP: con base en las evidencias proporcionadas por los malos resultados en las pruebas PISA y las elevadas tasas de abandono temprano en la educación, busca reducir esas tasas y mejorar los resultados educativos, con medidas sustentadas en determinados principios (el aumento de la autonomía de los centros, el refuerzo de la capacidad de gestión de la dirección de los centros, las evaluaciones externas de fin de etapa, la racionalización de la oferta educativa y la flexibilización de las trayectorias). Sin embargo, el legislador de la LOMCE no entra en la metodología docente ni cuestiona la nueva pedagogía. Muy al contrario, apuesta por «propiciar las condiciones que permitan el oportuno cambio metodológico, de forma que el alumnado sea un elemento activo en el proceso de aprendizaje». Tanto es así que, respecto de las evaluaciones externas al final de cada etapa (acaso la medida más criticada por la izquierda educativa) declara que las pruebas «se centran en el nivel de adquisición de las competencias» (Preámbulo de la Ley).

<sup>31</sup> Y ello se refleja en el articulado. Eche un vistazo el lector a los principios pedagógicos en relación con la educación primaria (art. 19), la secundaria obligatoria (art. 26) y el bachillerato (art. 35). Léase en particular lo que se dice en relación con el bachillerato (la etapa más próxima a la universitaria): «Las actividades educativas en el bachillerato favorecerán la capacidad del alumno para aprender por sí mismo». Resulta chocante, a este respecto, que de la prueba de acceso a la Universidad se diga que valorará, «con carácter objetivo», «los conocimientos adquiridos» en el bachillerato (art. 38) ¿Solo los conocimientos? ¿Y qué conocimientos, los adquiridos por cada alumno por sí mismo mediante su proceso de aprendizaje? ¿O más bien unos conocimientos uniformes y estandarizados? Si es esto último, el aprendizaje por uno mismo no es garantía alguna de superación de la citada prueba. Hay una clara discordancia (sobre el papel) entre lo que se quiere del alumno en el bachillerato y lo que se pretende evaluar en la EVAU.

<sup>32</sup> RUIZ PAZ, M., *La secta pedagógica*, Madrid (Grupo Unisón), 2003.

cardo Moreno Castillo<sup>33</sup>, este último, accesible fácilmente por internet. La primera, maestra y pedagoga, alertaba de los excesos cometidos por los pedagogos, que han convertido lo instrumental (las técnicas didácticas) en lo principal, en detrimento de los contenidos y, con ello, han sumergido en la ignorancia a varias generaciones de alumnos. El segundo, catedrático de instituto, en su conocido trabajo, salió en defensa de la denostada memoria y de los contenidos y arremetió, entre otras cosas, contra la mentira de la motivación y contra la enseñanza participativa (preconizada por la LOGSE y por la LOE). Son palabras de Moreno Castillo:

«¿Qué significa eso de que los alumnos deben aprender por sí mismos y participar en los procesos de aprendizaje? ¿Que tienen que poner de su parte, atendiendo en clase y haciendo sus tareas escolares? Esto no es ninguna innovación educativa, es cosa de sentido común. ¿Que tienen que descubrir las cosas por ellos mismos? Esto es un disparate» (p. 46); y es que «para descubrir cosas nuevas es indispensable saber ya muchas otras cosas. Einstein elaboró sus teorías reflexionando sobre las limitaciones de la física de Newton, la cual había aprendido durante su formación universitaria. Mucha atención: la había aprendido porque se la habían enseñado, no porque la hubiera descubierto por sí mismo» (p. 48).

El manifiesto antipedagógico tuvo su réplica: véase el *post* de Rafael Porlán «No es verdad. Razones para un manifiesto pedagógico», publicado el 22 de noviembre de 2008 en *Cuadernos de pedagogía* (accesible en internet).

Al tiempo que este movimiento se iba gestando, nos topamos con dos hechos que parecían servirle de aval y que se esgrimieron para justificar los cambios introducidos por el legislador de la LOMCE (2013): el fracaso escolar y los malos resultados de los informes PISA.

a) En relación con el fracaso escolar:

Una de las debilidades del sistema educativo español detectadas por el legislador de la LOMCE (2013) fue el abandono educativo temprano: la tasa de abandono en 2011 era del 26,5%, con tendencia al descenso, pero muy lejos del valor medio europeo de entonces (el 13,5%) y del objetivo del 10% fijado para 2020 en la *Estrategia Europa 2020* (véase el Preámbulo de la LOMCE).

Según datos del Ministerio de Educación (accesibles fácilmente por internet), el abandono educativo temprano fue del 13% en 2024. La tasa se ha reducido notablemente, si bien todavía no estamos en ese 10% antes aludido, ni tampoco en la media europea (situada en 2023 en el 9,5%).

---

<sup>33</sup> MORENO CASTILLO, R, *Panfleto antipedagógico*, 2006. Disponible en: <[https://www.ugr.es/~fjperez/textos/Panfleto\\_Antipedagogico\\_RMMoreno.pdf](https://www.ugr.es/~fjperez/textos/Panfleto_Antipedagogico_RMMoreno.pdf)>. [Consultado el 23/09/2025]. De 2006 es también el libro de Alicia Delibes Liniers, ya citado. Los tres conforman una terna de libros provocadores sobre educación en nuestro país en la primera década del siglo XXI.

b) En relación con PISA:

El legislador de la LOMCE (2013) también aludía al Informe PISA 2009, que arrojaba unos resultados para España muy mediocres y ponían de relieve el nivel insuficiente obtenido en comprensión lectora, competencia matemática y competencia científica, alejado del promedio de la OCDE (véase el Preámbulo de la LOMCE).

Como es sabido, PISA (*Programme for International Student Assessment*) es un estudio de evaluación educativa internacional, promovido por la OCDE y los países participantes, que intenta delimitar, describir y explicar lo que los jóvenes de 15 años saben y saben hacer. La prueba PISA combina una parte cognitiva (que incluye las competencias de lectura, matemáticas y ciencias) y un cuestionario de contexto familiar y escolar. Es un estudio trienal (aunque a partir de 2025 será cuatrienal) y, en cada trienio, se centra en una competencia (la matemática, la lectora o la científica) como principal, aunque también se evalúan las otras, bien que como secundarias. Es importante recalcar que su enfoque es competencial: no mide el conocimiento escolar como tal, sino la capacidad de los estudiantes para entender y resolver problemas auténticos a partir de la aplicación de conocimientos.

España ha participado en el estudio PISA desde su primera edición, que tuvo lugar en 2000. Los resultados son mediocres. Si nos centramos en la competencia lectora (la que más me interesa), observo que la evolución ha sido esta: 493 puntos (frente a 500 del promedio OCDE) en 2000; 481 (frente a 494) en 2003; 461 (frente a 492), en 2006; 481 (frente a 493), en 2009; 488 (frente a 496), en 2012; 496 (frente a 493), en 2015; y 474 (frente a 475) en 2022 [Los resultados de lectura de PISA 2018 para España –477 frente a 487– no se publican en el Informe PISA 2022 por no ser fiables]. Conclusión: siempre por debajo del promedio OCDE (salvo en 2015) y alejados de los mejores<sup>34</sup>.

El movimiento contra el pedagogismo se ha recrudecido con la aprobación de la LOMLOE (2020). Ha sido especialmente significativo en Cataluña y de aquí se ha extendido a toda España. Catalanes son Andreu Navarro y David Rabadà, coordinadores del libro *La educación cancelada*<sup>35</sup>. En él, profesores de todas las tendencias ideológicas denuncian que el conocimiento está siendo arrancado del sistema educativo y, con ello, la escuela pública ha dejado de ser el principal motor de promoción social<sup>36</sup>. En fin, muy recientemente, dos

<sup>34</sup> En 2022, el mejor fue Irlanda (516), seguido de Japón (516) y Corea (515). Destaca el desplome de Finlandia, el modelo de «nueva educación» tan envidiado: de 520 puntos en 2018 a 490 en 2022; en cualquier caso, por encima de la media.

<sup>35</sup> NAVARRA, A. y RABADÀ, D. (coords.), *La educación cancelada*, Palma de Mallorca (Sloper), 2022.

<sup>36</sup> Precisamente Andreu Navarro ha dejado el instituto porque, a su parecer, el sistema «estafa» a los alumnos: R. SANMARTÍN, O., «Andreu Navarro, el profesor de Barcelona que ha dejado el instituto porque el sistema “estafa” a sus alumnos: “La escuela se ha convertido en una dictadura de la diversión”», *El Mundo*, 1 de septiembre de 2024. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/espana/2024/09/01/66d219bde4d4d8f13d8b45bd.html>>. [Consultado el 23/09/2025].

profesores de filosofía de instituto (que se declaran de izquierdas), Olga García y Enrique Galindo, han escrito un libro que denuncia el aprendizaje por proyectos que alienta la LOMLOE<sup>37</sup>, presentado como la panacea definitiva para los males de la escuela. El libro lleva un título significativo: *Aprendizaje basado en proyectos. Un aprendizaje basura para el proletariado*<sup>38</sup>.

En este contexto, véase el testimonio de Pascual Gil Gutiérrez, profesor de Historia y Geografía, en sus *Confesiones de un «millennial»*<sup>39</sup>. El autor confiesa que «creció y se formó entre tecnología y en plena implementación del paradigma LOGSE, del incontestable paradigma constructivista y de la siempre biensonante Nueva Pedagogía»; y que ha estado rodeado de docentes «ingenua y plenamente convencidos de la explosión de curiosidad innata del niño incólume», amén de «convencidos de metodologías de lo más variopintas», que se ha puesto en práctica «conmigo y mis antiguos compañeros»: «la *flipped classroom*, el *roll-playing*, el aprendizaje basado en retos, el aprendizaje colaborativo, el *design-thinking*, la gamificación ... y un sinfín más de llamativos productos disponibles en el bazar persa de la “innovación”». Todas estas metodologías «compartían premisas alentadoras y apriorísticas como despertar nuestro interés dormido o desempolvar nuestra enterrada motivación, también prometían grandes resultados, incluso “enseñarnos a ser”, nada más y nada menos».

La conclusión a la que llega este *millennial* es esta: «miro a mi alrededor, a mi contexto, a mi sociedad, a mis antiguos compañeros y solo constato el fracaso de 30 años de constructivismo, de 30 años de fe ciega en un paradigma educativo con mimbres cuasi religiosos»; y «constato que tres décadas de creer en que cada individuo construye su conocimiento han conducido a la frustración absoluta» y a condenar a importantes bolsas de población «a un analfabetismo funcional». Pascual Gil ha desarrollado estas reflexiones en su libro *Schola delenda est?*<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Por cierto, según una información de *El País* de 6 de diciembre de 2022, el grueso de los docentes no sabía aplicar las herramientas de la LOMLOE (las situaciones de aprendizaje) por falta de formación y por el ajustado calendario de implantación. El artículo lleva este significativo título: *Los cambios en la forma de dar la clase que pocos profesores entienden: «A la mayoría nos suena a chino»*. Tras más de 30 años de paradigma LOGSE, ¿aún le suenan a chino a los profesores las metodologías activas de aprendizaje? Aquí hay algo que no cuadra. (ZAFRA, I., «Los cambios en la forma de dar clase que pocos profesores entienden: “A la mayoría nos suena a chino”», *El País*, 6 de diciembre de 2022. Disponible en <<https://elpais.com/educacion/2022-12-06/los-cambios-en-la-forma-de-dar-clase-que-pocos-profesores-entienden-a-la-mayoria-nos-suenan-a-chino.html>>. [Consultado el 23/09/2025]).

<sup>38</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, O. y GALINDO FERRÁNDEZ, E., *Aprendizaje basado en proyectos. Un aprendizaje basura para el proletariado*, cit.

<sup>39</sup> GIL GUTIÉRREZ, P., «Confesiones de un millennial», Magisterio, entrada de blog de 22 de septiembre de 2020. Disponible en: <<https://www.magisnet.com/2020/09/confesiones-de-un-millennial/>>. [Consultado el 23/09/2025].

<sup>40</sup> GIL GUTIÉRREZ, P., *Schola delenda est?* (Apostroph, Edicions i Propostes Culturals), 2022.

Este fuerte movimiento antipedagógico no ha conseguido cambiar el paradigma LOGSE, que se mantiene firme con la LOMLOE. Sí ha motivado algunas reacciones públicas de sus defensores<sup>41</sup>. Creo que hay una guerra abierta entre dos visiones del aprendizaje, que se han polarizado y que parecen excluyentes. Por un lado, está el modelo del *aprendizaje por competencias*: tiene por aliado a la nueva tecnología y se presenta como innovador e inevitable, el que demandan los alumnos del siglo XXI. Por otro lado, está el modelo del *aprendizaje por contenidos*: es el modelo de la Ilustración, se presenta como reacción a los excesos de los *iluminados* de la nueva pedagogía y declara contar con el aval del bajo nivel educativo de nuestros alumnos, tras más de 30 años de paradigma LOGSE.

En medio de esta guerra están los alumnos de la educación no universitaria. Acaso sea preciso un poco de sensatez, la que proporciona la RAE. En noviembre de 2023 publicó un informe (*La enseñanza de la lengua y literatura en España, con especial atención al uso, el conocimiento y el aprendizaje del español*<sup>42</sup>). En el epígrafe 2.2, titulado significativamente «Nuevas orientaciones didácticas. Límites de la oposición entre competencias y contenidos», la RAE se rebela frente a esta falsa oposición: en cualquier rama de conocimiento resulta imprescindible «aprender a observar, a generalizar, a argumentar, a reflexionar y a juzgar críticamente»; pero la «puesta en práctica de cualquier conocimiento solo es posible si este ha sido adquirido previamente». Además, «la enseñanza basada en contenidos se caricaturiza a veces identificando estos con la memorización de datos», siendo así que «nadie debería identificar el dominio de un campo cualquiera del saber con el conocimiento de

<sup>41</sup> Dos muestras:

a) Ana Cobos, doctora en ciencias de la educación y, entre otras cosas, presidenta de COPOE (Confederación de Organizaciones de Psicopedagogía y Orientación de España), en un artículo publicado también en *Magisterio* («¿Qué es eso de la nueva pedagogía?», *Magisterio*, entrada de blog de 26 de marzo de 2019. Disponible en: <<https://www.magisnet.com/2019/03/que-es-eso-de-la-nueva-pedagogia/>>. [Consultado el 23/09/2025]), reprochaba a los detractores de la «nueva pedagogía» el ser docentes que no conocen la pedagogía (ni la nueva ni la antigua). Para Cobos, el trabajo de ser docente no consiste en «enseñar», sino en conseguir que el estudiante «aprenda»: *la letra con sangre entra, pero con la sangre del profesor*. Por otra parte, sostiene que no hay ningún profesional de la pedagogía que haya dicho o escrito que no sea necesario el esfuerzo para aprender. En fin, para la autora, el discurso antipedagógico no se sostiene sobre bases reales y, en realidad, los pedagogos son el chivo expiatorio que canaliza el enfado del profesorado de Secundaria, hastiado de no saber cómo afrontar la falta de motivación de parte del alumnado adolescente.

b) Guadalupe Jover, profesora de Lengua y Literatura castellana en un instituto y autora de numerosos trabajos sobre educación, en un artículo publicado en *El País* al hilo del informe PISA 2022 («¿Lo que PISA evalúa se enseña en nuestro sistema educativo? Una reflexión en torno a la lectura», *El País*, 15 de diciembre de 2023. Disponible en: <<https://elpais.com/educacion/2023-12-15/lo-que-pisa-evalua-se-ensena-en-nuestro-sistema-educativo-una-reflexion-en-torno-a-la-lectura.html>>. [Consultado el 23/09/2025]) apuntaba que PISA evalúa competencias, luego le causa estupor que, ante los malos resultados de PISA, lo que se pide por algunos es una renuncia a la orientación competencial. Para Jover, contenidos y competencias no son excluyentes: «no hay competencias sin contenidos, sin sólidos saberes: es imposible». He aquí, a mi juicio, una reflexión en la buena dirección.

<sup>42</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: «La enseñanza de la lengua y literatura en España, con especial atención al uso, el conocimiento y el aprendizaje del español», Informe de noviembre de 2023. Disponible en: <<https://www.rae.es/recursos-academicos-de-apoyo-para-el-lenguaje-claro/informes-academicos/la-ensenanza-de-la-lengua-y-la-literatura-en-espana-con-especial-atencion-al-uso-el-conocimiento-y>>. [Consultado el 23/09/2025].

ciertos datos sobre él». En fin –y esto es muy relevante–, para la RAE, «es evidente que el enfoque competencial debería ser concebido como un medio, pero los documentos oficiales parecen presentarlo como un fin al otorgarle un puesto tan relevante entre los cambios didácticos que requiere la educación».

### 3. Sobre la implementación de la *nueva pedagogía* en la enseñanza universitaria: un apunte general

Es la *nueva pedagogía*, prestigiada por su marchamo innovador y por el uso masivo de la tecnología, la que se ha implantado, al menos sobre el papel, en nuestras universidades, merced al *proceso* de Bolonia. Evidentemente, antes de Bolonia (a.B.), no pocos profesores universitarios estaban innovando en la docencia, saliéndose de la (denostada) clase magistral. Lo que trae de novedoso *Bolonia* es esto: la nueva forma de aprender es, sencillamente, obligatoria. El alumno, en el centro del aprendizaje, el aprendizaje competencial, el profesor como guía o facilitador, han venido para quedarse, porque así viene impuesto desde arriba: desde Europa (Las Conferencias de Bolonia) y, desde España (La Ley, pero, sobre todo, el reglamento y sus anexos).

Cierto es que se ha dejado un margen de maniobra a las universidades para la implantación de la nueva metodología docente. *Bolonia* no impone una o varias metodologías docentes para formar a los alumnos universitarios. Pueden valer todas aquellas que sirvan para lograr los resultados del aprendizaje plasmados en los planes de estudio. En la práctica, a efectos metodológicos, hay o puede haber tantas *Bolonias* como universidades o, incluso, facultades.

La Facultad de Derecho de la UAM ha diseñado una organización de la docencia dividida en magistrales, seminarios y tutorías (*Normas sobre organización de la docencia*, accesibles fácilmente por internet). Las clases magistrales tienen por objeto «la exposición sistemática por el profesorado de los contenidos básicos de la asignatura o materia». La evaluación de los alumnos se concreta en una «prueba final», que se lleva a cabo en una fecha determinada desde principio de curso. Por el contrario, los seminarios tienen por objeto la realización por los estudiantes de «casos prácticos, lecturas dirigidas, análisis de jurisprudencia u otras actividades análogas», en el marco de un «proceso de evaluación continua».

En mi facultad se ha establecido una separación entre magistrales y seminarios a efectos de enseñanza-aprendizaje. Al menos sobre el papel, este formato dual busca lo mejor de los dos mundos. En las magistrales se busca (es de suponer) la *transmisión del saber*. Son, aparentemente, las clases de toda la vida, aquellas de las que reniega la nueva pedagogía. Por el contrario, en los seminarios se busca (es de suponer) *el aprendizaje del saber hacer*. Son, aparentemente, las clases que preconiza la nueva pedagogía. Está por ver si lo que está en el papel se ha

cumplido en la práctica y si ha merecido la pena. Alguna evaluación (*feedback*, se dice ahora) habría que hacer. Pero esto queda fuera del objeto de este trabajo.

Es conocido que *Bolonia* suscitó no poco rechazo, también en lo que hace a la nueva metodología que auspiciaba. Entre nosotros, los juristas, es célebre un famoso Manifiesto contra Bolonia de 2009 (*Saquemos los estudios de Derecho del proceso de Bolonia*) abandonado por firmas de prestigio y fácilmente accesible por internet. Los *abajo firmantes* achacaban a Bolonia la apuesta mediocre por los conocimientos supuestamente prácticos y útiles y por la infantilización del estudiante universitario. Pero estas y otras críticas (estuvieran más o menos fundadas) no hicieron mella y, en buena medida, se articularon tarde (v.gr., el mismo Manifiesto), cuando Bolonia estaba aquí y era inexorable.

En 2009, cuando el proceso de Bolonia era inexorable (recuérdese que debía estar implantado, como muy tarde, en 2010), se publicó un número monográfico en *El Cronista de Estado Social y Democrático de Derecho* (el 4) sobre el proceso de Bolonia y Derecho. Un año después, vio la luz un número monográfico a ese mismo respecto en la *Revista General de Derecho Constitucional* (n.º 9, abril 2010). Merece la pena detenerse en los dos primeros trabajos de este número, el de Francesc de Carreras<sup>43</sup> y el de Rollnert<sup>44</sup>. En él se pueden apreciar dos puntos de vista, bien contruidos pero contrapuestos, sobre la nueva metodología que impulsa Bolonia (aunque no solo sobre esto).

En su trabajo, de Carreras hace un repaso a los principales modelos clásicos de universidad, que fueron desbordados a mitad del siglo pasado por los cambios sociales ocasionados por la nueva sociedad industrial. Después, se ocupa del indefinido modelo español de universidad, que se intentó reformar a partir de la instauración de la democracia, pero arrastra, a su juicio, tres defectos fundamentales: la mala preparación de los estudiantes que ingresan en la universidad, debido a una mala enseñanza primaria y secundaria; el ineficaz sistema de selección del profesorado y el gobierno corporativista de las universidades. Pongo de relieve el primero de los defectos, que de Carreras achaca al estrepitoso fracaso del modelo pedagógico implantado en España; ya saben, la *nueva pedagogía*. Fracasado este modelo, ahora se pretende introducir con Bolonia, dice el autor en 2010. Se muestra muy crítico con el nuevo enfoque —«es dudoso que el aprendizaje de “destrezas, competencias y habilidades” sea posible si no se han comprendido previamente los fundamentos antiguos de las instituciones actuales» (p. 21)— y vaticina —en 2010— lo que pasará con el plan Bolonia: «conducirá probablemente, por lo menos en el ciclo de grado, a un superficial conocimiento de las materias y a un mal aprendizaje de la carrera escogida». Es más, «el sistema de evaluación continuada que estimula dicho plan,

<sup>43</sup> DE CARRERAS, F., «A propósito de Bolonia: ¿Quo vadis la Universidad española?», cit.

<sup>44</sup> ROLLNERT LIERN, G., «El proceso de Bolonia: riesgos, responsabilidad y oportunidades», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 9, 2010.

además de contribuir aún más a un descenso del nivel de la enseñanza, absorberá todas las energías del profesorado, el cual no tendrá ni el tiempo ni la tranquilidad suficiente para dedicarse a la investigación científica y a la producción cultural» (p. 29).

En el lado opuesto está Rollnert. En su meditado trabajo, después de salir al paso de las críticas del Manifiesto contra Bolonia, dice sin ambages: «detrás de toda la hojarasca de palabrería y de todos los vericuetos pedagógico-burocráticos que derivan de Bolonia, late un principio esencial» que «no puede dejar de ser captado y valorado positivamente por los *juristas vocacionalmente docentes*» (la cursiva es mía): consiste en «situar al alumno como eje central» sobre el que «debe gravitar cualquier consideración (organizativa, metodológica, evaluativa) de la actividad docente» (pp. 10-11). La docencia deja de estar enfocada como enseñanza para pasar a aprendizaje. La valoración de la enseñanza «dependerá de lo que alumno aprenda», esto es, de los «resultados del aprendizaje, que deberán poder ser medidos y cuantificados objetivamente» (p. 10).

Frente al nihilismo de Francesc de Carreras, la fe en el nuevo modelo. En todo caso, Rollnert no las tiene todas consigo: existe el riesgo de que no nos tomemos en serio lo que Bolonia implica, que todo cambie para que nada cambie; un riesgo real, porque su implantación se hace a coste cero. Ello no exime de responsabilidad al profesor, que, no obstante, habrá de afrontar la transición (el cambio brusco, más bien, diría yo) desde una doble exigencia de realismo: adaptarse al perfil de estudiante que tenemos hoy en día en las aulas y calibrar bien el esfuerzo que ha de realizarse. Todo un desafío.

Por lo demás, tenemos ya en el ámbito universitario una suerte de manifiesto antipedagógico. Me refiero a una carta de Daniel Arias Aranda, catedrático del Departamento de Organización de Empresas de la Universidad de Granada, dirigida a los alumnos universitarios, fácilmente accesible por internet, con este significativo título: «Querido alumno, te estamos engañando». La carta tuvo una repercusión extraordinaria. De esa carta trae causa el libro del mismo título del citado autor.

Sea como fuere, lo cierto es que, con Bolonia, los docentes nos hemos visto abocados a reflexionar sobre nuestras disciplinas, no como objeto de estudio, sino como objeto de enseñanza y aprendizaje. La pedagogía se ha situado en el centro de nuestras vidas, sin ser pedagogos y sin una transición previa en la que pudiéramos formarnos para ser *nuevos profesores*. Todo se ha hecho *deprisa, deprisa*, sin testar previamente el nuevo modelo. Hemos debido asumirlo sin más. Ahora que ha transcurrido más de una década desde la implantación, al menos, sobre el papel, de Bolonia, resulta más que pertinente hacerse, al menos, estas preguntas: ¿Ha cambiado realmente la forma de enseñar (o aprender) en la universidad, o solo aparentemente, sobre el papel (que lo aguanta todo) pero no sustancialmente? Si realmente ha cambiado, ¿ha merecido la pena? No tengo respuesta para ninguna de estas preguntas, pero me gustaría tenerlas.

La literatura jurídica sobre cómo impartir docencia en Derecho se ha disparado desde la implantación de Bolonia. Como ejemplo, existen ya revistas, como *Docencia y Derecho*, dedicadas a publicar artículos de reflexión y de recursos docentes en Derecho. En el ámbito concreto del Derecho Constitucional (mi ámbito), en 2010, en el mismo número de la RGDC en el que se publicaron los trabajos de Francesc de Carreras y Goran Rollnert, se dio cuenta de una amplia relación de trabajos a modo de «Mapa de nuevas metodologías docentes en Derecho Constitucional». Ese mismo año vio la luz un extenso volumen, disponible solo en internet, coordinado por Lorenzo Cotino Hueso y Miguel Ángel Presno Lineras, con reflexiones, métodos y experiencias de un amplio elenco de docentes sobre innovación educativa en Derecho Constitucional<sup>45</sup>. Un año después, bajo la misma coordinación, se publicó un nuevo volumen al respecto<sup>46</sup>. En fin, desde 2016, en todos los Congresos de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACOES) no falta, al principio, una mesa de innovación docente.

No cabe duda, por lo demás, que los profesores que tenemos que hacer carrera universitaria estamos sujetos a una presión muy fuerte para innovar (sea lo que sea esto) y para usar las TICs para enseñar<sup>47</sup>. Programas como DOCENTIA valoran enormemente las prácticas innovadoras de los profesores, amén de los buenos resultados académicos de los alumnos; y de una buena valoración en DOCENTIA depende en no poca medida las acreditaciones de la ANECA. Creamos o no en ello, estemos o no preparados, el sistema nos llama a filas: ¡a innovar (sea lo que sea esto) y a conseguir que nuestros alumnos estén motivados y aprueben o, para ser más exactos, que consigan *aprender a aprender!*

## V. PREGUNTAS Y REFLEXIONES

1. Decía al principio que lo único que un docente le debe a sus alumnos es una buena docencia, teniendo en cuenta las circunstancias. Las circunstancias en las que me he centrado han sido dos: la circunstancia *alumno* y, sobre todo, la circunstancia *Bolonia*. Esta última me ha llevado a otra circunstancia: la llamada nueva pedagogía, incorporada al sistema educativo a través del llamado aprendizaje competencial. Hoy ya no se habla de contenidos, de saberes, sino de competencias.

<sup>45</sup> COTINO HUESO, L. y PRESNO LINERAS, M.A. (coords.), *Innovación educativa en Derecho Constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes*, cit.

<sup>46</sup> COTINO HUESO, L. y PRESNO LINERAS, M.A. (eds.), *La enseñanza del Derecho Constitucional ante el proceso de Bolonia. Innovación educativa en Derecho Constitucional 2.0* (Universidad de Valencia), 2011.

<sup>47</sup> Como ya he dicho antes, para los profesores que se incorporan a la universidad, la formación docente es, *de iure*, obligatoria: en el primer año deben realizar un curso de formación docente inicial, cuyas características fija cada universidad [art. 78.b) LOSU].

Quiero hacer una puntualización en relación con la circunstancia *alumno*: que el alumno de hoy sea distinto del alumno de ayer no lo convierte en una nueva especie humana, ni implica que debamos resignarnos a aceptarle como es y adaptarnos mansamente a ello. Es cierto que es *digital*, pero puede (y debe) leer y entender un texto en papel, puede (y debe) esforzarse por escribir (a mano, si es menester) y puede (y debe) hablar y argumentar correctamente<sup>48</sup>. Es cierto que su nivel de comprensión lectora es bajo, pero este no es un rasgo de carácter, sino el resultado de una mejorable educación (o instrucción): es responsabilidad de quienes les han enseñado antes de llegar a la universidad revertir esta situación y es responsabilidad de los profesores universitarios no hacer la vista gorda ante sus carencias. Es cierto que no pocos alumnos vienen inmaduros, pero esto tampoco está en su ADN; en consecuencia, no debemos convertirnos en sus niños/as.

2. Han pasado más de quince años desde que se implantó oficialmente eso que llamamos *Bolonia* o, si se prefiere, el *Espacio Europeo de Educación Superior* (EEES). Es tiempo suficiente para hacer valoraciones. Los profesores debemos hacerlas, al menos a mí me lo parece. Tendríamos que hablar.

Sugiero, al menos, que abordemos dos asuntos. El primero quizá se nos escapa de las manos, pero no me resisto a plantearlo: ¿Qué universidad queremos? Recordemos que, en puridad, la Declaración de Bolonia solo imponía dos medidas tangibles: la organización de las enseñanzas en dos ciclos (después han sido tres) y un sistema de créditos ECTS. Todo lo demás se dejaba al albur de los Estados y, en su caso, a la cooperación entre ellos, en particular el *quién*, el *qué* y el *cómo* enseñar. Pues bien, deberíamos volver a plantearnos, una vez más, la misión de la universidad: ¿debe ser, sobre todo, instruir, «transmitir la cultura por medio de la investigación y la enseñanza», tal como se dice en la *Magna Cartha Universitatum*? ¿O debe centrarse en formar futuros trabajadores –con competencias– para el mercado, tal como preconiza el proceso de Bolonia? Lo primero, creo, es lo que se ha venido haciendo durante siglos pero acaso conduce a la pérdida de utilidad, si se lleva a su extremo: la universidad no puede estar de espaldas a la realidad. Lo segundo, también llevado a su extremo, supone hacer de las universidades escuelas de formación profesional y, de los profesores, capataces que enseñan un oficio a los alumnos. Me temo que, para formar a los trabajadores que requiere el mercado globalizado (sin grandes conocimientos, pero sí

---

<sup>48</sup> Parece que el fervor por la tecnología va remitiendo. Releo una noticia en *El País*: ZAFRA, I., «El Gobierno propone restringir el uso de los teléfonos móviles en los centros educativos», *El País*, 14 de diciembre de 2023. Disponible en: <<https://elpais.com/educacion/2023-12-13/el-gobierno-propone-restringir-el-uso-de-los-telefonos-moviles-en-los-centros-educativos.html>>. [Consultado el 23/09/2025]. Según dicha información, el veto será total en los colegios de primaria, mientras en los institutos se aplicaría en función del proyecto educativo de cada centro. La propuesta será negociada con las comunidades autónomas, que han recibido bien la idea. En este sentido, por ejemplo, la Comunidad de Madrid ha aprobado un decreto que elimina desde el curso 2025/26 el uso individual de dispositivos digitales en alumnos de Educación Infantil y Primaria de los centros educativos sostenidos con fondos públicos de la región.

con habilidades para desenvolverse en la incertidumbre), es posible que acaben sobrando las universidades<sup>49</sup>. Quizá una mezcla de ambos modelos, en la proporción justa, sea lo mejor.

El segundo asunto es la metodología de enseñanza-aprendizaje y, en conexión con ello, la consigna (casi obsesión) por innovar. Sugiero interpelar a nuestros compañeros del sistema educativo no universitario sobre ello: ¿se están empleando las nuevas metodologías –el aprendizaje por proyectos u otras parecidas– o no? ¿Son las nuevas metodologías o, precisamente, la ausencia de ellas, la causa del decreciente nivel del alumnado que llega a la universidad? Claro que podría argüirse que no hay tal decreciente nivel, en cuyo caso nada habría que preguntar. Pero creo que sería engañarse. Y, por supuesto, sugiero que nos interpelemos a nosotros mismos, los profesores universitarios: ¿seguimos exclusivamente *instruyendo* a los alumnos, o estamos poniendo en práctica el aprendizaje (competencial) centrado en el alumno y en el que el profesor se convierte en ayo o tutor? ¿Están saliendo nuestros alumnos mejor o peor preparados que antes de Bolonia? Si es así o no, ¿a qué se debe? ¿A la implantación o, precisamente, a la no implantación de las nuevas metodologías?

3. Que uno deba tener en cuenta las circunstancias no significa que deba abandonarse a ellas. Aunque no soy siempre de mi misma opinión (soy sensible a los buenos argumentos), tengo algunos principios educativos a los que no me gustaría renunciar. Los expongo sintéticamente (por si a alguien le interesa):

Primero: ni soy un animador sociocultural, ni la universidad es una ludoteca. Soy profesor y, además, profesor de universidad.

No estoy obligado a entretener (el Derecho, muchas veces, es aburrido) aunque sí quiero (es mi voluntad) hacer lo más atractiva posible mi enseñanza, porque me interesa que mis alumnos aprendan. La claridad es mi obligación (no mi cortesía), la amenidad (la búsqueda de ella) es una estrategia que, además, adopto con gusto. Todo esto y, además, sentido del humor (que nunca falte).

Segundo: no soy un entrenador (un *coach*) que guía a cada uno de mis centenares de alumnos en su particular proceso de descubrimiento del Derecho. No lo soy ni podría serlo nunca, aunque quisiera. La realidad es esta: hay muchos alumnos y pocos profesores para atenderlos individualizadamente.

Mi misión como profesor es enseñar y la misión de mis alumnos es aprender. Yo soy el protagonista de la enseñanza, ellos, del aprendizaje. Otra cosa es cómo enseñar y, por supuesto, cómo aprender.

Soy escéptico respecto de eso que llaman aprendizaje autónomo (o por descubrimiento) en el grado, cuanto menos en los primeros cursos, máxime con el alumnado que nos

---

<sup>49</sup> Como algunos sabrán, *Google* ha entrado a competir con el mundo universitario y ha creado los *Google Career Certificates*: en palabras del propio Google, son programas de formación online flexibles y diseñados para adquirir competencias profesionales en campos de alta demanda. No se necesita experiencia ni titulación previas. Seis meses bastan para poder certificar una habilidad o una destreza.

está llegando. Sin embargo, nada tengo que objetar a la participación activa del alumno en el aprendizaje (eso que llaman «aprendizaje activo»), allí donde haya espacio para él (fundamentalmente en las clases con formato de seminarios). Me abro, por supuesto, a mejorar mi enseñanza, a salir de mi zona de confort y a explorar métodos de enseñanza y aprendizaje (innovadores o no) y, por supuesto, al uso de la tecnología. Ahora bien, que quede claro: innovación y tecnología (I + T) son instrumentos al servicio de la enseñanza (y del aprendizaje), no fines en sí mismos. Innovar por innovar, rotundamente no. Es una solemne estupidez.

Tercero: Soy profesor de Derecho.

El Derecho no es una disciplina experimental, es un saber social, que se expresa a través del lenguaje. El método de enseñanza debe ser el apropiado para el Derecho. A este no le sienta bien importar métodos provenientes de otras ramas del conocimiento.

Investigar y mejorar mi formación en métodos de enseñanza *específicos* para el Derecho es una tarea que me impongo. Por usar la terminología moderna, procuraré formarme lo mejor que pueda no solo para transmitir conocimiento, sino competencias específicas del Derecho. En realidad, no lo tengo imposible: se trata no solo de enseñar Derecho, sino de enseñar cómo argumentar en Derecho. La argumentación jurídica: esta es la clave.

Creo que esto es todo... o no. Me permitirá el lector una licencia personal, un barrer para casa. Soy profesor de Derecho Constitucional y tengo una misión específica: enseñar la Constitución, esto es, la Constitución española de 1978. Inculcar a los alumnos la letra y, sobre todo, el espíritu de la Constitución es algo que llevo haciendo desde finales del siglo pasado y es algo que voy a seguir haciendo; con más ahínco aún, dados los tiempos que corren. La causa de la Constitución es una causa por la que merece la pena luchar. En todo caso, es, sencillamente, mi trabajo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA (FE DE CITAS)

ARIAS ARANDA, D., *Querido alumno, te estamos engañando. Un sincero análisis del sistema educativo y de la universidad*, Barcelona (Temas de hoy), 2024.

BLANCO, J.M., «La incontenible infantilización de Occidente», *Disidentia*, entrada de blog de 5 de enero de 2018. Disponible en: <<https://disidentia.com/incontenible-infantilizacion-occidente/>>. [Consultado el 23/09/2025].

COBOS, A., «¿Qué es eso de la nueva pedagogía?», *Magisterio*, entrada de blog de 26 de marzo de 2019. Disponible en: <<https://www.magisnet.com/2019/03/ques-eso-de-la-nueva-pedagogia/>>. [Consultado el 23/09/2025].

- COTINO HUESO, L. y PRESNO LINERAS, M.A. (coords.), *Innovación educativa en Derecho Constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes* (Universidad de Valencia), 2010.
- COTINO HUESO, L. y PRESNO LINERAS, M.A. (eds.), *La enseñanza del Derecho Constitucional ante el proceso de Bolonia. Innovación educativa en Derecho Constitucional 2.0* (Universidad de Valencia), 2011.
- DE CARRERAS SERRA, F., «A propósito de Bolonia: ¿Quo vadis la Universidad española?», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 9, 2010.
- DE LORA DEL TORO, P., *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales*, Barcelona (Deusto), 2023.
- DELIBES LINIERS, A., *La gran estafa. El secuestro del sentido común en la educación*, Madrid (Grupo Unisón ediciones), 2006.
- DELORS, J. (dir.), *La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO* (UNESCO: Santillana), 1996.
- EKNVIST, I., *La buena y la mala educación. Ejemplos internacionales*, Madrid (Ediciones Encuentro), 2011.
- ESPEJO ROMERO, R., *Laberinto educativo y aprendizaje fake. Tenemos que hablar* (Editorial Brief), 2025.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, O. y GALINDO FERRÁNDEZ, E., *Aprendizaje basado en proyectos. Un aprendizaje basura para el proletariado*, Tres Cantos (Akal), 2024.
- GIL GUTIÉRREZ, P., «Confesiones de un millennial», *Magisterio*, entrada de blog de 22 de septiembre de 2020. Disponible en: <<https://www.magisnet.com/2020/09/confesiones-de-un-millennial/>>. [Consultado el 23/09/2025].
- GIL GUTIÉRREZ, P., *Schola delenda est?* (Apostroph, Edicions i Propostes Culturals), 2022.
- HAIDT, J. y LUKIANOFF, G., *La transformación de la mente moderna: cómo las buenas intenciones y las malas ideas están condenando a una generación al fracaso*, Bilbao (Ediciones Deusto), 2019.
- JOVER, G., «¿Lo que PISA evalúa se enseña en nuestro sistema educativo? Una reflexión en torno a la lectura», *El País*, 15 de diciembre de 2023. Disponible en: <<https://elpais.com/educacion/2023-12-15/lo-que-pisa-evalua-se-ensena-en-nuestro-sistema-educativo-una-reflexion-en-torno-a-la-lectura.html>>. [Consultado el 23/09/2025].
- MARINERO, M., *Humphrey Bogart*, Madrid (Ediciones JC), 1980.

- MORENO CASTILLO, R., *Panfleto antipedagógico*, 2006. Disponible en: <[https://www.ugr.es/~fjperez/textos/Panfleto\\_Antipedagogico\\_RMoreno.pdf](https://www.ugr.es/~fjperez/textos/Panfleto_Antipedagogico_RMoreno.pdf)>. [Consultado el 23/09/2025].
- NAVARRA, A. y RABADÁ, D. (coord.), *La educación cancelada*, Palma de Mallorca (Sloper), 2022.
- PÉREZ ROYO, J., «El Derecho Constitucional en la formación del jurista», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 46, pp. 39-60.
- R. SANMARTÍN, O., «Andreu Navarra, el profesor de Barcelona que ha dejado el instituto porque el sistema “estafa” a sus alumnos: “La escuela se ha convertido en una dictadura de la diversión”», *El Mundo*, 1 de septiembre de 2024. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/espana/2024/09/01/66d219bde4d4d8f13d8b45bd.html>>. [Consultado el 23/09/2025].
- R. SANMARTÍN, O., «La OCDE destaca dos lacras de la educación española: un tercio de los adultos con bajo nivel de comprensión lectora y de nuevo en cabeza de la UE en “ninis”», *El Mundo*, 9 de septiembre de 2025. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/espana/2025/09/09/68bf069ae9cf4a06748b45ad.html>>. [Consultado el 23/09/2025].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: «La enseñanza de la lengua y literatura en España, con especial atención al uso, el conocimiento y el aprendizaje del español», Informe de noviembre de 2023. Disponible en: <<https://www.rae.es/recursos-academicos-de-apoyo-para-el-lenguaje-claro/informes-academicos/la-ensenanza-de-la-lengua-y-la-literatura-en-espana-con-especial-atencion-al-uso-el-conocimiento-y>>. [Consultado el 23/09/2025].
- ROLLNERT LIERN, G., «El proceso de Bolonia: riesgos, responsabilidad y oportunidades», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 9, 2010.
- RUBIO NUÑEZ, R. «La enseñanza virtual de un Derecho Global», en: COTINO HUESO y PRESNO LINERA, M.A. (coords.), *Innovación educativa en Derecho Constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes* (Publicación de la Universidad de Valencia), 2010, pp. 32-43.
- RUIZ PAZ, M., *La secta pedagógica*, Madrid (Grupo Unisón), 2003.
- ZAFRA, I., «El Gobierno propone restringir el uso de los teléfonos móviles en los centros educativos», *El País*, 14 de diciembre de 2023. Disponible en: <<https://elpais.com/educacion/2023-12-13/el-gobierno-propone-restringir-el-uso-de-los-telefonos-moviles-en-los-centros-educativos.html>>. [Consultado el 23/09/2025].
- ZAFRA, I., «Los cambios en la forma de dar clase que pocos profesores entienden: “A la mayoría nos suena a chino”», *El País*, 6 de diciembre de 2022. Disponible

en <<https://elpais.com/educacion/2022-12-06/los-cambios-en-la-forma-de-dar-clase-que-pocos-profesores-entienden-a-la-mayoria-nos-suena-a-chino.html>>. [Consultado el 23/09/2025].

# ARTÍCULOS



# LA CIRCUNSTANCIA DE MULTIRREINCIDENCIA EN EL DELITO DE HURTO: UNA CUESTIÓN NO RESUELTA\*

## THE CIRCUMSTANCE OF MULTI-RECIDIVISM IN THEFT: AN UNRESOLVED ISSUE

PAU ALABAU PEREIRO\*\*

**Resumen:** El trabajo aborda el tratamiento de la reincidencia en el delito de hurto; especialmente, en aquel que se proyecta sobre objetos cuyo valor es escaso. Después de exponer el estado de la cuestión en España, se ofrecen los instrumentos empleados en sistemas jurídicos de nuestro entorno, con el objetivo de incidir en las divergencias existentes entre ellos. Por último, se valoran algunas instituciones previstas en el Derecho comparado como posibles alternativas para una regulación más adecuada en nuestro ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** hurto; reincidencia, Derecho comparado.

**Abstract:** The paper addresses the treatment of recidivism in the crime of theft, particularly in cases involving objects of little value. After outlining the current state of the issue in Spain, the instruments used in nearby legal systems are presented, aiming to highlight the divergences between them. Lastly, some institutions provided for in comparative law are assessed as possible alternatives for a more appropriate regulation in our legal system.

**Keywords:** theft, recidivism, comparative law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. HURTO Y MULTIRREINCIDENCIA: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA; 1. La agravación de la pena en caso de reincidencia; 2. La circunstancia de multirreincidencia; III. UNA MIRADA HACIA EL DERECHO COMPARADO; 1. Tipo básico de hurto; 2. Hurto sobre objetos de escaso valor; *A. Solución procesal; B. Solución sustantiva; C. Modelo mixto*; 3. Agravantes específicas; *A. Agravantes relacionadas con el contexto o el objeto sobre el que recae la conducta; B. La circunstancia de profesionalidad*; IV. CONSIDERACIONES DE *LEGE FERENDA*; 1. ¿Conductas que merecen más pena?; 2. El tratamiento de la multirreincidencia; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la multirreincidencia ha sido objeto, desde hace años, de candente discusión político-criminal, avivada por el interés mediático que la cuestión ha suscitado.

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.001>

Fecha de recepción: 31/01/2025

Fecha de aceptación: 08/04/2025

\*\* Investigador predoctoral FPU en el Área de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra. Correo electrónico: pau.alabau@upf.edu

En este sentido, algunos sectores de la opinión pública han puesto de manifiesto que la regulación actual de determinados delitos patrimoniales leves, de la mano de otros factores estructurales que afectan a la Administración de Justicia, garantizan la impunidad de sus perpetradores. En este contexto, se ha reclamado la intervención de los poderes públicos, con el objetivo de poner fin a dicha situación<sup>1</sup>.

El eje de la polémica lo constituye, en gran medida, el tratamiento de dicha circunstancia en el ámbito del delito de hurto leve. En concreto, la discusión se concentra en aquellos supuestos en los que determinados sujetos actúan de forma habitual en espacios concurridos —medios de transporte, atracciones turísticas y centros comerciales, entre otros— y, aprovechando las distracciones de potenciales víctimas, se hacen con sus carteras, teléfonos móviles u otras pertenencias.

En efecto, pese al reducido contenido de injusto de tales conductas individualmente consideradas —al tratarse de acciones sin violencia ni fuerza en las cosas que recaen sobre objetos cuya cuantía no excede de los 400 euros—, su alta prevalencia en determinadas ciudades españolas<sup>2</sup> y los elevados costes económicos que derivan de ellas<sup>3</sup> han contribuido a situar la cuestión de la inseguridad como uno de los problemas sociales más destacados<sup>4</sup>. Ello puede ser explicado por el hecho de que, pese a que cada uno de los delitos de bagatela pueda tener una lesividad material escasa, se integra en un fenómeno global que produce un daño psico-social relevante<sup>5</sup>.

En este contexto, el objetivo del presente artículo es describir el estado de la cuestión en España y otros ordenamientos jurídicos afines para incidir en aquellas figuras que

---

<sup>1</sup> JUAN RAJA, J., «Ministro, algo hay que hacer», *La Vanguardia*, 17 de septiembre de 2024. Disponible en: <<https://www.lavanguardia.com/opinion/20240917/9945807/ministro-hay.html>>. [Consultado el 17/09/2024].

<sup>2</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, «Balance de Criminalidad del Cuarto Trimestre de 2023», diciembre de 2023. Disponible en: <<https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Balance-de-Criminalidad-Cuarto-Trimestre-2023.pdf>>. [Consultado el 27/09/2024]. De los datos publicados por el Ministerio del Interior en el último trimestre de 2023 se extrae que, en esa anualidad, se registraron un total de 663.370 hurtos (p. 2). Los hechos registrados conjuntamente en los municipios de Madrid (p. 426), Barcelona (p. 231) y Valencia (p. 368) conforman prácticamente el 30% del total de casos (198.389 hurtos).

<sup>3</sup> La Confederación Española de Organizaciones Empresariales cifra en 1.800 millones de euros anuales los costes que el hurto supone para el sector; vid. CEOE, «Documento de posición sobre el hurto multirreincidente en el comercio en España», 2019, p. 16. Disponible en: <<https://www.ceoe.es/es/publicaciones/economia/documento-de-posicion-sobre-el-hurto-multirreincidente-en-el-comercio-en>>. [Consultado el 28/08/2024].

<sup>4</sup> En consonancia con la incidencia del delito de hurto en Barcelona, la primera ola del Barómetro municipal de 2024 de dicha ciudad, publicado en julio de 2024, sitúa la inseguridad ciudadana como principal problema identificado por los encuestados, con un 27,2% de los votos. Puede accederse al documento en AJUNTAMENT DE BARCELONA, «Resultats de la primera onada del Baròmetre del 2024», 23 de julio de 2024. Disponible en: <[https://www.barcelona.cat/infobarcelona/ca/tema/ajuntament/publicats-els-resultatsdelsegonbarometre-de-barcelona-del-20233\\_1422753.html](https://www.barcelona.cat/infobarcelona/ca/tema/ajuntament/publicats-els-resultatsdelsegonbarometre-de-barcelona-del-20233_1422753.html)>. [Consultado el 16/09/2024].

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 25, 2005, p. 348.

puedan resultar útiles para sentar las bases de la discusión acerca de una eventual reforma del Código penal en esta materia. Con esta finalidad, en primer lugar, se ofrecerá una exposición del régimen jurídico de la reiteración delictiva en nuestro ordenamiento jurídico (II). Posteriormente, se presentará el tratamiento que merece el fenómeno en distintas legislaciones de nuestro entorno próximo (III). Seguidamente, se analizarán críticamente los aportes de Derecho comparado y se señalarán las posibles vías a transitar para una más adecuada regulación de esta especial manifestación de conductas delictivas en nuestro sistema (IV). Finalmente, se ofrecerá un breve resumen de las conclusiones alcanzadas a lo largo del trabajo (V).

## II. HURTO Y MULTIRREINCIDENCIA: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

### 1. La agravación de la pena en caso de reincidencia

La posibilidad de agravar la pena a imponer por la comisión de un nuevo delito a un sujeto que hubiera sido previamente condenado ya estaba prevista en los instrumentos normativos que precedieron a nuestro actual texto punitivo. Así, acudiendo al precedente más reciente, el art. 10.15 del Código Penal español de 1944 –texto refundido de 1973– (en adelante, CPTR 1973) ya recogía la circunstancia agravante de reincidencia genérica. Pese a su vigencia formal, la aplicabilidad de dicho precepto y de las disposiciones que regulaban sus efectos en sede de determinación de la pena se redujo en gran medida a partir de la STS de 6 de abril de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:10325). Esta resolución marcó el punto de partida de una línea jurisprudencial de la Sala Segunda que denegaba la posibilidad de agravar de forma automática la pena más allá de la gravedad de la culpabilidad por el hecho con base en la exclusiva consideración de la agravante de reincidencia. De este modo, esta solo podía ser tomada en cuenta para, una vez fijado el límite máximo de pena conforme a las restantes circunstancias concurrentes, individualizar la pena dentro de ese marco penológico. El Tribunal Supremo optaba, así lo decía expresamente, por una interpretación conforme a la Constitución de la agravante de reincidencia, con el objetivo de salvaguardar la compatibilidad del art. 10.15 CPTR 1973 con algunos de los principios irrenunciables en materia punitiva como el de culpabilidad por el hecho, *non bis in idem* y el de proporcionalidad de las penas.

Sin embargo, dicha vía interpretativa fue desechada por el Pleno del Tribunal Constitucional en su STC 150/1991, de 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991), que vino a confirmar la constitucionalidad, sin reservas, del art. 10.15 CPTR 1973. En efecto, el tribunal afirmó que la circunstancia de reincidencia podía ser considerada «para determinar el *grado* de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la *extensión* de la pena»<sup>6</sup>. Ello, según la citada resolución, era respetuoso con los antedichos principios, de

<sup>6</sup> STC 150/1991, de 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991), FJ 2.º (las cursivas son propias).

forma que no era necesaria una interpretación conforme con la Constitución que limitara el alcance del precepto.

En este contexto, de forma diametralmente opuesta a la evolución histórica de la circunstancia de reincidencia en otros sistemas de nuestro entorno<sup>7</sup>, se confirmaba la opción por una agravación obligatoria de la pena en caso de concurrir sus requisitos, agravación que podía llegar a superar el límite de la gravedad de la culpabilidad por el hecho<sup>8</sup>.

El respaldo constitucional de la circunstancia genérica de reincidencia permitió al legislador de 1995 trasplantar dicha agravante al actual Código Penal; concretamente, a su artículo 22.8.<sup>a</sup>. Por tanto, a la luz del vigente texto punitivo, la circunstancia genérica de reincidencia se configura como una agravante que, individualmente considerada, permite imponer la pena del respectivo delito en su mitad superior, sin exceder del límite máximo del marco penal abstracto.

## 2. La circunstancia de multirreincidencia

De forma paralela a la evolución de la agravante genérica de reincidencia ha discurrido por nuestra legislación, en lo que aquí interesa, la cualificación de determinados delitos ante la infracción *persistente* de las normas penales correspondientes. Dado que la citada circunstancia ha exigido tradicionalmente que el sujeto que es enjuiciado haya sido previamente condenado, como mínimo, más de una vez por delitos de la misma naturaleza, se la ha denominado circunstancia de «multirreincidencia».

Históricamente, el legislador español ha interpretado que al sujeto multirreincidente debe imponérsele una pena superior a la aplicable en supuestos de *mera* reincidencia<sup>9</sup>. Ello se ha efectuado tradicionalmente por medio de dos vías: (i) facultando al aplicador del Derecho para imponer una pena que exceda del límite superior previsto en el tipo penal correspondiente<sup>10</sup>; y (ii) previendo la conversión de una falta (hoy: delito leve) en un delito

---

<sup>7</sup> En Alemania, por ejemplo, dicha circunstancia agravante fue intensamente criticada por entender que su fundamento consistía en la culpabilidad por la conducción de la vida, siendo ello contrario al principio de culpabilidad por el hecho. La crítica doctrinal caló en el legislador, que derogó en 1986 el parágrafo del Código Penal que recogía la agravante genérica de reincidencia (§ 48). Vid., en este sentido, ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., t. I, Múnich (C.H. Beck), 2020, p. 278.

<sup>8</sup> Crítico con el fundamento de dicha agravación, pero renunciando a derivar de ello su inconstitucionalidad, MIR PUIG, S., «Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 46-3, 1993, pp. 1143-1144, 1150-1151.

<sup>9</sup> La circunstancia de reincidencia, como se ha dicho, permite incrementar la pena dentro del marco penal fijado en abstracto en el tipo penal del que se trate –concretamente, en su mitad superior–, sin que pueda exceder de su límite máximo. En el Código Penal vigente, ello se desprende del juego combinado de los arts. 22.8.<sup>a</sup> y 66.1.3.<sup>a</sup> CP.

<sup>10</sup> Esta primera modalidad no es exclusiva de los delitos patrimoniales, por cuanto la vigente circunstancia de multirreincidencia prevista en el art. 66.1.5.<sup>a</sup> CP, que faculta al tribunal para imponer la pena superior en un grado, es aplicable a cualquier tipo de la Parte Especial.

(hoy: delito menos grave). En efecto, ya en el Código Penal de 1870 se recogían ambos instrumentos para el delito de hurto, previstos, respectivamente, para aquellos casos en los que el sujeto hubiera sido previamente condenado dos o más veces por delito de la misma naturaleza –aplicación de la pena superior en grado, conforme al art. 533.3.º– o dos veces por falta de hurto –conversión de la falta en delito, conforme al art. 531.5.º–<sup>11</sup>.

Si bien es cierto que no se ha cuestionado la constitucionalidad de ninguna de estas dos vías ante el Tribunal Constitucional, como sí sucedió en el caso de la agravante genérica de reincidencia, la circunstancia de multirreincidencia ha sido objeto de polémica. Como se desarrollará a lo largo del presente trabajo, la discusión doctrinal y jurisprudencial desplegada en torno a ella ha puesto de relieve, por un lado, el incierto fundamento que subyace a la antedicha circunstancia y, por otro, su discutible compatibilidad con determinadas garantías constitucionales, especialmente en el ámbito de la delincuencia patrimonial.

En este sentido, una manifestación de la tensión existente entre dicha agravante específica y algunos de los principios limitadores del *ius puniendi* lo constituye la derogación, por medio de la Ley Orgánica 8/1983<sup>12</sup>, de los preceptos del Código Penal que permitían recurrir, en caso de multirreincidencia, a una pena superior en grado y a la conversión de una falta de hurto en delito. Tal y como se advierte en la Exposición de Motivos de la referida Ley Orgánica, la supresión de estos preceptos venía obligada por su contrariedad con el «principio *non bis in idem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión», a lo que se le añadía la «intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal (...), posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho»<sup>13</sup>.

Veinte años más tarde, sin embargo, la Ley Orgánica 11/2003<sup>14</sup> reintrodujo esta circunstancia en el Código Penal con el objetivo de ofrecer una respuesta adecuada a «aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas». En efecto, la referida reforma permitía agravar la pena por multirreincidencia, nuevamente, en un doble sentido: (i) la agravante genérica de multirreincidencia, prevista en el art. 66.1.5.ª CP, facultaba al tribunal para imponer una pena superior en un grado si el sujeto había sido condenado ejecutoriamente por tres delitos de la misma naturaleza; y

<sup>11</sup> AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, Madrid (Iustel), 2008, p. 20.

<sup>12</sup> Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983).

<sup>13</sup> Pese a la expresa referencia a la conculcación del principio *non bis in idem*, la reforma del Código Penal operada en 1983 mantuvo incólume la circunstancia genérica de reincidencia, de cuya propia naturaleza podría inferirse, asimismo, la vulneración del mismo principio. Ello invita a pensar que lo realmente problemático, a ojos del legislador, sería la posibilidad de exceder el límite máximo previsto para cada uno de los tipos penales con base en la exclusiva toma en consideración de la circunstancia de multirreincidencia.

<sup>14</sup> Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003).

(ii) el nuevo apartado segundo del art. 234 CP permitía la conversión de la falta de hurto en delito cuando esta última hubiera sido realizada cuatro veces en el plazo de un año<sup>15</sup>.

Distintas voces se hicieron eco del riesgo que dicha reforma proyectaba, específicamente, sobre una eventual vulneración del principio *non bis in idem*. Para superar dicho obstáculo, se defendió que la conversión de la falta de hurto en delito solo era admisible si las faltas cometidas previamente no habían sido objeto de enjuiciamiento ni de condena<sup>16</sup>. Más difícil era, no obstante, operar del mismo modo en relación con la agravante genérica de multirreincidencia, cuyo supuesto de hecho consistía expresamente en la comisión de un nuevo delito pese a haber sido «condenado ejecutoriamente», como mínimo, en tres ocasiones anteriores<sup>17</sup>.

Tras un periodo de estabilidad normativa en torno a esta cuestión, el tratamiento jurídico-penal de la multirreincidencia experimentó un impulso destacable en el ámbito del delito de hurto con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015<sup>18</sup>. La reforma del Código Penal operada por este instrumento normativo, en efecto, modificó dos preceptos nucleares de la delincuencia patrimonial leve. Por un lado, teniendo en cuenta la derogación de las faltas, el art. 234.2 CP pasaba a constituir un delito leve, siempre que la cuantía de lo sustraído fuera inferior a 400 euros, mientras que el tipo básico –sustracción de objetos cuya cuantía superase esta cifra– seguía configurado como delito menos grave. Por otro lado, se introducía una nueva circunstancia agravante en el art. 235.1.7.º CP, con una redacción muy similar a la agravante genérica de multirreincidencia del art. 66.1.5.ª CP, puesto que preveía un incremento de pena «[c]uando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos».

No obstante, el ámbito de aplicación de la agravante específica de multirreincidencia –art. 235.1.7.º CP– quedó enormemente reducido debido a la STS 481/2017, de 28 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2497), que interpretó en sentido muy restrictivo el alcance de

---

<sup>15</sup> 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 (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010) sustituiría el criterio de las «cuatro veces» por «tres veces» en el plazo de un año.

<sup>16</sup> En este sentido se pronuncia la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Circular 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas», 18 de diciembre de 2003, p. 3: «en el caso de que se pretendiese construir el tipo mediante la mera acumulación de condenas previas, se podría estar vulnerando el principio *non bis in idem*». También la doctrina se pronunció a favor de esta interpretación, *cfr.* RODRÍGUEZ CENTENO, R., «Penalidad de la multirreincidencia en los delitos leves de hurto. Modificación 234 Código Penal. ¿Hacia una nueva y efectiva aplicación?», *La Ley*, núm. 10246, 2023, p. 3; SOUTO GARCÍA, E. M., «La multirreincidencia en los delitos de hurto tras la LO 1/2015, de 30 de marzo: su regulación y aplicación práctica», *La Ley*, núm. 14965, 2019, p. 3, n. 13; GALLEGO SOLER, J. I., «Artículo 234», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 521.

<sup>17</sup> De esta realidad infiere AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., pp. 69-79, la conculcación del principio *non bis in idem* por la referida circunstancia.

<sup>18</sup> 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 (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

dicho precepto<sup>19</sup>. En esta controvertida resolución, el Pleno del Alto Tribunal se pronunció en contra de la conversión del delito leve del art. 234.2 CP en el tipo hiperagravado del art. 235.1.7.º CP pese a la existencia de tres antecedentes penales si tales antecedentes lo eran por delito leve<sup>20</sup>. Razones sistemáticas y de proporcionalidad de las penas, esencialmente, constituirían el fundamento para rechazar el salto de una pena de multa de máximo tres meses a una pena de prisión de hasta tres años<sup>21</sup>. De esta forma, sin embargo, el Tribunal Supremo se alejaba de la voluntad expresa del legislador<sup>22</sup>.

Por tanto, tras la citada resolución, el legislador consideró necesaria una reforma del Código Penal con el fin de dar un adecuado tratamiento penológico a la multirreincidencia en el ámbito del hurto leve. Esta modificación legislativa tuvo lugar a través de la Ley Orgánica 9/2022<sup>23</sup>, que introdujo en el artículo 234.2 CP un segundo inciso:

«No obstante, en el caso de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 €, se impondrá la pena del apartado 1 de este artículo».

Consecuentemente, el panorama normativo vigente al escribir estas líneas es el descrito a continuación. En primer lugar, el tipo básico de hurto queda integrado en el art. 234.1 CP, que impone una pena de seis a dieciocho meses de prisión cuando la cuantía del objeto hurtado exceda de los 400 euros. El segundo apartado del mismo artículo, por su parte, prevé una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía no excede de los 400 euros. No obstante, la conducta subsumible en este delito leve se castigará conforme al tipo básico

<sup>19</sup> En este sentido, algunas autoras refieren la práctica inaplicación *de facto* del art. 235.1.7.º CP, debido a la interpretación jurisprudencial derivada de la citada sentencia del Tribunal Supremo; vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «El final de una errónea interpretación jurisprudencial: la reforma del artículo 234.2 del Código Penal», *La Ley*, núm. 10128, 2022, p. 9; RODRÍGUEZ CENTENO, R., «Penalidad de la multirreincidencia en los delitos leves de hurto», *cit.*, p. 5.

<sup>20</sup> No obstante, la sentencia contó con el voto particular de seis magistrados, quienes entendieron que la voluntad expresa del legislador había sido la de cualificar especialmente el delito de hurto leve cuando el autor contara con tres antecedentes penales, incluso si estos lo eran por delitos leves.

<sup>21</sup> STS 481/2017, de 28 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2497), FD 4.º.

<sup>22</sup> En efecto, el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo la agravante de multirreincidencia en el art. 235 CP disponía que, con ella, se solucionaban «los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión».

<sup>23</sup> Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 181, de 29/07/2022).

cuando el sujeto haya sido condenado ejecutoriamente por tres delitos de la misma naturaleza, siempre que el montante acumulado de las infracciones supere los 400 euros, ya sean estos antecedentes por delito leve o por delito menos grave<sup>24</sup>. Finalmente, el art. 235.1.7.º CP reserva una pena de uno a tres años de prisión para aquellos hurtos menos graves –esto es, cuyo objeto sea de cuantía superior a 400 euros– en los que concurran tres antecedentes por delitos, asimismo, menos graves<sup>25</sup>.

No obstante, pese al progresivo endurecimiento de las penas previstas para los supuestos de persistencia en la comisión de delitos de hurto, el cumplimiento efectivo de una pena de prisión ante la comisión reiterada de hurtos leves se vislumbra, por múltiples factores, como un desenlace improbable. A la difícil detección de este tipo de conductas se le añade, en primer lugar, el reducido plazo de cancelación de antecedentes penales –seis meses, conforme al art. 136.1 a) CP–. A este fenómeno también contribuyen algunos vicios en la práctica judicial, como la falta de consignación en los hechos probados de la fecha de extinción de las penas previas que fundamentan la agravación<sup>26</sup>, así como la necesidad de solicitar testimonio íntegro de las sentencias recaídas en otros procedimientos cuando el órgano de enjuiciamiento no tenga constancia de la cuantía sustraída en cada uno de ellos –porque, debe incidirse, la agravación del inciso segundo del 234.2 CP exige que el montante acumulado exceda de 400 euros–. A todo lo anterior se le añade la falta de medios de los órganos jurisdiccionales, que repercute en una dilación desmesurada de los procedimientos penales, cuestión que puede derivar en la prescripción intraprocesal de los delitos, por un lado, o en la práctica imposibilidad de aplicar la circunstancia de multirreincidencia<sup>27</sup>, por otro.

<sup>24</sup> MARAVER GÓMEZ, M., «La regulación de la multirreincidencia en los delitos de hurto tras la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2023, p. 24, combate así la interpretación contraria efectuada por la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Circular 1/2022, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del delito de hurto operada en virtud de la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio», 12 de diciembre de 2022, p. 9, que entiende aplicable, para el hurto *leve* en el que concurran tres antecedentes por hurtos *menos graves*, el art. 235.1.7.º CP. Según la FGE, por tanto, la pena del tipo básico solo sería aplicable en el caso de un hurto *leve* en el que los tres antecedentes lo fueran, asimismo, por hurtos *leves*.

<sup>25</sup> La discusión en torno a la posibilidad de aplicar el art. 235.1.7.º CP a aquellos delitos de hurto *leves* en los que los tres antecedentes lo fueran por hurto *menos grave*, más allá de lo descrito en la nota anterior, será expuesta *infra*.

<sup>26</sup> Circunstancia que, conforme a la STS 500/2018, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3690), imposibilita la agravación por multirreincidencia, dado que el tribunal no puede conocer si tales antecedentes son o no cancelables, lo que no puede operar contra reo.

<sup>27</sup> La dilación desmesurada de los procedimientos incide de manera notable en la inaplicabilidad de la agravación prevista en el segundo inciso del art. 234.2 CP, por la propia naturaleza de este último. En efecto, cuanto más se dilate el procedimiento, más tarde contará el sujeto con una sentencia condenatoria *firme*, y no será hasta que el sujeto sea condenado ejecutoriamente por tercera vez que los hurtos leves cometidos posteriormente puedan ser elevados a delito menos grave. Por ello, a ninguno de los delitos leves de hurto que se cometan antes de la firmeza de la tercera sentencia condenatoria se le podrá imponer dicha agravación. Ello conlleva que el sujeto que *materialmente* pueda ser considerado multirreincidente no lo sea *jurídico-penalmente*, por

Esto último quizá pueda explicar, en parte, la percepción de inseguridad a la que se aludía en el primer apartado de este trabajo que, sin ninguna duda, ha sido el motor de dos proposiciones de Ley Orgánica que tienen como objeto una nueva reforma del régimen jurídico del delito de hurto en supuestos de multirreincidencia. En efecto, ambos textos hacen referencia a la «percepción de impunidad» y a la «ineficacia del sistema penal [que] (...) actúa como estímulo de delinquentes reincidentes»<sup>28</sup>.

Más allá de la suspicacia que pueda despertar un nuevo incremento penológico en esta materia, los reiterados intentos del legislador español de ofrecer un adecuado tratamiento jurídico-penal a la multirreincidencia en el delito de hurto permiten sugerir las coordenadas en las que debe encuadrarse la discusión. En primer lugar, cabe plantearse si determinadas conductas subsumibles en el tipo penal de hurto leve *merecerían* un mayor reproche punitivo. En segundo lugar, al margen de lo anterior, puede cuestionarse si la respuesta punitiva que se brinda a los supuestos de (multi)reincidencia en el ámbito del delito de hurto es la adecuada. Es importante distinguir entre ambos planos puesto que, como se expone *infra*, los argumentos ofrecidos y las conclusiones alcanzadas en cada uno de los niveles de análisis difieren en gran medida.

Una vez esbozado el estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico, conviene dirigir la mirada al entorno más cercano, con el fin de identificar los instrumentos jurídicos existentes en otras legislaciones para el tratamiento de este fenómeno. Dada la mayor cercanía geográfica y cultural, las próximas consideraciones irán referidas al régimen jurídico previsto en Alemania, Francia, Italia y Portugal.

### III. UNA MIRADA HACIA EL DERECHO COMPARADO

#### 1. Tipo básico de hurto

La modalidad básica de hurto viene regulada, en las legislaciones comentadas, de un modo similar a como sucede en el Derecho penal español, como una serie de conductas de

---

lo que no se aplicará el segundo inciso del art. 234.2 CP a conductas que, en caso de haberse tramitado más ágilmente los procedimientos por delitos cometidos anteriormente, recibirían la pena del tipo básico de hurto.

<sup>28</sup> La primera expresión es de GRUPO PARLAMENTARIO JUNTS PER CATALUNYA, «Proposición de Ley Orgánica en materia de multirreincidencia, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (122/000083)», 12 de abril de 2024, p. 3. Disponible en: <[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-97-1.PDF#page=1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-97-1.PDF#page=1)>. [Consultado el 19/12/2024]. El segundo citado pertenece a GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL CONGRESO, «Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de multirreincidencia en los delitos de hurto y estafa. (122/000091)», 26 de abril de 2024, p. 2. Disponible en: <[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-103-1.PDF#page=1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-103-1.PDF#page=1)>. [Consultado el 19/12/2024]. Al escribir estas líneas, ambas proposiciones de Ley Orgánica se encuentran en fase de enmiendas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.

apropiación de cosas muebles ajenas en las que no concurren ni violencia o intimidación sobre las personas ni fuerza en las cosas<sup>29</sup>.

El delito de hurto conlleva, en todos los casos, una pena abstracta de prisión de hasta tres –Francia, Italia y Portugal– o cinco años –Alemania–. Junto con la pena privativa de libertad, en Francia e Italia se prevé, cumulativamente, una pena de multa, mientras que en Alemania y Portugal dichas penas son previstas como penas alternativas.

A pesar de la gravedad de las penas transcritas, que contrastan significativamente con las previstas en nuestro Código Penal –de seis a dieciocho meses de prisión– las legislaciones descritas prevén mecanismos de flexibilización que tienen como consecuencia la imposición para estos delitos, con carácter general, de penas distintas a la de prisión, o bien la imposición de penas privativas de libertad de una extensión mucho menor a la prevista en abstracto.

Respecto a la primera cuestión, el StGB dispone, en su § 47, la preferencia de la pena de multa sobre la pena de prisión cuando la pena privativa de libertad a imponer en un determinado caso fuera inferior a seis meses, salvo que concurren «circunstancias especiales» que hagan imprescindible la imposición de la pena de prisión para influir sobre el autor o para la protección del ordenamiento jurídico. La doctrina alemana interpreta como circunstancias especiales para la imposición de penas de corta duración la reiteración delictiva<sup>30</sup>, reservando la aplicación de la pena de prisión en el tipo básico de hurto para los casos de reincidencia<sup>31</sup>. La regulación portuguesa, por su parte, prevé la sustitución por una pena de multa de aquella pena privativa de libertad que, en el caso concreto, no sea superior a un año<sup>32</sup>, excepto si el cumplimiento de esta última fuera necesario para evitar la comisión de futuros delitos –pronóstico que será efectuado, principalmente, atendiendo a la existencia de antecedentes penales<sup>33</sup>–. Es en el ordenamiento jurídico francés donde esta flexibilidad se manifiesta con mayor claridad, pues los tribunales pueden imponer una serie de penas *complementarias*<sup>34</sup> en lugar de la pena principal –por lo que, contrariamente

<sup>29</sup> Cfr. art. 311-3 del Código Penal francés (en adelante, CPF), art. 203 del Código Penal portugués (en adelante, CPP), art. 624 del Código Penal italiano (en adelante, CPI) y § 242 del Código Penal alemán (en adelante, StGB).

<sup>30</sup> SANDER, G., «Teil 2. Das Instrumentarium der Strafen und verfahrensrechtlichen Reaktionen» en SCHÄFER, G./SANDER, G./VAN GEMMEREN, G. (dirs.), *Praxis der Strafzumessung*, 7.ª ed., Múnich (C.H. Beck), 2024, nm. 170; KINZIG, J., «§ 47 Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen», en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H. (dirs.), *StGB*, 30.ª ed., Múnich (C.H. Beck), 2019, nm. 16.

<sup>31</sup> KUDLICH, H., «§ 242 StGB», en SATZGER, H./SCHLUCKEBIER, W./WERNER, R. (eds.), *StGB*, 6.ª ed., Hürth (Wolters Kluwer), 2024, nm. 67; VOGEL, J./BRODOWSKI, D., «§ 242», en CIRENER, G. *et al.* (eds.), *LK-StGB*, t. XIII, 13.ª ed., Berlín (De Gruyter), 2022, nm. 204.

<sup>32</sup> Vid., en este sentido, art. 45 CPP.

<sup>33</sup> ALBUQUERQUE, P., *Comentário do Código Penal*, 4.ª ed., Lisboa (UCP Editora), 2021, pp. 315-316.

<sup>34</sup> En el caso del delito de hurto, las penas complementarias aplicables son las previstas en el art. 311-14 CPF. El precepto comprende, fundamentalmente, penas privativas de derechos: la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la

a lo que llevaría a pensar su denominación, se configurarían como penas sustitutivas<sup>35</sup>–, así como un conjunto de penas *alternativas*, cuya finalidad es evitar el ingreso del condenado en el centro penitenciario<sup>36</sup>.

En relación con la segunda alternativa, debe ponerse de relieve que la modalidad básica del delito de hurto no tiene prevista, en Alemania, Francia y Portugal, una determinada horquilla penológica, sino únicamente un límite máximo. El límite mínimo aplicable al delito de hurto, por tanto, viene configurado por los preceptos generales que regulan la pena de prisión que, en estos tres ordenamientos jurídicos, establecen un umbral mínimo de un mes<sup>37</sup>. Dentro de este amplio rango, pues, los tribunales nacionales determinan la pena concreta atendiendo, fundamentalmente, a las circunstancias del hecho y del autor<sup>38</sup>.

Finalmente, a diferencia del régimen jurídico vigente en España, el StGB prevé, como única medida de seguridad<sup>39</sup>, la imposición de la medida de libertad vigilada (*Führungsaufsicht*) tanto para el tipo básico de hurto como para los tipos cualificados, e incluso para los delitos patrimoniales de bagatela<sup>40</sup>. No obstante, en la práctica, la imposición de dicha medida de seguridad se reserva para los hurtos más graves<sup>41</sup>. La misma medida es de aplicación facultativa en Italia<sup>42</sup>, mientras que en Portugal se reserva para los casos de reincidencia<sup>43</sup>.

---

inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y la prohibición de acudir a determinados lugares, entre otras.

<sup>35</sup> CÉRÉ, J./GRÉGOIRE, L., «Peine: nature et prononcé», en VVAA, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, Paris (Dalloz), 2020, nm. 83.

<sup>36</sup> Tales penas, previstas en el art. 131-3 CPF son, entre otras, la pena de arresto domiciliario con medidas de control electrónico, penas privativas de derechos y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

<sup>37</sup> Cfr. § 38, ap. 2 StGB, art. 132-19 CPF y art. 41.1 CPP.

<sup>38</sup> Vid. § 46, ap. 2 StGB, art. 132-1, ap. 3 CPF y art. 71.2 CPP.

<sup>39</sup> Hasta el año 2010 era posible imponer al responsable de un delito de hurto la cuestionada medida denominada custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*). Esta institución, que subsiste actualmente para otros delitos, consiste en una privación de libertad ejecutada con posterioridad a la pena de prisión y de duración indeterminada, orientada a la resocialización del autor y a la protección de la comunidad (cfr. §§ 66-66c StGB).

<sup>40</sup> KINDHÄUSER, U./HOVEN, E., «§ 245», en KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H./SALIGER, F., (dirs.), *StGB*, 6.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden (Nomos), 2023, nm. 1; KUDLICH, H., «§ 245», en SATZGER, H./SCHLUCKEBIER, W./WERNER, R. (eds.), *StGB*, 6.<sup>a</sup> ed., Hürth (Wolters Kluwer), 2024, nm. 1.

<sup>41</sup> VOGEL, J./BRODOWSKI, D., «§ 245», en CIRENER, G. *et al.* (eds.), *LK-StGB*, t. XIII, 13.<sup>a</sup> ed., Berlín (De Gruyter), 2022, nm. 1, quienes proponen restringir *de lege ferenda* la aplicación del § 245 StGB a los hurtos especialmente graves, como los ejecutados por grupos criminales sobre bienes que no sean de escaso valor.

<sup>42</sup> Según el art. 229 CPI, la medida de libertad vigilada es de imposición facultativa para aquellos casos en los que el sujeto es condenado a una pena de reclusión superior a un año, por lo que puede ser aplicable a algunos supuestos de hurto.

<sup>43</sup> Vid. art. 102 CPP.

## 2. Hurto sobre objetos de escaso valor

La discusión en torno a la posibilidad de imponer penas privativas de libertad en el caso de los delitos patrimoniales de bagatela ha sido especialmente intensa en el ordenamiento jurídico alemán.

En primer lugar, una posición minoritaria defendía descriminalizar los hurtos sobre bienes de escaso valor llevados a cabo en establecimientos comerciales<sup>44</sup> dado que, en estos casos, sería suficiente con el recurso a sanciones del orden civil –como la prohibición de acceder al comercio durante un periodo determinado o el pago de una sanción económica–<sup>45</sup>.

A pesar de que esta propuesta no gozó, en un primer momento, de un amplio apoyo en la literatura alemana, recientemente ha resurgido de la mano de la crítica a la sustitución de la pena de multa por una pena de prisión en los casos de impago, especialmente en el caso de los delitos de bagatela. Efectivamente, si bien la pena impuesta mayoritariamente en esta clase de delitos suele ser la pena de multa<sup>46</sup>, algunos autores afirman que, dadas las características de los autores que suelen perpetrar estos delitos, en numerosas ocasiones se acaba acordando la responsabilidad personal subsidiaria –recogida en el § 43 StGB–. Por ello, se propone una reforma integral del sistema, que pasa por soluciones como la derogación de la responsabilidad personal subsidiaria o la descriminalización de esta clase de conductas<sup>47</sup>.

Una segunda posición propuso una solución desde la perspectiva de la individualización de la pena. En este sentido, pese a que el § 242 StGB prevea una pena de prisión de hasta cinco años o pena de multa, este sector doctrinal defiende que, en el caso de los hurtos de escasa cuantía, se excluya la imposición de una pena privativa de libertad<sup>48</sup>.

Pese a la pluralidad de propuestas doctrinales para abordar dicho fenómeno, tanto el StGB como el Código penal portugués –claramente inspirado en el primero– han optado por un tratamiento eminentemente procesal de la cuestión. En cambio, el ordenamiento

<sup>44</sup> Esta propuesta cristalizó en el *Proyecto Alternativo de Ley contra el Hurto en Comercios* de 1974 (*Alternativ-Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl [AE-GLD]*), que proponía castigar únicamente aquellos hurtos que recayeran sobre bienes de valor superior a los 500 marcos alemanes o que constituyeran una tercera conducta de hurto en un lapso temporal de dos años.

<sup>45</sup> En este sentido, concretamente en relación con el hurto en establecimientos comerciales, ALBRECHT, P., «Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, núm. 4, 1996, pp. 335-339.

<sup>46</sup> KUDLICH, H., «§ 242 StGB», cit., nm. 67; VOGEL, J./BRODOWSKI, D., «§ 242», cit., nm. 204.

<sup>47</sup> Esta propuesta ha sido formulada recientemente en prensa por FALTINAT, E./SCHMITT-LEONARDY, C., «Wir brauchen eine grundlegende Reform unseres Geldstrafensystems», *Frankfurter Allgemeine*, 20 de agosto de 2024. Disponible en: <<https://www.faz.net/einspruch/wir-brauchen-eine-grundlegende-reform-unseres-geldstrafensystems-19932063.html>>. [Consultado el 21/08/2024].

<sup>48</sup> MEIER, B., «Bagatellarische Tatbestände», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 2, 2017, pp. 445-447. También en este sentido, e incidiendo en la necesidad de evitar que la pena de multa sea sustituida por pena privativa de libertad en caso de impago, HOHNERLEIN, J., «Freiheitsstrafen für Bagatelldelikte – verfassungsrechtlich unbedenklich?», *Strafverteidiger*, núm. 2, 2020, p. 137.

jurídico italiano ha optado por la configuración de una modalidad atenuada para los hurtos de escasa cuantía. Finalmente, la legislación francesa se ha decantado por un modelo mixto que presenta algunas particularidades.

### A. Solución procesal

En primer lugar, tanto Alemania como Portugal establecen una condición de perseguibilidad para los hurtos cometidos sobre bienes de escaso valor: la exigencia de que el ofendido se constituya como acusación particular, siempre que concurren determinados requisitos<sup>49</sup>. En el sistema germánico, sin embargo, este se configura como un delito privado relativo (*relatives Antragsdelikt*), pues esta condición de perseguibilidad se excluye cuando concorra un «interés público» en la persecución penal que así lo justifique<sup>50</sup>.

El sistema portugués, por su parte, presenta como particularidad el hecho de que, para la conversión del hurto en un delito privado, se exigen condiciones positivas adicionales. Así, junto con el escaso valor de la cosa, se requiere que, o bien el objeto sea inmediatamente utilizado para cubrir una necesidad física del autor o sus familiares<sup>51</sup>, o bien que se trate de un producto expuesto al público en un establecimiento comercial, siempre que este haya sido recuperado inmediatamente<sup>52</sup>.

El concepto «valor escaso» goza de distinto grado de concreción en cada una de estas regulaciones. En Alemania, se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha sido concretado por la jurisprudencia. Si bien tradicionalmente se había fijado el umbral máximo, cuya superación excluiría la consideración de escasa cuantía, alrededor de los 25<sup>53</sup> o 30<sup>54</sup> euros, la evolución de los precios de consumo ha contribuido a incrementar dicho límite. En efecto, en la actualidad pueden observarse posiciones que lo fijan en 50<sup>55</sup> o, incluso,

<sup>49</sup> Cfr. § 248a StGB y art. 207 CPP.

<sup>50</sup> Algunos autores, como BOSCH, N., «§ 248a Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen», en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H. (dirs.), *StGB*, 30.ª ed., Múnich (C.H. Beck), 2019, nm. 25, defienden que, en caso de reiteración delictiva, debe afirmarse la concurrencia de un interés público especial que permita la incoación del procedimiento penal incluso en caso de ausencia de querrela por parte de la víctima.

<sup>51</sup> La jurisprudencia portuguesa ha afirmado que no es imprescindible que se trate de una necesidad básica. Así, se ha aplicado el art. 207 CPP en un caso en el que el autor hurtó cinco chocolatinas por un valor total de 4,85 euros –Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 7216/2008-3, de 19 de septiembre de 2008 (ECLI:PT:TRL:2008:7216.2008.3.A4)–, así como en un supuesto en el que un sujeto con adicción al alcohol se apoderó de un envase de vino por un valor total de 0,99 euros –Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo 174/14.3SJPRT.P1, de 25 de noviembre de 2015 (ECLI:PT:TRP:2015:174.14.3SJPRT.P1.C5)–.

<sup>52</sup> La jurisprudencia interpreta que no concurre una «recuperación inmediata» cuando hay una recuperación parcial o cuando los bienes se hayan reintegrado en un estado en el que no son aptos para el consumo; vid., en este sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo 118/15.5PEGDM.P1, de 22 de febrero de 2017 (ECLI:PT:TRP:2017:118.15.5PEGDM.P1.53).

<sup>53</sup> BGH, Beschluss 2 StR 176/04, de 9 de julio de 2004.

<sup>54</sup> OLG Oldenburg, Beschluss 426/04 (I 144), de 13 de enero de 2005.

<sup>55</sup> RENGIER, R., *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, 23.ª ed., Múnich (C.H. Beck), 2021, p. 72.

en casos excepcionales, en 100<sup>56</sup> euros. En el ordenamiento luso, en cambio, el elemento «escaso valor» viene definido en el propio Código Penal, concretamente, en el art. 202 c): se considera escaso valor aquel que no exceda de una *unidad de cuenta*, valorada en el momento de ejecución de la conducta delictiva. El valor de la citada unidad de cuenta se encuentra previsto normativamente por referencia a un índice que es actualizado anualmente<sup>57</sup>. No obstante, desde el año 2008, a causa de la suspensión del incremento de la unidad de cuenta<sup>58</sup>, dicho importe se mantiene estable en 102 euros.

En otro orden de cosas, el ordenamiento jurídico alemán dispone de instrumentos procesales adicionales para el tratamiento jurídico-penal de la delincuencia patrimonial de bagatela. De este modo, se prevén el sobreseimiento por insignificancia (§ 153 del Código Procesal Penal alemán; en adelante, StPO) o condicionado (§ 153a StPO) y el procedimiento por aceptación de decreto (§§ 407 ss. StPO), entre otros. Por tanto, el principio de oportunidad se manifiesta con especial intensidad en este sistema legal, al habilitar a la Fiscalía para optar entre una de las distintas medidas disponibles para reaccionar ante un determinado hurto de escasa entidad.

La condición de reincidente del sujeto enjuiciado, sin embargo, puede afectar a la concreción de dicho principio de oportunidad<sup>59</sup>. Así, por ejemplo, el modelo seguido en el Estado de Sajonia desde 1999 para hurtos leves cometidos en comercios prevé automáticamente el sobreseimiento condicionado para los delincuentes primarios que hurtan objetos cuya cuantía no exceda de los 50 euros<sup>60</sup>. En el mismo sentido, algunos autores proponen un sistema de consecuencias jurídicas escalonado, atendiendo al grado de reiteración delictiva del sujeto<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Ver las referencias en VOGEL, J./BRODOWSKI, D., «§ 248a», en CIRENER, G. *et al.* (eds.), *LK-StGB*, t. XIII, 13.ª ed., Berlín (De Gruyter), 2022, nm. 6.

<sup>57</sup> Así, el art. 22 del Decreto-Ley 34/2008, de 26 de febrero, del Reglamento de Costes Procesales, establece que el valor de la unidad de cuenta ascenderá a un cuarto del Índice de Prestaciones Sociales, instrumento que es empleado para la actualización anual de prestaciones sociales concedidas por el Estado; entre ellas, las pensiones de jubilación.

<sup>58</sup> La última previsión normativa en este sentido se encuentra en la Ley 45-A/2024, de 31 de diciembre, reguladora de los Presupuestos del Estado para el año 2025 que, en su artículo 296, mantiene la suspensión del incremento de la unidad de cuenta vigente desde 2008.

<sup>59</sup> *Cfr.* PERRON, W., «Principio de oportunidad y orden penal, vías para abreviar el proceso penal en Alemania», en FUENTES SORIANO, O. (coord.), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, p. 76.

<sup>60</sup> KUDLICH, H., «§ 242 StGB», *cit.*, nm. 70.

<sup>61</sup> Así, VOGEL, J./BRODOWSKI, D., «Vor §§ 242 ff», *cit.*, nm. 46, proponen, en caso de *primer* delito, un sobreseimiento por insignificancia; en caso de *segundo* delito, sobreseimiento condicionado; en caso de *tercer* delito, procedimiento por aceptación de decreto con pena de multa, en caso de *cuarto* delito, procedimiento por aceptación de decreto con pena de prisión corta que puede ser objeto de suspensión; en caso de *quinto* delito, procedimiento ordinario con acusación por un delito de hurto con pena de prisión, que no será objeto de suspensión.

Merece la pena incidir en dos aspectos, en relación con este apartado, que difieren en gran medida de la solución seguida en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, la apreciación de un delito de hurto de escasa cuantía no supone la aplicación de un marco penal atenuado, sino que únicamente condiciona la perseguibilidad de dicha infracción<sup>62</sup> o la medida procesal por la que optará el Ministerio Fiscal. Por otro lado, por mucho que la conducta sea subsumible en determinados tipos agravados –§ 243, ap. 1 a 6 StGB y art. 204 CPP–, dichas modalidades agravadas no serán aplicables en caso de que concurra un hurto de escasa cuantía.

### B. Solución sustantiva

El artículo 626 del Código Penal italiano, por su parte, prevé una pena atenuada para el delito de hurto –pena de prisión de hasta un año o multa de hasta 206 euros–, siempre que el objeto sustraído sea de escaso valor y se actúe con el propósito de destinarlo a atender una situación excepcional de necesidad. Este último inciso limita en gran medida la aplicación de la atenuante, por cuanto la jurisprudencia ha entendido que debe tratarse de una «necesidad vital urgente»<sup>63</sup>. En este supuesto, además, será necesaria la querrela de la persona ofendida, como sucede con el tipo básico de hurto.

No obstante, de forma contraria a lo que sucede en los ordenamientos alemán y portugués, y en consonancia con la regulación española, esta modalidad atenuada no resultará aplicable cuando concurra alguna de las agravantes del art. 625 CPI<sup>64</sup>.

### C. Modelo mixto

El modelo francés prevé en el art. 311-3-1 CPF, desde 2022, un procedimiento específico para algunos supuestos de hurto de escasa cuantía que posibilita la exclusiva imposición de una sanción de naturaleza pecuniaria.

El procedimiento dispuesto para los hurtos de bagatela es conocido como procedimiento de multa fija (*amende forfaitaire délictuelle*). Pese a las críticas que ha recibido el empleo de dicho procedimiento en materia delictual<sup>65</sup>, la Ley 2022-52, de 24 de enero,

<sup>62</sup> En este sentido, en el sistema alemán, tanto el Tribunal Constitucional –BVerG, Beschluss 50, 205, de 17 de enero de 1979– como el Tribunal Supremo –BGH, Beschluss 4 StR 400/07, de 15 de noviembre de 2007– han admitido la imposición de penas de prisión en caso de delitos de bagatela; especialmente si concurren elementos que condicionan la gravedad del hecho o la peligrosidad del autor, como la reincidencia.

<sup>63</sup> Cassazione penale, Sez. IV, n. 33307, de 11 de agosto de 2008.

<sup>64</sup> Algunas de las circunstancias previstas en dicho precepto son el uso de fuerza en las cosas, el porte de armas durante la ejecución del hurto –sin hacer uso de ellas–, la comisión del hecho con «destreza», la comisión del hecho entre tres o más personas, la simulación de la cualidad de funcionario público o autoridad por parte del autor, la sustracción del equipaje de viajeros o la ejecución del hurto en un medio de transporte público.

<sup>65</sup> Estas críticas han versado, esencialmente, sobre la eventual vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, a un procedimiento contradictorio o del principio de culpabilidad. En este sentido, vid. CONSEIL

introdujo el delito de hurto en el catálogo de aquellos a los que les es aplicable. El Consejo Constitucional ha declarado la constitucionalidad de dicha previsión legislativa, siempre que la *amende forfaitaire* resulte aplicable exclusivamente en delitos cuya pena no sea superior a los tres años de prisión<sup>66</sup>.

En este sentido, si el delito de hurto recae sobre un bien cuyo valor no es superior a 300 euros y el objeto ha sido restituido o la víctima ha sido indemnizada, la acción pública queda extinguida mediante el pago de una multa fija de 300 euros. En caso de impago dentro del plazo legalmente previsto –45 días–, la multa fija será incrementada a 600 euros. Si se realiza el pago dentro de un plazo de 15 días, en cambio, la multa fija será reducida a 250 euros<sup>67</sup>.

De manera similar a lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, la subsunción de una determinada conducta en una modalidad agravada excluye la aplicación de la *amende forfaitaire*, incluso en el caso de que el bien sustraído fuera de escaso valor.

### 3. Agravantes específicas

#### A. *Agravantes relacionadas con el contexto o el objeto sobre el que recae la conducta*

Los ordenamientos jurídico-penales de Italia, Francia y Portugal prevén como agravantes del delito de hurto las conductas realizadas aprovechando la rebaja de los mecanismos de autoprotección de la víctima en determinados contextos.

Manifestación de lo anterior es, en primer lugar, la aplicación de un tipo penal cualificado si la sustracción tiene lugar en un medio de transporte público o en las paradas, puertos o estaciones que acceden a él. El límite máximo de la pena de prisión en estos casos asciende a cinco –en el caso de Francia y Portugal–, o seis años –en el ordenamiento italiano–<sup>68</sup>.

Por otro lado, se prevé la agravación de aquellos hurtos que se ejecuten sobre el equipaje de viajeros, aunque este sea transportado en un medio de transporte privado<sup>69</sup>. En este caso, el umbral máximo de la pena de prisión se sitúa en cinco –en Portugal–, o seis años –en el ordenamiento italiano–<sup>70</sup>.

---

D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur (LOPMI) et portant diverses dispositions en matière pénale et sur la sécurité intérieure*, 2022, nm. 35-40.

<sup>66</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2019-778 DC, de 21 de marzo de 2019, § 252; Décision n° 2022-846 DC, de 19 de enero de 2023, § 139.

<sup>67</sup> Las normas reguladoras del procedimiento de multa fija se encuentran en los arts. 495-17 a 495-25 del Código Procesal Penal francés.

<sup>68</sup> *Cfr.* art. 311-4, 7.º CPF; art. 204.1 b) CPP; art. 625, 8º bis CPI.

<sup>69</sup> Así se pronuncia expresamente la jurisprudencia italiana, vid. Cassazione penale, Sez. V, n. 40829, de 7 de septiembre de 2017.

<sup>70</sup> *Cfr.* art. 204.1 b) CPP; art. 625, 6.º CPI.

## B. La circunstancia de profesionalidad

Pese al rechazo que tal circunstancia ha despertado en nuestro ordenamiento jurídico<sup>71</sup>, Alemania y Portugal prevén como agravante específica para el delito de hurto el hecho de que el autor actúe con la *intención*, mediante la comisión reiterada del delito, de procurarse «una fuente continua de ingresos de cierta duración y entidad»<sup>72</sup>.

Dado que se configura como una circunstancia subjetiva, deberá ser probada mediante indicios. En este sentido, tanto en Alemania como en Portugal se hace referencia, especialmente, al número y periodicidad de los hurtos cometidos por el sujeto<sup>73</sup>. Para valorar si los ingresos perseguidos por el autor son de «cierta entidad», se suelen comparar los rendimientos obtenidos por el autor mediante la actividad delictiva con los ingresos legales que percibe<sup>74</sup>, o bien con el importe del salario mínimo interprofesional<sup>75</sup>. Ello contrasta con la solución seguida en otros ordenamientos próximos que acogen también dicha circunstancia, como Austria, donde dicho concepto está definido en el propio Código Penal<sup>76</sup>.

A pesar de la amplia aceptación de dicha circunstancia en estos sistemas jurídicos, algún sector doctrinal ha alertado que la indeterminación del concepto ha llevado a la jurisprudencia a valorar indicios que son más que cuestionables, como la condición de drogodependiente del sujeto en Alemania<sup>77</sup> o la condición de beneficiario de prestaciones de desempleo en Portugal<sup>78</sup>. Por otro lado, resulta discutible que pueda recurrirse a denuncias y datos del sujeto contenidos en los ficheros policiales para apreciar la concurrencia de la circunstancia de profesionalidad, como así proceden los tribunales portugueses<sup>79</sup>.

<sup>71</sup> En efecto, aunque el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013 preveía la agravante de profesionalidad para el delito de hurto, se rechazó la inclusión de dicha circunstancia por entenderse que se trataba de un elemento propio de un Derecho penal de autor y que se fundamentaba en una presunción de peligrosidad respecto al autor. Vid., sobre esta cuestión, DEL CARPIO DELGADO, J., «La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal», *La Ley*, núm. 8642, 2015, p. 11.

<sup>72</sup> Definiendo así la circunstancia de profesionalidad en el sistema alemán, BGH, Beschluss 3 StR 529/16, de 9 de marzo de 2017.

<sup>73</sup> Para el tratamiento de la cuestión en Alemania, vid. BRODOWSKI, «Die Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht», *Wistra*, núm. 3, 2018, pp. 100-101; para el estado de la cuestión en Portugal, *cf.* ALBUQUERQUE, P., *Comentário do Código Penal*, cit., pp. 315-316.

<sup>74</sup> *Cfr.*, en la jurisprudencia alemana, OLG Frankfurt, Beschluss 1 Ss 364/15, de 15 de enero de 2016.

<sup>75</sup> Vid., en la jurisprudencia portuguesa, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 1239/10.6PBCBR.C1, de 7 de noviembre de 2018 (ECLI:PT:TRC:2018:1239.10.6PBCBR.C1.68).

<sup>76</sup> En efecto, el § 70 ap. 2 del Código Penal austríaco prevé que una fuente de ingresos de cierta entidad es aquella que supera los 400 euros mensuales de media anual.

<sup>77</sup> VOGEL/BRODOWSKI, «§ 243», en CIRENER *et al.* (eds.), *LK-StGB*, t. XIII, 13.ª ed., Berlín (De Gruyter), 2022, nn. 35-37.

<sup>78</sup> En este sentido se pronuncia el ya citado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 1239/10.6PBCBR.C1, de 7 de noviembre de 2018 (ECLI:PT:TRC:2018:1239.10.6PBCBR.C1.68).

<sup>79</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 111/19.9PBCVL.C1, de 27 de gener de 2021 (ECLI:PT:TRC:2021:111.19.9PBCVL.C1.33); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 202/10.1PBCVL.C1, de 16 de junio de 2015 (ECLI:PT:TRC:2015:202.10.1PBCVL.C1.19).

#### IV. CONSIDERACIONES *DE LEGE FERENDA*

Tanto la evolución de la legislación española en esta materia como las instituciones de Derecho comparado descritas reafirman el aserto manifestado *supra*: el debate en torno al adecuado tratamiento jurídico-penal de la multirreincidencia en el delito de hurto se desdobra en dos planos de discusión. Por un lado, se reclama el incremento punitivo de determinadas conductas que manifiestan una mayor lesividad, es decir, que expresan un mayor *merecimiento* de pena. Por otro lado, una segunda línea argumentativa exige una agravación de las penas previstas para determinados delitos, al margen de las anteriores consideraciones, por la mera condición de (multi)reincidente del sujeto.

Dado que los presupuestos de partida y los argumentos que se presentan difieren en cada uno de los planos, procede analizarlos de forma separada. En todo caso, ofrecer una respuesta exhaustiva a cada una de estas cuestiones excede, con mucho, del objeto del presente trabajo. Considerando lo anterior, el análisis que se desarrolla seguidamente tiene como única pretensión poner de manifiesto los interrogantes que se plantean en cada nivel, así como discutir la robustez de las premisas de las que parten. Un estudio más profundo acerca de esta materia deberá ser objeto de ulterior investigación.

##### 1. ¿Conductas que merecen más pena?

Una primera cuestión que surge al comparar el Derecho positivo español con algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno es la posibilidad de que algunas de las conductas que actualmente son subsumibles en el delito de hurto leve –y, en consecuencia, reciben una pena de multa– no estén recibiendo una adecuada reacción punitiva.

Así, pueden plantearse casos en los que, pese a la escasa cuantía del objeto sustraído, el hecho revista una lesividad mayor que pudiera justificar un mayor reproche penal. Ello podría suceder, por ejemplo, en un supuesto en el que el autor aprovecha un descuido de la víctima en una zona especialmente concurrida y se apodera de su teléfono móvil, tasado pericialmente en 250 euros. Otro ejemplo podría ser el del autor que actúa en una estación de tren de alta velocidad y se apodera de la cartera de la víctima –en la que no hay dinero en efectivo, pero sí su DNI–, quien está concentrada en encontrar la vía desde la que partirá su medio de transporte, no pudiendo esta finalmente acceder al tren por no disponer de documento de identidad.

Ambos ejemplos escenifican supuestos en los que el valor de lo hurtado no alcanza el umbral de los 400 euros que marca la delimitación entre el delito menos grave y el delito leve, pero en los que, sin embargo, se llevan a cabo conductas que parecerían merecer una reacción penal superior a una pena de multa de uno a tres meses. Ya sea por el medio comisivo empleado por el autor –engaño, abuso de vulnerabilidad de la víctima por determinadas condiciones ambientales– o por la afectación de otros intereses de la víctima –piénsese en

las consecuencias que conlleva actualmente el hecho de encontrarse privado de teléfono móvil–, puede rechazarse que tales conductas constituyan una infracción de carácter *leve*. En este sentido, determinadas conductas que, según la legislación española vigente, ingresan en el art. 234.2 CP deberían poder ser subsumidas en el tipo penal de hurto menos grave.

A la luz de lo extraído de algunos ordenamientos cercanos al nuestro, ello podría articularse a través de la introducción de circunstancias agravantes en el Código Penal. En efecto, de forma similar a lo que sucede en Francia, Italia y Portugal, podría añadirse un nuevo numeral en el artículo 235.1.7.º CP que recogiera los casos de abuso de vulnerabilidad de la víctima en determinados contextos de aglomeración de personas. Asimismo, podría considerarse incluir una nueva circunstancia agravante para los casos de sustracción de equipaje ejecutados en medios de transporte o zonas de acceso a los mismos.

Más discutible es, en este punto, considerar la introducción de una agravante de *profesionalidad* en el sentido de la circunstancia prevista en los ordenamientos alemán y portugués. En efecto, como ya se ha dicho, en el Proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 se planteó incluir dicha circunstancia en el art. 235.1.7.º, pero ello fue finalmente rechazado por entender que tal agravante evocaba un Derecho penal de autor y se fundamentaba en una presunción de peligrosidad respecto al sujeto activo del delito<sup>80</sup>.

Es cierto que dichas sospechas podrían ser soslayadas mediante una interpretación restrictiva de dicha figura, remitiendo a la *profesionalidad* de la conducta, y no del autor<sup>81</sup>. En este sentido, la aplicación de la agravante exigiría que fuera probada, a través de circunstancias objetivas, la *intención* del sujeto de procurarse una fuente de ingresos de cierta entidad. En todo caso, estaría constitucionalmente proscrita la posibilidad de recurrir a meras imputaciones o denuncias por delito de hurto para la aplicación de la circunstancia

---

<sup>80</sup> Sin embargo, el argumento del «delincuente profesional» sigue latente en los procesos de reforma del Código Penal que están siendo tramitados actualmente en el Congreso de los Diputados. Sin ir más lejos, procede remitir al lector a las Exposiciones de Motivos de las proposiciones de Ley Orgánica 122/000083 y 122/000091, en las que se hace referencia a la «profesionalización» del delito de hurto como «constatación de una conducta delictiva contumaz» (GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL CONGRESO, «Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de multirreincidencia en los delitos de hurto y estafa. (122/000091)», 26 de abril de 2024, p. 2. Disponible en: <[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-103-1.PDF#page=1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-103-1.PDF#page=1)>. [Consultado el 19/12/2024]) o a los «grupos organizados de delincuentes [que] viven de la práctica sistemática del hurto» (GRUPO PARLAMENTARIO JUNTS PER CATALUNYA, «Proposición de Ley Orgánica en materia de multirreincidencia, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (122/000083)», 12 de abril de 2024, p. 3. Disponible en: <[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-97-1.PDF#page=1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-97-1.PDF#page=1)>. [Consultado el 19/12/2024]).

<sup>81</sup> Esta perspectiva explica la aceptación generalizada de esta circunstancia en Alemania, cuya doctrina mayoritaria interpreta que la agravante de profesionalidad recoge supuestos especialmente graves de hurto, por cuanto la comisión *profesional* del hecho incrementa su lesividad social. Vid. ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 277; BRODOWSKI, «Die Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht», cit., p. 99.

de *profesionalidad*, pues ello conculcaría el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad<sup>82</sup>.

En todo caso, la posibilidad de tipificar supuestos especialmente graves de hurto desvinculándolo de la cuantía del objeto sustraído es una vía que ya ha sido transitada por el legislador español. Una muestra reciente de ello la constituye la reforma del art. 235 CP operada en 2015. Efectivamente, con la Ley Orgánica 1/2015 se introdujeron en dicho precepto distintas circunstancias agravantes que prescindían de la cuantía de lo hurtado, como la tan citada circunstancia de multirreincidencia<sup>83</sup> o la participación del sujeto en el hecho como miembro de una organización o grupo criminal. En esta misma línea parecen avanzar las proposiciones de Ley Orgánica 122/000083 y 122/000091, en las que se propone la introducción de un numeral 10.º en el artículo 235.1 CP para castigar con pena de prisión de uno a tres años los supuestos en los que el objeto sustraído consista en un dispositivo móvil, informático o tecnológico.

No obstante, la desmesurada extensión del listado de circunstancias agravantes dispuestas en el citado precepto evidencia que el enfoque adoptado hasta ahora en esta materia ha sido, cuando menos, cuestionable. En efecto, en lugar de pretender salvar las contradicciones valorativas por medio de la redacción de una inabarcable lista de circunstancias agravantes en el art. 235 CP, probablemente sería conveniente revisar si la frontera entre el delito menos grave y el delito leve de hurto debe fijarse atendiendo, exclusivamente, al umbral cuantitativo de los 400 euros.

En este sentido, en consonancia con los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, sería preferible mantener un tipo básico de hurto y disponer una modalidad atenuada para casos de «menor entidad del hecho». Para ello, se tendría en cuenta no solo la cuantía de lo sustraído, sino también la modalidad de comisión y las circunstancias concurrentes en el hecho. Ello permitiría, por un lado, la aplicación del tipo básico de hurto a casos como los expuestos *supra* –cuestión que, por otra parte, tendría una gran relevancia a efectos de reincidencia–. Pero, al mismo tiempo, permitiría la imposición de una pena de multa a supuestos en los que, pese a que el valor del objeto supere los 400 euros, la conducta expresara una lesividad social menor –piénsese, por ejemplo, en el caso de un sujeto que se apodera de una prenda de ropa cuyo valor asciende a 500 euros pero, pese a haberse consumado el hecho, el bien es recuperado en perfectas condiciones y es apto para la venta–.

De este modo, para valorar la subsunción en el tipo básico o en la modalidad atenuada debería atenderse a circunstancias como la cuantía del bien hurtado, la concreta modalidad comisiva o el abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima en determinadas condi-

<sup>82</sup> STC 185/2014 (Pleno), de 6 de noviembre (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014), FJ 4.º: «la integración de elementos típicos de una infracción penal –reiteración de faltas de hurto–, al margen de una actividad probatoria válida y suficiente declarada como tal en una condena –simples denuncias o imputación de hurtos–, infringe el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad».

<sup>83</sup> ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La reiteración delictiva en los delitos de hurto. Una propuesta de reforma (y tres)», *La Ley*, núm. 29855, 2025, p. 9.

ciones ambientales, entre otras. De este modo, el art. 235.1.7.º CP se reservaría únicamente para las conductas que manifestaran una lesividad material más intensa.

## 2. El tratamiento de la multirreincidencia

Cuestión distinta a la anterior es la discusión en torno a los efectos que debe desplegar la multirreincidencia en los delitos patrimoniales de bagatela. No obstante, este debate se enmarca en una discusión más general, en la que se cuestiona la legitimidad de la imposición de penas superiores a las que correspondería conforme a la gravedad de la conducta por la mera consideración de la condición de reincidente del sujeto.

Como se ha dicho *supra*, dicha opción legislativa fue validada por el Tribunal Constitucional en su STC 150/1991, en la que se afirmó la constitucionalidad de la circunstancia de reincidencia. El Tribunal recordaba, en dicha resolución, que «el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales»<sup>84</sup>. Si bien ello es cierto y la Constitución determina ineludiblemente el límite máximo infranqueable para el legislador penal, no lo es menos que, dentro de sus márgenes, existen numerosas opciones legislativas distintas, algunas más deseables que otras. Por ello, pese a que la agravación de la pena por reincidencia pueda ser conforme a la Constitución<sup>85</sup>, de ello no se infiere necesariamente que sea manifestación de un «Derecho penal correcto»<sup>86</sup>.

Con base en lo anterior, y dado el insuficiente fundamento agravatorio de dicha circunstancia<sup>87</sup>, un sector doctrinal ha propuesto el recurso a las medidas de seguridad para los casos de multirreincidencia<sup>88</sup>. En efecto, a pesar de que la reiteración delictiva carecería de fundamentación suficiente para agravar la pena a imponer al sujeto, dicha reincidencia manifestaría la *peligrosidad* del sujeto, por lo que sería más adecuado optar por esta consecuencia jurídica.

<sup>84</sup> STC 150/1991, de 4 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991), FJ 3.º.

<sup>85</sup> MIR PUIG, S., «Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», cit., p. 1143, cuestiona que la circunstancia de reincidencia presente un fundamento robusto que justifique su existencia, pero niega que por ese hecho sea inconstitucional. Más tarde, el autor calificó dicha agravante de «constitucionalmente inconveniente» (MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona [Reppertor], 2016, p. 658). Sin embargo, autoras como AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., pp. 69-79, defienden que la multirreincidencia vulnera distintas garantías constitucionales; singularmente, los principios *non bis in idem* y de culpabilidad.

<sup>86</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis*, Barcelona (Atelier), 2018, pp. 45-50.

<sup>87</sup> MARAVER GÓMEZ, M., «La regulación de la multirreincidencia en los delitos de hurto tras la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio», cit., p. 24.

<sup>88</sup> MIR PUIG, S., «Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», cit., p. 1151, si bien no para delitos patrimoniales; MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Barcelona (Bosch), 2009, pp. 137-141.

Sin embargo, otros autores se han pronunciado firmemente en contra del empleo de medidas de seguridad para los supuestos de multirreincidencia, dado que ello supone una opción por un Derecho penal de la seguridad que opera en detrimento de las garantías constitucionales. Así, el hecho de imponer a sujetos imputables medidas cuyo contenido es materialmente sustancial al de la pena privativa de libertad permite sortear subrepticamente el principio de culpabilidad, sustrayendo a dichos individuos de las garantías inherentes a este<sup>89</sup>.

Dado que a esta disyuntiva subyacen consideraciones que no pueden ser abordadas de forma solvente en este texto, el interrogante debe permanecer abierto. No obstante, con el fin de obtener un Derecho penal *más* correcto, es necesario esbozar las líneas generales de un planteamiento que permita dar cuenta de las insuficiencias de la legislación vigente en esta materia.

En efecto, si, pese a las sospechas que despierta la circunstancia de multirreincidencia, se aboga por su mantenimiento en el delito de hurto, lo que el legislador debería afrontar inmediatamente es una reforma legislativa que permita esclarecer cuál debe ser la consecuencia punitiva que debe llevar apareada la reiteración delictiva en este ámbito.

En este sentido, puede afirmarse con convicción, a la luz de la regulación vigente, que la comisión de un delito de hurto *menos grave* –objeto cuyo valor supera los 400 euros– con tres antecedentes por delito *menos grave* conlleva una pena de uno a tres años de prisión (art. 235.1.7.º CP). Del mismo modo, es incontestable que al sujeto que comete un delito *leve* de hurto –valor que no excede de los 400 euros– con tres antecedentes por delito *leve* le sería aplicable el art. 234.2 CP *in fine*, por lo que se le impondría una pena de seis a dieciocho meses de prisión –pena del tipo básico de hurto–. No obstante, no queda claro cuál debería ser el precepto aplicable en caso de combinaciones entre ambas variables. Es decir, existe una absoluta incerteza acerca del tratamiento que merecen los supuestos en los que el sujeto comete un delito *leve* y los tres antecedentes lo son por delito *menos grave* pues, según un sector, sería aplicable el art. 235.1.7.º CP<sup>90</sup> mientras que, conforme a otra línea doctrinal, debería aplicarse el art. 234.2 CP *in fine*, lo que llevaría a la pena del tipo básico<sup>91</sup>. Finalmente, la ley tampoco ofrece un criterio claro para los casos en los que el sujeto comete un delito *menos grave* de hurto y cuenta con tres antecedentes por delito *leve*.

<sup>89</sup> AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit., p. 141. Se hace eco de esta crítica PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia», *RJUAM*, núm. 26, 2012, pp. 197-199.

<sup>90</sup> En este sentido se pronuncian VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «II. Hurto», en SERRANO TÁRRAGA, M<sup>a</sup>. D. (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2024, p. 442; GALLEGU SOLER, J. I., «Artículo 235», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2024, p. 1058; RODRÍGUEZ CENTENO, R., «Penalidad de la multirreincidencia en los delitos leves de hurto», cit., p. 9.

<sup>91</sup> MARAVER GÓMEZ, M., «La regulación de la multirreincidencia en los delitos de hurto tras la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio», cit., p. 24; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 25.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 417. El Tribunal Supremo parece decantarse por esta

Por ello, y mientras la discusión acerca de la posibilidad de adoptar medidas de seguridad en estos supuestos permanezca sin resolver, el legislador español debería abordar de inmediato la tarea de clarificar el tratamiento jurídico-penal de las distintas combinaciones de reiteración delictiva aplicables en este ámbito<sup>92</sup>. Sin embargo, a la vista del contenido de las proposiciones de Ley Orgánica que se encuentran en fase de tramitación parlamentaria, no parece que pretenda ocuparse de ello a corto plazo<sup>93</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El tratamiento jurídico adecuado del delito de hurto leve es una cuestión que permanece abierta en nuestro ordenamiento jurídico. Especialmente problemático resulta el caso abordado en el presente trabajo, es decir, el supuesto del delito patrimonial leve cometido reiteradamente por un mismo sujeto. Y ello porque en él «parece advertirse una cesura irremediable entre las consideraciones de proporcionalidad y las que parten de los niveles de necesidad social de sanción»<sup>94</sup>.

Si bien la evolución histórica de los arts. 234 y 235 CP demuestra que el legislador español ha abordado el fenómeno de forma, asimismo, reiterada, no parece haberse alcanzado una solución definitiva que sea dogmáticamente convincente.

En este sentido, es relevante poner de manifiesto los dos ejes en los que se mueve la presente discusión. En primer lugar, puede haber determinadas conductas que *merezcan* un mayor reproche penal por el elevado contenido de injusto que expresan. En este sentido pueden ser útiles las consideraciones extraídas de ordenamientos de nuestro entorno para subrayar aquellos elementos que dotan a la conducta de mayor lesividad social. Otra cuestión distinta será valorar cómo debe reaccionar el Estado frente al sujeto (multi)reincidente, donde los argumentos se moverán en un plano distinto al anterior. Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de la necesaria tarea que debe abordar el legislador de clarificar el distinto tratamiento jurídico-penal de las distintas modalidades de hurto, atendiendo a la gravedad tanto del nuevo delito que se enjuicia como de los antecedentes que permiten su agravación, con tal de salvaguardar los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

---

última posición; vid., en este sentido, las recientes SSTS 975/2024, de 6 de noviembre (ECLI:ES:TS:2024:5642); 94/2025, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:606); 166/2025, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:765).

<sup>92</sup> Acerca de este punto, vid. la detallada propuesta de ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La reiteración delictiva en los delitos de hurto. Una propuesta de reforma (y tres)», cit., p. 5.

<sup>93</sup> Sobre las cuestiones interpretativas que surgen a raíz de cada una de las proposiciones de Ley, vid. ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La reforma del delito de hurto por reiteración delictiva (1ª Parte): La Proposición de Ley Orgánica 122/000083)», *La Ley*, núm. 10629, 2024, pp. 1-12; ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La reforma del delito de hurto por reiteración delictiva (2ª Parte). Análisis Proposición de Ley Orgánica 122/000091», *La Ley*, núm. 10629, 2024, pp. 1-10.

<sup>94</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», cit., p. 356.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, Madrid (Iustel), 2008.
- ALBRECHT, P., «Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaats», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, núm. 4, 1996, pp. 330-339.
- ALBUQUERQUE, P., *Comentário do Código Penal*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa (UCP Editora), 2021.
- BOSCH, N., «§ 248a Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen», en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H. (dirs.), *Strafgesetzbuch*, 30.<sup>a</sup> ed., Múnich (C.H. Beck), 2019.
- BRODOWSKI, «Die Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht», *Wistra*, núm. 3, 2018, pp. 97-102.
- CÉRÉ, J./GRÉGOIRE, L., «Peine: nature et prononcé», en AYDALOT, M. *et al.* (eds.), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, París (Dalloz), 2020.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «El final de una errónea interpretación jurisprudencial: la reforma del artículo 234.2 del Código Penal», *La Ley*, núm. 10128, 2022, pp. 1-12.
- DEL CARPIO DELGADO, J., «La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal», *La Ley*, núm. 8642, 2015, pp. 1-21.
- GALLEGO SOLER, J. I., «Artículo 235», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2024, pp. 1053-1059.
- GALLEGO SOLER, J. I., «Artículo 234», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pp. 518-521.
- HOHNERLEIN, J., «Freiheitsstrafen für Bagatelldelikte – verfassungsrechtlich unbedenklich?», *Strafverteidiger*, núm. 2, 2020, pp. 133-137.
- KINDHÄUSER, U./HOVEN, E., «§ 245», en KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H./SALIGER, F. (dirs.), *Strafgesetzbuch*, 6.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden (Nomos), 2023.
- KINZIG, J., «§ 47 Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen», en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H. (dirs.), *Strafgesetzbuch*, 30.<sup>a</sup> ed., Múnich (C.H. Beck), 2019.

- KUDLICH, H., «§ 242 StGB», en SATZGER, H./SCHLUCKEBIER, W./WERNER, R. (eds.), *Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Hürth (Wolters Kluwer), 2024.
- KUDLICH, H., «§ 245», en SATZGER, H./SCHLUCKEBIER, W./WERNER, R. (eds.), *Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Hürth (Wolters Kluwer), 2024.
- MARAVÉR GÓMEZ, M., «La regulación de la multirreincidencia en los delitos de hurto tras la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2023, pp. 1-29.
- MEIER, B., «Bagatellarische Tatbestände», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 2, 2017, pp. 433-447.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016.
- MIR PUIG, S., «Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 46-3, 1993, pp. 1139-1152.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Barcelona (Bosch), 2009.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 25.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.
- ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La reiteración delictiva en los delitos de hurto. Una propuesta de reforma (y tres)», *La Ley*, núm. 29855, 2025, pp. 1-11.
- ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La reforma del delito de hurto por reiteración delictiva (1ª Parte): La Proposición de Ley Orgánica 122/000083)», *La Ley*, núm. 10629, 2024, pp. 1-12.
- ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La reforma del delito de hurto por reiteración delictiva (2ª Parte). Análisis Proposición de Ley Orgánica 122/000091)», *La Ley*, núm. 10629, 2024, pp. 1-10.
- PERRON, W., «Principio de oportunidad y orden penal, vías para abreviar el proceso penal en Alemania», en FUENTES SORIANO, O. (coord.), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 64-77.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26, 2012, pp. 183-202.
- RENGIER, R., *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. I, 23.ª ed., Múnich (C.H. Beck), 2021.

- RODRÍGUEZ CENTENO, R., «Penalidad de la multirreincidencia en los delitos leves de hurto. Modificación 234 Código Penal. ¿Hacia una nueva y efectiva aplicación?», *La Ley*, núm. 10246, 2023, pp. 1-13.
- ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., t. I, Múnich (C.H. Beck), 2020.
- SANDER, G., «Teil 2. Das Instrumentarium der Strafen und verfahrensrechtlichen Reaktionen» en SCHÄFER, G./SANDER, G./VAN GEMMEREN, G. (dirs.), *Praxis der Strafzumessung*, 7.<sup>a</sup> ed., Múnich (C.H. Beck), 2024.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 25, 2005, pp. 333-360.
- SOUTO GARCÍA, E. M., «La multirreincidencia en los delitos de hurto tras la LO 1/2015, de 30 de marzo: su regulación y aplicación práctica», *La Ley*, núm. 14965, 2019, pp. 1-15.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «II. Hurto», en SERRANO TÁRRAGA, M<sup>a</sup>. D. (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2024, pp. 432-444.
- VOGEL, J./BRODOWSKI, D., «§ 242», en CIRENER, G. *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. XIII, 13.<sup>a</sup> ed., Berlín (De Gruyter), 2022.
- VOGEL, J./BRODOWSKI, D., «§ 245», en CIRENER, G. *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. XIII, 13.<sup>a</sup> ed., Berlín (De Gruyter), 2022.
- VOGEL, J./BRODOWSKI, D., «§ 248a», en CIRENER, G. *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. XIII, 13.<sup>a</sup> ed., Berlín (De Gruyter), 2022.

# LA FINANCIACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES COMO FORMA DE COMPLIPLICIDAD: FUNDAMENTOS Y LÍMITES DOGMÁTICOS DE LA ATRIBUCIÓN CAUSAL Y NORMATIVA DE RESPONSABILIDAD PENAL\*

THE FINANCING OF INTERNATIONAL CRIMES AS A FORM OF COMPLIPLICITY: DOCTRINAL FOUNDATIONS AND LIMITS OF THE CAUSAL AND NORMATIVE ATTRIBUTION OF CRIMINAL RESPONSIBILITY

ADRIÁN AGENJO AGUADO\*\*

**Resumen:** Este artículo analiza la responsabilidad penal internacional de quienes financian crímenes internacionales, evaluando su posible fundamentación bajo la figura de la complicidad. Centrándose en la tipicidad objetiva (*actus reus*), se examina si la financiación puede constituir una contribución causal y sustancial conforme a los estándares normativos vigentes en la jurisprudencia penal internacional y en la Corte Penal Internacional. Se defiende que la aportación económica sólo será penalmente relevante cuando genere o agrave un riesgo jurídicamente desaprobado de comisión del delito. Se descartan tanto las posturas que prescinden del nexo causal como aquellas que lo consideran suficiente sin un juicio normativo adicional. A partir de casos emblemáticos, jurisprudencia comparada y el estudio de distintas posiciones dogmáticas, se propone una lectura *normativista* de la complicidad, incorporando criterios de la teoría continental de la imputación objetiva y excluyendo la aplicabilidad de la doctrina de las conductas neutrales.

**Palabras clave:** derecho penal internacional, complicidad, causalidad, imputación normativa, financiación de crímenes internacionales, doctrina de los actos neutrales.

---

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.002>

Fecha de recepción: 04/02/2025

Fecha de aceptación: 08/04/2025

\*\* Este artículo es una versión desarrollada del trabajo presentado al XIV Premio Jóvenes Investigadores de la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, bajo el título «La financiación de crímenes internacionales: fundamentos y obstáculos de la imputación causal y normativa de responsabilidad penal internacional por complicidad», galardonado con el primer premio en la modalidad de Derecho Público. El contenido tiene su origen en un trabajo tutorizado por la Profa. Dra. Nuria Pastor Muñoz, a quien expreso mi profundo agradecimiento por su valiosa orientación. Igualmente, deseo agradecer al Prof. Dr. Víctor Gómez Martín, a la Profa. Dra. Rosa Ana Alija Fernández, así como a Paloma Blázquez Rodríguez y Ana Puigerrajols Triadó, por la generosa revisión de distintas versiones del texto y por las sugerencias y observaciones que han enriquecido sustancialmente este trabajo. Adrián Agenjo Aguado es actualmente Doctorando FPU en el Departamento de Derecho penal y Criminología, y Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Barcelona, graduado del Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra, con Premio Extraordinario, y LL.M por la London School of Economics and Political Science. Correo electrónico: [adrian.agenjo31@gmail.com](mailto:adrian.agenjo31@gmail.com).

**Abstract:** This article analyzes the international criminal liability of those who finance international crimes, assessing its possible grounding under the legal category of complicity. Focusing on the objective elements (*actus reus*), it examines whether financing can constitute a causal and substantial contribution in accordance with prevailing normative standards in the international criminal jurisprudence and at the International Criminal Court. It argues that financial support will only be criminally relevant when it creates or exacerbates a legally disapproved risk of the commission of the crime. The paper rejects approaches that eliminate the requirement of causality altogether, and those that treat causality alone as sufficient, without conducting an additional normative assessment. Drawing on landmark cases, comparative jurisprudence, and various doctrinal positions, it advocates for a *normativist* reading of complicity, incorporating criteria from the theory of objective imputation (or *causation in law*) and excluding the applicability of the neutral acts doctrine.

**Keywords:** international criminal law, complicity, causation, financing of international crimes, neutral acts doctrine.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS: DEFINICIONES Y LA COMPLICIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA; 1. Definición del universo de casos: la «financiación» y los «crímenes internacionales». 2. La responsabilidad penal individual y la participación en forma de complicidad como puntos de partida. 3. Los marcos jurídicos aplicables: la distinción entre la jurisprudencia penal internacional general y el régimen de la Corte Penal Internacional. 4. Una presunción metodológica: la trazabilidad individual; III. INTRODUCCIÓN A LA ESTRUCTURA Y TIPIFICACIÓN DE LA COMPLICIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL; IV. CUESTIONES DE CAUSALIDAD; 1. ¿Es necesaria la causalidad? La visión no causalista. 2. La financiación como conducta causalmente idónea; V. CUESTIONES DE IMPUTACIÓN NORMATIVA; 1. La visión causalista; 2. La visión normativista: el requisito de la contribución sustancial o significativa; 3. La dirección específica (o visión finalista); 4. El problema de las conductas neutrales; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Son múltiples los contextos históricos en los que el flujo oculto y sinuoso del dinero ha tejido silenciosamente el entramado necesario para desarrollar, exacerbare o prolongar la perpetración de crímenes internacionales. De hecho, difícilmente podríamos imaginar el rostro contemporáneo de tales atrocidades sin contemplar, como telón de fondo, el susurro omnipresente del «dólar». En efecto, hoy en día, sin financiación parece que no hay crimen internacional posible.

Así lo testimonia la historia en episodios tan dispares como en el III Reich alemán<sup>1</sup>, el régimen del apartheid en Sudáfrica<sup>2</sup>, las dictaduras de Chile<sup>3</sup> o Argentina<sup>4</sup> y, en la actualidad, el interminable conflicto entre Israel y Palestina<sup>5</sup>. La judicialización del fenómeno de la financiación, sin embargo, resulta algo reciente y ha sido principalmente protagonizado por tribunales de carácter doméstico<sup>6</sup>. Merece la pena, pues, alertar de la existencia de algunos de estos casos, con tal de evidenciar su incidencia práctica. Ello servirá para delimitar posteriormente la pregunta de investigación de este trabajo, así como la tesis que sostendré.

Empezando por casa, es notable el caso que involucra a Manuel Terrén por el conocido caso de los diamantes de sangre, cuya tramitación recae actualmente ante la Audiencia Nacional. Acusado de crímenes de guerra y de lesa humanidad, Terrén está siendo procesado por presuntamente haber traficado con diamantes extraídos en Sierra Leona entre 1997 y 2002 a través de Orfund, una empresa dedicada a la fundición de oro y la distribución de diamantes que fungía, en realidad, como mero velo corporativo para encubrir la procedencia ilícita de estas piedras preciosas. Así, los diamantes eran obtenidos en las minas de Kono y Boedu, controladas por el Frente Revolucionario Unido («RUF»)<sup>7</sup>, una milicia paramilitar que empleaba mano de obra esclava, incluidos niños soldados, durante la guerra civil

<sup>1</sup> HUISMAN, W., KARSTEDT, S., y VAN BAAR, A., *The involvement of corporations in atrocity crimes*, en HOLÁ, B., NZITATIRA, H., y WEERDESTIJN, M. (eds.). *The Oxford Handbook of Atrocity Crimes*, Oxford (Oxford University Press), 2022, pp. 393-422.

<sup>2</sup> ABRANTES, A. M., «Entre Neutralidade e Cumplicidade o Envolvimento de Agentes Económicos na Comissão de Crimes Internacionais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, núm. 26, 2016, p. 90.

<sup>3</sup> CASSESE, A., «Foreign Economic Assistance and Respect for Civil and Political Rights: Chile—A Case Study», *Texas International Law Journal*, vol. 14, núm. 3, 1979, p. 251; BOHOSLAVSKY, J. P., y RULLI, M., «Corporate Complicity and Finance as a “Killing Agent”: The Relevance of the Chilean Case», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, p. 829.

<sup>4</sup> VILLALBA LÓPEZ, N., «Responsabilidad penal del directivo empresarial por complicidad en violaciones de derechos humanos. El caso “Ford-Müller” en Argentina», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 23, 2022, pp. 93-115; MEHTA, K., *Strategic Litigation and Corporate Complicity in Crimes Under International Law: A TWAIL Analysis*, New York (Routledge), 2024, pp. 101 y ss.

<sup>5</sup> WEISS, D., y SHAMIR, R., «Corporate Accountability to Human Rights: The Case of the Gaza Strip», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 24, 2011, pp. 155-183; CEFO, E., «Corporate Human Rights Violations in the Occupied Palestinian Territories: Is There Any Recourse», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, 2015, pp. 793-832.

<sup>6</sup> Conviene matizar que la mayoría de los casos analizados con mayor centralidad en el presente trabajo han sido conocidos por tribunales de Estados occidentales. No obstante, también existen procesos relevantes en el Sur Global (véanse, a este respecto, las notas a pie de página inmediatamente anteriores).

<sup>7</sup> El Frente Revolucionario Unido (*Revolutionary United Front*, «RUF») fue un grupo rebelde que operó en Sierra Leona entre 1991 y 2002 durante la guerra civil. Fundado por Foday Sankoh con el apoyo de Charles Taylor, entonces líder del Frente Patriótico Nacional de Liberia («NPFL»), el RUF llevó a cabo una campaña de violencia extrema contra la población civil, caracterizada por asesinatos en masa, mutilaciones, esclavitud sexual y el uso forzado de niños soldados. Financiado en gran parte a través del tráfico ilegal de diamantes, el grupo utilizó el control de las minas en Kono y Boedu para financiar sus operaciones y obtener armamento. Su rol en el conflicto lo llevó a ser señalado por múltiples violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos, lo que resultó en juicios contra varios de sus líderes.

en Sierra Leona (que se extendió de 1991 a 2002). Después, Orfund habría servido para blanquear la procedencia ilegal de los diamantes y simular su extracción legal en Liberia.

Además, las diligencias apuntan a que Terrén se habría beneficiado del establecimiento de lazos diplomáticos con intermediarios que facilitaban permisos y contactos comerciales en países productores de oro y diamantes, todo ello a cambio de comisiones. Tras unas investigaciones preliminares, el caso fue archivado en 2017 hasta que, en 2021, una víctima del entramado, representada por la ONG suiza Civitas Maxima y los letrados Hernán y Juan Garcés, presentó una denuncia ante la Audiencia Nacional alegando haber presenciado las atrocidades cometidas en las minas controladas por el RUF, plagadas de violencia sistemática, condiciones inhumanas de trabajo y explotación infantil. Las diligencias policiales subsiguientes corroboraron la implicación directa de Terrén en estas operaciones ilícitas, desembocando en su detención en julio de 2023 en el aeropuerto de Málaga-Costa del Sol, tras regresar de Brasil, donde residía desde 2007<sup>8</sup>.

Siguiendo con el ejemplo de los diamantes de sangre, Guus Kouwenhoven fue condenado en Holanda a 19 años de prisión por financiar, a través de su empresa Oriental Timber, el gobierno de Liberia, presidido entonces por Charles Taylor<sup>9</sup>, quien fuera previamente condenado por el Tribunal Especial para Sierra Leona por crímenes de guerra y de lesa humanidad. De semejante modo, en Bélgica, el empresario Deseadeleer también estuvo presuntamente involucrado en el comercio de los diamantes de sangre con Charles Taylor, pero falleció en custodia antes de que se pudiera formular acusación contra él<sup>10</sup>.

Por derroteros parecidos, en Francia, la renombrada empresa Lafarge ha sido acusada de complicidad en crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y financiación del terrorismo por la compra de materias primas a varios grupos yihadistas, entre ellos el ISIS, y por llevar a cabo negociaciones con estos grupos para que sus productos se pudieran transportar a cambio de 13 millones de euros<sup>11</sup>. En Suecia, al amparo del principio de

<sup>8</sup> SAINT-GERMAN, M., «La Audiencia Nacional aprecia indicios de criminalidad en el caso 'diamantes de sangre'», *Crónica Global*, 2 de octubre de 2024, disponible en: <[https://cronicaglobal.lespanol.com/vida/20241002/la-audiencia-nacional-indicios-de-criminalidad-diamantes/890411043\\_0.html](https://cronicaglobal.lespanol.com/vida/20241002/la-audiencia-nacional-indicios-de-criminalidad-diamantes/890411043_0.html)>. [Consultado el 29/05/2025].

<sup>9</sup> Gerechtshof's–Hertogenbosch, Decisión de 21 de abril 2017; HUISMAN, W., y VAN SLIEDREGT, E., «Rogue Traders: Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, p. 810; KALECK, W., y SAAGE-MAAß, M., «Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and Its Challenges», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, p. 699 y ss. Se puede encontrar más información sobre este caso en la INTERNATIONAL CRIMES DATABASE, «Case Report (The Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven)». Disponible en: <<https://internationalcrimesdatabase.org/Case/3309/The-Public-Prosecutor-v-Guus-Kouwenhoven/>>. [Consultado el 29/05/2025].

<sup>10</sup> Véase INTERNATIONAL JUSTICE MONITOR, «Case Update (Death of a Middleman Thwarts Blood Diamonds Case)». 5 de octubre de 2016. Disponible en: <<https://www.ijmonitor.org/2016/10/death-of-a-middleman-thwarts-blood-diamonds-case/>>. [Consultado el 29/05/2025].

<sup>11</sup> Véase EUROPEAN CENTRE FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, «Case Report (Lafarge in Syria: accusations of complicity in war crimes and crimes against humanity)». Disponible en:

jurisdicción universal, Alex Schneider e Ian Lundin (CEO y Presidente de Lundin Energy, respectivamente) se encuentran siendo enjuiciados –en lo que es, por cierto, el proceso judicial más largo de la historia del país<sup>12</sup>– por la realización de distintos pagos al ejército de Sudán y a grupos armados para desplazar forzosamente a la población local en áreas ricas en petróleo, con el fin de asegurar sus operaciones en la región<sup>13</sup>.

Todos estos procesos evidencian, por un lado, la relevancia de la implicación de empresas y agentes económicos en violaciones masivas de derechos humanos<sup>14</sup>, que se manifiesta a través de diversas formas de *complicidad empresarial*<sup>15</sup>. Por otro lado, y para lo que interesa a este autor, plantean una cuestión clave: ¿hasta qué punto el derecho penal internacional («DPI») moderno, con sus estructuras y presupuestos de imputación, puede servir para fundamentar la responsabilidad penal de aquellos sujetos que financian crímenes internacionales? Con ello, evidentemente, también cabe interrogarse sobre su capacidad no sólo sancionadora, sino también preventiva de estos hechos.

En esta encrucijada, resulta patente que no todos los casos de *complicidad empresarial*, entendida en un sentido amplio –y utilizado como término paraguas en el lenguaje ordinario–, pueden generar responsabilidad penal. Piénsese que los principios del *Global Compact* de Naciones Unidas califican de complicidad aquellos casos en los que una empresa se beneficia de las vulneraciones de derechos humanos, incluso cuando la empresa no asistió o causó dichas violaciones, o cuando simplemente guardó silencio respecto de ellas<sup>16</sup>. En la otra esquina del cuadrilátero, la transferencia directa de armas –y, si uno quiere llevar al límite el caso, piénsese en la venta de armas prohibidas por el derecho internacional– puede suponer una subsunción jurídica más sencilla y un reproche penal más meridiano. A medio camino entre ambos extremos, existe un universo de casos que merece ser estudiado con mayor detenimiento: los casos de estricta financiación de crímenes internacionales.

---

<<https://www.ecchr.eu/en/case/lafarge-in-syria-accusations-of-complicity-in-grave-human-rights-violations/>>. [Consultado el 29/05/2025].

<sup>12</sup> VILA MASCLANS, N., «El juicio más largo de la historia de Suecia: dos directivos acusados de complicidad en crímenes de guerra», *Diari Ara*, 6 de septiembre de 2023. Disponible en: <[https://es.ara.cat/internacional/europa/juicio-historia-suecia-directivos-acusados-complicidad-crimenes-guerra\\_1\\_4793525.html](https://es.ara.cat/internacional/europa/juicio-historia-suecia-directivos-acusados-complicidad-crimenes-guerra_1_4793525.html)>. [Consultado el 29/05/2025]. Se estima que el juicio concluirá en marzo de 2026, aproximadamente.

<sup>13</sup> Véase CIVIL RIGHTS DEFENDERS, «Trial Reports (Lundin Energy – Alex Schneider and Ian Lundin)». Disponible en: <<https://crd.org/tag/trial-reports-lundin/>>. [Consultado el 29/05/2025].

<sup>14</sup> Sobre los distintos intentos de limitar estas violaciones de derechos humanos desde el derecho internacional, véase RUGGIE, J. G., «Business and Human Rights: The Evolving International Agenda», *American Journal of International Law*, vol. 101, núm. 4, 2007, pp. 819-840.

<sup>15</sup> KALECK, W., y SAAGE-MAAß, M., «Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and Its Challenges», cit.; CLAPHAM, A., y JERBI, S., «Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, núm. 3, 2000, *passim*; HUISMAN, W., y VAN SLIEDREGT, E., «Rogue Traders: Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity», cit., *passim*.

<sup>16</sup> UN GLOBAL COMPACT, «Principio 2 (Comentario)». Disponible en: <<https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>>. [Consultado el 29/05/2025].

Así, este trabajo pretende estudiar si las conductas de financiación pueden ser sancionadas penalmente bajo la figura de la complicidad, evaluando si tal acción puede cumplir con los requisitos de la tipicidad objetiva de esta forma de participación. Por razones de focalización y profundidad de análisis, el presente trabajo se centra en la tipicidad objetiva de la complicidad, poniendo el acento en los elementos de causalidad e imputación normativa que constituyen, en todo caso, el primer paso para atribuir responsabilidad penal bajo este título. Por ello, se considerarán las distintas perspectivas y doctrinas desarrolladas en el DPI respecto de los citados elementos. Se ha prescindido de un estudio detallado del filtro de imputación subjetiva –cuyo análisis ciertamente merecería un artículo aparte–, que será mencionado exclusivamente a fin de ilustrar la sistemática general de la complicidad.

A tal interrogante, la tesis que aquí se propugna puede formularse en los siguientes términos: las conductas de financiación, lejos de constituir meras interacciones periféricas o neutrales en el contexto de crímenes internacionales, pueden –y deben– ser subsumidas en el título de complicidad cuando cumplan determinados requisitos dogmáticos. En particular, sólo aquellas intervenciones económicas que, más allá de una conexión causal mínima, entrañen una contribución sustancial –esto es, que creen o agraven significativamente un riesgo jurídicamente desaprobado de comisión del delito– deben ser reputadas penalmente relevantes. Tal planteamiento se adscribe, así, a una concepción netamente normativista de la complicidad, que conjuga un análisis causal depurado con los criterios valorativos de la teoría de la imputación objetiva. La financiación de crímenes internacionales no es –o no debería ser– penalizada por su mera conexión económica con un hecho antijurídico, sino cuando opera, en términos normativos, como catalizador, intensificador o asegurador de la maquinaria criminal.

En contraposición, cabe adelantar que, para sostener la citada tesis, se rechazarán tanto las perspectivas que prescinden del requisito causal como aquellas que se contentan con una simple concurrencia causal, sin ulterior juicio normativo. Asimismo, se descartará la exigencia de una dirección finalista en la conducta del financiador –esto es, que la financiación deba haberse dirigido específicamente a la comisión del delito–, por cuanto tal requisito vaciaría de contenido el instituto de la complicidad así como su operatividad en este ámbito. Finalmente, se excluirá también la aplicación mecánica de la doctrina de las conductas neutrales en estos supuestos, en la medida en que la financiación de crímenes internacionales, por su propia naturaleza, contexto y destinatarios, no puede considerarse una actividad socialmente neutral ni cotidiana desprovista de significado criminal. Bajo estos prismas, el presente estudio propone deslindar con precisión los contornos de la complicidad punible en materia de financiación, dotando al marco doctrinal de un tamiz analítico que garantice tanto la posibilidad del reproche penal así como el respeto a las exigencias propias de la dogmática penal.

La estructura del presente artículo se configura de la siguiente manera: tras esta introducción, el apartado II establece los presupuestos metodológicos, definiendo con precisión qué se entenderá por «financiación» y «crímenes internacionales», así como el enfoque

adoptado. El apartado III analiza las cuestiones relativas a la causalidad, contrastando las posturas doctrinales que niegan su necesidad con aquellas que requieren una idoneidad causal, potencialmente presente en la financiación. El apartado IV aborda la imputación normativa, comparando la visión puramente causalista con la normativista, incluyendo la problemática de la dirección específica y la doctrina de las conductas neutrales. Finalmente, el apartado V culmina con las conclusiones de esta investigación.

## II. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS: DEFINICIONES Y LA COMPLICIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

### 1. Definición del universo de casos: la «financiación» y los «crímenes internacionales»

El universo de casos bajo consideración se define por dos elementos: la financiación (el elemento conductual) y los crímenes internacionales (el elemento *ratione materiae*). Según la RAE, financiar consiste en «aportar el dinero necesario para el funcionamiento [de una empresa]» o «sufragar los gastos de una actividad, una obra»<sup>17</sup>. Según el *Cambridge Dictionary*, «to finance» se define como «to provide the money needed for something to happen»<sup>18</sup>. En igual sintonía, el *Oxford English Dictionary* define el término como «to supply (a person, organization, enterprise, etc.) with finances or money; to provide capital or funding for»<sup>19</sup>. Con base en estas definiciones, la financiación queda conceptualmente delineada como la transferencia de recursos económicos o monetarios —ya sea a través de créditos, compra o adquisición de bienes, inversiones o transacciones comerciales— hacia otro sujeto, entidad o agente.

En virtud de ello, no se incluye la venta o transferencia de elementos materiales, como armas<sup>20</sup>, vehículos, materias primas u otros productos, del agente financiador al agente financiado —aunque sí se aceptaría el orden opuesto, si el agente financiador obtuviese bienes a cambio de realizar pagos al agente financiado—. Tampoco se incluyen casos de cooperación material o de apoyo logístico, por ejemplo, en supuestos en que desde una empresa se colabora con un régimen político en la identificación y persecución de disidentes o se permite

<sup>17</sup> REALACADEMIA ESPAÑOLA, «Entrada de “financiar”», disponible en: <<https://dle.rae.es/financiar>>. [Consultado el 29/05/2025].

<sup>18</sup> CAMBRIDGE DICTIONARY, «“Financing” entry», disponible en: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/financing>>. [Consultado el 29/05/2025].

<sup>19</sup> OXFORD DICTIONARY, «“Financing” entry», disponible en: <<https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=financing>>. [Consultado el 29/05/2025].

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión, véase GARROCHO SALCEDO, A. M., «Los límites humanitarios al comercio exterior de armas convencionales: algunos apuntes de su importancia para el derecho penal», *Política criminal*, vol. 18, núm. 35, 2023, pp. 246-284 y AMBOS, K., «¿Complicidad en crímenes internacionales mediante suministros (legales) de armas? Una contribución a los problemas de imputación en el marco de las cadenas de suministro», *Política criminal*, vol. 16, núm. 31, 2021, pp. 358-380.

que se empleen y utilicen sus espacios físicos (como oficinas, sedes o instalaciones) por los agentes que cometen los delitos<sup>21</sup>. Tales escenarios comprenden acciones que trascienden la *transferencia* (elemento accional de la financiación) de *objetos monetarios* o *económicos* (elemento material de la financiación), ambos aspectos esenciales y definitorios del tipo de conducta que aquí interesa. Así, la financiación se conceptualizará como la provisión de medios monetarios o económicos para la comisión de delitos y, consecuentemente, debe estar vinculada a la planificación o la ejecución –futura, presente, o pasada– del delito.

El ámbito *ratione materiae* de este estudio serán los crímenes internacionales, también denominados «core international crimes»<sup>22</sup> y conocidos por una parte de la doctrina española como crímenes internacionales de primer grado<sup>23</sup>, esto es: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. No obstante, se excluye expresamente este último del análisis por su singular definición como delito de liderazgo en el Estatuto de Roma («ER»)<sup>24</sup> y sus condiciones estatutarias *sui generis*<sup>25</sup>, así como por la ausencia de su tipificación en la mayoría de tribunales *ad hoc* e híbridos, lo cual impide explorar precedentes sobre la complicidad para este delito.

## 2. La responsabilidad penal individual y la participación en forma de complicidad como puntos de partida

En relación con los casos anteriormente delimitados, el tipo de responsabilidad jurídica bajo examen es estrictamente individual (o personal) y penal. Los debates relativos al establecimiento de una responsabilidad penal internacional de la persona jurídica<sup>26</sup> –aún no reconocida actualmente en el derecho internacional<sup>27</sup>– y otras formas de responsabilidad,

<sup>21</sup> Estos casos se consideran por AMBOS, K., «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», *Criminal Law Forum*, vol. 29, núm. 4, 2018, pp. 559–563.

<sup>22</sup> Varios autores utilizan esta terminología, entre otros, CASSESE, A., y GAETA, P., *Cassese's International Criminal Law*, 3ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2013, *passim* o EINARSEN, T., *The Concept of Universal Crimes in International Law*, vol. 14, Oslo (Torkel Opsahl Academic EPublisher), 2012, *passim*.

<sup>23</sup> Por ejemplo, en OLLÉ SESÉ, M., *Crímen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*, 1ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2019, *passim*.

<sup>24</sup> El art. 8bis (1) ER indica que del crimen de agresión serán sólo responsables los que estén «en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado».

<sup>25</sup> BARRIGA, S., y GROVER, L., «A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression», *American Journal of International Law*, vol. 105, núm. 3, 2011, pp. 519 y ss.

<sup>26</sup> AMBOS, K., «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», *cit.*, pp. 526–545.

<sup>27</sup> Véase, sobre esta discusión, CLAPHAM, A., «Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, núm. 5, 2008, pp. 899-926; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, «Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes (Vol. II)», disponible en: <<https://www.icj.org/report-of-the-international-commission-of-jurists-expert-legal-panel-on-corporate-complicity-in-international-crimes/>>. [Consultado el 29/05/2025].

como la civil<sup>28</sup>, quedan fuera del objeto de estudio. Conforme a ello, los sujetos sobre los que recaería la responsabilidad penal son los individuos involucrados en la financiación de delitos internacionales, y no las corporaciones, empresas, administraciones públicas u otras entidades colectivas.

En el contexto del DPI, el presente artículo examina los casos como potencialmente subsumibles bajo el título de complicidad (o «aiding and abetting»). Se asume este título de imputación como premisa e hipótesis por la viabilidad *prima facie* de su aplicación a los casos, a juzgar por dos razones. En primer lugar, la complicidad es la forma de participación primordialmente considerada por la doctrina y la jurisprudencia para estos escenarios<sup>29</sup>.

En segundo lugar, esta forma de participación encaja con la estructura fáctica de los supuestos que nos conciernen. Así, la financiación de cualquier delito posee una naturaleza eminentemente derivativa o accesoria como acción<sup>30</sup> sobre el hecho central o nuclear. En consonancia, la complicidad posee igualmente una estructura derivativa o accesoria al constituir una forma particular de contribuir al injusto principalmente generado por el autor<sup>31</sup>. Por ello, la autoría y sus modalidades no son las figuras idóneas de responsabilidad para subsumir los casos que nos ocupan. Mismamente, las necesarias limitaciones de espacio y alcance de este trabajo impiden considerar cada modalidad de autoría y participación posible y exigen centrarse en el análisis minucioso del título de responsabilidad más plausible: la complicidad. Por último, también se puntualiza que no se considerarán cuestiones relativas a si la financiación puede constituir un delito autónomo *per se*, como en el caso de violación de embargos o sanciones internacionales<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Sobre esta, resulta interesante la jurisprudencia y doctrina surgida a partir del Alien Tort Statute 28 U.S.C. § 1350 de EE. UU. Ella se encuentra interesantemente sintetizada en MEHTA, K., *Strategic Litigation and Corporate Complicity in Crimes Under International Law: A TWAIL Analysis*, cit., pp. 160 y ss.

<sup>29</sup> Véase, de manera general, JONAS, L. A., *Individual Criminal Responsibility for the Financing of Entities Involved in Core Crimes*, vol. 3, Leiden (Brill Nijhoff), 2021; AMBOS, K., «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», cit.; HUISMAN, W., y VAN SLIEDREGT, E., «Rogue Traders: Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity», cit.; AKSENOVA, M., *Complicity in International Criminal Law*, Oxford (Hart Publishing), 2016, *passim*. En el mismo sentido, la vasta mayoría de la doctrina citada en este trabajo.

<sup>30</sup> JONAS, L. A., *Individual Criminal Responsibility for the Financing of Entities Involved in Core Crimes*, cit., p. 10.

<sup>31</sup> JACKSON, M., *Complicity in International Law*, Oxford (Oxford University Press), 2015, p. 22.

<sup>32</sup> Véase, en el seno de esta cuestión, la Directiva (UE) 2024/1226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, relativa a la definición de los delitos y las sanciones por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/1673. Para un breve análisis sobre su consideración en el derecho español, véase VIEIRA DA COSTA, P. L., y SCHOCH APARICIO, M. «El delito de incumplimiento de las sanciones internacionales y la Directiva (UE) 2024/1226, de 24 de abril». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 65, 2024, pp. 15-20.

### 3. Los marcos jurídicos aplicables: la distinción entre la jurisprudencia penal internacional general y el régimen de la Corte Penal Internacional

Para situar con precisión los parámetros de análisis, se distinguirá, a lo largo del trabajo, entre la aplicación de dos cuerpos normativos principales: la jurisprudencia penal internacional previa o ajena a la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante, simplemente «jurisprudencia penal internacional general»), y el marco y las resoluciones de la propia Corte Penal Internacional («CPI»). En lo que atañe al primero, este se compone de los principios, conceptos e instituciones derivados de las regulaciones y los pronunciamientos de tribunales penales internacionales *ad hoc*, híbridos y nacionales. En esta arista, el Derecho positivo y las decisiones nacionales resultan importantes desde una óptica comparada que permite deducir principios, reglas y elementos valorativos comunes<sup>33</sup>, evitando, en todo caso, importaciones o analogías meramente domésticas que no superen un filtro jurídico-comparativo pertinente<sup>34</sup>. Por ello, la utilidad del Derecho penal comparado ha sido reiteradamente reconocida por los tribunales penales internacionales modernos<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Véase DELMAS-MARTY, M., «The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 13-25; BOGDAN, M., «General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations», *Nordic Journal of International Law*, vol. 46, núm. 1-2, 1977, pp. 48 y ss.

<sup>34</sup> ICTY *Blaškić*, *Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, para. 40. («The Appeals Chamber wishes to emphasise at the outset that the Prosecutor's reasoning, adopted by the Trial Chamber in its Subpoena Decision, is clearly based on what could be called "the domestic analogy" »).

<sup>35</sup> ICTY *Kupreškić*, *TJ*, para. 669 («Delving into a new area of international criminal law, the Trial Chamber will rely on general principles of international criminal law and, if no such principle is found, on the principles common to the various legal systems of the world, in particular those shared by most civil law and common law criminal systems»); ICTY, *Furundžija*, *TJ*, paras. 177-178 refiriéndose a un «common denominator» («This Trial Chamber notes that no elements other than those emphasised may be drawn from international treaty or customary law, nor is resort to general principles of international criminal law or to general principles of international law of any avail. The Trial Chamber therefore considers that, to arrive at an accurate definition of rape based on the criminal law principle of specificity (*Bestimmtheitsgrundsatz*, also referred to by the maxim "nullum crimen sine lege stricta"), it is necessary to look for principles of criminal law common to the major legal systems of the world. These principles may be derived, with all due caution, from national laws. Whenever international criminal rules do not define a notion of criminal law, reliance upon national legislation is justified, subject to the following conditions: (i) unless indicated by an international rule, reference should not be made to one national legal system only, say that of common-law or that of civil-law States. Rather, international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world. This presupposes a process of identification of the common denominators in these legal systems so as to pinpoint the basic notions they share; (ii) since "international trials exhibit a number of features that differentiate them from national criminal proceedings", account must be taken of the specificity of international criminal proceedings when utilising national law notions. In this way a mechanical importation or transposition from national law into international criminal proceedings is avoided, as well as the attendant distortions of the unique traits of such proceedings»), ICTY, *Tadić*, *Judgement on Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vujin* (IT-94-1-A-R77), 31 January 2000, para. 15 («It is otherwise of assistance to look to the general principles of law common to the major legal systems of the world, as developed and refined (where applicable) in international jurisprudence»).

Como *corpus juris* basado en un «case law» a su vez construido sobre la ausencia de un articulado único y de reglas estrictamente positivizadas, cabe destacar que los contornos de esta jurisprudencia son altamente difusos –y potencialmente cambiantes con el tiempo–.

He de apuntalar, en todo caso, que no se asevera aquí que estos pronunciamientos reflejen necesaria e inequívocamente derecho consuetudinario o principios generales del derecho, conforme lo dispuesto en el art. 38(1)(b) y (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Si bien en algunos casos esto podría ser así<sup>36</sup>, no se puede afirmar a la ligera, y de manera categórica, que la mera repetición de un criterio jurisprudencial –incluso por distintos tribunales de variada naturaleza– eleve el criterio de esa decisión al estatus de costumbre. Ello sólo podrá ser determinado tras un análisis basado en los elementos de la costumbre –esto es, una práctica generalizada de los Estados y la concurrencia de una *opinio juris*<sup>37</sup>–. Este último aspecto desborda los límites de la presente investigación y el valor normativo o jerárquico de la jurisprudencia penal internacional no será debatido.

Por otro lado, el marco jurídico de la CPI se erige a partir de un Derecho positivo propio, con vocación de exhaustividad, surgido de un arduo proceso de negociación –inexistente o difícilmente equiparable para con otros tribunales–, que incluye el ER, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Con todo, la interpretación de los preceptos del ER no se puede realizar de forma aislada. El propio ER establece que la CPI aplicará «los principios y normas del derecho internacional» así como «los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen», según sus arts. 21(1)(b) y (c) respectivamente<sup>38</sup>.

Por ello, la CPI no puede bastarse con sus propios –y todavía escasos– pronunciamientos, sino que ha de hacer referencia a una tradición previa –y, en algunos aspectos, consuetudinaria– de DPI. Es por ello por lo que las decisiones de la CPI coinciden con el acervo jurisprudencial previo en múltiples ocasiones –como, de hecho, sucede en la mayor parte de lo relativo a la tipicidad objetiva de la complicidad, aunque no así con su aspecto subjetivo–. Ello no obsta que el ER recoja como Derecho positivo especificaciones sin precedentes o que haya cristalizado reglas que se aparten de los criterios jurisprudenciales previos. Por motivos de claridad, todos estos matices serán analizados de manera separada cuando así se requiera.

<sup>36</sup> VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, vol. 46, La Haya (TMC Asser Press), 2003, p. 6; BANTEKAS, I. «Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law». *International Criminal Law Review*, vol. 6, núm. 1, 2006, p. 131 («there clearly seems to be a well-cultivated culture in the workings of the ad hoc tribunals, unlike the careful judgements of the ICJ, that judicial decisions of both domestic and international tribunals may by themselves evidence the crystallization of a rule of customary international law»).

<sup>37</sup> En el ámbito del DPI, véase TAN, Y., «The identification of customary rules in international criminal law». *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 34, núm. 2, 2018, pp. 97-110.

<sup>38</sup> DEGUZMAN, M., «Article 21», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 3ª ed., Beck/Hart/Nomos, 2016, pp. 34-39.

#### 4. Una presunción metodológica: la trazabilidad individual

Para que este estudio sea viable, los argumentos se avanzarán con una *presunción de trazabilidad* respecto a los autores. Esto es, se asumirá que identificar los sujetos responsables de la financiación es posible. Lo cierto es que este trabajo no puede estudiar de manera genérica quienes son los competentes respecto de las decisiones relativas a la financiación y su ejecución. Los responsables podrían ser un CEO o los socios de una empresa, un director sectorial o, incluso, los oficiales de cumplimiento normativo o «compliance officers». En muchos casos, estos sujetos actúan mediante órganos colegiados, lo cual genera interesantes problemas dogmáticos<sup>39</sup> que exceden el ámbito de este trabajo. En cualquier caso, el análisis se llevará a cabo asumiendo que hay un individuo o un grupo de individuos *responsables de la financiación*. Determinar quién es el sujeto individualmente responsable en cada supuesto requiere un análisis individualizado que emergería del oportuno proceso judicial y el correspondiente análisis probatorio.

### III. INTRODUCCIÓN A LA ESTRUCTURA Y TIPIFICACIÓN DE LA COMPLICIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La complicidad, en tanto título de responsabilidad accesoria, constituye aquella delicada figura jurídica mediante la cual se habilita la sanción de aquel individuo que preste auxilio o facilite que otro —el autor o, en la tradición jurídica anglosajona, «the principal»— perpetre el injusto criminal nuclear. Esta forma de participación se encuentra codificada en todos los Estatutos fundacionales de los tribunales penales internacionales e híbridos modernos<sup>40</sup>. En los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* más célebres, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia («TPIY») y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda («TPIR»), se sancionaba —de idéntica manera— en calidad de cómplice a «quien haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o *ayudado y alentado* de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados [en el respectivo Estatuto]». Paralelamente, el ER establece responsabilidad penal por complicidad en relación con los delitos de su jurisdicción para todo aquel que «con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión», según su art. 25(3)(c).

<sup>39</sup> Véase ESTRADA CUADRAS, A., «Intervención delictiva a través de las decisiones de órganos colegiados de la empresa: responsabilidad penal por comisión activa», *La Ley Compliance Penal*, núm. 4, 2021, pp. 13 y ss.

<sup>40</sup> Véanse los siguientes preceptos: art. 7(1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia; art. 6(1) del Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda; art. 25(3)(c) del ER; art. 6(1) del Estatuto del Tribunal Penal para Sierra Leona; art. 29 del Estatuto de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya; art. 29 de la Regulación de los Paneles Especiales para Crímenes Graves de Timor del Este; art. 10(2) del Estatuto de las Salas Extraordinarias de África; art. 16(1)(2) de la Regulación Tribunal Especial para Kosovo.

Como acontece con cada modalidad autora o participativa del Derecho penal, la complicidad contiene una parte objetiva («actus reus») y una parte subjetiva («mens rea») definitorias. La dimensión objetiva se refiere a la provisión de asistencia práctica («aiding») o al ofrecimiento de apoyo moral o al fomento de las conductas delictivas («abetting»). Además, la acción cómplice debe estar vinculada con el delito perpetrado, lo cual se ramifica en disquisiciones relativas a la causalidad fáctica y la atribución o imputación normativa. En todo caso, conviene destacar que la complicidad no requiere la existencia de un acuerdo o plan común, a diferencia de otras formas de autoría (como la coautoría)<sup>41</sup> o participación (como la del art. 25(3)(d) ER)<sup>42</sup>. La complicidad tampoco admite que la contribución posea dominio funcional sobre el hecho central mismo<sup>43</sup>, pues en tal hipótesis se transitaría hacia territorios propios de la (co-)autoría en sentido estricto.

En lo que respecta al aspecto subjetivo, y de manera sucinta, en la jurisprudencia penal internacional general se requiere que el cómplice tenga conocimiento de que sus actos contribuirán a la comisión del delito<sup>44</sup>, aunque no tiene por qué compartir la intención del

<sup>41</sup> ICC *Lubanga Dyilo*, *Decision on the Confirmation of Charges* («DCC»), para. 343 («In the view of the Chamber, the first objective requirement of co-perpetration based on joint control over the crime is the existence of an agreement or common plan between two or more persons. Accordingly, participation in the commission of a crime without co-ordination with one's co-perpetrators falls outside the scope of co-perpetration within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute»); ICC *Lubanga*, *TJ*, paras. 980–981; ICC *Lubanga*, *AJ*, para. 445 («At the outset, the Appeals Chamber considers that, in order to establish that an accused person committed a crime under the jurisdiction of the Court “jointly with another [...] person”, it has to be established that two or more individuals worked together in the commission of the crime. This requires an agreement between these perpetrators, which led to the commission of one or more crimes under the jurisdiction of the Court. It is this very agreement – express or implied, previously arranged or materialising extemporaneously – that ties the co-perpetrators together and that justifies the reciprocal imputation of their respective acts. This agreement may take the form of a ‘common plan’»); ICC *Bemba*, *DCC*, para. 350; ICC, *Bemba*, *TJ*, paras. 679–803.

<sup>42</sup> ICC *Mbarushimana*, *DCC*, para. 271; ICC *Ruto et al.*, *DCC*, para. 351; ICC, *Kenyatta et al.*, *DCC* (ICC-01/09-02/11), 23 January 2012, para. 421 («This mode of liability has the following specific requirements: (i) a crime within the jurisdiction of the Court was attempted or committed; (ii) the commission or attempted commission of such a crime was carried out by a group of persons acting with the common purpose; (iii) the individual contributed to the crime in any way other than those set out in article 25(3)(a) to (c) of the Statute; (iv) the contribution was intentional; and (v) the contribution was made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group»).

<sup>43</sup> GIL GIL, A., & MACULAN, E., «Current Trends in the Definition of ‘Perpetrator’ by the International Criminal Court: From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga Case to the Katanga Judgment», *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2, 2015, p. 257; OLÁSOLO, H., y CEPEDA, A. P., «The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakic Case», *International Criminal Law Review*, vol. 4, núm. 4, 2004, p. 502; OHLIN, J. D., VAN SLIEDREGT, E., y WEIGEND, T., «Assessing the Control-Theory», *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, núm. 3, 2013, p. 727.

<sup>44</sup> ICTY *Tadić*, *AJ*, para. 229; ICTY *Aleksovski*, *AJ*, para. 162; ICTY *Brđanin*, *AJ*, para. 484; ICTY *Šainović*, *AJ*, para. 1760; ICTR *Ntagerwira*, *AJ*, para. 370; ICTR *Nahimana*, *AJ*, para. 482; ICTR *Ntawukulilyayo*, *AJ*, para. 222; *Kalimanzira*, *AJ*, para. 86.

autor<sup>45</sup> ni actuar con la intención de facilitar la comisión del delito<sup>46</sup>. Sí debe ser, en todo caso, consciente de la intención del autor y de los elementos esenciales de alguno de los delitos cometidos<sup>47</sup>. Subsiste, sin embargo, el debate sobre si la concurrencia de ignorancia deliberada (o conocimiento constructivo<sup>48</sup>) podría satisfacer dicha exigencia subjetiva<sup>49</sup>. El mismo debate existe sobre el dolo eventual<sup>50</sup>. En cuanto a la tipicidad subjetiva de la complicidad, la jurisprudencia penal internacional general resulta ser más laxa que el ER, que exige que el cómplice actúe con el propósito de facilitar la comisión del delito<sup>51</sup> –pese a la existencia de interpretaciones alternativas, restrictivas y críticas por la doctrina<sup>52</sup>–.

<sup>45</sup> ICTY *Aleksovski*, AJ, para. 162; ICTY *Krstic*, AJ, para. 140; ICTY *Simić*, AJ, para. 86; SCSL *Fofana and Kondewa*, AJ, para. 367; ECCC *Guek Eav*, TJ, para. 535; STL *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, AJ, para. 225.

<sup>46</sup> *Ibid.*; ICC *Mbarushimana*, DCC, para. 281.

<sup>47</sup> ICTY *Haradinaj*, AJ, para. 58; ICTY *Orić*, AJ, para. 43; ICTY *Mrksić*, AJ, para. 159; ICTY *Simić*, AJ, para. 86; ICTR *Nahimana*, AJ, para. 482; ICTY *Aleksovski*, AJ, para. 162, 165; ICTY *Krnjelac*, AJ, para. 51–52; ICTY *Blaškić*, AJ, para. 50; ICTY *Simić*, AJ, para. 86; ICTY *Brđanin*, AJ, para. 484; ICTY *Blagojević and Jokić*, AJ, para. 221; ICTR *Nahimana*, AJ, para. 482; ICTY *Orić*, AJ, para. 43; ICTR *Karera v Prosecutor*, AJ, para. 321; ICTY *Mrkšić and Šljivančanin*, AJ, para. 159; ICTY *Lukić and Lukić*, AJ, para. 440; ICTY *Perišić*, AJ, para. 48; ICTR *Nyiramasuhuko*, AJ, para. 2255; ICC *Bemba*, TJ, para. 98; ICC *Bemba*, AJ, paras. 21, 1400.

<sup>48</sup> En los términos de *Roper v Taylor's Central Garages* [1951] 2 TLR 284 (KBD) 289 (Opinion of Lord Devlin) («the case of shutting the eyes is actual knowledge in the eyes of the law; the case of merely neglecting to make inquiries is not knowledge at all – it comes within the legal conception of constructive knowledge»).

<sup>49</sup> RAIMONDO, F., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Brill Nijhoff), 2008, p. 183; FLETCHER, G. P., «The theory of criminal liability and international criminal law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm. 5, 2012, pp. 1034-1039; FLETCHER, G. P., «The Fault of Not Knowing», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 3, núm. 2, 2002, pp. 281-282.

<sup>50</sup> Para la complicidad, el dolo eventual se ha aceptado por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, al requerir que el cómplice o bien supiera o bien fuera consciente de la probabilidad de que sus actos ayudarían en la comisión del delito. En este sentido, véase SCSL *Brima*, AJ, para. 242–243; SCSL *Fofana and Kondewa*, AJ, para. 366; SCSL *Sesay*, AJ, para. 546; SCSL *Taylor*, AJ, paras. 437–438. Críticamente, O'KEEFE, R. *International criminal law*, Oxford (Oxford University Press), 2005, nm. 5.73.

<sup>51</sup> ICC *Gombo*, *Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute*, para. 95–98; ICC *Mbarushimana*, DCC, paras. 274, 281, 289; ICC *Bemba*, TJ, paras. 97, 98 («introduces a higher subjective mental element and means that the accessory must have lent his or her assistance with the aim of facilitating the offence»); ICC *Goudé*, DCC, paras. 167, 170 («in essence, what is required for this form of responsibility is that the person provides assistance to the commission of a crime and that, in engaging in this conduct, he or she intends to facilitate the commission of the crime»). En el mismo sentido, ICC *Gicheru*, ICC, para. 217, citando ICC *Ongwen*, DCC, para. 43.

<sup>52</sup> BURCHARD, C., «Regulating business with bad actors: aiding and abetting and beyond», *Texas International Law Journal*, vol. 50, núm. 3, 2015, pp. 452–454; AMBOS, K., «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», cit., 2018, p. 558; VEST, H., «Business leaders and the modes of individual criminal responsibility under international law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, p. 861. HEYER, A. K., *Grund und Grenze der Beihilfesträfbarekeit im Völkerstrafrecht: zugleich ein Beitrag zur Entwicklung eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts*, Institute for International Peace and Security Law, 2013, pp. 500–501; GALLAGHER, K., «Civil litigation and transnational business: an alien tort statute primer», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, p. 756; STEWART, J., «Complicity», en: *Oxford Criminal Law Handbook*, Markus Dubber y Tatjana Hörnle (eds.), Oxford (Oxford University Press), 2014, pp. 553-559.

Asentado lo anterior, los distintos elementos objetivos –desde los más pacíficamente aceptados hasta aquellos que son objeto de áspera controversia– serán analizados en relación con el caso establecido, considerando las ventajas e inconvenientes dogmáticos y/o prácticos de las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre el instituto de la complicidad, ubicadas debidamente en sus respectivos marcos normativos. Estas posiciones serán discutidas con la finalidad última de dilucidar cuáles permitirían la atribución de responsabilidad jurídico-penal (y cuáles no) desde el plano de la tipicidad objetiva en casos de financiación de crímenes internacionales.

#### IV. CUESTIONES DE CAUSALIDAD O IMPUTACIÓN FÁCTICA

##### 1. ¿Es necesaria la causalidad? La visión *no causalista*

En abierta contraposición a lo que pudiera antojarse como evidente, y distanciándose notablemente de las exigencias propias de la autoría, se podría argumentar que la complicidad en el DPI no requiere de causalidad. Si tal tesis fuera prevaleciente, devendría innecesario debatir si acaso la financiación ejerce o no un efecto causal sobre el delito principal. Habiendo planteado esta cuestión, abordaré, primero, si la complicidad misma precisa de la existencia de un nexo causal entre la asistencia y el injusto principal –cuestión que goza de considerable debate doctrinal–, para luego examinar, en caso de afirmarse dicho requisito, la posibilidad de que la financiación satisfaga efectivamente tal función causal.

La tesis contraria al requisito causal, que se podría categorizar como la visión *no causalista*, encuentra cierto asidero y sostén en el Derecho penal comparado. Por una parte, la jurisprudencia alemana ha negado la existencia de la causalidad como requisito para la complicidad acogiendo a la fórmula de la facilitación («Förderungsformel») <sup>53</sup>. Dicha posición ha sido criticada con vehemencia por parte de la doctrina dominante alemana, favorable a la teoría de la causación del resultado («Erfolgsverursachungstheorie») <sup>54</sup>. Por otro lado, en el *common law* tampoco se exige causalidad <sup>55</sup>, habiéndose adoptado en ese sistema la tesis restrictiva acuñada por Hart y Honoré que establece que la causalidad, como tal, solo se puede reputar respecto del autor <sup>56</sup>. Así, la complicidad se suele fundamentar,

<sup>53</sup> BGH MDR (D) 1972, 16, confirmando la sentencia RGSt 58, 113ff (114/115).

<sup>54</sup> LAUFHÜTTE, H., et al., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band 1* (De Gruyter Recht), 2006, p. 2044; ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft* (De Gruyter Recht), 2006, p. 194. Véase, asimismo, las referencias citadas por AMBOS, K., «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2001, en las notas a pie de página núm. 6 y 7.

<sup>55</sup> R v Gianetto [1997] 1 CAR 1.

<sup>56</sup> HART, H. L. A., y HONORÉ, A. M., *Causation in the Law*, Oxford (Clarendon Press), 1959, pp. 48-54. Críticamente, MANSFIELD, J. H., «Causation in the Law – A Comment», *Vanderbilt Law Review*, vol. 17, núm. 2, 1963, pp. 510-514. Expresando que no hace falta causalidad, pero que la responsabilidad por complicidad requiere una conexión suficiente entre la conducta del cómplice y el autor, véase SIMESTER, A. P., & SULLIVAN, G. R., *Criminal Law: Theory and Doctrine* (Hart Publishing) 2010, pp. 214-215.

en ocasiones, con la lógica de la creación de riesgo o «endangerment»<sup>57</sup>, también presente en los delitos de peligro. En el ámbito internacional, esta perspectiva sólo se ha llegado a recoger tímidamente en la Sentencia de Instancia del caso *Furundzija* en el TPIY<sup>58</sup>.

La defensa de la perspectiva *no causalista* se construye sobre una concepción de causalidad destacablemente fuerte, que la equipara a la *conditio sine qua non*<sup>59</sup>, como expresa la citada sentencia del TPIY. Sin embargo, este silogismo ni opera ni debe operar en la complicidad. Tanto en la jurisprudencia penal internacional como para la CPI, la contribución cómplice no tiene por qué superar el estándar de la *conditio sine qua non*<sup>60</sup> ni constituir una *precondición* del delito<sup>61</sup>. Es más, la asistencia puede acaecer antes, durante o incluso después de la comisión del delito<sup>62</sup>, no requiriéndose causalidad en el rígido sentido causa-efecto<sup>63</sup>. Así, esta causalidad *lato sensu* debe referirse a la generación de algún efecto o diferencia en el hecho o la conducta del autor<sup>64</sup>, incluyendo casos de *modificación de causalidad* en los que simplemente se afecta a la comisión del delito de alguna manera<sup>65</sup>. En las evocativas palabras de Gardner, «by making a difference to a difference principals make»<sup>66</sup>.

De hecho, y en respuesta a la jurisprudencia alemana, en la gran mayoría de casos tratados por el Tribunal Federal de Justicia («Bundesgerichtshof») sí existe causalidad<sup>67</sup>, porque, de una forma u otra, la fórmula de la facilitación así lo implica. En esta medida, el

<sup>57</sup> Véanse las referencias en LAUFHÜTTE, H., et al., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band 1*, pp. 2045-46. Críticamente, CLARKSON, C. M. V., et al., *Clarkson and Keating's Criminal Law: Text and Materials*, London (Sweet & Maxwell) 2007, pp. 351-52.

<sup>58</sup> ICTY, *Furundzija*, TJ, 233: («On the effect of the assistance given to the principal, none of the cases above suggests that the acts of the accomplice need bear a causal relationship to, or be a *conditio sine qua non* for, those of the principal. The suggestion made in the Einsatzgruppen and Zyklon B cases is that the relationship between the acts of the accomplice and of the principal must be such that the acts of the accomplice make a significant difference to the commission of the criminal act by the principal»).

<sup>59</sup> LAUFHÜTTE, H., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band 1*, cit., p. 2030.

<sup>60</sup> ICTY *Aleksovski*, AJ, para. 164; ICTY *Blaškić*, AJ, para. 48; ICTY *Simić*, AJ, para. 85; ICTY *Blagojević and Jokić*, AJ, paras. 127, 134; ICTY *Mrksić*, AJ, para. 81; ICTR *Kalimanzira*, AJ, para. 86; ICTR *Rukundo*, AJ, para. 52.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> ICTY *Blaškić*, AJ, para. 48; ICTY *Ntagerura*, AJ, para. 372; ICTY *Simić*, AJ, para. 85; ICTY *Blagojević and Jokić*, AJ, para. 127; SCSL *Brima*, TJ, para. 775; ICTR *Nahimana*, AJ, para. 482; SCSL *Fofana and Kondewa*, AJ, paras. 71-72; ICTY *Mrksić*, AJ, para. 81; ICTR *Kalimanzira*, AJ, para. 238; STL *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, AJ, para. 226; SCSL *Taylor*, AJ, para. 367; ICTR *Nyiramasuhuko*, AJ, paras. 3332, 3343; ICC *Bemba*, TJ, para. 96; ICC *Bemba*, AJ, para. 1399.

<sup>63</sup> ICTY *Naletilić & Martinović*, TJ, para. 63 («it is not necessary to prove a cause-effect relationship between the participation and the commission of the crime»).

<sup>64</sup> SMITH, K. J. M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford (Clarendon Press), cit., p. 246.

<sup>65</sup> LAUFHÜTTE, H., et al., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band 1*, p. 2030; ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 193.

<sup>66</sup> GARDNER, J. «Complicity and causality», *Criminal Law and Philosophy*, vol. 1, núm. 2, 2007, p. 128.

<sup>67</sup> LAUFHÜTTE, H., et al., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band 1*, p. 2045.

acto cómplice debe tener alguna conexión causal con el hecho principal también en el DPI<sup>68</sup>. Por todo ello, tanto en la jurisprudencia penal internacional general como en el marco de la CPI se exige el requisito de causalidad en los términos establecidos.

## 2. La financiación como conducta causalmente idónea

Establecido lo anterior, la pregunta a formular, entonces, es si la financiación puede categorizarse como una forma apropiada de complicidad en términos fáctico-naturalísticos. Como antesala del análisis, se debe tener en cuenta que históricamente se ha distinguido entre «aiding» como la asistencia o el apoyo físico, material o práctico y «abetting» como el favorecimiento o el aliento psíquico o moral<sup>69</sup>, aunque ambos términos se refieren a cualquier forma de asistencia en general<sup>70</sup>.

A mi modo de ver, la respuesta al mentado interrogante debe ser afirmativa por un argumento jurídico y otro fáctico. El primer argumento se basa, por un lado, en que los tribunales *ad hoc* han establecido que se puede atribuir responsabilidad penal por complicidad independientemente de la manera en que se provea la asistencia, siendo el factor crucial el efecto de la contribución en la comisión del delito por el autor<sup>71</sup>. Por otro lado, dicho argumento se refuerza en el ER, que incluye explícitamente un concepto amplio de complicidad –con el inciso «colabore de algún modo»– y una especificación que incluye la modalidad «suministrando los medios» para la comisión del injusto principal<sup>72</sup>. Así, la financiación, por consiguiente, queda claramente comprendida dentro de estos términos jurídicos con los que tradicional y contemporáneamente se ha tipificado la figura de la complicidad.

En cuanto al argumento fáctico, y en abundancia de razones, la asistencia se puede dar respecto de la planificación, preparación o ejecución de un programa, plan, política o estrategia<sup>73</sup> y, como se ha indicado, puede ocurrir antes, durante o después de la comisión de los delitos<sup>74</sup>. Ciertamente, la financiación es un elemento esencial de cualquier plan, política

<sup>68</sup> ICC *Lubanga*, DCC, para. 343; ICC *Lubanga*, TJ, paras. 80–981; ICC *Lubanga*, AJ, para. 445; ICC *Bemba*, DCC, para. 33; ICC *Bemba*, TJ, paras. 679, 802-803.

<sup>69</sup> ICTR *Semanza*, TJ, para. 384; ICTY *Kvočka*, TJ, para. 254; ICTR *Akayesu*, TJ, para. 484, ICTR, *Gacumbitsi*, TJ, para. 286 (distinguiendo entre «aider» y «encourager»).

<sup>70</sup> ICTR *Ndindabahizi*, TJ, para. 457. («Aiding and abetting, though distinct concepts, are almost universally used conjunctively [...] to refer to any form of assistance and encouragement.») En un mismo sentido ICTY *Blaškić*, TJ, para. 284, nota a pie de página 510; ICTY *Kvočka*, TJ, para. 254; ICTR *Semanza*, TJ, para. 384; ECCC *Guek Eav*, TJ, para. 533; ICC *Bemba*, TJ, para. 88-89.

<sup>71</sup> Por todas, SCSL *Taylor*, AJ, para. 366-368, 370-371; ICC *Bemba*, AJ, para. 1329; ICTY *Tadić*, AJ, para. 229(ii); ICTY *Blaškić*, AJ, para. 46; ICTY *Ntagerura*, AJ, para. 370; ICTY *Brđanin*, AJ, para. 151, 348.

<sup>72</sup> Art. 25(3)(c) ER.

<sup>73</sup> ICTY *Krstić*, AJ, para. 137; SCSL *Taylor*, AJ, paras. 378, 383-385.

<sup>74</sup> ICTY *Blaškić*, AJ, para. 48; ICTY *Ntagerura*, AJ, para. 372; ICTY *Simić*, AJ, para. 85; ICTY *Blagojević and Jokić*, AJ, para. 127; SCSL *Brima*, TJ, para. 775; ICTR *Nahimana*, AJ, para. 482; SCSL *Fofana and Kondewa*, AJ, para. 71–72; ICTY *Mrksić*, AJ, para. 81; ICTR *Kalimanzira*, AJ, para. 238; STL *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, AJ,

o programa que tenga la capacidad de materializar crímenes internacionales a gran escala. En tanto que la contribución puede suceder tras la perpetración del delito, la compra de bienes producto de los crímenes también sería una forma aceptable de asistencia práctica. El potencial y la idoneidad causal *in abstracto* de la financiación es, pues, incontestable.

Ahora bien, cabe matizar que parte de la literatura y la jurisprudencia han dedicado un gran esfuerzo a dilucidar el test normativo de contribución sustancial o significativa –que se abordará más adelante– con argumentos que, en realidad, se ubican en sede de causalidad. Ejemplificativamente, en el caso *Kupreškic*, la Cámara de Apelaciones del TPIY determinó que el acusado no había contribuido sustancialmente a los actos de persecución como modalidad de crimen de lesa humanidad con la transferencia de armas, sosteniendo que no había evidencia que probase que las armas se utilizasen para atacar a la población bosnio-musulmana<sup>75</sup>. Pues bien, aquí la cuestión no era si *Kupreškic* había contribuido *sustancialmente* o *insustancialmente* al hecho principal, sino que no contribuyó en absoluto en términos causales. En este orden de cosas, antes de cuestionar la relevancia normativa de tal o cual contribución, es necesario completar un riguroso análisis fáctico-causal.

Finalmente, el nexo causal entre financiación y delito se podría y debería probar *in concreto* cuando el programa o plan financiado se relacione o se vincule con el delito en términos fácticos. Así, no habría relación causal si una empresa o agente económico financia un programa o una política pública (educativa, social, de vivienda, o de cualquier tipo) concreta de un gobierno o grupo armado que, paralelamente, está cometiendo delitos internacionales –asumiendo que estos programas o políticas no forman parte de una política delictiva sistemática–. Por el contrario, si, por ejemplo, la política de vivienda implicase la construcción de asentamientos ilegales (como en el caso de Israel) o si se proveyese de una manera claramente discriminatoria o persecutoria (a través de la creación de guetos), sí se podría fijar una conexión causal. Sirva de ilustración el caso actual contra *Booking.com* en Holanda, empresa investigada y acusada de facilitar el alquiler de asentamientos ilegales (esto es, de casas expropiadas a ciudadanos palestinos), lo cual forma parte de una política del Estado de Israel<sup>76</sup>.

En definitiva, se debe enjuiciar cuál es el potencial causal específico de una financiación en particular, considerando a qué finalidades se puede destinar el dinero eventualmente, siendo que la financiación de un programa de alfabetización o de alimentación destinado a la población general está desposeído de toda idoneidad causal.

En todo caso, y en mi opinión, se incurriría en una grave miopía analítica si se desdénara, en los supuestos de financiación, la relevancia fáctica de *lo monetario*, teniendo

para. 226; SCSL *Taylor*, *AJ*, para. 367; ICTR *Nyiramasuhuko*, *AJ*, paras. 3332, 3343; ICC *Bemba*, *TJ*, para. 96; ICC *Bemba*, *AJ*, para. 1399.

<sup>75</sup> ICTY *Kupreškic*, *AJ*, para. 277.

<sup>76</sup> Véase SOMO, «Case Report (Booking.com accused of laundering profits from Israeli war crimes in Palestine)», 23 de mayo de 2024. Disponible en <<https://www.somo.nl/booking-com-accused-of-laundering-profits-from-israeli-war-crimes-in-palestine/>> [Consultado el 29/05/2025].

en cuenta que el dinero no es un mero elemento accesorio, sino el combustible vital que alimenta, en no pocas ocasiones, la maquinaria del crimen. Incluso en aquellos escenarios donde la relación causal no pueda trazarse con precisión quirúrgica ni revestirse de una linealidad incuestionable, el aporte financiero opera, con frecuencia, como un multiplicador tangible de la capacidad delictiva, incrementando de forma mensurable el alcance, la persistencia o la sofisticación de la conducta criminal. Es por ello que, aunque se revele no sólo razonable, sino dogmáticamente necesario exigir –cuando menos– la existencia de un nexo causal mínimo como ligazón básica que justifique la atribución de responsabilidad penal, cabe observar cada caso con la delicadeza que requiere, sin esperar la causalidad prototípica de aquel sujeto cómplice que, en un acto inmediato y directo, entrega un cuchillo con el que otro ha de asestar la puñalada. La lógica del dinero –más difusa, más estructural, más dilatada en el tiempo– exige una mirada más fina, sin por ello renunciar al rigor de la imputación causal.

## V. CUESTIONES DE IMPUTACIÓN JURÍDICA O NORMATIVA

### 1. La visión *causalista*

Una vez establecida la premisa de que la complicidad exige un nexo causal mínimo, resta ahora despejar el siguiente interrogante: ¿cuál debe ser la entidad, el peso, la densidad jurídica de dicha contribución para que pueda imputarse penalmente al cómplice el injusto naciente de su contribución? El tránsito, así planteado, nos desplaza del terreno de lo fáctico –esto es, de si la conducta causó algo– al del juicio valorativo –esto es, si ese algo es lo suficientemente relevante como para generar responsabilidad penal–. En este umbral, se ha articulado una visión puramente *causalista* que identifica en la mera existencia del nexo causal un fundamento suficiente para colmar la tipicidad objetiva de la complicidad.

En efecto, algunos pronunciamientos emblemáticos de la jurisprudencia penal internacional se han decantado por asumir que la causalidad es suficiente para completar la tipicidad objetiva de la complicidad. En el ámbito de la jurisprudencia penal internacional general, las Sentencias de Instancia de *Tadić* y *Delalic* del TPIY incluyeron en el concepto de complicidad todas aquellas acciones de cooperación de naturaleza material o verbal que hubieran favorecido de cualquier modo la comisión del hecho principal<sup>77</sup>. Aun así, la Sentencia de Instancia de *Tadić* indicó que la contribución debía haber surtido algún efecto en la comisión del delito<sup>78</sup>.

En el seno de la CPI, algunos fallos han seguido una senda análoga. Así, las Sentencias de Instancia<sup>79</sup> y de Apelación<sup>80</sup> del caso *Bemba* y las Decisiones de Confirmación de Cargos

<sup>77</sup> ICTY *Tadić*, TJ, paras. 688-689; ICTY *Delalic*, TJ, paras. 325-329.

<sup>78</sup> ICTY *Tadić*, TJ, para. 681 («contribution must have an effect on the commission of the crime»).

<sup>79</sup> ICC *Bemba*, TJ, para. 93.

<sup>80</sup> ICC *Bemba*, AJ, para. 1326.

del caso *Ongwen y Al Mahdi*<sup>81</sup> han sostenido que el ER no requiere que la contribución sea calificada como sustantiva o de ninguna otra manera, poniendo en cuestión la existencia de un límite normativo *de minimis*. En todo caso, la Sentencia de Instancia del caso *Bemba* afirmó que las acciones del cómplice debían haber avanzado, facilitado o profundizado la comisión del delito<sup>82</sup>.

Por lo demás, esta visión causalista es la que también rige en el *common law*, donde cualquier acción que contribuye o alienta el delito resulta punible<sup>83</sup>. Es por ello que en ese sistema se favorecen limitaciones en sede de tipicidad subjetiva para evitar una hipertrofia o expansión masiva del círculo de cómplices<sup>84</sup>. En el marco de esta tradición, algunos autores exigen, además de causalidad, la facilitación del hecho principal como limitación objetiva<sup>85</sup>. Esto coincide, en parte, con la fórmula de la facilitación de la «Förderung», aunque la perspectiva germana no agota el análisis de la tipicidad objetiva aquí.

Con todo, la concepción causalista genera no pocos escollos dogmáticos. En primer lugar, impide distinguir la complicidad punible de simples acciones de cooperación<sup>86</sup>, generando una esfera indebidamente amplia de potenciales cómplices. Así, se dificulta la distinción entre el favorecimiento efectivo y la prestación de asistencia mínima, sin solucionarse problemas tales como los de causalidad hipotética<sup>87</sup>. Este riesgo de sobreinclusión ha sido reconocido por la propia CPI<sup>88</sup>. En segundo lugar, lo anterior nos obliga a trazar límites subjetivos excesivamente estrictos (vinculados al propósito, como en el ER) para

<sup>81</sup> ICC *Ongwen*, DCC, para. 43; ICC *Al Mahdi*, DCC, para. 26.

<sup>82</sup> ICC *Bemba*, TJ, para. 95. En el mismo sentido en fase de apelaciones, ICC *Bemba*, AJ, para. 1327 («fulfilled when the person's assistance in the commission of the crime facilitates or furthers the commission of the crime»).

<sup>83</sup> ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, 4ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2003, pp. 416, 423; SMITH, K. J. M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, cit., pp. 33, 55 y ss, 62-63, 90, 92.

<sup>84</sup> SMITH, K. J. M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, cit., p. 34.

<sup>85</sup> Véase el art. 2.06.(3)(a) del Model Penal Code de Estados Unidos; FLETCHER, G. P., *Rethinking Criminal Law*, 1ª ed., Oxford (Oxford University Press), 1978, pp. 677 y ss.

<sup>86</sup> THE LAW COMMISSION, *Consultation Paper No. 131. Assisting and Encouraging Crime. A Consultation Paper*, 2003, p. 73; ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, cit, p. 433 ASHWORTH, A., «Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1998, p. 470; SMITH, K. J. M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>87</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, 10ª ed., Barcelona (Editorial Reppertor), 2016, pp. 248-252; en términos más generales, RYU, P. K., «Causation in criminal law», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 106, núm. 6, 1957, pp. 775 y ss.

<sup>88</sup> ICC *Mbarushimana*, DCC, para. 277 («Indeed, such a threshold is necessary to exclude contributions which, because of their level or nature, were clearly not intended by the drafters of the Statute to give rise to individual criminal responsibility. For instance, many members of a community may provide contributions to a criminal organisation in the knowledge of the group's criminality, especially where such criminality is public knowledge. Without some threshold level of assistance, every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes to a group committing international crimes could satisfy the elements of 25(3)(d) liability for their infinitesimal contribution to the

limitar el número de cómplices, lo que, a su vez, puede generar lagunas de impunidad<sup>89</sup>. En tercer lugar, el modelo causalista conduce a una fragmentación casuística de la imputación penal<sup>90</sup> –esto es, a un simple análisis caso por caso–, impidiendo la aplicación de criterios estandarizadores (necesariamente normativos) que ofrezcan una mayor seguridad jurídica.

Frente a estos vacíos, incluso los defensores de la visión causalista han esbozado criterios enmascaradamente causales que, por su naturaleza, no dejan de ser filtros normativos. A título de ejemplo, se podrían destacar el principio de «proximate cause»<sup>91</sup>, según el cual la imputación, en casos de interrupción del nexo causal, debe predicarse respecto del tercero que coloca una causa más próxima (desplazando a la remota), o el «immediate or direct cause test», según el cual el autor es quien genera la causa directa del hecho, mientras que la complicidad se reserva para quienes ofrecen una contribución causal mínima<sup>92</sup>. Todos estos son, en realidad, criterios jurídicos de imputación normativa. De todo ello se deriva que la causalidad constituye un requisito de mínimos, necesario, pero no suficiente para la imputación penal<sup>93</sup>.

## 2. La visión *normativista*: el requisito de la contribución sustancial o significativa

Desterrada la concepción meramente causalista, las más recientes decisiones de la CPI han defendido con renovada vehemencia que la contribución del cómplice debe ser significativa o sustancial<sup>94</sup>. Esta doctrina ya era la dominante en la jurisprudencia penal internacional previa<sup>95</sup> y en la literatura académica<sup>96</sup>. En la jurisprudencia penal internacional general, la

---

crimes committed. For these reasons, the Chamber considers that 25(3)(d) liability would become overextended if any contribution were sufficient»).

<sup>89</sup> Véase la doctrina citada en la nota a pie de página núm. 52 del presente artículo.

<sup>90</sup> ASHWORTH, A., «Grunderfordnisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England», cit., p. 470.

<sup>91</sup> FLETCHER, G. P., *Rethinking criminal law*, cit., pp. 64 y ss.

<sup>92</sup> SMITH, K. J. M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, cit., pp. 55-86.

<sup>93</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La complicidad en el delito*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pp. 169 y ss, 214 y ss; LAUFHÜTTE, H., et al., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band 1*, cit., p. 2030; ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 203.

<sup>94</sup> ICC *Katanga*, *Decision Transmitting Additional Legal and Factual Material*, paras. 16, 22; ICC *Katanga*, *TJ*, paras. 1620, 1632–1636; ICC *Lubanga*, *TJ*, paras. 53, 997.

<sup>95</sup> ICTY *Tadić*, *AJ*, para. 229; ICTY *Aleksovski*, *AJ*, para. 61, 162; ICTY *Čelebići*, *AJ*, para. 352; ICTY *Vasiljević*, *AJ*, para. 102; ICTR *Karera*, *AJ*, para. 321; ICTR *Nahimana*, *AJ*, para. 482; ICTR *Kalimanzira*, *AJ*, para. 74; ICTR *Seromba*, *AJ*, paras. 44, 139; SCSL *Fofana and Kondewa*, *AJ*, para. 71; SCSL *Taylor*, *AJ*, paras. 436, 475, 481.

<sup>96</sup> VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford (Oxford University Press), 2012, p. 128; AMBOS, K., «Article 25: Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3ª ed., Múnich (Beck/Hart), 2016, p. 1008; ESER, A., «Individual Criminal Responsibility», en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford (Oxford University Press), 2002, p. 801; FINNIN, S., *Elements of Accessorial Modes of Liability: Article 25 (3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Vol. 38), Leiden (Martinus

Sentencia de Apelación del caso *Tadić*<sup>97</sup> representa un punto de inflexión, pues instauró por primera vez este requisito en contra de lo interpretado por la Sentencia de Instancia. Más aún, el caso *Furundzija* introdujo una diferenciación entre la *naturaleza* de la acción de cooperación (que debía ser *sustancial*) y la generación de una diferencia *significativa* en términos de *efecto*<sup>98</sup>. En cualquier caso, este estándar se encuentra hoy sólidamente asentado en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en la CPI como en la jurisprudencia penal internacional general. A modo de apunte, y a mi parecer, la exigencia de un umbral mínimo de relevancia normativa o jurídica en la complicidad es coherente con la naturaleza del DPI en general, que se ocupa exclusivamente de castigar los crímenes más graves<sup>99</sup>.

Todavía es más pacífico que la cooperación debe facilitar, fomentar o avanzar la comisión del delito. Esto, en esencia, requiere un examen normativo para reducir el círculo de todos aquellos que hayan generado cualquier tipo de contribución, de cualquier manera y naturaleza posible, en términos causales<sup>100</sup>, evitando los problemas anteriormente mencionados. Dicho de otro modo, esto implica un desplazamiento de la mirada desde el dato causal bruto hacia un juicio saneado en términos normativos, orientado a depurar el círculo de partícipes. Tal examen no puede, en rigor, limitarse a coordenadas naturalísticas, ya que facilitar o avanzar un hecho antijurídico –que es, por esencia, una institución jurídica– implica inevitablemente un juicio de valor.

Ahora bien, es cierto que la determinación de si una contribución es sustancial debe partir de la base de la delimitación de unos hechos previamente acotados, teniendo en cuenta la totalidad de la prueba<sup>101</sup>, y atendiendo al efecto global de todos los actos del cómplice, contemplados de manera cumulativa<sup>102</sup>. Sin embargo, la dificultad radica en que la mayoría de actos de financiación del universo de casos caen en una zona de *riesgo jurídico* difuminado o difuso<sup>103</sup>, donde la financiación no es delictiva *per se* pero se sitúa en los límites de

---

Nijhoff Publishers), 2012, p. 164; JACKSON, M., *Complicity in International Law*, cit., p. 72; OLÁSOLO, H. y CARNERO, E., «Forms of Accessorial Liability under Article 25 (3)(b) and (c)», en STAHN, C. (ed.), *The Law and the Practice of the International Criminal Court*, Oxford (Oxford University Press), 2015, p. 587; VEST, H., «Business leaders and the modes of individual criminal responsibility under international law», cit., pp. 857, 860; MICHALOWSKI, S., «Doing business with a bad actor: How to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability», *Texas International Law Journal*, vol. 50, núm. 3, 2015, p. 410.

<sup>97</sup> ICTY *Tadić*, TJ, para. 229.

<sup>98</sup> ICTY *Furundzija*, TJ, para. 199 y ss.

<sup>99</sup> Sobre el concepto de gravedad en el DPI, DEGUZMAN, M., *Shocking the Conscience of Humanity: Gravity and the Legitimacy of International Criminal Law*, Oxford (Oxford University Press), 2020, *passim*.

<sup>100</sup> MURMANN, U., «Problems of causation with regard to (potential) actions of multiple protagonists», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 283-294.

<sup>101</sup> ICTY *Blagojević and Jokić*, AJ, para. 134; ICTY *Mrkšić and Šljivančanin*, AJ, para. 200; ICTR *Kalimanzira*, AJ, para. 86; ICTR *Rukundo v Prosecutor*, AJ, para. 52; ICTY *Lukić & Lukić*, AJ, para. 438; SCSL *Taylor*, AJ, para. 370; ICTR *Nyiramasuhuko*, AJ, para. 3332.

<sup>102</sup> ICTY *Blagojević and Jokić*, AJ, para. 284; SCSL *Taylor*, AJ, nota a pie de página n° 1128.

<sup>103</sup> INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, «Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes (Vol. II)», 2008. Disponible en: <https://>

lo que se considera un comportamiento responsable en el marco de un negocio, comercio o una actividad empresarial. Luego, resulta peligroso defender que la óptica de resolución debe ser la de *caso por caso*, sin anclarse en ningún principio jurídico homogeneizador y dejando un amplio espacio para la discrecionalidad.

Frente a ello, ya existe como mínimo un estándar útil para resolver uniformemente estos casos, y es de origen continental: el de la imputación objetiva. Esta doctrina –que encontraría su análogo más cercano en el concepto de «causation in law» en el *common law*<sup>104</sup>–, se podría y debería exportar a la esfera internacional para algunos autores<sup>105</sup>. Con el uso de la teoría de la imputación objetiva, se podría atribuir responsabilidad penal respecto de aquellas conductas que generen o incrementen un riesgo jurídico desaprobado (que, en este ámbito, sería el riesgo de comisión de crímenes internacionales). En este sentido, la Comisión Internacional de Juristas<sup>106</sup> ha adoptado esta perspectiva al utilizar los términos «enabling» (creación de riesgo) y «exacerbating» (incremento de riesgo) para referirse a la complicidad<sup>107</sup>. Así pues, como argumenta López Peregrín, se exige la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante (como expresión del desvalor de la acción) y la realización del riesgo en el hecho principal (como expresión del desvalor del resultado)<sup>108</sup>. En la formulación canónica de Roxin, esto se manifiesta con la posibilitación, facilitación, intensificación o aseguramiento del hecho principal<sup>109</sup>. Así, se filtrarían como penalmente relevantes sólo aquellas conductas de financiación que aumentan el riesgo de comisión de crímenes internacionales, excluyendo colaboraciones triviales o inocuas.

Trasladando estas consideraciones al terreno específico de la financiación, algunos pronunciamientos han considerado contribuciones sustanciales aquellos actos que apoyaran, sostuvieran o potenciaron la comisión organizada de delitos<sup>110</sup> o la capacidad del autor principal para llevar a cabo sus planes para cometerlos<sup>111</sup>. El criterio clave, en este marco, debe ser si la financiación crea un riesgo no-preexistente o si expande un riesgo preexistente.

---

[www.icj.org/report-of-the-international-commission-of-jurists-expert-legal-panel-on-corporate-complicity-in-international-crimes/](http://www.icj.org/report-of-the-international-commission-of-jurists-expert-legal-panel-on-corporate-complicity-in-international-crimes/), [Consultado el 29/05/2025], p. 13.

<sup>104</sup> PANTALEÓN DÍAZ, M., «Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón» en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, 2016, pp. 157-161.

<sup>105</sup> VEST, H., «Business leaders and the modes of individual criminal responsibility under international law», cit., p. 864; REGGIO, A., «Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Businessmen for Trading with the Enemy of Mankind», *International Criminal Law Review*, vol. 5, núm. 4, 2005, p. 623.

<sup>106</sup> La Comisión Internacional de Juristas («International Commission of Jurists») es una organización no gubernamental fundada en 1952, integrada por jueces, abogados y académicos de todo el mundo, que promueve el respeto al Estado de derecho y los derechos humanos mediante la labor jurídica, la elaboración de estándares internacionales y la observación de sistemas judiciales.

<sup>107</sup> INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, «Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes (Vol. II)», cit., pp. 10–13.

<sup>108</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La complicidad en el delito*, cit., pp. 236-244, 293-295.

<sup>109</sup> ROXIN, C., *Strafrecht AT Band II*, cit., § 26 nm. 184.

<sup>110</sup> SCSL *Taylor, AJ*, 372–375.

<sup>111</sup> *Ibid.*

En la mayoría de los escenarios estaremos ante un incremento, una intensificación o un aseguramiento del riesgo, o ante la creación de riesgos contiguos a algunos ya existentes. Esto es así porque la financiación no ocurre en el vacío, sino que se inscribe en un contexto generalmente criminógeno.

En esta línea, son múltiples las variables que pueden afectar al balance de la imputación objetiva<sup>112</sup>. Empezando con un contraejemplo claro, una contribución no sustancial podría ser la distribución de órdenes o la firma de decretos que forzaban a los polacos a aceptar la nacionalidad alemana durante la Alemania nazi, según esbozó el Tribunal Militar de Nuremberg<sup>113</sup>. Luego, entre los factores que podrían ser relevantes para considerar si la financiación constituye una contribución sustantiva en términos normativos, considero que los más destacables son cuatro.

En primer lugar, y como elemento más importante, es la magnitud cuantitativa de la asistencia monetaria y económica prestada. La financiación debe ser suficiente para la creación (surgimiento de riesgo *ex novo*), el sostenimiento (mantenimiento, facilitación o aseguramiento del riesgo preexistente), o el desarrollo (incremento del riesgo preexistente o creación de riesgos contiguos) del programa, plan, política o grupo delictivo. Esta valoración debe efectuarse de manera cumulativa, pues la financiación puede adoptar una amplia diversidad de formas y distintos grados de intensidad –financiación directa, compra de bienes o créditos (en condiciones privilegiadas o no), entre otras– y los actos de financiación pueden ser más o menos repetidos, frecuentes y prolongados en el tiempo.

En segundo lugar, es crucial determinar si la materialización del delito hubiese sido menos probable sin la financiación adicional. Con esto, uno se ha de referir a que ciertos crímenes internacionales necesariamente requieren estructuras organizadas (por ejemplo, una política estatal en el caso de los crímenes de lesa humanidad o una campaña genocida en el caso del genocidio) que, a su vez, necesitan un respaldo económico sostenido y generoso. En cambio, otros crímenes internacionales, como el crimen de guerra de violación –que, en realidad, solo se distingue del delito de violación doméstico por su nexo con un conflicto armado–, pueden ser cometidos por grupos menos organizados o en circunstancias menos formales o institucionalizadas, e incluso en situaciones relativamente aisladas, no siendo así dependientes de consideraciones monetarias. Entonces, la financiación sería sustancial

---

<sup>112</sup> VENTURA, M., «Aiding and Abetting», en DE HEMPTINNE, J., ROTH, R. y VAN SLIEDREGT, E. (eds.), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge (Cambridge University Press), 2019, p. 206.

<sup>113</sup> Ejemplo citado en la SCSL *Taylor, AJ*, para. 390, nota a pie de página 1231, refiriéndose al IMT Judgement, pp. 488-489 («There is evidence showing the participation of the Party Chancellery, under Hess, in the distribution of orders connected with the commission of War Crimes; that Hess may have had knowledge of, even if he did not participate in, the crimes that were being committed in the East, and proposed laws discriminating against Jews and Poles; and that he signed decrees forcing certain groups of Poles to accept German citizenship. The Tribunal, however, does not find that the evidence sufficiently connects Hess with those crimes to sustain a finding of guilt»).

y significativa para el desarrollo de una campaña aérea de bombardeo con cazas o drones de última generación, pero no lo sería para una agresión sexual aislada en tiempos de guerra.

En tercer lugar, ha de considerarse el potencial efecto legitimador, influyente o moralizador que pueda producir la financiación, como elemento contingente. Dependiendo de la fuente del apoyo económico, la financiación puede tener un efecto de estímulo, impulso o legitimación de los delitos cometidos, especialmente si el origen de la financiación es una entidad reputada (por ejemplo, un gobierno democrático con poder geopolítico, una organización internacional, o una multinacional respetada) en oposición a una organización desacreditada (por ejemplo, una organización terrorista que haya sido incluida en la lista consolidada del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas). La financiación de una entidad reputada o con poder puede otorgar una pátina de legitimidad al proyecto criminal, alentando su continuidad y facilitando el acceso a nuevas fuentes de financiación –a mi juicio, esto ha sucedido con el caso de Israel, constantemente apoyado por EE. UU., pese a su política genocida en Gaza–. Aquí también se podría incluir el caso de compras de bienes originados a través de crímenes internacionales, lo cual puede enviar un mensaje de que los productos de los crímenes internacionales son de legítima adquisición. En suma, esta contribución subjetivo-objetiva podría confirmar o reforzar la voluntad del agente criminal, a través de la provisión de mayores o adicionales motivaciones para la comisión del hecho, no bastando simples expresiones de solidaridad<sup>114</sup>.

En cuarto y último lugar, merece atención la cuestión de la *dirección específica* de la financiación. Aunque este elemento ha sido integrado tradicionalmente en el análisis global de la contribución sustancial<sup>115</sup>, algunos autores y pronunciamientos han sugerido que podría constituir un criterio autónomo, especialmente en el marco del ER. Respecto de esta variable, la naturaleza del grupo financiado y el contexto en el que la financiación tiene lugar son factores indispensables en el examen normativo. Ello no implica, sin embargo, adoptar una lectura finalista del requisito –como expondré en el desarrollo subsiguiente–.

### 3. La dirección específica (o visión *finalista*)

En el seno de la imputación normativa, debe continuar el análisis con el despliegue de otra cuestión: ¿requiere la contribución del partícipe estar dirigida o destinada de forma específica a la consumación del delito<sup>116</sup>? Si ello fuera así, estaríamos ante una visión *finalista* de la complicidad. La posición alternativa sostendría que es suficiente con que la

---

<sup>114</sup> LAUFHÜTTE, H., et al., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band I*, p. 2035; SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch: Kommentar* 27. Aufl., Múnich (Beck), 2006, p. 555; ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 198-200.

<sup>115</sup> MICHALOWSKI, S., «Doing business with a bad actor», cit., p. 430; AMBOS, K., «Article 25: Individual Criminal Responsibility», cit., pp. 23, 25.

<sup>116</sup> Esta expresión se encuentra en ICTY *Tadić*, AJ, para. 229 y en ICTY *Vasiljević*, AJ, 102.

asistencia sea general, sin necesidad de que se invoque una finalidad específica de coadyuvar a la comisión del crimen concreto.

En la jurisprudencia penal internacional general, los intentos de consagrar este requisito no han prosperado. A pesar del esfuerzo de introducir dicha exigencia por parte de la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Perišić*<sup>117</sup>, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* se ha decantado por concluir que la dirección específica no es como tal un requisito de la complicidad<sup>118</sup>. De hecho, distintos pronunciamientos han sentenciado que la asistencia se puede prestar a un intermediario del autor principal, y no necesariamente al autor *per se*<sup>119</sup>. Así, como se ha venido desarrollando, la manera en la que la asistencia toma forma y la relación concreta entre el cómplice y el autor no son factores determinantes para la complicidad<sup>120</sup>. Lo relevante es, en todo caso, si la contribución es significativa.

Ahora bien, el ER introduce una literalidad que parece abrazar la tesis finalista, al requerir que la complicidad se ejerza «con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen». Como he mencionado anteriormente, esto, en realidad, no resulta una limitación del tipo objetivo de la complicidad, sino un elemento vinculado a la tipicidad subjetiva<sup>121</sup>. Así lo ha reconocido la propia jurisprudencia de la CPI<sup>122</sup>. Es más, un requisito objetivo de tal estilo derivaría en la inutilidad de la figura de la complicidad y la vaciaría de contenido, pues difícilmente se puede argumentar que la asistencia cómplice sólo se puede usar para actividades criminales<sup>123</sup>. En otras palabras, puesto que rara vez puede probarse que el acto económico se orientó exclusivamente a una finalidad delictiva, habida cuenta de la naturaleza ambivalente y plurifuncional de la mayoría de estas transacciones, tal requisito sería prácticamente irrealizable.

Aun así, no cabe desechar completamente la dirección de la financiación como variable relevante en la ecuación de la contribución sustancial. Esta dirección, compuesta por el grupo financiado y el contexto en donde se canalizan los fondos, aporta indicios de peso para evaluar la peligrosidad objetiva de la conducta. En cuanto a los grupos financiados, estos pueden ser organizaciones legales, criminales o entidades mixtas. Las entidades mixtas son aquellas que se involucran en actividades delictivas y no delictivas al mismo tiempo,

<sup>117</sup> Véase ICTY *Perišić*, AJ, para. 36–40.

<sup>118</sup> ICTY *Mrksić*, AJ, para. 159; SCSL *Taylor*, AJ, para. 466–81; ICTY *Sainovic*, AJ, para. 1617–1651; ICTY *Popović*, AJ, para. 1764.

<sup>119</sup> ICTY *Orić*, TJ, paras. 282, 285; SCSL *Brima*, TJ, para. 775; ICC *Bemba*, TJ, para. 96; ICC *Bemba*, AJ, para. 1328–1330.

<sup>120</sup> ICTY *Aleksovski*, AJ, para. 165; ICTY *Vasiljević*, AJ, para. 143; ICTY *Krstić*, AJ, para. 143; ICTY *Brđanin*, AJ, paras. 355; ICTY *Popović*, TJ, para. 1016; ECCC *Guek Eav*, TJ, para. 534; ICTY *Perisic*, TJ, para. 127; SCSL *Taylor*, AJ, para. 370; ICC *Bemba*, TJ, para. 84.

<sup>121</sup> Véase la doctrina citada en la nota a pie de página núm. 52 de este artículo.

<sup>122</sup> COCO, A. y GAL, T., «Losing direction: the ICTY Appeals Chamber's controversial approach to aiding and abetting in *Perišić*», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, núm. 2, 2014, p. 358.

<sup>123</sup> COCO, A. y GAL, T., «Losing direction: the ICTY Appeals Chamber's controversial approach to aiding and abetting in *Perišić*», cit., p. 362; CRYER, R. et al., *An introduction to international criminal law and procedure*, 4ª ed., Cambridge (Cambridge University Press), 2019, p. 373.

como era el caso del Ejército de la República Srpska («VRS»), conforme el TPIY<sup>124</sup>. Precisamente, la Sentencia de Apelación del caso *Perišić* (favorable a mantener el criterio de dirección específica) apuntaba a que la prueba proveída no acreditaba que Perišić dirigiera su asistencia hacia los propósitos delictivos del VRS, que también participaba en operaciones militares legales bajo el derecho internacional humanitario<sup>125</sup>.

Consecuentemente, debe diferenciarse el supuesto de quien financia una entidad completamente legal (por ejemplo, un partido político democrático, constituido de forma respetuosa con el derecho internacional y nacional) del de quien aporta recursos a un grupo cuya vocación criminal es estructural (por ejemplo, Al-Qaeda o el ISIS)<sup>126</sup>. En aquellos casos en que la entidad financiada despliegue una doble funcionalidad, será imprescindible discernir si los fondos contribuyeron a conductas permitidas (incluso si estas tienen lugar en el contexto de un conflicto armado, como las ofensivas militares justificadas en virtud del *target*<sup>127</sup>) o si facilitaron directamente la perpetración de un crimen internacional<sup>128</sup>.

Siguiendo esta línea, otra variable esencial vinculada a la dirección específica de la contribución es el lugar y el contexto en el que el apoyo monetario tendrá impacto. Particular atención se debe prestar a las tomas de decisión relativas a la financiación de actividades en estados totalitarios<sup>129</sup>, contextos frágiles y regiones en conflicto, donde las violaciones de derechos humanos se dan repetidamente (lo que se ha denominado en alguna ocasión como «challenging contexts»)<sup>130</sup>. En este ámbito, existe un creciente

<sup>124</sup> ICTY *Perišić*, AJ, paras. 57, 69.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> En este sentido, resulta pertinente reflexionar sobre el papel que desempeñan aquellos actores que determinan la legalidad o ilegalidad de un comportamiento previo o de una organización. Desde una perspectiva estrictamente legalista, debería prevalecer el criterio que establezca el propio ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, en la práctica surgen escenarios más complejos. ¿Qué ocurre, por ejemplo, cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha calificado a una organización como terrorista, o ha declarado que un Estado está violando el derecho internacional? ¿Qué sucede cuando varios Estados han identificado a una organización como terrorista, pero no existe un consenso internacional al respecto? ¿Y qué implicaciones se derivan cuando la Corte Penal Internacional emite una orden de arresto contra determinados individuos o en relación con una situación concreta? ¿Existe, entonces, una especie de *prejudicialidad* o *accesoriedad*? Todos estos elementos –resoluciones de organizaciones internacionales, posiciones estatales divergentes, decisiones judiciales previas– constituyen, sin duda, indicadores relevantes de la posible peligrosidad o riesgo jurídico de establecer relaciones comerciales con determinados actores.

<sup>127</sup> Sobre esta cuestión, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Asesinatos selectivos en la ‘guerra punitiva’ contra el terrorismo», *InDret*, núm. 4, 2017, pp. 3-7.

<sup>128</sup> AMBOS, K., y NJIKAM, O., «Charles Taylor’s Criminal Responsibility», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 4, 2013, pp. 804–808; JONES, J., HELLER, K. y VAN SLIEDREGT, E., *Milestones in International Criminal Justice: Recent Legal Controversies at the UN Yugoslav Tribunal International Law Summary*, Chatham House, 16 de octubre de 2013, *passim*.

<sup>129</sup> AMBOS, K., «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies’ Criminal Responsibility Under International Law», cit., p. 555.

<sup>130</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS (Office of the High Commissioner), «Business and Human Rights in Challenging Contexts: Considerations for Remaining and Exiting», agosto de 2023, disponible en: <<https://>

cuerpo de «soft law»<sup>131</sup> –y, en algunos casos, de derecho positivo<sup>132</sup>– sobre diligencia debida en materia de derechos humanos<sup>133</sup>, que ha venido a sugerir que en este tipo de situaciones deberían operar estándares más restrictivos de conducta para empresas y agentes económicos<sup>134</sup>. Incluso, parte de la doctrina sostiene que esta normativa afecta a la construcción del deber de cuidado (en terminología anglosajona, el «duty of care») para la atribución de responsabilidad<sup>135</sup>. En suma, la realidad es que si la financiación se hace en relación con una situación crítica, la probabilidad de que los crímenes internacionales se acaben materializando crece.

Adicionalmente, en los casos de estados totalitarios (que pueden estar aislados internacionalmente) y conflictos armados, los entes criminales involucrados pueden tener un acceso muy limitado a la financiación, la inversión y el crédito internacional o externo. Así las cosas, proveer apoyo económico en estas condiciones puede mejorar vigorosamente la capacidad del grupo para cometer crímenes internacionales en un sentido comparativo, esto es, *vis-à-vis* a otros grupos coexistentes (como organizaciones de oposición política) que puedan sufrir las violaciones de derechos humanos. En otras palabras, si el acceso a la financiación se encuentra severamente restringido, dotar de medios financieros a un grupo o Estado en tales condiciones puede alterar drásticamente la relación de fuerzas, reforzando al actor represor frente a posibles opositores o comunidades vulnerables.

Entre los casos reales que se han expuesto, todos los hechos sucedieron en contextos de esta índole: en el caso *Kouwenhoven*, en Liberia y Sierra Leona (padeciendo esta última nación una guerra civil coetánea a la presidencia de Charles Taylor de Liberia), en el caso

---

[www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/bhr-in-challenging-contexts.pdf](http://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/bhr-in-challenging-contexts.pdf). [Consultado el 29/05/2025].

<sup>131</sup> Los principales instrumentos de *soft law* en materia de diligencia debida y derechos humanos incluyen los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGPs), adoptados en 2011; las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, cuya edición más reciente es de 2023; los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos, establecidos en 2000; y el Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada (ICoC), finalizado en 2011, que establece estándares para las empresas de seguridad privada en relación con el respeto al derecho internacional humanitario y los derechos humanos.

<sup>132</sup> Véase la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 francesa (conocida como la «Loi de vigilance») o la ley alemana sobre las obligaciones de diligencia debida en las cadenas de suministro («Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz») de 2021. En el ámbito de la Unión Europea, existe la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, cuyos tiempos de transposición no han finalizado.

<sup>133</sup> AMBOS, K., «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», cit., 513–515.

<sup>134</sup> QUIJANO, G., y LÓPEZ, C., «Rise of mandatory human rights due diligence: a beacon of hope or a double-edged sword?», *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 241-254.

<sup>135</sup> En el ámbito civil, CASSEL, D., «Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, núm. 2, *passim*; BARRERA-TRABOL, S. E., «Debida Diligencia según los Principios Regates de Naciones Unidas para Empresas y Derechos Humanos: Análisis de su Utilidad para Determinar la Infracción del Deber de Cuidado en el Juicio de Responsabilidad Civil», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 44, pp. 190 y ss.

*Lafarge*, en Siria, durante la guerra civil, y en el caso *Lundin*, en Sudán, donde se dan represiones sistemáticas de derechos humanos de manera continua<sup>136</sup>. Estos ejemplos revelan que la dirección específica, entendida no como un requisito autónomo de la tipicidad objetiva, sino como un criterio interpretativo dentro del marco de la imputación normativa, puede y debe operar como una herramienta clave en la identificación de contribuciones penalmente relevantes.

#### 4. El problema de las conductas neutrales

En el contexto de la complicidad, la doctrina de las conductas neutrales se erige como el principal óbice a la atribución normativa, además de la (in)sustancialidad de la contribución. Esta teoría, de raigambre germánica, propone la impunidad de aquellos actos que, incluso si tuvieran conexión con los hechos delictivos, no crean un riesgo jurídicamente desaprobado en tanto que son conductas comerciales cotidianas<sup>137</sup>.

Sobre esta cuestión, Jakobs argumenta, en el ámbito de la imputación objetiva, que los individuos ostentan roles socio-jurídicos específicos y, atendiendo a estos, de ellos se esperan ciertos comportamientos. Esos roles les sitúan en una posición (como banquero, taxista, o panadero) que les obliga a realizar (u omitir) ciertas actuaciones propias de o inherentes a su posición<sup>138</sup>. Por consiguiente, cualquier individuo debe ser sólo responsable de su concreta esfera de competencia, modelada con base en su rol social. En otras palabras, uno es responsable solo de sus acciones, en tanto que el Derecho no espera de nosotros la prevención o la evitación de todos los riesgos que conocemos, incluidos los generados por terceros<sup>139</sup>.

En la práctica internacional, esta tesis ha dejado su impronta en casos emblemáticos de los procesos de Nuremberg. En el juicio *United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al.*, se rechazó condenar al acusado Rasche, miembro de la junta del Banco Dresdner, por emitir créditos a las SS con base en el argumento de que «loans or sale of commodities to be used in an unlawful enterprise may well be condemned from a moral standpoint and

---

<sup>136</sup> Véase el informe UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS IN SOUTH SUDAN, «Entrenched Repression: Systematic Curtailment of the Democratic and Civic Space in South Sudan», 5 de octubre de 2023. Disponible en: <[https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/cohrsouthsudan/A\\_HRC\\_54\\_CRP.6\\_0.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/cohrsouthsudan/A_HRC_54_CRP.6_0.pdf)> [Consultado el 29/05/2025].

<sup>137</sup> BURCHARD, C., «Regulating business with bad actors: aiding and abetting and beyond», cit., p. 921; AMBOS, K., «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», cit., p. 553.

<sup>138</sup> JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, Cizur Menor (Aranzadi/Civitas), 2016, pp. 21, 29.

<sup>139</sup> JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, cit. p. 31. Para un análisis general sobre los fundamentos de la impunidad de las acciones neutrales, véase RUEDA MARTIN, M. A., «De nuevo sobre la relevancia de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 115, pp. 40-54.

reflect no credit on the part of the lender or seller in either case, but the transaction can hardly be said to be a crime»<sup>140</sup>.

Similarmente, en el juicio de *I.G. Farben* se reconoció que la venta de gas Zyklon B –usado para continuar con la aniquilación de los internos en los campos de exterminio– pudo haber sido utilizado de manera neutral como pesticida, para la lucha contra el tifus exantemático en los campos<sup>141</sup>, y, por ello, no se podía asumir que se conocía que se iba a utilizar para fines criminales. En el contexto de la CPI, la jueza De Gurmendi ha hecho mención a la doctrina de las conductas neutrales en su voto particular en la Sentencia de Apelación del asunto *Mbarushimana*<sup>142</sup>. Asimismo, la Comisión Internacional de Juristas ha defendido que no se puede derivar responsabilidad jurídica de la mera interconexión comercial con autores de crímenes internacionales<sup>143</sup>.

Siguiendo estos razonamientos, algunos autores han defendido la aplicación de esta doctrina en casos de financiación<sup>144</sup>. Pese a ello, a mi juicio, ninguno de los requisitos de esta teoría concurre en los supuestos que aquí se cubren. La teoría de las conductas neutrales exige un elemento objetivo y otro subjetivo. La exigencia objetiva se refiere a que el individuo debe comportarse conforme su rol específico, mediante una *acción cotidiana*, mientras

<sup>140</sup> Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law, No. 10 (14 vols.) (1950-52), vol. XIV, 622. También conocido como *The Ministries Trial* o *Wilhelmstraßen-Prozess*.

<sup>141</sup> *Ibid*, vol. VIII, 11697-1187. Para un análisis de todo ese proceso, véase JESSBERGER, F., «On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010. Sobre este asunto, se hace una interesante mención en ICTY *Furundžija*, TJ, paras. 222-233 («In the British case of Zyklon B, the three accused were charged with supplying poison gas used for the extermination of allied nationals interned in concentration camps, in the knowledge that the gas was to be so used. The owner and second-in-command of the firm were found guilty; Drosihn, the firm's first gassing technician, was acquitted. The Judge Advocate set out the issue of Drosihn's complicity as turning on, whether there was any evidence that he was in a position either to influence the transfer of gas to Auschwitz or to prevent it. If he were not in such a position, no knowledge of the use to which the gas was put could make him guilty. This clearly requires that the act of the accomplice has at least a substantial effect on the principal act - the use of the gas to murder internees at Auschwitz - in order to constitute the actus reus. The functions performed by Drosihn in his employment as a gassing technician were an integral part of the supply and use of the poison gas, but this alone could not render him liable for its criminal use even if he was aware that his functions played such an important role in the transfer of gas. Without influence over this supply, he was not guilty. In other words, mens rea alone is insufficient to ground a criminal conviction.»).

<sup>142</sup> ICC *Mbarushimana*, AJ, De Gurmendi separate opinion ICC-01/04-01/10 OA-4, Appeal Judgment (de Gurmendi, F., separate opinion), para. 12 («Depending on the circumstances of a case, providing food or utilities to an armed group might be a significant, a substantial or even an essential contribution to the commission of crimes by this group. In my view the real issue is that of the so-called “neutral” contributions. This problem is better addressed by analysing the normative and causal links between the contribution and the crime rather than requiring a minimum level of contribution.»).

<sup>143</sup> INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, «Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, (Vol. II)», cit., p. 15.

<sup>144</sup> AMBOS, K., «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», cit., pp. 552–555.

que el requisito subjetivo se basa en la falta de conocimiento acerca de la idoneidad de su conducta para producir un resultado típico en acompañamiento del autor<sup>145</sup>.

Desde la vertiente objetiva, para que una acción pueda reputarse como neutral debe cumplir tres características fundamentales: debe ser inherentemente permitida, debe adecuarse a las normas y roles estandarizados de actuación en el marco del contexto concreto, y debe formar parte de actividades cotidianas o habituales, involucrando bienes o servicios fácilmente accesibles por todos<sup>146</sup>. Pues bien, la financiación de delitos internacionales no cumple ninguno de estos requisitos. Primero –en orden inverso–, porque no es una conducta ni común ni generalmente accesible: los financiadores serán, habitualmente, agentes o actores económicos con un poder elevado y conexiones especiales o privilegiadas que les permiten tener el contacto con aquellas entidades mixtas o delictivas con la capacidad de cometer delitos a gran escala, a las que desean financiar. Segundo, la premisa de que financiar ciertas entidades (habitualmente peligrosas) en conflictos armados o en contextos frágiles es algo sujeto a las reglas estandarizadas de conducta en el sector debe ser rechazada, haciendo referencia a los ya citados principios de derechos humanos y de «soft law» que buscan limitar o prohibir esas conductas<sup>147</sup>. En este sentido, son relevantes las expectativas de que se realice «heightened human rights due diligence» con respecto de las operaciones relacionadas con estos contextos<sup>148</sup>. Adicionalmente, el requisito de la conducta inherentemente permitida no se cumpliría en caso de que existiesen embargos o sanciones internacionales.

En resumen, aunque la financiación puede poseer «fines propios e independientes del autor y del hecho»<sup>149</sup> (o no), definitivamente no posee las características propias de una actividad cotidiana. De hecho, parece lo contrario: una adaptación a un fin determinado<sup>150</sup>, de contenido criminal, pues la financiación se podría destinar a otras entidades seguras y legales de manera regular –cosa que también repercutiría en beneficio económico (aunque asumiblemente menor) para el agente financista–.

---

<sup>145</sup> ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid (Marcial Pons), 2003, pp. 35, 56 y ss.

<sup>146</sup> ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, cit., pp. 24-25; WESSELS, J. y BEULKE, W., *Strafrecht, allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau (Schwerpunkte)*, 2ª ed., Karlsruhe (CF Müller Verlag), 2008, p. 209; SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch: Kommentar* (27ª ed.), cit., p. 553.

<sup>147</sup> Véanse las notas a pie de página núm. 128-133 del presente artículo.

<sup>148</sup> AGUIRRE, D., y PIETROPAOLI, I., «Heightened Human Rights Due Diligence in Practice: Prohibiting or Facilitating Investment in Conflict Affected Areas?», *Journal of Human Rights Practice*, vol. 15, núm. 2, 2023, pp. 541-558.

<sup>149</sup> WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, Múnich (Beck), 1996, p. 4.

<sup>150</sup> WOHLERS, W., «Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1999, p. 172; VEST, H., «Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001; SMITH, K. J. M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, cit., p. 150-153; ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, cit., p. 418 ss, defendiendo que el derecho actual requiere un favorecimiento al hecho principal.

En cuanto al aspecto subjetivo, cabe preguntarse si el sujeto en concreto se representa (aun con dolo eventual<sup>151</sup>) que sus acciones iban a contribuir a la conducta típica del autor<sup>152</sup>. Algunos autores sostienen que si el individuo observa que las actividades del autor están orientadas a generar daños o riesgos no permitidos, y aun así mantiene o prosigue su asistencia, lo que en otro contexto sería neutral se vuelve no permitido<sup>153</sup>. Roxin cita el ejemplo del ferretero que vende un objeto punzante, siendo esta conducta neutral en la mayoría de casos, pero no si la venta se produce en la mitad de una pelea en curso, sabiendo el ferretero que el objeto punzante se utilizará en ella<sup>154</sup>. Sobre nuestro supuesto, cabe destacar que la financiación que aquí se cubre se caracteriza como aquella dirigida a entidades mixtas o ilegales, en contextos frágiles (como la guerra civil sucedida en Siria, en el caso *Lafarge*) y suele ser una financiación, por su propia naturaleza, relativamente considerable. Como se puede deducir, entonces, la previsibilidad en estos casos está habitualmente presente. Así pues, sobre la arista subjetiva de la doctrina, y a mi modo de ver, difícilmente se puede sostener que el financiador no podía percibir o representarse que su asistencia iba a contribuir a delitos internacionales.

Ciertamente, cabe hacer mención a que algunos autores, acogiendo a tesis objetivistas, se oponen al argumento subjetivo aquí esbozado, defendiendo que del conocimiento no puede emerger un deber penal (de no actuar conforme a tu rol)<sup>155</sup>. Dicho argumento no me parece en absoluto convincente por razones de coherencia. Ambas excepciones a la teoría –objetiva y subjetiva– se refieren a lo mismo: si el hecho cómplice se manifiesta con un fin delictivo o no<sup>156</sup>. Esto se alinea con uno de los fundamentos de la doctrina de las conductas

<sup>151</sup> ROXIN, C., *Strafrecht AT Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, cit., § nm. 218, 244, indicando que el que sabe algo con exactitud no puede ni debe confiar en lo contrario; BOHLANDER, M., *Principles of German Criminal Law*, Oxford (Hart Publishing), 2009, p. 173; WESSELS, J. y BEULKE, W., *Strafrecht, allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau (Schwerpunkte)*, 2008, Karlsruhe (CF Müller Verlag), pp. 209-210; ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 207-08.

<sup>152</sup> ROXIN, C., «Observaciones sobre la prohibición de regreso», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad Hoc*, III, núm. 6, 1997, pp. 34-35.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> Véanse los autores sistematizados por ROCA DE AGAPITO, L., *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2012, pp. 159 y ss. En un sentido próximo, y abrazando una postura que me resulta estirada hasta el extremo, WEIGEND, T. «How to Interpret Complicity in the ICC Statute», James G. Stewart Blog, 15 de diciembre de 2014. Disponible en: <<http://jamesgstewart.com/how-to-interpret-complicity-in-the-icc-statute>>. [Consultado el 29/05/2025]. («If, for example, an arms trader sells weapons to a dictator at their regular price and under regular conditions, *he would not be an assistant to crimes against humanity even if he is aware that such crimes will be committed using these weapons*. But if the trader sells the weapons at a higher price because of an existing embargo, or if he sells weapons that have been specifically designed for killing civilians, he would be liable because this particular deal has been accommodated to serve the specific “purpose” of committing the crime», énfasis propio).

<sup>156</sup> VEST, H., «Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?», *ZStW*, cit., pp. 251 y ss.

neutrales: el principio de confianza<sup>157</sup>. En contextos como los aquí descritos –marcados por la violencia estructural, la opacidad operativa y la sistemática vulneración de derechos humanos–, tal principio no sólo pierde eficacia, sino que debe ceder paso a una lógica inversa: la del principio de desconfianza. En otras palabras, quien interactúa comercialmente en un contexto de atrocidades no puede ampararse en la *cotidianidad* de su acto, sino que debe extremar toda precaución.

Por todo ello, en estos casos, confiar ciegamente en la neutralidad de la propia conducta no es prudente; es, sencillamente, injustificable. La financiación de crímenes internacionales no se inscribe en el ámbito de lo ordinario o lo rutinario, ni en lo imprevisible o lo inevitable: se trata, por el contrario, de una actuación estratégicamente orientada que, en contextos de violencia estructural, actúa como catalizador de lo irreparable.

## VI. CONCLUSIONES

Tras haber delineado con precisión la estructura conceptual de la complicidad en el DPI y haber proyectado sobre ella el fenómeno específico de la financiación de crímenes internacionales, a la luz de las definiciones propuestas y los parámetros metodológicos adoptados, el presente trabajo ha procurado desentrañar los fundamentos normativos que permitirían sostener la responsabilidad penal de quienes, desde el poder económico, impulsan la maquinaria de la barbarie.

En materia de tipicidad objetiva, tanto la jurisprudencia penal internacional general como la CPI coinciden en exigir la causalidad y un juicio de imputación normativa. Se descartan así, con fundamento dogmático, tanto las perspectivas que prescinden por completo del nexo causal como aquellas que, en una suerte de indulgencia analítica, se conforman con la mera vinculación fáctico-causal entre la contribución y el hecho delictivo. Con todo, en lo que respecta al plano causal, se ha argumentado que la financiación posee, sin lugar a dudas, una idoneidad suficiente para ser considerada una forma de asistencia causalmente relevante en los términos exigidos por la complicidad.

Sobre la atribución normativa, se concluye que dicha asistencia deberá ser, además, sustancial o significativa: una contribución de entidad suficiente para ser considerada relevante en el juicio de imputación en relación con el injusto generado. Esta exigencia puede satisfacerse atendiendo a diversas variables, entre las que destacan la magnitud del aporte económico, la naturaleza del crimen internacional implicado, el eventual efecto legitimador de la ayuda y, por supuesto, el perfil y el contexto de la entidad receptora de los fondos.

---

<sup>157</sup> LAUFHÜTTE, H., et al., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band 1*, cit., p. 2039; ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 214-16. RUEDA MARTIN, M. A., «De nuevo sobre la relevancia de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», cit., p. 54.

Se descarta, sin embargo, una interpretación de corte finalista que condicione la punibilidad a la demostración de que la financiación se dirigió específicamente a la comisión del delito. Tal exigencia, como se ha argumentado, resultaría no sólo impracticable en la mayoría de los casos, sino que vaciaría de contenido la función misma del instituto de la complicidad. Se ha abordado asimismo la doctrina de las conductas neutrales como eventual límite a la atribución normativa. Sin embargo, tras una revisión detenida de sus elementos objetivos y subjetivos, se concluye que dicha teoría no resulta aplicable en los supuestos aquí considerados.

Así pues, puede afirmarse –sin incurrir en extrapolaciones excesivas– que la financiación, bajo ciertos requisitos, puede encajar adecuadamente en el andamiaje jurídico de la complicidad. Para ello, deben concurrir dos elementos esenciales: (i) un nexo causal entre la aportación económica y el hecho principal, y (ii) una entidad suficiente de dicha contribución como para calificarla de sustancial o significativa. En síntesis, la posición aquí defendida se adscribe a una lectura normativista de la complicidad: más allá de una conexión causal elemental, la financiación sólo será penalmente relevante cuando constituya una contribución sustancial, entendida como aquella que crea o agrava de manera significativa el riesgo de comisión del crimen.

De este modo, se delimita con precisión el ámbito de la complicidad punible, excluyendo las intervenciones banales. La exigencia de una contribución sustancial opera, en este marco, como un tamiz analítico y estandarizador que permite distinguir al verdadero partícipe del simple tercero tangencial, evitando así la dilución del concepto de complicidad en la niebla de lo puramente circunstancial. En este sentido, la incorporación de criterios derivados de la teoría de la imputación objetiva –tales como la creación o intensificación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y su realización en el hecho típico– ofrece una vía prometedora para homogeneizar la valoración judicial de la ayuda financiera, dotando al sistema de mayor coherencia y previsibilidad.

En conclusión, quienes financian atrocidades masivas pueden y deben ser alcanzados por el *ius puniendi* internacional como cómplices, siempre que su intervención satisfaga los parámetros aquí expuestos. Estos estándares, razonablemente exigentes pero no utópicos, habilitan tanto la capacidad sancionadora como la vocación preventiva del DPI frente al fenómeno contemporáneo de la llamada complicidad empresarial en violaciones graves de derechos humanos. No se trata de criminalizar toda transacción comercial en contextos complejos, sino de distinguir con rigor aquellas que alimentan la violencia sistémica. Queda ahora en manos de la jurisprudencia de la CPI, los distintos tribunales domésticos y de la comunidad internacional en su conjunto consolidar estos criterios, dotarlos de seguridad y certidumbre jurídica, y cerrar, así, una de las grietas más inquietantes en la arquitectura de la responsabilidad penal contemporánea.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABRANTES, A. M., «Entre Neutralidade e Cumplicidade o Envolvimento de Agentes Económicos na Comissão de Crimes Internacionais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, núm. 26, 2016, pp. 77-133.
- AGUIRRE, D., y PIETROPAOLI, I., «Heightened Human Rights Due Diligence in Practice: Prohibiting or Facilitating Investment in Conflict Affected Areas?», *Journal of Human Rights Practice*, vol. 15, núm. 2, 2023, pp. 541-558.
- AKSENOVA, M., *Complicity in International Criminal Law*, Oxford (Hart Publishing), 2016.
- AMBOS, K., «¿Complicidad en crímenes internacionales mediante suministros (legales) de armas? Una contribución a los problemas de imputación en el marco de las cadenas de suministro», *Política criminal*, núm. 16(31), 2021, pp. 358-380.
- «International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law», *Criminal Law Forum*, vol. 29, núm. 4, 2018, pp. 499-566.
  - «Article 25: Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3ª ed., Múnich (Beck/Hart), 2016, pp. 979-1030.
  - «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2001 pp. 195-206.
- AMBOS, K., y NJIKAM, O., «Charles Taylor's Criminal Responsibility», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 789-812.
- ASHWORTH, A., «Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1998, pp. 461-472.
- ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, 4ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2003.
- BANTEKAS, I. «Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law». *International Criminal Law Review*, vol. 6, núm. 1, 2006, pp. 121-136.
- BARRERA-TRABOL, S. E., «Debida Diligencia según los Principios Regates de Naciones Unidas para Empresas y Derechos Humanos: Análisis de su Utilidad para Determinar la Infracción del Deber de Cuidado en el Juicio de Responsabilidad Civil», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 44, pp. 157-216.

- BARRIGA, S., y GROVER, L., «A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression», *American Journal of International Law*, vol. 105, núm. 3, 2011, pp. 517-533.
- BOGDAN, M., «General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations», *Nordic Journal of International Law*, vol. 46, núm. 1-2, 1977, pp. 37-53.
- BOHLANDER, M., *Principles of German Criminal Law*, Oxford (Hart Publishing), 2009.
- BOHOSLAVSKY, J. P., y RULLI, M., «Corporate Complicity and Finance as a “Killing Agent”: The Relevance of the Chilean Case», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 829-850.
- BURCHARD, C., «Regulating business with bad actors: aiding and abetting and beyond», *Texas International Law Journal*, vol. 50, núm. 3, 2015, pp. 404-464.
- CAMBRIDGE DICTIONARY, «“Financing” entry». Disponible en: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/financing>>. [Consultado el 29/05/2025].
- CASSEL, D., «Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence», *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, núm. 2, pp. 179-202.
- CASSESE, A., «Foreign Economic Assistance and Respect for Civil and Political Rights: Chile—A Case Study», *Texas International Law Journal*, vol. 14, núm. 2, 1979, pp. 251-263.
- CASSESE, A., y GAETA, P., *Cassese’s International Criminal Law*, 3ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2013.
- CEFO, E., «Corporate Human Rights Violations in the Occupied Palestinian Territories: Is There Any Recourse», *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, 2015, pp. 793-832.
- CIVIL RIGHTS DEFENDERS, «Trial Reports (Lundin Energy – Alex Schneider and Ian Lundin)». Disponible en: <<https://crd.org/tag/trial-reports-lundin/>>. [Consultado el 29/05/2025].
- CLAPHAM, A., «Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, núm. 5, 2008, pp. 899-926.
- CLAPHAM, A., y JERBI, S., «Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, núm. 3, 2000, pp. 339-349.

- CLARKSON, C. M. V., KEATING, H. M., CUNNINGHAM, S. R., *Clarkson and Keating's Criminal Law: Text and Materials*, London (Sweet & Maxwell) 2007.
- COCO, A. y GAL, T., «Losing direction: the ICTY Appeals Chamber's controversial approach to aiding and abetting in Perišić», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 345-366.
- COMMISSION ON HUMAN RIGHTS IN SOUTH SUDAN, «Entrenched Repression: Systematic Curtailment of the Democratic and Civic Space in South Sudan», 5 de octubre de 2023. Disponible en: <[https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/cohrsouthsudan/A\\_HRC\\_54\\_CRP.6\\_0.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/cohrsouthsudan/A_HRC_54_CRP.6_0.pdf)> [Consultado el 29/05/2025].
- CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., WILMSHURST, E. *An introduction to international criminal law and procedure*, 4ª ed., Cambridge (Cambridge University Press), 2019.
- DEGUZMAN, M., «Article 21», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, 3ª ed., Beck/Hart/Nomos, 2016, pp. 932-948.
- DEGUZMAN, M., *Shocking the Conscience of Humanity: Gravity and the Legitimacy of International Criminal Law*, Oxford (Oxford University Press), 2020.
- DELMAS-MARTY, M., «The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 13-25.
- EINARSEN, T., *The Concept of Universal Crimes in International Law*, vol. 14, Oslo (Torkel Opsahl Academic EPublisher), 2012.
- ESER, A., «Individual Criminal Responsibility», en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford (Oxford University Press), 2002.
- ESTRADA CUADRAS, A., «Intervención delictiva a través de las decisiones de órganos colegiados de la empresa: responsabilidad penal por comisión activa», *La Ley Compliance Penal*, núm. 4, 2021, pp. 1-29.
- EUROPEAN CENTRE FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, «Case Report (Lafarge in Syria: accusations of complicity in war crimes and crimes against humanity)». Disponible en: <<https://www.ecchr.eu/en/case/lafarge-in-syria-accusations-of-complicity-in-grave-human-rights-violations>>. [Consultado el 29/05/2025].

- FINNIN, S., *Elements of Accessorial Modes of Liability: Article 25 (3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court* (Vol. 38), Leiden (Martinus Nijhoff Publishers), 2012.
- FLETCHER, G. P., «The Fault of Not Knowing», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 3, núm. 2, 2002, pp. 265-282.
- «The theory of criminal liability and international criminal law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm. 5, 2012, pp. 1029-1044.
  - *Rethinking Criminal Law*, 1ª ed., Oxford (Oxford University Press), 1978.
- GALLAGHER, K., «Civil litigation and transnational business: an alien tort statute primer», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 745-767.
- GARDNER, J. «Complicity and causality», *Criminal Law and Philosophy*, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 127-141.
- GARROCHO SALCEDO, A. M., «Los límites humanitarios al comercio exterior de armas convencionales: algunos apuntes de su importancia para el derecho penal», *Política criminal*, vol. 18, núm. 35, 2023, pp. 246-284.
- GIL GIL, A., & MACULAN, E., «Current Trends in the Definition of ‘Perpetrator’ by the International Criminal Court: From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga Case to the Katanga Judgment», *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2, 2015, pp. 349-371.
- HART, H. L. A., y HONORÉ, A. M., *Causation in the Law*, Oxford (Clarendon Press), 1959.
- HEYER, A. K., *Grund und Grenze der Beihilfestrafbarkeit im Völkerstrafrecht: zugleich ein Beitrag zur Entwicklung eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts*, Institute for International Peace and Security Law, 2013.
- HUISMAN, W., KARSTEDT, S., y VAN BAAR, A., *The involvement of corporations in atrocity crimes*, en HOLÁ, B., NZITATIRA, H., y WEERDESTEIJN, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Atrocity Crimes*, Oxford (Oxford University Press), 2022.
- HUISMAN, W., y VAN SLIEDREGT, E., «Rogue Traders: Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 803-828.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, «Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes (vol. II)». Disponible en: <<https://www.icj.org/report-of-the->

international-commission-of-jurists-expert-legal-panel-on-corporate-complicity-in-international-crimes/> [Consultado el 29/05/2025].

INTERNATIONAL CRIMES DATABASE «Case Report (The Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven)». Disponible en: <<https://internationalcrimesdatabase.org/Case/3309/The-Public-Prosecutor-v-Guus-Kouwenhoven/>> [Consultado el 29/05/2025].

INTERNATIONAL JUSTICE MONITOR, «Case Update (Death of a Middleman Thwarts Blood Diamonds Case)», 5 de octubre de 2016. Disponible en: <<https://www.ijmonitor.org/2016/10/death-of-a-middleman-thwarts-blood-diamonds-case/>> [Consultado el 29/05/2025].

JACKSON, M., *Complicity in International Law*, Oxford (Oxford University Press), 2015.

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, Cizur Menor (Aranzadi/Civitas), 2016.

JESSBERGER, F., «On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 783-802.

JONAS, L. A., *Individual Criminal Responsibility for the Financing of Entities Involved in Core Crimes*, vol. 3, Leiden (Brill Nijhoff), 2021.

JONES, J., HELLER, K. y VAN SLIEDREGT, E., *Milestones in International Criminal Justice: Recent Legal Controversies at the UN Yugoslav Tribunal International Law Summary*, Chatham House, 16 de octubre de 2013.

KALECK, W., y SAAGE-MAAB, M., «Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and Its Challenges», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 699-724.

LAUFHÜTTE, H., RISSING-VAN SAAN, R., TIEDEMANN, K., *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Großkommentar): Band 1* (De Gruyter Recht), 2006.

LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La complicidad en el delito*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997.

MANSFIELD, J. H., «Causation in the Law – A Comment», *Vanderbilt Law Review*, vol. 17, núm. 2, 1963, pp. 457-524.

MEHTA, K., *Strategic Litigation and Corporate Complicity in Crimes Under International Law: A TWAIL Analysis*, New York (Routledge), 2024.

- MICHALOWSKI, S., «Doing business with a bad actor: How to draw the line between legitimate commercial activities and those that trigger corporate complicity liability», *Texas International Law Journal*, vol. 50, núm. 3, 2015, pp. 404-464.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, 10ª ed., Barcelona (Editorial Reppertor), 2016.
- MURMANN, U., «Problems of causation with regard to (potential) actions of multiple protagonists», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 283-294.
- O'KEEFE, R., *International criminal law*, Oxford (Oxford University Press), 2005.
- OHLIN, J. D., VAN SLIEDREGT, E., y WEIGEND, T., «Assessing the Control-Theory», *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, núm. 3, 2013, pp. 725-746.
- OLÁSOLO, H. y CARNERO, E., «Forms of Accesorial Liability under Article 25 (3) (b) and (c)», en STAHN C. (ed.), *The Law and the Practice of the International Criminal Court*, Oxford (Oxford University Press), 2015, pp. 557-591.
- OLÁSOLO, H., y CEPEDA, A. P., «The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakic Case», *International Criminal Law Review*, vol. 4, núm. 4, 2004, pp. 475-526.
- OLLÉ SESÉ, M., *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: De la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*, 1ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2019.
- OXFORD DICTIONARY, «“Financing” entry». Disponible en: <<https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=financing>>. [Consultado el 29/05/2025].
- PANTALEÓN DÍAZ, M., «Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón» en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, 2016, pp. 147-162.
- QUIJANO, G., y LÓPEZ, C., «Rise of mandatory human rights due diligence: a beacon of hope or a double-edged sword?», *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 241-254.
- RAIMONDO, F., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Brill Nijhoff), 2008.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Entrada de “financiar”». Disponible en: <<https://dle.rae.es/financiar>>. [Consultado el 29/05/2025].

- REGGIO, A., «Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Businessmen for Trading with the Enemy of Mankind», *International Criminal Law Review*, vol. 5, núm. 4, 2005, pp. 623-696.
- ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid (Marcial Pons), 2003.
- ROCADE AGAPITO, L., *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2012.
- ROXIN, C., *Strafrecht AT Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich (Beck), 2006.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, (De Gruyter Recht), 2006.
  - «Observaciones sobre la prohibición de regreso», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad Hoc*, III, núm. 6, 1997, pp. 19-44.
- RUGGIE, J. G., «Business and Human Rights: The Evolving International Agenda», *American Journal of International Law*, vol. 101, núm. 4, 2007, pp. 819-840.
- RYU, P. K., «Causation in criminal law», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 106, núm. 6, 1957, pp. 773-805.
- SAINT-GERMAN, M., «La Audiencia Nacional aprecia indicios de criminalidad en el caso ‘diamantes de sangre’», *Crónica Global*, 2 de octubre de 2024, disponible en: <[https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/20241002/la-audiencia-nacional-indicios-de-criminalidad-diamantes/890411043\\_0.html](https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/20241002/la-audiencia-nacional-indicios-de-criminalidad-diamantes/890411043_0.html)> [Consultado el 29/05/2025].
- SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch: Kommentar* 27. Aufl., Múnich (Beck), 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Asesinatos selectivos en la ‘guerra punitiva’ contra el terrorismo», *InDret*, Núm. 4, 2017, pp. 2-19.
- SIMESTER, A. P., & SULLIVAN, G. R., *Criminal Law: Theory and Doctrine* (Hart Publishing) 2010.
- SMITH, K. J. M., *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford (Clarendon Press), 1991.
- SOMO, «Case Report (Booking.com accused of laundering profits from Israeli war crimes in Palestine)» 23 de mayo de 2024. Disponible en: <<https://www.somo.nl/booking-com-accused-of-laundering-profits-from-israeli-war-crimes-in-palestine/>> [Consultado el 29/05/2025].

- STEWART, J., «Complicity», en DUBBER, M., y HÖRNLE, T. (eds.) *Oxford Criminal Law Handbook*, Oxford (Oxford University Press), 2014, pp. 534-559.
- TAN, Y., «The identification of customary rules in international criminal law». *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 34, núm. 2, 2018, pp. 92-110.
- THE LAW COMMISSION, *Consultation Paper No. 131. Assisting and Encouraging Crime. A Consultation Paper*, 2003.
- UN GLOBAL COMPACT, «Principio 2 (Comentario)». Disponible en: <<https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>>. [Consultado el 29/05/2025].
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS (Office of the High Commissioner), «Business and Human Rights in Challenging Contexts: Considerations for Remaining and Exiting», agosto de 2023. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/bhr-in-challenging-contexts.pdf>> [Consultado el 29/05/2025].
- VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford (Oxford University Press), 2012.
- *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, vol. 46, La Haya (TMC Asser Press), 2003.
- VENTURA, M., «Aiding and Abetting», en DE HEMPTINNE, J., ROTH, R. y VAN SLIEDREGT, E. (eds.), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge (Cambridge University Press), 2019, pp. 173-256.
- VEST, H., «Business leaders and the modes of individual criminal responsibility under international law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 851-872.
- «Humanitätsverbrechen - Herausforderung für das Individualstrafrecht?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, pp. 457-498.
- VIEIRA DA COSTA, P. L., y SCHOCH APARICIO, M. «El delito de incumplimiento de las sanciones internacionales y la Directiva (UE) 2024/1226, de 24 de abril», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 65, 2024, pp. 225-235.
- VILA MASCLANS, N., «El juicio más largo de la historia de Suecia: dos directivos acusados de complicidad en crímenes de guerra», 6 de septiembre de 2023. *Diari Ara*. Disponible en: <[https://es.ara.cat/internacional/europa/juicio-historia-suecia-directivos-acusados-complicidad-crimenes-guerra\\_1\\_4793525.html](https://es.ara.cat/internacional/europa/juicio-historia-suecia-directivos-acusados-complicidad-crimenes-guerra_1_4793525.html)>. [Consultado el 29/05/2025].
- VILLALBA LÓPEZ, N., «Responsabilidad penal del directivo empresarial por complicidad en violaciones de derechos humanos. El caso “Ford-Müller” en

Argentina», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 23, 2022, pp. 93-115.

WEIGEND, T. «How to Interpret Complicity in the ICC Statute», *James G. Stewart Blog*, 15 de diciembre de 2014. Disponible en: <<http://jamesgstewart.com/how-to-intepret-complicity-in-the-icc-statute>>. [Consultado el 29/05/2025].

WEISS, D., y SHAMIR, R., «Corporate Accountability to Human Rights: The Case of the Gaza Strip», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 24, 2011, pp. 155-183.

WESSELS, J. y BEULKE, W., *Strafrecht, allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau (Schwerpunkte)*, 2ª ed., Karlsruhe (CF Müller Verlag), 2008.

WOHLERS, W., «Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1999, pp. 169-174.

WOHLLEBEN, M., *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, München (Beck), 1996.



# OMISIÓN DE DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN: PRESUPUESTOS Y REMEDIOS\*

## PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTIES OMISSION: PREMISES AND REMEDIES

ALEJANDRO ARAQUE GARCÍA\*\*

**Resumen:** El Tribunal Supremo ha concretado las vías anulatoria y resarcitoria como alternativas para solventar la omisión de los deberes de información legalmente exigibles en la adquisición de productos financieros, descartando de plano el remedio resolutorio. Este trabajo pretende sistematizar esta respuesta jurisprudencial, comparándola con la doctrina que ha analizado el campo de la responsabilidad precontractual y sus consecuencias, a pesar de la falta de regulación positiva.

**Palabras clave:** responsabilidad precontractual, resarcimiento, anulabilidad, resolución.

**Abstract:** The Supreme Court has specified either annullability or damages as alternatives for overcoming the omission of the legally required information duties in the acquisition of financial products, dismissing outright the remedy of termination of the contract. This paper aims to systematise this jurisprudential response, comparing it with the doctrine that has analysed the field of pre-contractual liability and its consequences, despite the lack of positive regulation.

**Keywords:** precontractual liability, damages, annullability, termination.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. SUPUESTO DE HECHO: DEBERES DE INFORMACIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS; III. CONSECUENCIA JURÍDICA: DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL A LA ANULABILIDAD O RESARCIMIENTO; 1. Sistematización de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*; 2. Dualidad de vías: anulabilidad y resarcimiento; IV. EL DISCUTIDO Y DISCUTIBLE REMEDIO RESOLUTORIO; 1. Doctrina del Tribunal Supremo; 2. Tentativa de modificación en la STS 2 junio 2022; 3. Argumentos de *soft law*; 4. Argumentos doctrinales; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA.

---

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.003>

Fecha de recepción: 26/01/2025

Fecha de aceptación: 06/03/2025

\*\* Finalista en la modalidad Derecho Privado, Social y Económico de la XIV Edición del Premio Jóvenes Investigadores. Contratado predoctoral FPU, Derecho civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico: aaraque@uma.es, <https://orcid.org/0009-0008-6808-4673>. Este trabajo ha sido realizado en el marco de los proyectos de Generación de Conocimiento del MICINU, PID2023-148193NB-I00, denominado «Remedios contractuales en fase preliminar: nulidad, anulabilidad y responsabilidad extracontractual» ; y PID2021-124444NB-I00, denominado «Negocios jurídicos conexos en una economía de mercado».

## I. INTRODUCCIÓN

Desde principios de siglo, se ha promovido una amplia comercialización de instrumentos o productos financieros que ha tenido importantes consecuencias jurídicas. El Tribunal Supremo ha podido, en este sentido, pronunciarse a lo largo de los últimos doce años sobre algo hasta entonces poco planteado en la práctica de nuestro país: la infracción de deberes precontractuales en un contrato perfeccionado. La doctrina alemana se refiere a esta situación con el término contrato «desfavorable» (*ungünstiger Vertrag*), porque, seguramente, no se habría concluido o, al menos, se habría hecho con otras condiciones, si el perjudicado hubiera sido informado adecuadamente<sup>1</sup>.

El objeto de esta investigación es aprovechar la abundante jurisprudencia de productos financieros para analizar la respuesta del Tribunal Supremo. Por un lado, desde una perspectiva positiva, se han delimitado dos vías alternativas –anulabilidad y resarcimiento– para solucionar los problemas derivados de estos casos. Por otro, desde una perspectiva negativa, se ha declarado la imposibilidad de acudir a la resolución contractual del artículo 1124 CC<sup>2</sup>.

La estructura del trabajo consta de las siguientes partes. Primeramente, partiré de un supuesto de hecho común a los casos resueltos sobre esta materia, para incidir después en los deberes precontractuales de información y su evolución en la regulación positiva, especialmente en lo que al influjo de la Unión Europea se refiere. En segundo lugar, estudiaré las consecuencias jurídicas, tanto desde el plano teórico de la *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual, como de las vías seguidas por la jurisprudencia, ante la carencia de una solución concreta y directa en nuestro Código. Por último, desarrollaré los argumentos a favor y en contra del remedio resolutorio en este tipo de casos<sup>3</sup>. En particular, he considerado oportuno recurrir tanto a los textos de *soft law* más extendidos en nuestro

<sup>1</sup> LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 21. Auflage, München (Vahlen), 2023, § 8.14-15, también utiliza el término «desventajoso» (*nachteilig*).

<sup>2</sup> Para una temprana identificación de esta casuística y su interesante análisis jurídico, vid. RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Omisión de deberes de información en productos financieros: ¿un supuesto de responsabilidad precontractual sin nulidad?», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 5 de enero de 2021. Disponible en: <<https://almacendederecho.org/omision-de-deberes-de-informacion-en-productos-financieros-un-supuesto-de-responsabilidad-precontractual-sin-nulidad>>. [Consultado el 23/12/2024].

<sup>3</sup> Respecto al término de «remedios», señala MORALES MORENO, A. M., «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en: ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (coord.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona (Atelier), 2011, p. 402, que, pese a no tener «arraigo histórico en nuestro ordenamiento ni en la tradición jurídica continental, [...] tiene la ventaja de su flexibilidad [...]». Permite incluir tanto las pretensiones como los derechos potestativos». Creo, sin embargo, que debe limitarse su uso en el ámbito contractual para la exigencia del cumplimiento (arts. 1096 y 1124 II CC) y la declaración de la resolución (art. 1124 CC), ya que *stricto sensu* solo estas figuras «remedian» el incumplimiento, aunque en sentido diverso: aquella persigue la prestación debida *in natura*, mientras que esta pretende la desvinculación de las partes. La indemnización de daños y perjuicios, por el contrario, requiere un daño para poder resarcirlo (vid. III.2). Con todo, a mi juicio resulta más acorde con la redacción del Código referirnos a dichos medios de tutela del acreedor utilizando los términos de «acciones» o «pretensiones».

ámbito, como a las Propuestas de modificación de Código Civil (en adelante, PMCC), que reflejan de alguna forma el estado más actual de la cuestión. A ello añadiré las voces de la doctrina –minoritaria pero, no por ello, menos relevante– que abogan por un replanteamiento de la doctrina jurisprudencial, en tanto el Código no opte por la vía de la ineficacia o del incumplimiento.

## II. SUPUESTO DE HECHO: DEBERES DE INFORMACIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS

El elevado número de casos relacionados con la compraventa de productos o instrumentos financieros que el Tribunal Supremo ha analizado en casación durante la última década muestra una notable heterogeneidad, tanto objetiva como subjetiva<sup>4</sup>. En líneas generales, puede decirse que su esquema fáctico es el siguiente: un inversor contrata un producto financiero cualquiera, bien porque decide optar por esta vía de ahorro-rentabilidad, bien porque la entidad financiera se lo ofrece<sup>5</sup>. En ambas situaciones, sin embargo, el banco omite la información que legalmente le corresponde prestar antes de la adquisición del producto. Pasado un cierto tiempo, y, sin perjuicio de algún eventual desembolso positivo, el cliente se da cuenta de que el producto financiero arroja cuantiosas pérdidas y termina demandando al banco para recuperar su inversión<sup>6</sup>.

El núcleo de la cuestión litigiosa radica en la información a facilitar por la entidad financiera como elemento valiosísimo para todos los agentes que intervienen en una economía

---

<sup>4</sup> ESPLUGUES GARCÍA, J., «Algunas notas sobre los remedios frente al incumplimiento contractual en la comercialización defectuosa de productos financieros», en: MARTÍ MIRAVALLS, J. (coord.) y GONZÁLEZ CASTILLA, F. (dir.), *Contratación Empresarial y Derecho Privado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 796, cifra el total de casos en más de ciento ochenta. Una muestra significativa puede consultarse en CORPAS PASTOR, L., «Deberes de información de las entidades financieras», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, 2023, pp. 2523 y 2532-2533.

<sup>5</sup> Como afirma MARTÍN FABÁ, J. M., «Inexistencia de transacción y de renuncia a ejercitar la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de la entidad de su obligación de informar sobre los riesgos de un *swap*. Comentario a la STS 648/2022, de 6 de octubre», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 121, 2023 (consultada la versión *online*, no paginada), «esta doctrina se aplica no solo a los casos en que el producto adquirido conlleva una inversión [...], sino también cuando se contrata un *swap*, en el que propiamente no cabe hablar de una inversión de tal clase». Por el objeto de esta investigación, omitiré el interesante análisis de los variados productos financieros que encontramos en las sentencias relativas a esta materia. Para un análisis de los más comunes y su caracterización como productos financieros de alto riesgo, vid. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., «Comercialización de productos financieros complejos: responsabilidad por omisión de los deberes conductuales derivados de la buena fe», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 26, 2021, pp. 83-86.

<sup>6</sup> No es baladí recordar que todas las grandes corporaciones bancarias españolas han sido condenadas por el Tribunal Supremo a la restitución de prestaciones cobradas, al menos en lo que a contratos de *swap* se refiere, tal y como ha constatado RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos *swap*», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2018 (consultada la versión *online*, no paginada).

tan inmediata como la actual. En particular, para los inversores, supone poder conocer los posibles riesgos y beneficios y, en consecuencia, asumir un determinado nivel de incertidumbre respecto a la posibilidad de recuperar la cantidad invertida.

Jurídicamente, esto se traduce en los llamados deberes precontractuales de información, fundamentados en el principio general de informar, que se deduce de la buena fe (art. 7 CC)<sup>7</sup>. Como afirma Gómez Calle<sup>8</sup>,

«la buena fe genera deberes de conducta leal entre las partes, no solo en la ejecución del contrato –como expresamente establece el art. 1258 CC– sino también en la etapa previa a su celebración, integrando las previsiones legales sobre este punto».

En el ámbito de los productos financieros, la materia de los deberes de información –ya de por sí compleja, por la parquedad del Código Civil– parece *a priori* simplificada por su delimitación normativa, así como de las severas consecuencias de su contravención. En la práctica, sin embargo, esta simplificación no se materializa. La rápida evolución del sector bancario ha supuesto una continua ampliación y actualización de la regulación de los deberes de información; y, en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de su inobservancia, encontramos una remisión al ordenamiento interno de los Estados miembros para los efectos sobre los contratos específicos de los inversores perjudicados. El problema está en que, por la novedad del supuesto –infracción precontractual que afecta al contrato ya perfeccionado y que ha desplegado sus efectos– los ordenamientos nacionales carecen de una solución directa, como veremos para el caso de España.

El origen de la regulación positiva de los deberes de información se encuentra en la preocupación de la Unión Europea por la construcción de un mercado financiero único, materializada en un continuo impulso de concreción y actualización. Destaca así la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (comúnmente conocida como *MiFID*) que, principalmente, buscaba solventar la asimetría informativa entre los comercializadores de productos financieros y sus adquirentes<sup>9</sup>. No obstante, respecto a nuestro país, el Tribunal

<sup>7</sup> STS 20 enero 2014 [RJ 2014\781]. En el mismo sentido, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Bilbao (Universidad del País Vasco), 1989, pp. 253-254; CORPAS PASTOR, L., «Deberes de información de las entidades financieras», cit., p. 2528; y GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid (Tecnos), 1991, pp. 40-42.

<sup>8</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid (La Ley), 1994, p. 18.

<sup>9</sup> LÓPEZ ALONSO, L. & GUILLÉN MONGE, P., «Evolución legal en los deberes de conducta y de información en materia de contratación de productos de inversión», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017 (consultada la versión *online*, no paginada). Sin embargo, para un análisis de lo que califica como «evolución y fracaso del modelo de información general», vid. AGÜERO ORTIZ, A. *La evolución de la normativa de protección a los inversores y a los remedios aplicados a los contratos de inversión: de la ISD, Directiva 2003/71 y MiFID*

Supremo indicó que su incorporación al Derecho español «tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades [financieras] con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora»<sup>10</sup>. Así, ya el artículo 5 del Anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, recogía la necesidad general de informar a los clientes cuando pudiera ser relevante para la adopción de decisiones de inversión, así como su concreción material.

Con la trasposición de las previsiones *MiFID* mediante la Ley 27/2007, de 19 de diciembre, modificando la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV 1988), se impuso, por un lado, la categorización de clientes en profesionales o, en su defecto, minoristas (art. 78 bis); y, por otro, la catalogación de los servicios ofrecidos, según si podía apreciarse una relación de asesoramiento de la entidad financiera para con el cliente o, por el contrario, se trataba de una mera ejecución de las órdenes del inversor (art. 79 bis 5, 6 y 7)<sup>11</sup>. Con todo, la frontera de esta distinción resultaba, en ocasiones, algo vaga, por lo que el TJUE declaró que si la iniciativa parte de la entidad financiera, hay asesoramiento<sup>12</sup>.

Las anteriores categorías permiten entender la importancia de la información en el ámbito de los productos financieros. Las coordenadas subjetivas –quién invierte– y teleológicas –por qué ha decidido invertir–, condicionan los deberes de información exigibles. La ley recoge dos formas de proporcionar la información legalmente exigible: el test de conveniencia y el test de idoneidad (art. 79 bis LMV 1988)<sup>13</sup>. El primero se aplica cuando no hay un servicio que conlleve asesoramiento y consiste en valorar los conocimientos y experiencia del cliente. A partir de sus competencias en materia financiera, la entidad puede decidir si es capaz de comprender los riesgos que implica el instrumento. El segundo test opera cuando hay asesoramiento mediante recomendaciones por parte de la entidad y exige realizar un examen completo al cliente. Además del anterior test, por tanto, se hace un informe sobre la situación financiera del potencial inversor y sus objetivos de inversión para personalizar el servicio.

Esta configuración legal de la información a proporcionar, adolece, sin embargo, de una laguna legal. Se establece a quién y sobre qué se debe informar, pero no cómo. Gracias, no

---

a los nuevos estándares jurisprudenciales, *MIFID II*, *MIFIR*, *PRIIPS*, *Reglamento 2017/1129* y las circulares y órdenes españoles, Navarra (Aranzadi-Thomson Reuters), 2020, pp. 53-150.

<sup>10</sup> SSTS 16 septiembre 2015 [RJ 2015\5013] y 19 febrero 2018 [RJ 2018\539].

<sup>11</sup> LÓPEZ ALONSO, L. & GUILLÉN MONGE, P., «Evolución legal en los deberes de conducta y de información en materia de contratación de productos de inversión», cit. (consultada la versión *online*, no paginada). La regulación vigente a día de hoy se encuentra en el RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, TRLMV). Así, el art. 203 recoge las clases de clientes y los desarrolla en los preceptos siguientes; mientras que los arts. 213 y 214 condicionan los modos de proporcionar la información a los servicios que preste la entidad financiera.

<sup>12</sup> STJUE 30 mayo 2013 [TJCE 2013\142], caso Genil 48 S.L.

<sup>13</sup> Por todas, STS 20 enero 2014, FJ 8, [RJ 2014\781]. Los vigentes arts. 209 a 220 TRLMV recogen los deberes de información, la evaluación de la idoneidad (art. 213) y conveniencia (art. 214), además de otras obligaciones de conducta exigibles a las entidades que presten servicios y actividades de inversión.

obstante, a la abundante casuística que ha llegado en casación al Tribunal Supremo puede extraerse que las entidades financieras tienen una verdadera obligación activa –y no de mera disponibilidad– de proporcionar la información legalmente requerida con suficiente antelación y de forma clara, correcta, completa o suficiente y precisa<sup>14</sup>.

Estrechamente relacionado con lo anterior, también encontramos una delimitación negativa, es decir, supuestos en los que el Tribunal Supremo ha rechazado el cumplimiento o la justificación de la omisión de los deberes de información por parte de la entidad financiera. En efecto, estas entidades financieras han alegado, por ejemplo, la inclusión de condiciones generales en el contrato del producto financiero, el envío de correos electrónicos sobre su efectiva adquisición o evolución periódica, la disponibilidad de los empleados del banco para responder cuantas preguntas se les formularan o la simple remisión a la web de la entidad para consultar la información deseada<sup>15</sup>. En el mismo sentido, aunque refiriéndose al inversor perjudicado, se ha pretendido demostrar su conocimiento en la materia por ser empresario, poseer un patrimonio considerable, haber realizado algunas inversiones previas o hasta hacerse acompañar por un asesor laboral y contable. El éxito de estas alegaciones, sin embargo, ha sido escaso, pues el Tribunal Supremo ha declarado que ninguna de estas circunstancias permite enervar el hecho objetivo del incumplimiento del estándar informativo y, como consecuencia su respuesta jurídica, que paso a analizar<sup>16</sup>.

### III. CONSECUENCIA JURÍDICA: DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL A LA ANULABILIDAD O RESARCIMIENTO

Tras analizar el supuesto de hecho de la comercialización de productos financieros y destacar la relevancia de los deberes de información legalmente exigibles, corresponde avanzar hacia la solución o soluciones ante su contravención o infracción. Su construcción y delimitación se han visto facilitadas, en gran medida, por la fuerte coherencia doctrinal interna que encontramos en este ámbito, como ha destacado el profesor Rodríguez-Rosado<sup>17</sup>.

Veremos, en primer lugar, la construcción progresiva de la responsabilidad precontractual, así como su relativamente reciente importación a España. Asimismo, se examinará el creciente interés de nuestra doctrina en esta categoría, cuya influencia ha dejado su huella en la reciente PMCC 2023.

En segundo lugar, desarrollaré las vías que el Tribunal Supremo ha delimitado para estos casos de comercialización de productos financieros. Dado que nuestro Código Civil carece de un artículo expreso que aborde el supuesto de hecho infracción de deberes precon-

<sup>14</sup> SSTS 18 abril 2013 [RJ 2013\3387] y 16 septiembre 2015 [RJ 2015\5013].

<sup>15</sup> SSTS 12 enero 2015 [RJ 2015\608], 16 noviembre 2016 [RJ 2016\6302] y 19 febrero 2018 [RJ 2018\539].

<sup>16</sup> SSTS 18 abril 2013 [RJ 2013\3387] y 8 febrero 2021 [RJ 2021\410].

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos *swap*», cit. (consultada la versión *online*, no paginada).

tractuales en contratos perfeccionados, dice la jurisprudencia que puede procederse desde dos perspectivas: anulabilidad, desde la ineficacia del contrato; y resarcimiento contractual, desde su incumplimiento<sup>18</sup>. Lógicamente, ambas instituciones están pensadas para una tutela distinta, pero, a falta de una modificación legislativa, parece que el perjudicado debe seguir disponiendo de la opción para elegir una u otra<sup>19</sup>.

## 1. Sistematización de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*

La *culpa in contrahendo* viene a romper el esquema clásico que identificaba la solución jurídica en función del momento en que se producía el problema litigioso. Para cuestiones previas a la perfección del contrato, se recurría a la invalidez, mientras que para las posteriores, la vía era el incumplimiento.

Como explica la profesora Asúa González<sup>20</sup>, la construcción de lo que hoy conocemos indistintamente como responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* se hizo en tres etapas. La concepción originaria procede de Jhering –finales del siglo XIX, por tanto– y se refería exclusivamente al resarcimiento de quien sufre un contrato nulo mediante el término *culpa in contrahendo*. Poco después, Leonhard, bajo la expresión *Verschulden beim Vertragsschluss* (culpabilidad en la celebración del contrato), englobó aquellos supuestos en que, pese a la validez del contrato perfeccionado, podía existir responsabilidad por una previa violación de las obligaciones precontractuales. Finalmente, en 1914, Siber logra la confluencia de ambas expresiones para referirse al momento de la causa del daño cuya reparación se exige: antes de la perfección del contrato. A partir de ese momento ya se comienza a hablar de una única responsabilidad derivada de comportamientos lesivos durante la preparación del contrato, si bien la jurisprudencia alemana se demoró casi una década en la incorporación de dicha doctrina a sus sentencias<sup>21</sup>.

Por lo que respecta a nuestro Código, el silencio acerca de los eventos previos a la perfección del contrato puede explicarse por su redacción tardía a finales del siglo XIX, a imagen de otros textos legislativos civiles de nuestro ámbito cercano. No obstante, doctrina y jurisprudencia han identificado algunos pocos preceptos que, o bien se refieren expresa-

<sup>18</sup> Para un interesante análisis crítico de esta «jurisprudencia creativa y formalista» que lleva a una cierta inseguridad jurídica, vid. AGÜERO ORTIZ, A. *La evolución de la normativa de protección a los inversores y a los remedios aplicados a los contratos de inversión: de la ISD, Directiva 2003/71 y MIFID a los nuevos estándares jurisprudenciales, MIFID II, MIFIR, PRIIPS, Reglamento 2017/1129 y las circulares y órdenes españoles*, Navarra (Aranzadi-Thomson Reuters), 2020, pp. 324-325.

<sup>19</sup> BASOZÁBAL ARRÚE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 2, 2009, pp. 708-709; y FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales, el incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, núm.1, 2010, p. 125.

<sup>20</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, cit., pp. 25-29 y 40-48.

<sup>21</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 33.

mente a la fase precontractual, o bien son extrapolables a ella<sup>22</sup>. Para el primer caso, por ejemplo, el artículo 1270 II CC, relativo al dolo incidental, solo obliga a la indemnización de daños y perjuicios, mientras que el causal permite la anulación del contrato; y, para el segundo, el artículo 1902 CC configura un sistema de cláusula general de responsabilidad por acto ilícito, a falta de contrato<sup>23</sup>.

El interés doctrinal en nuestro país por la responsabilidad precontractual puede decirse que comienza a mediados del siglo pasado, si bien solo abordándola parcialmente y con especial énfasis en la ruptura de los tratos preliminares<sup>24</sup>. Serán las profesoras Asúa González y García Rubio quienes aporten una visión de conjunto, tanto desde el punto de vista comparado, como respecto a nuestro ordenamiento. A efectos de este estudio, interesa señalar la común opinión de estas autoras sobre la multiplicidad de clasificaciones dentro de la genérica categoría de la responsabilidad precontractual. La fase previa al contrato concita distintos y variados supuestos con la misma ubicación temporal<sup>25</sup>. Para este análisis he optado por seguir la división tripartita, que permite abarcar gran parte de los casos que han llegado a nuestros tribunales. Pueden así distinguirse la ruptura injustificada de las negociaciones, la responsabilidad por la declaración de invalidez de un contrato y la responsabilidad nacida de la violación de los deberes precontractuales cuando hay un contrato válido<sup>26</sup>.

En las dos primeras situaciones, la vía extracontractual parece clara y no necesita de una solución legislativa expresa, según opinión mayoritaria de la doctrina<sup>27</sup>. Para el tercer caso, sin embargo, se admiten soluciones tan dispares como la ineficacia y el incumpli-

<sup>22</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad precontractual», en: BLANCO MARTÍNEZ, E. y MORALES MORENO, A. M (coord.), *Estudios de Derecho de contratos*, Madrid (BOE), 2022, p. 363.

<sup>23</sup> Sin perjuicio de las discusiones doctrinales sobre la doctrina de la unidad de culpa y la yuxtaposición entre responsabilidad contractual y extracontractual.

<sup>24</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm.4, 2010, p. 1623. Una pequeña muestra la encontramos en los trabajos de ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad precontractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, 1971, pp. 859-922; o MANZANARES SECADES, A., «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 38, núm. 4, 1985, pp. 979-1010.

<sup>25</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, cit., p. 85.

<sup>26</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., pp. 93-94; y GARCÍA RUBIO, M. P. & OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret*, núm. 2, 2010, p. 33. Más recientemente, VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, Madrid (Reus), 2012.

<sup>27</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual)» en: PARRA LUCÁN, M. Á. (coord.), *Negociación y perfección de los contratos*, Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2014, p. 143; y PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad precontractual: propuestas para de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 3, 2011, p. 902, consideran que de nuestro sistema de cláusula general de responsabilidad extracontractual se deduce que no hay razón para recurrir al artificio al que recurren ordenamientos como el alemán para salvar la regla de la no resarcibilidad de los daños puramente patrimoniales que no han sido causados dolosamente.

miento<sup>28</sup>. Como la comercialización de productos financieros ha dado la ocasión al Tribunal Supremo para aplicar y consolidar la vía jurídica adecuada, me remito al siguiente apartado para su desarrollo.

El interés doctrinal respecto a la responsabilidad precontractual ha ido en aumento en los últimos años, hasta cristalizar en la PMCC 2023. Su antecedente de 2009, sin embargo, no abordó la materia directamente ni con la nitidez que se esperaba, como señaló la profesora García Rubio<sup>29</sup>. Sus artículos 1298 y 1300 recogen la posibilidad de seguir la vía anulatoria, bien por error, bien dolo, pero guardan silencio respecto a la posibilidad de solicitar la indemnización por la anulación de contrato, así como la compatibilidad, incompatibilidad o –lo que quizá sería más deseable– preferencia, respecto a los remedios al incumplimiento<sup>30</sup>.

La PMCC 2023, a diferencia de su antecesora, ofrece un marco más claro para la materia precontractual. Así, la sección primera del Capítulo II del Título II, de los contratos, se denomina «deberes precontractuales» y regula los casos de ruptura de las negociaciones

---

<sup>28</sup> VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, cit., pp. 244-245. Por lo general, los profesores ya citados suelen centrarse en la discusión de la naturaleza contractual (ASÚA GONZÁLEZ, BASOZÁBAL ARRÚE) o extracontractual (GARCÍA RUBIO, GÓMEZ CALLE, OTERO CRESPO, PANTALEÓN PRIETO) de la indemnización. Conviene destacar la propuesta del profesor PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad precontractual: propuestas para de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», cit., pp. 917 y ss., que considera que en este tipo de casos se debe «indemnizar a la otra parte en la medida necesaria para dejarla en la situación en la que se habría encontrado si, al tiempo de contratar, hubiera contado con la información debida o correcta». Los fundamentos de esta consideración se remontan a Jhering, que distingue dos términos para abordar la medida del cumplimiento: interés positivo y negativo. La primera se refiere a la situación en que el acreedor estaría, de haberse cumplido regularmente el contrato; mientras que la segunda define la situación en la que se encontraría de no haber contratado. Se encuentra muy extendido en la doctrina española el uso de estas expresiones para medir el resarcimiento, cuando, como sabemos, en nuestro ordenamiento, la acción de cumplimiento y la de daños y perjuicios, pese a ser compatibles y compartir algunos presupuestos, son autónomas y se refieren a una distinta tutela. Creo, por tanto, que puede haber un error de partida, si se habla en general de «interés», pretendiendo abarcar varios remedios, sin antes analizar los presupuestos de cada uno. Volviendo a los casos de productos financieros, el profesor Pantaleón Prieto ha propuesto dos subcategorías dentro de la medida del interés negativo para referirse a la categoría de responsabilidad precontractual que estamos desarrollando, es decir, la de contrato válido en el que concurre una infracción de deberes legalmente exigibles antes de su perfección. Por un lado, la medida del interés contractual negativo, que pondría al acreedor en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiera celebrado; y, por otro, la del interés contractual positivo, para ponerle en la situación en la que el acreedor se encontraría si el contrato se hubiera celebrado con términos y condiciones más favorables.

<sup>29</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad precontractual», cit., p. 385. En el mismo sentido, FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales, el incumplimiento», cit., p. 124, que encuentra este hecho sorprendente, dado el tratamiento por nuestros autores de la colisión del error y el incumplimiento a propósito del contrato de compraventa.

<sup>30</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad precontractual», cit., pp. 386-388; y «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», cit., p. 1642. Considero, no obstante, que la definición amplia de incumplimiento del art. 1188 PMCC 2009 permite abarcar estos casos de responsabilidad precontractual por violación de deberes legalmente exigibles antes de la perfección del contrato y, por ello, podría acudirse a los distintos remedios al incumplimiento.

(art. 1241), ruptura de la confidencialidad (art. 1242) y el incumplimiento del deber precontractual de informar (art. 1243 CC). Centrándonos en este último, por el objeto de este análisis, se reconoce el derecho del perjudicado a anular el contrato y a exigir indemnización de daños según lo previsto en las secciones segunda y cuarta del Capítulo VII del mismo título<sup>31</sup>. Además, el sistema se termina de delimitar reconociendo la compatibilidad entre los remedios de la nulidad y anulabilidad de los contratos y los fundados en el incumplimiento (art. 1309).

## 2. Dualidad de vías: anulabilidad y resarcimiento

En este apartado, abordaré la tercera categoría de la responsabilidad precontractual –dentro de la división tripartita antes mencionada– a través de los casos de contratos válidos de adquisición de instrumentos financieros, pese a (o además de) un previo incumplimiento de los deberes precontractuales de información<sup>32</sup>.

Nuestro Tribunal Supremo, partiendo de los indicios de la responsabilidad precontractual que hallamos en el Código Civil, ha delimitado dos vías como solución jurídica de los problemas precontractuales en contratos válidos: la anulatoria o la resarcitoria<sup>33</sup>. El origen de esta jurisprudencia puede situarse en la STS 20 enero 2014<sup>34</sup> y se deja a la elección del

---

<sup>31</sup> Se permite la anulación a la parte que «en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho», entendiéndose por esencial aquel error de «tal entidad que una persona razonable, en la misma situación que la parte contratante en error, no hubiera contratado o lo hubiera hecho en términos sustancialmente diferentes» (art. 1293). Simultáneamente, se reconoce el derecho a indemnizar el daño sufrido, por un lado, para poner a la parte legitimada, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato (art. 1306.1); y, por otra, aun manteniéndose el contrato (art. 1306.2 CC). No parece, sin embargo, haber diferencias entre la primera alternativa indemnizatoria y la restitución como efecto natural de la anulabilidad. Distinto es que se pretenda indemnizar los daños adicionales producidos por el error. El uso de la definición de interés negativo –que Jhering refería exclusivamente al cumplimiento, como hemos visto– para la indemnización paralela a la anulación, puede dar lugar a confusión, al menos en nuestro ordenamiento, donde los conceptos de cumplimiento y daño están suficientemente delimitados.

<sup>32</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la impropiedad de la resolución por incumplimiento contractual. Comentario a la STS 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 106, 2018, pp. 110-111, explica que la jurisprudencia descartó que «la consecuencia del incumplimiento de estos deberes de información y evaluación pudiera ser la nulidad de pleno derecho ex art. 6.3 CC del contrato realizado por contravención de norma imperativa, pues aquellos deberes no son normas que prohíban un determinado contenido contractual, sino normas que tratan de incidir en la correcta formación de voluntad, por lo tanto la contravención de estos deberes no supone traspasar los límites de la autonomía de la voluntad del art. 1255». Añade también que la apreciación de nulidad «traería consigo un indeseable automatismo, en virtud del cual, la omisión de la información o de la evaluación requerida en la forma prevista comportaría la ineficacia del contrato, con independencia de la trascendencia que hubiera tenido dicha omisión en la correcta formación de la voluntad».

<sup>33</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 39, califica estos indicios como «huellas» de la responsabilidad precontractual en el Código Civil.

<sup>34</sup> RJ 2014, 781.

demandante el seguir una u otra vía, según la tutela del interés concreto que pretenda, de acuerdo con su estrategia<sup>35</sup>. En la práctica, sin embargo, la caducidad de la acción de nulidad obliga a optar por el remedio indemnizatorio<sup>36</sup>. A continuación me referiré a ambas alternativas.

La anulabilidad por error vicio no constituye, según el Tribunal Supremo, una consecuencia automática o necesaria por el hecho de prestar información insuficiente o defectuosa. Más bien, puede presumirse cuando se haya omitido el test de información legalmente exigible, al incidir directamente en la excusabilidad del error. El vicio del consentimiento se produce, por tanto, por la falta de conocimiento sobre el producto contratado y sus concretos riesgos,

«que determina en el inversor una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deberes de informar [...], pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información»<sup>37</sup>.

Consecuentemente, si se logra demostrar que, pese a la omisión de la información legalmente exigible, el inversor sabía lo que contrataba, la opción de la anulabilidad por error vicio no será viable. Ya en el primer apartado mencioné las muchas circunstancias que, con escaso éxito, las entidades financieras han alegado para tratar de librarse de las consecuencias restitutorias de la acción de nulidad.

Junto a esta primera vía del error, cabe la alternativa igualmente relevante del resarcimiento, que se fundamenta en el artículo 1101 CC. Ante la carencia de una vía o tratamiento directos de la responsabilidad precontractual en el Código Civil, el Tribunal Supremo ha decidido situarla en sede contractual<sup>38</sup>. Puede decirse, en consecuencia, que ha contractua-

---

<sup>35</sup> No obstante, como reconoce BASOZÁBAL ARRÚE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», cit., p. 707, «en los supuestos de violación de obligaciones precontractuales de información en los que cabe apreciar error, existe a menudo cierta dificultad en determinar de antemano cuál es o debería ser el interés protegido: no haber contratado de haber conocido la información verdadera u omitida, o haber contratado con dicha información, lógicamente, en otros términos».

<sup>36</sup> Como recuerda la profesora FENOY PICÓN, N., *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos*, Madrid (BOE), 2023, 4.2: «aunque en el Código civil se emplea el término nulidad (arts. 1270 I, 1300, 1301, 1302 CC; 1265 CC), se trata de la acción de anulación o anulabilidad».

<sup>37</sup> SSTS 20 enero 2014, FJ 12, [RJ 2014\781], 7 julio 2014 [RJ 2014\3541], 19 febrero 2018 [RJ 2018\539].

<sup>38</sup> FENOY PICÓN, N., *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos*, cit., 4.3.2.1. Como indica ESPLUGUES GARCÍA, J., «Algunos criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de los remedios contractuales frente a la incorrecta comercialización de productos financieros», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 60, 2023, las consecuencias de la tutela otorgada por esta vía son: plazo de prescripción de cinco años, frente a los cuatro de caducidad de la acción anulatoria; y evitar la prueba del error que llevó a contratar y su carácter determinante para la contratación, que implica una mayor subjetividad que el sistema indemnizatorio. A modo de aclaración respecto del concepto «responsabilidad contractual», me ajustaré a su acepción clásica para referirme, exclusivamente, a la acción contractual resarcitoria del art. 1101 CC (vid. STS 28 mayo 2024 [JUR 2024\160593]).

lizado los deberes de información, diligencia y lealtad, a través del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7 CC)<sup>39</sup>.

Cabe ejercitar esta acción resarcitoria siempre que del incumplimiento de los deberes de información legales derive el perjuicio que se pretenda indemnizar, que se identifica con las pérdidas sufridas a partir de la inversión realizada. Incumplimiento, daño y nexo causal, por tanto, son los tres presupuestos exigidos para reconocer la indemnización.

En este sentido, puede citarse la STS 31 enero 2019<sup>40</sup>, que expresa claramente la relación entre los presupuestos de la acción resarcitoria y da la clave para aplicar el artículo 1101 CC a estos casos de productos financieros:

«debe haber una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. En el presente, el daño es la pérdida parcial del capital invertido en los reseñados bonos, determinada con sus respectivas liquidaciones. Estas pérdidas son la consecuencia natural del cumplimiento negligente del banco demandado».

Respecto al incumplimiento y al nexo causal, creo que, en ocasiones, el Supremo ha introducido cierta dosis de confusión al combinarlos. En varios casos se afirma que «el incumplimiento grave de los deberes exigibles [...] constituye el título jurídico de imputación de responsabilidad por los daños sufridos» o que «cabe atribuir al incumplimiento de los deberes [...], la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido»<sup>41</sup>. El incumplimiento, más bien, constituye, a mi juicio, la causa física o empírica del daño. Su causa jurídica (*rectius*, imputación), de acuerdo con la doctrina introducida en nuestro país por el profesor Pantaleón Prieto<sup>42</sup>, haría referencia, en su vertiente objetiva, a la posibilidad de ponerlo a cargo del deudor, puesto que no existe criterio alguno que lo impida; y, –añadiría yo– en su vertiente subjetiva, a la culpa o negligencia que acompaña al incumplimiento.

Respecto al perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, el inversor lógicamente deberá probar su cantidad concreta porque, sin daño, aunque con incumplimiento, no hay lugar a la indemnización<sup>43</sup>. La determinación del perjuicio no se limita al saldo negativo resultante

<sup>39</sup> GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, cit., pp. 18 y ss; y las SSTS 20 enero 2014 [RJ 2014\781] y 7 julio 2014 [RJ 2014\3541], se inclinan por la vía del art. 7 CC, que parece preferible a la alternativa de la integración del art. 1258 CC. En contra, BERROCAL LANZAROT, A. I., «Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento», *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS)*, núm. 12, 2018, p. 212.

<sup>40</sup> RJ 2019, 388.

<sup>41</sup> SSTS 18 abril 2013 [RJ 2013\3387] y 16 noviembre 2016 [RJ 2016\6302], respectivamente.

<sup>42</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, 1990, pp. 1561-1592.

<sup>43</sup> SSTS 14 febrero 2018 [RJ 2018\469], 20 diciembre 2019 [RJ 2019\5126] y 28 mayo 2024 [JUR 2024\160593]. Para MORALES MORENO, A. M., «¿Es posible construir un sistema precontractual de

de las pérdidas, sino que habrá que estar al efectivamente ocasionado, resultante de la computación de pérdidas y lucros producidos (art. 1106 CC)<sup>44</sup>. En otras palabras, podríamos decir, el neto<sup>45</sup>.

Esta regla de la *compensatio lucri cum damno*, sin embargo, como señala la profesora Quicios Molina<sup>46</sup>, encuentra su principal problema en su misma aplicación pues, por un lado, parece dudosa la conexión causal de los lucros y pérdidas compensables con el mismo hecho generador del daño, a saber, la infracción de los deberes precontractuales de información; y, por otro, por lo que respecta a una comprensión total del daño efectivamente producido.

La primera objeción, a mi juicio, podría solventarse a imagen de la argumentación del resarcimiento de los daños: si la causa del daño es la infracción de los deberes precontractuales legalmente exigibles, que ha provocado la contratación desfavorable de un producto financiero, también entendemos que la causa inmediata de los lucros es, lógicamente, el

---

remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», cit., p. 410, precisamente la falta de necesidad de probar el daño es una ventaja de la anulación como remedio de efecto sanatorio o indemnizatorio (*restitutio in integrum*).

<sup>44</sup> STS 14 febrero 2018 [RJ 2018\469]. El profesor ESPLUGUES GARCÍA, J., «Algunas notas sobre los remedios frente al incumplimiento contractual en la comercialización defectuosa de productos financieros», cit., pp. 802-803, ha formulado dos dudas muy interesantes relativas a esta cuantificación del daño. Por un lado, cuestiona el motivo por el que el Supremo realiza una compensación global de beneficios y pérdidas, en lugar de tener en cuenta cada producto individualmente; y, por otro, por qué no se considera todo el período en que se han tenido los títulos, sino solo uno concreto.

<sup>45</sup> Como excepción, puede mencionarse la interesante STS 17 noviembre 2020 [RJ 2020\4608], que según AGÜERO ORTIZ, A. «Limitación de la indemnización de daños y perjuicios por la contratación de un derivado implícito: no alcanza a todas las limitaciones netas abonadas. Comentario a la STS núm. 615/2020 de 17 noviembre (RJ\2020, 4608)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 116, 2021 (consultada la versión *online*, no paginada), es «la primera en ordenar una indemnización parcial que no alcanza el importe total neto de las liquidaciones abonadas por el cliente». Se aparta así de los precedentes que fijaban el *quantum* indemnizatorio en el importe neto, con el fundamento de que no se había informado, «exclusivamente, sobre el coste de cancelación del derivado y de su coste inicial negativo, de suerte que solo habría que indemnizar los daños causados por dicha omisión».

<sup>46</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., «Intereses legales debidos por la entidad bancaria en caso de incumplimiento del deber de información en contratos de adquisición de obligaciones subordinadas o participaciones preferentes. Comentario a la STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 387)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 111, 2019 (consultada la versión *online*, no paginada); y en «Incumplimiento de la obligación de información en preferentes y subordinadas: han de descontarse los rendimientos obtenidos por el cliente para valorar el daño indemnizable. Comentario a la STS de 21 de julio de 2020 (RJ 2020\2694)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 115, 2021 (consultada la versión *online*, no paginada). Conviene mencionar una de estas sentencias sobre productos financieros del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1276), en la que la profesora Quicios Molina ha identificado una desviación de la jurisprudencia homogénea de cuantificación del perjuicio sufrido, a pesar de haberse repetido en sentencias del mismo día: «es tal el barullo causado por tanta litigiosidad sobre productos financieros que [...] se permite al cliente retener las cantidades abonadas por Bankia como remuneración por las obligaciones subordinadas en concepto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos. [...] Así que este demandante, infatigable en sus reclamaciones, ha conseguido del Tribunal Supremo un premio innmerecido a tenor de su propia jurisprudencia».

mismo producto financiero y, de forma mediata, los deberes de información infringidos. El enlace causal, por tanto, no encontraría interrupción alguna en ninguno de los dos casos<sup>47</sup>.

La segunda objeción, por el contrario, se refiere a cuestiones que permanecen abiertas en la cuantificación del daño, como la controvertida y difícil prueba del lucro cesante. Considero que es admisible su resarcimiento, al haberse fundamentado esta vía en el artículo 1101 CC, sin perjuicio de la dificultad práctica de demostrar que se había hecho esperar una concreta rentabilidad por parte de la entidad financiera. Como ejemplo aislado en la jurisprudencia puede mencionarse la STS 15 febrero 2021, que parece abrir la puerta a su concesión, siempre que se acredite que la entidad financiera le hubiera hecho esperar al inversor un determinado rendimiento<sup>48</sup>.

No puede finalizar el análisis de estas vías anulatoria y resarcitoria sin referirnos a la diferencia entre la cuantía que el demandante pretende percibir y la que efectivamente recibe. En teoría, debería ser idéntica, pues las demandas de los perjudicados recurren a peticiones subsidiarias para recuperar la misma cantidad monetaria<sup>49</sup>. Sin embargo, los intereses que afectan a la pretensión no son idénticos y afectan a la condena monetaria. Pueden diferenciarse así, al menos, tres tipos de intereses, aparte los procesales (art. 576 LEC)<sup>50</sup>: intereses remuneratorios, cobrados por el cliente durante los años en que disfrutó del producto financiero; intereses del capital perdido que podrían haberse obtenido; e intereses moratorios, por impago de la indemnización debida. Por el juego de todos ellos, existen diferencias en las cuantías percibidas por el perjudicado. Centrándonos en el segundo tipo, la jurisprudencia establece que se deben desde la adquisición del producto financiero, si se ha admitido la acción de nulidad (art. 1303 CC) o desde la interpelación judicial, si se condena al deudor al resarcimiento por el daño fruto del incumplimiento.

<sup>47</sup> Sería, por tanto, aplicación del brocardo latino *causa causae est causa causati* (la causa de la causa es causa de lo causado). Vid. DE AQUINO, S. T., *Quaestiones disputatae* 3, 1.

<sup>48</sup> RJ 2021, 411. Sin embargo, ESPLUGUES GARCÍA, J., «Algunos criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de los remedios contractuales frente a la incorrecta comercialización de productos financieros», cit., considera que el Tribunal Supremo en esta sentencia, ni descarta, ni admite la admisión del lucro cesante. Por su parte, la profesora DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., «Comercialización de productos financieros complejos: responsabilidad por omisión de los deberes conductuales derivados de la buena fe», cit., p. 104, advierte que «en ningún supuesto es razonable que la cantidad indemnizatoria acumule no solo el capital invertido, deducidas las pérdidas, sino también las expectativas de ganancias que este sujeto se hubiese forjado sobre una creencia falsa ante la ausencia del cumplimiento o cumplimiento negligente del deber de información precontractual por el deudor de la misma».

<sup>49</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., «Incumplimiento de la obligación de información en preferentes y subordinadas: han de descontarse los rendimientos obtenidos por el cliente para valorar el daño indemnizable. Comentario a la STS de 21 de julio de 2020 (RJ 2020\2694)», cit. (consultada la versión *online*, no paginada).

<sup>50</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., «Intereses legales debidos por la entidad bancaria en caso de incumplimiento del deber de información en contratos de adquisición de obligaciones subordinadas o participaciones preferentes. Comentario a la STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 387)», cit. (consultada la versión *online*, no paginada).

## IV. EL DISCUTIDO Y DISCUTIBLE REMEDIO RESOLUTORIO

En este último epígrafe, abordaré la tercera vía de defensa a la que han intentado acudir los inversores cuyo patrimonio se ha visto mermado por la adquisición de productos financieros que no evolucionan como pensaban. Se trata de la acción resolutoria, que ha sido excluida por el Tribunal Supremo desde 2017, aunque por motivos que no quedan del todo claros, como explicaré en el primer apartado.

Seguidamente, me referiré a un caso que, sin duda, puede considerarse excepcional –STS 2 junio 2022<sup>51</sup>– al admitir la resolución en un supuesto relacionado con la adquisición de acciones en la conocida oferta pública de Bankia, en 2011. Por último, apoyándome en textos de *soft law* y en la doctrina que ha estudiado esta materia, analizaré los argumentos –tanto a favor como en contra– de esta acción del artículo 1124 CC para reconsiderar si esta vía es, cuando menos, posible; o, incluso, oportuna.

### 1. Doctrina del Tribunal Supremo

La imposibilidad de recurrir al remedio resolutorio en los casos de comercialización de productos financieros que estamos tratando se fija expresamente en la STS (Pleno) 13 septiembre 2017<sup>52</sup>. En ella, la demandante solicitaba la nulidad del contrato de depósito y administración que tenía con una entidad financiera y, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento de la demandada. En ambos casos, además, pedía la restitución recíproca de las prestaciones.

En primera instancia se admitió la petición resolutoria, al apreciarse la caducidad de la acción principal. La Audiencia Provincial, sin embargo, estimó el recurso de la entidad financiera demandada, al reconocer la experiencia inversora de la demandante, que, además, acudió a la entidad acompañada por una antigua empleada de la agencia de valores, solicitando expresamente la adquisición de unos concretos títulos. Se entendió, por tanto, que la inversora demandante había asumido conscientemente el riesgo asociado a la alta rentabilidad que ofrecían dichos productos financieros.

El Tribunal Supremo, en su respuesta al recurso de casación interpuesto por la inversora, constatando el «riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión», declara que su incumplimiento solo puede dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual. Considera así inconcuso, doctrinal y jurisprudencialmente, que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento

<sup>51</sup> RJ 2022, 4242.

<sup>52</sup> STS 13 septiembre 2017 [RJ 2017\3756]. BERROCAL LANZAROT, A. I., «Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento», cit., p. 211, considera la STS 13 julio 2006 [RJ 2016\3194] como precedente de esta doctrina jurisprudencial.

debe dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución del artículo 1124 CC. La pretensión fundada en un vicio del consentimiento, dice el Supremo, con base en jurisprudencia previa, debe formularse mediante una petición de anulabilidad y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento.

Se establece, así, que la vulneración de la normativa legal sobre el deber de información «puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria». La alteración en la formación de la voluntad se conecta con la fase precontractual, previa a la celebración del contrato, y no con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión. El ámbito jurídico de esta situación se halla así en la validez del contrato, por lo que el incumplimiento del deber de informar, «no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual». Quedó así fijada la jurisprudencia denegatoria de la resolución.

Como consecuencia de esta doctrina, pocos meses después, el Tribunal Supremo declaró asimismo que no cabe tampoco ejercitar la excepción de contrato no cumplido. Se trata de la STS 23 marzo 2018<sup>53</sup>, relativa a una permuta de tipos de interés. En este caso, la entidad financiera hizo uso de la facultad pactada para resolver anticipadamente el contrato, al no haber saldo suficiente en la cuenta bancaria asociada, reclamando así mismo la cantidad resultante a su favor<sup>54</sup>. El Tribunal Supremo, apoyándose en la STS (Pleno) 13 septiembre 2017<sup>55</sup>, declara:

«si el incumplimiento de los deberes de información no puede fundar una acción resolutoria, tampoco puede servir de fundamento a una excepción de contrato no cumplido. Además, por dicho incumplimiento el contrato no es nulo *per se*, sino que para anularlo habría que haber ejercitado por vía reconvenional la correspondiente acción de nulidad por error vicio del consentimiento».

---

<sup>53</sup> RJ 2018, 1487.

<sup>54</sup> Resulta interesante el hecho de que quien demanda es el banco, mientras que en la gran mayoría de casos sobre productos financieros es el inversor perjudicado el que acude a los tribunales. En primera instancia se estima su petición, pero la Audiencia Provincial, tras el recurso de los demandados, la revoca, al considerar que no se había informado suficientemente a los clientes sobre el producto financiero contratado. En consecuencia, el banco no podía alegar el incumplimiento de los clientes ni resolver de manera anticipada el contrato.

<sup>55</sup> RJ 2017, 3756.

## 2. Tentativa de modificación en la STS 2 junio 2022

La doctrina contraria a la vía resolutoria se ha mantenido homogénea hasta la fecha, salvo la excepción de la STS 2 junio 2022<sup>56</sup>, que fue vista por algunos como una oportunidad para enmendar la imposibilidad de acudir al remedio resolutorio<sup>57</sup>.

El litigio se fundamentó en la adquisición por casi veinte millones de euros de unas acciones de la oferta pública de Bankia para su salida a Bolsa (2011) por Disa Corporación Petrolífera S.A. El problema vino cuando el precio de las acciones se derrumbó poco después, ante la reformulación de cuentas del banco, la suspensión de su cotización y la solicitud de una inyección de capital de 19.000 millones de euros.

La entidad demandó a Bankia ejercitando, con carácter principal, acción de anulabilidad por error-vicio. Como ya había vendido parte de las acciones adquiridas, dividió la petición de restitución en dos: por un lado, el importe del precio satisfecho de las acciones que mantenía, más sus intereses; y, por otro, respecto a las ventas, el importe del precio entregado en el momento de su adquisición, más sus intereses, comprometiéndose a devolver el precio recibido en su posterior venta y el interés desde la fecha de dicha operación. Subsidiariamente, se ejercía la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al inversor de los artículos 38 LMV y 32 a 36 RD 1310/2005, de 28 de julio. Solicitaba así el pago del perjuicio sufrido en la venta de las acciones y la diferencia entre el precio abonado por las acciones que mantenía y el valor de cotización de las mismas en el momento en que se produjera el pago de la indemnización. Por último, también subsidiariamente, ejercía las acciones de los artículos 1101 y 1124 CC, para ser indemnizada por el menor importe recibido en la venta de las acciones, más los intereses desde la demanda, y para que se declarase el contrato resuelto por las acciones que mantenía, respectivamente.

En primera instancia se declaró la caducidad de la acción de nulidad y, sin pronunciarse sobre la primera petición subsidiaria, se desestimó la acción resolutoria, al no apreciar la existencia de un incumplimiento relevante. No obstante, se estimó la acción indemnizatoria del artículo 1101 CC, al apreciarse incumplimiento por la entidad bancaria de su deber de información. En consecuencia, se reconoció como daño resarcible la diferencia entre el precio pagado por el paquete de acciones que se vendió y el precio obtenido por la venta. La Audiencia Provincial, por su parte, estimó el recurso de Bankia y, revocando la sentencia anterior, la absolvió de toda responsabilidad, tras rechazar cada una de las pretensiones ejercitadas por la inversora.

---

<sup>56</sup> RJ 2022, 4242.

<sup>57</sup> También puede mencionarse la STS 9 septiembre 2014 [RJ 2014\4947], que admitió la resolución por las limitaciones del recurso de casación, planteado en términos de error y prescripción (*rectius*, caducidad), cuando lo decidido en la instancia había sido la resolución. El mismo Tribunal Supremo indica que se podría haber cuestionado la procedencia de este remedio pero, al hacerse en términos que no resultaban de aplicación respecto de la acción ejercitada, se desestimó el recurso de casación, confirmándose la resolución.

Recurrida en casación esta sentencia de segunda instancia, el Tribunal Supremo pudo pronunciarse sobre las distintas peticiones de la demanda. Me centraré, no obstante, en la responsabilidad contractual y la resolución, siguiendo el orden dentro de la sentencia. En primer lugar, el Supremo considera innecesario calificar la naturaleza de la indemnización como contractual, pues la regulación en la materia integra la información en el contrato como parte esencial de su objeto<sup>58</sup>. Más que derivar la acción indemnizatoria del artículo 1101 CC de una infracción de las obligaciones de información precontractual impuestas por la regulación del mercado de valores, le parece preferible fundamentarla en el incumplimiento de la obligación contractual de Bankia de entregar aquello a lo que se había comprometido como objeto de venta (art. 1461 CC).

Estrechamente vinculado con lo anterior, dado que la actuación de Bankia constituye una contravención o incumplimiento contractual, se desvirtúa la razón esencial de desestimación de la pretensión resolutoria en instancia, fundamentada en la naturaleza precontractual de la obligación. En consecuencia, se estima el motivo,

«toda vez que no cabe discutir el carácter esencial y grave del incumplimiento, lo que genera en el caso de las obligaciones recíprocas a favor de la parte contratante que sufre el incumplimiento la facultad de exigir la resolución del contrato».

El incumplimiento, según se desprende de la sentencia, afecta así a la prestación principal del contrato, pues

«Bankia se obligó a entregar acciones de una entidad sólida, saneada y solvente, con beneficios, cuando en realidad entregó acciones de una sociedad al borde de la insolvencia, [...] lo que frustró la finalidad de rentabilidad económica a que respondía el contrato, provocando una insatisfacción objetiva del inversor».

Poco después de esta sentencia, sin embargo, lo que parecía una modificación de jurisprudencia resultó ser un viraje pasajero. Casi tres semanas más tarde, la STS 21 junio 2022<sup>59</sup>—con el mismo ponente de la inicial STS 13 septiembre 2017, Excmo. Sr. Magistrado D. Pedro José Vela Torres, pero diferente al de la STS 2 de junio, Excmo. Sr. Magistrado D. Juan María Díaz Fraile—rechazó el remedio resolutorio. En la doctrina, como es natural,

<sup>58</sup> Dice así el Supremo: «no se trata de afirmar que la responsabilidad *in contrahendo* o precontractual [...] deba ser calificada como responsabilidad contractual y no extracontractual, sino, sin necesidad de realizar tal declaración, observar que en la realidad negocial propia y específica de las ofertas públicas de venta [...], la regulación legal y reglamentaria descrita comporta que las determinaciones y la información contenidas en el folleto [...] quedan integradas en el propio contrato como parte esencial de su objeto».

<sup>59</sup> Roj STS 4460/2022.

esto provocó una cierta perplejidad, porque parecía mantenerse en el aire la decisión del Tribunal Supremo sobre la alternativa a seguir<sup>60</sup>.

Desde el mes siguiente, no obstante, y hasta la fecha, la jurisprudencia que comenzó en 2017 se ha mantenido invariable<sup>61</sup>. La resolución, en definitiva, no es, para el Tribunal Supremo, una vía adecuada para canalizar los casos de comercialización de productos financieros con infracción de los deberes precontractuales de información.

### 3. Argumentos de *soft law*

Los textos de *soft law* no parecen excluir la resolución. Antes de profundizar en su justificación, sin embargo, debemos referirnos, aunque sea pormenorizadamente, a la configuración del sistema de remedios en el período previo a la perfección del contrato.

Pueden diferenciarse dos grupos. Mientras que los PECL y el DCFR establecen la compatibilidad de remedios de anulabilidad e incumplimiento, los Principios Unidroit optan por la jerarquía de los mismos<sup>62</sup>. El artículo 4:119 PECL admite que si puede ejercitarse alguna acción relativa a la validez del contrato, también podrá recurrirse a las acciones para el incumplimiento. En paralelo, el artículo II.-3:109 (4), en relación con el (2) DCFR indica que los remedios en caso de incumplimiento existen sin perjuicio de otra solución jurídica conforme al artículo 7:201, relativo al error<sup>63</sup>. En contraste con los dos textos anteriores, los Principios Unidroit, sin embargo, impiden anular el contrato por error si los hechos «otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento» (art. 3.2.4). En consecuencia, se opta por preferir estos últimos.

El recurso a la resolución parece, por tanto, sencillo de admitir en los tres textos recogidos, por su remisión general a los remedios por incumplimiento, sin excluir expresamente ninguno. Veamos cada uno de ellos.

Los artículos 4:103 –error esencial de hecho o de derecho– y 4:106 PECL –información incorrecta–, permiten exigir la anulación del contrato e indemnización en casos como el que venimos comentando<sup>64</sup>. Por su parte, en el campo del incumplimiento contractual, el artículo 9:301 PECL reconoce el derecho a resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Omisión de deberes de información en productos financieros (II): el Supremo abre una brecha en su jurisprudencia», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 25 de julio de 2022. Disponible en <<https://almacenederecho.org/omision-de-deberes-de-informacion-en-productos-financieros-ii-el-supremo-abre-una-brecha-en-su-jurisprudencia>>. [Consultado el 21/09/2024].

<sup>61</sup> Vid. las SSTs 19 julio 2022 [RJ 2022,3388], 22 noviembre 2023 [JUR 2023, 434234], 3 abril [JUR 2024,104186], 13 mayo [JUR 2024,153591] [JUR 22024,153593] y 28 mayo 2024 [JUR 2024,160593].

<sup>62</sup> BASOZÁBAL ARRÚE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», cit., p. 678.

<sup>63</sup> JEREZ DELGADO, C., *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid (BOE), 2015, pp. 83-84.

<sup>64</sup> No acabo de entender la diferencia entre el inciso sobre la indemnización, que también el art.1303 PMCC 2023 recoge, con la restitución, que es la consecuencia natural de la anulación contractual, especialmente

El artículo II.-7:201 DCFR permite a una parte anular el contrato por existir error de hecho o de derecho, pudiendo asimismo reclamar responsabilidad por los daños causados por haber confiado en una información errónea *ex* artículo II.-7:204. En lo que se refiere a la vía del incumplimiento, el artículo III.-3:502 permite resolver al acreedor que sufre un incumplimiento esencial del deudor en una obligación contractual.

Los artículos 3.2.1 y 3.2.2 Principios Unidroit recogen la definición del error y los requisitos para que constituya una causa de anulación del contrato; mientras que su artículo 7.3.1 permite a una parte resolver, si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra constituye un incumplimiento esencial.

Estos textos de *soft law* no excluyen, por tanto, el remedio de la resolución en los casos de incumplimiento precontractual, pero indirectamente condicionan su admisión a la esencialidad del incumplimiento (artículos 9:301 PECL, II.-3:502 DCFR y 7.3.1 PU). Ante el silencio de los PECL sobre la definición de tal concepto, considero que una interpretación analógica del error esencial exigido para anular, permite entender paralelamente el carácter esencial de la infracción precontractual de los deberes de información. El artículo III.-3:502 (2) ofrece dos alternativas para entender el incumplimiento esencial y, a mi juicio, parece encajar mejor en la b), al ser un incumplimiento imprudente que da al acreedor motivos para creer que no se puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor; aunque también la letra a) sería admisible, al privarse sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar del contrato. Por último el apartado segundo del artículo 7.3.1 Principios Unidroit recoge varias circunstancias que especifican el concepto indeterminado de «incumplimiento esencial» y en las que también la infracción precontractual de deberes de información parece encajar: privación a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato; carácter esencial, según el contrato, de la ejecución estricta de la prestación insatisfecha; y temeridad del incumplimiento.

#### 4. Argumentos doctrinales

La doctrina de nuestro país se encuentra dividida respecto a la admisión del remedio resolutorio en los casos de responsabilidad precontractual de contratos válidos con infracción de deberes de información. La mayoría respalda la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo, que comenté en el epígrafe primero de este apartado<sup>65</sup>. Otros, sin embargo, cues-

cuando se afirma que la finalidad es «poner a la parte contratante legitimada, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si no hubiera celebrado el contrato». Precisamente esa es la finalidad de la restitución. Distintos serán los *consequential losses* de los que habla la doctrina inglesa, paralelos y consecuencia del contrato anulado.

<sup>65</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I., «Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento», cit., p. 212; GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 254; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual. Comentario a la STS 13

tionan esta línea, ya sea por considerar insuficiente la argumentación del Supremo (Carrasco Perera, Martín Faba y Rodríguez-Rosado)<sup>66</sup>, o bien por admitirla, en general, en el análisis de la responsabilidad precontractual (Asúa González, Basozábal Arrúe y Gómez Calle)<sup>67</sup>.

Los argumentos que respaldan la solución jurisprudencial pueden resumirse en tres: ausencia del primer presupuesto de la resolución, es decir, que haya una obligación recíproca (contractual); dificultad para considerar esencial el incumplimiento de una obligación informativa; y riesgo de la automaticidad indeseable de la restitución consecuencia de la resolución. Dedicaré los siguientes párrafos a tratar de demostrar que la solidez de este triple fundamento, es, más bien, aparente.

Siguiendo a la doctrina alemana, conviene distinguir dentro de la relación contractual los deberes de prestación y de protección (*Leistungs- und Schutzpflichten*)<sup>68</sup>. En este contexto de comercialización de instrumentos financieros, mientras que el deber de prestación principal se refiere al producto de inversión adquirido, los deberes de información se encuadran dentro de los deberes de protección porque pretenden preservar los intereses del inversor<sup>69</sup>. Estos últimos, según ha entendido Tribunal Supremo, quedan integrados en el

---

septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)», cit., pp. 110-112. Destaca la opinión del profesor PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad precontractual: propuestas para de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», cit., p. 922, en cierta medida antecedente doctrinal de la jurisprudencia de 2017, pues se opuso a incorporar a nuestro ordenamiento la admisión alemana de la rescisión del contrato como resarcimiento en forma específica. Permitir resolver el contrato por incumplimiento, según este autor, «presupondría que efectivamente se hubiera producido un (esencial) incumplimiento del contrato por parte del infractor del deber precontractual de información [...]. Lo que a su vez presupondría que la falsa representación generada por aquél en la otra parte con su infracción debiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo».

<sup>66</sup> CARRASCO PERERA, Á., «Nulidad o resolución contractual como remedios en el incumplimiento de deberes de información en compra de productos financieros», octubre 2017. Disponible en: <<https://ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/nulidad-o-resolucion-contractual-como-remedios-en-elincumplimiento-de-deberes-de-informacion-en-compra-de-productos-financieros.pdf>>. [Consultado el 19/01/2025]; MARTÍN FABA J. M., «El incumplimiento de la obligación de informar sobre los riesgos de productos financieros sí tiene fuerza resolutoria», *Revista Centro de Estudios de Consumo*, 2017, pp. 1-4; y RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Omisión de deberes de información en productos financieros (II): el Supremo abre una brecha en su jurisprudencia», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 25 de julio de 2022. Disponible en <<https://almacenederecho.org/omision-de-deberes-de-informacion-en-productos-financieros-ii-el-supremo-abre-una-brecha-en-su-jurisprudencia>>. [Consultado el 21/09/2024].

<sup>67</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual)», cit., p. 166, NP 73; BASOZÁBAL ARRÚE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», cit., pp. 709 y ss.; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, cit., pp. 46 y ss.

<sup>68</sup> LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit.; § 1.10-21. A grandes rasgos, los primeros se dividen en principales (*Hauptleistungspflichten*) –que caracterizan la singularidad y tipo de la correspondiente relación obligatoria–; y accesorios (*Nebenleistungspflichten*) –referidos a los anteriores y que favorecen y propician su cumplimiento–. Los deberes de protección, por su parte, dependen del contenido de la relación obligatoria y su finalidad es proteger el interés de integridad del cocontratante.

<sup>69</sup> Por su parte, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 4.ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2024, § 18/4, considera el incumplimiento de deberes de información como cumplimiento defectuoso de una obligación accesoria del contrato que debe encuadrarse en la contravención al tenor de la obligación (art. 1101 CC *in fine*).

contrato perfeccionado *ex artículo 7 CC* o –como alternativa de la doctrina– el 1258 CC. Asimismo, tal es su valor, que la jurisprudencia ha afirmado –explícita o implícitamente– su «esencialidad» en varias sentencias (vid. SSTs 25 febrero y 16 noviembre 2016, 11 marzo 2020 y 24 marzo 2022<sup>70</sup>).

En estos casos, en definitiva, tenemos una obligación recíproca –comercialización de productos financieros–, con, al menos, un deber de prestación principal –el producto de inversión– y otros de protección –información–. En consecuencia, a mi juicio, los dos primeros argumentos contrarios a la resolución, antes mencionados, decaen.

Si lo que realmente se plantea es por qué admitir el remedio resolutorio cuando el objeto del incumplimiento debatido recae sobre un deber de protección, la cuestión es algo distinta. La doctrina alemana ya ha tenido ocasión de plantearse este problema. La ventaja, sin embargo, respecto a nuestro ordenamiento, es su § 324 BGB –resolución por un incumplimiento conforme al § 241 II BGB (deber de protección)–, a partir del cual su doctrina considera que no es razonable que el perjudicado solo pueda anular el contrato con independencia de la culpa en caso de lesión de los deberes de protección posterior a la celebración del contrato<sup>71</sup>.

La resolución en nuestro país se condiciona al llamado incumplimiento resolutorio –o, esencial–, es decir, aquel con una entidad suficiente como para permitir la desvinculación contractual de las partes. En los últimos años, la jurisprudencia ha venido reconociendo nuevos supuestos de hecho que encajan en este incumplimiento que permite la resolución, por lo que, a mi juicio podría también incluirse la infracción de deberes precontractuales de información. El nivel de detalle con que el Tribunal Supremo los desarrolla, sumado a la previa preocupación del legislador por plasmarlos, reforzarlos y actualizarlos continuamente, además de la gravedad de sus consecuencias –quizá más evidente por la vía del error<sup>72</sup>–, permiten constatar el carácter esencial de este incumplimiento.

<sup>70</sup> RJ 2016, 1514; RJ 2016, 6302; RJ 2020, 885; y RJ 2022, 1424. La primera de estas sentencias, por ejemplo, explica los elevados estándares de información que sobre determinados extremos –fundamentalmente, riesgos que se asumen al contratar los productos de inversión– han de dar las entidades financieras a los clientes, potenciales o efectivos. De forma contundente, afirma el Supremo: «no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza». En la doctrina, respecto al valor esencial de la información en los *swaps*, vid. AGÜERO ORTIZ, A. «Limitación de la indemnización de daños y perjuicios por la contratación de un derivado implícito: no alcanza a todas las limitaciones netas abonadas. Comentario a la STS núm. 615/2020 de 17 noviembre (RJ/2020, 4608)», cit. (consultada la versión *online*, no paginada) y la jurisprudencia en NP 19.

<sup>71</sup> LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 8.18, y la abundante doctrina a la que remite.

<sup>72</sup> En esta línea, MARTÍN FABÁ J. M., «El incumplimiento de la obligación de informar sobre los riesgos de productos financieros sí tiene fuerza resolutoria», cit., pp. 3-4, que sigue al profesor Carrasco respecto al solapamiento de las instituciones del error y del incumplimiento contractual, defiende la suficiencia del déficit de información para estimar tanto la acción de nulidad por error, como la resolución por incumplimiento.

Aun así, podríamos llegar al extremo de plantearnos si efectivamente estamos en el ámbito precontractual. De hecho, como hemos visto, el Tribunal Supremo ha decidido contractualizar los deberes de información, por lo que si entendemos que el ámbito de los contratos de productos financieros perfeccionados es el contractual, se facilitaría aún más la decisión en el sentido favorable de la resolución<sup>73</sup>. Ya se hace para el remedio resarcitorio del artículo 1101 CC, que requiere un incumplimiento contractual culpable o doloso que provoque un daño, además de un nexo causal entre ambos<sup>74</sup>. ¿Por qué, entonces, no habría de admitirse el remedio resolutorio, que no requiere culpa ni daño y se fundamenta en un incumplimiento de especial relevancia que el Tribunal Supremo va delimitando casi casuísticamente?

Volviendo a los argumentos contrarios a la resolución, nos queda por comentar el último, acuñado por el profesor Pertíñez Vílchez<sup>75</sup> para destacar

«la indeseable consecuencia, idéntica a la producida por una hipotética nulidad de pleno derecho *ex* artículo 6.3 CC, de la ineficacia automática del contrato por el mero incumplimiento de estos deberes, con independencia de cuál hubiera sido la incidencia que este incumplimiento hubiera tenido en la formación de la voluntad del inversor».

La vía anulatoria vimos que permitía demostrar a la entidad financiera que, pese a su efectivo incumplimiento de los deberes precontractuales de información, el inversor contaba con los conocimientos necesarios y, por tanto, su error era inexcusable. La vía resolutoria, por su parte, tampoco resulta automática, pues requiere de unos requisitos que no siempre se dan. No todo incumplimiento permite resolver a las partes, como hemos visto. Pero su

---

<sup>73</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Comentario artículo 1101 CC» en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 8070-8071. Esta autora afirma que «si el contrato se mantiene y la pretensión gira en torno a la insatisfacción del derecho de crédito, el fundamento, [...], habrá de ser contractual». En los casos de contrato válido señala que quizá será más apropiado el planteamiento de la cuestión en perspectiva contractual y, por tanto, de incumplimiento, si bien solo se pronuncia respecto de la acción resarcitoria. En idéntico sentido, pero admitiendo expresamente la resolución, vid. BASOZÁBAL ARRÚE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», cit., p. 709 y GARCÍA RUBIO, M. P. & OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», cit., p. 56. Por su parte, MARTÍN FABA J. M., «El incumplimiento de la obligación de informar sobre los riesgos de productos financieros sí tiene fuerza resolutoria», cit. pp. 2-3, considera que «en la fase en la que la entidad debe informar sobre los riesgos inherentes al producto el contrato financiero ya es perfecto pues la voluntad de las partes es manifiesta y ya están delimitados todos los elementos esenciales y accidentales del contrato».

<sup>74</sup> En este mismo sentido, ESPLUGUES GARCÍA, J., «Algunas notas sobre los remedios frente al incumplimiento contractual en la comercialización defectuosa de productos financieros», cit., p. 803 y MARTÍN FABA J. M., «El incumplimiento de la obligación de informar sobre los riesgos de productos financieros sí tiene fuerza resolutoria», cit. p. 3.

<sup>75</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual. Comentario a la STS 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)», cit., p. 111.

efecto, una vez cumplidos sus presupuestos, sí es automático y difícilmente permite la defensa de quien la sufre. Más que una desventaja, sin embargo, creo que precisamente esto sería un aliciente para que las entidades financieras cumplieran diligentemente el deber de información, y aún más si cabe, teniendo en cuenta la preocupación de parte de la Unión Europea respecto al papel de la información en la construcción del mercado único. Además de las sanciones administrativas incluidas en las directivas y reglamentos, normalmente se remite al ordenamiento nacional para las consecuencias respecto del contrato en particular. Si la jurisprudencia dejara claro que la resolución es posible en este ámbito –dado el silencio del Código–, podría fomentarse un mayor cumplimiento de los deberes de información por parte de las entidades financieras<sup>76</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1. La *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual ha ido ganando atención en nuestro país, especialmente por su impacto en el tráfico jurídico y económico. Dentro de la heterogeneidad de casos que encontramos, el supuesto de hecho más reciente en nuestros tribunales es la provocación de daños por la infracción de deberes precontractuales, sin perjuicio de la perfección del contrato.
2. Esta infracción, según ha delimitado el Tribunal Supremo en la última década, permite recurrir tanto a la alternativa anulatoria –siempre que la acción no estuviera caducada–, como a la resarcitoria por la vía contractual del artículo 1101 CC.
3. Tanto los PECL, como el DCFR reconocen esta dualidad de soluciones, que también ha recogido la PMCC 2023, haciéndose eco de los desarrollos doctrinales hasta la fecha. Sin embargo, tal vez fuera deseable optar por una jerarquía para reforzar la seguridad jurídica, a imagen de los Principios Unidroit, que priorizan los remedios al incumplimiento.
4. El Tribunal Supremo ha descartado el remedio resolutorio desde 2017 porque el incumplimiento del artículo 1124 CC debe referirse a la ejecución del contrato. En estos casos de productos financieros, sin embargo, el deber es anterior: el banco tiene que proporcionar determinada información antes de la perfección del contrato.
5. Parte de la doctrina sugiere un replanteamiento de esta solución, a la que, en la práctica, se llega por la vía resarcitoria. No se comprende por qué la omisión

---

<sup>76</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., § 21/16, afirma que, en el fondo, la solución del Tribunal Supremo de admitir la vía contractual resarcitoria opera como una resolución impropia mediante «un perfecto interés de cumplimiento bilateral neto con funciones indirectas de restitución resolutoria». Sin embargo, constata lo curioso de «cómo se llegó a explicar técnicamente el doble efecto restitutorio (deje de cuentas de títulos y descuento de frutos obtenidos) sin apelar a una técnica resolutoria».

que se considera contractual para el resarcimiento no lo es también a efectos de resolver el contrato.

6. Entre los argumentos que sustentan el razonamiento jurisprudencial, el relativo a la exclusión de la resolución para evitar la automaticidad de sus efectos resulta bastante sólido, en comparación con la simple presunción del error por la infracción de los deberes precontractuales.
7. Creo, sin embargo, que la contractualización de los deberes de información, la posibilidad de considerar su incumplimiento como esencial –en la línea de los textos de *soft law*–, así como la interpretación *a maiori ad minus* respecto del remedio resarcitorio, constituyen argumentos de peso para que el Tribunal Supremo reconsidere su postura sobre la resolución. Nuestro Código no la excluye, sino que deja abierta tanto la vía de la ineficacia como la del incumplimiento. Si concurren los presupuestos de esta pretensión, aunque no sea favorable para las entidades financieras, debe permitirse ejercitarla. De hecho, conviene para la construcción del mercado financiero único y la seguridad jurídica de los inversores.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. *La evolución de la normativa de protección a los inversores y a los remedios aplicados a los contratos de inversión : de la ISD, Directiva 2003/71 y MIFID a los nuevos estándares jurisprudenciales, MIFID II, MIFIR, PRIIPS, Reglamento 2017/1129 y las circulares y órdenes españoles*, Navarra (Aranzadi-Thomson Reuters), 2020.
- AGÜERO ORTIZ, A. «Limitación de la indemnización de daños y perjuicios por la contratación de un derivado implícito: no alcanza a todas las limitaciones netas abonadas. Comentario a la STS núm. 615/2020 de 17 noviembre (RJ\2020, 4608)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 116, 2021.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Bilbao (Universidad del País Vasco), 1989.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual)» en: PARRA LUCÁN, M. Á. (coord.), *Negociación y perfección de los contratos*, Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2014, pp. 139-168.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Comentario artículo 1.101 CC» en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 8059-8071.

- BASOZÁBAL ARRÚE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 2, 2009, pp. 647-712.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento», *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS)*, núm. 12, 2018, pp. 179-218.
- CARRASCO PERERA, Á., «Nulidad o resolución contractual como remedios en el incumplimiento de deberes de información en compra de productos financieros», octubre 2017. Disponible en: <<https://ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/nulidad-o-resolucion-contractual-como-remedios-en-el-incumplimiento-de-deberes-de-informacion-en-compra-de-productos-financieros.pdf>>. [Consultado el 19/01/2025].
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 4.<sup>a</sup> ed., Pamplona (Aranzadi), 2024.
- CORPAS PASTOR, L., «Deberes de información de las entidades financieras», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, 2023, pp. 2517-2533.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., «Comercialización de productos financieros complejos: responsabilidad por omisión de los deberes conductuales derivados de la buena fe», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 26, 2021, pp. 81-105.
- ESPLUGUES GARCÍA, J., «Algunas notas sobre los remedios frente al incumplimiento contractual en la comercialización defectuosa de productos financieros», en: MARTÍ MIRAVALLS, J. (coord.) y GONZÁLEZ CASTILLA, F. (dir.), *Contratación Empresarial y Derecho Privado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, pp. 791-804.
- ESPLUGUES GARCÍA, J., «Algunos criterios jurisprudenciales sobre la aplicación de los remedios contractuales frente a la incorrecta comercialización de productos financieros», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 60, 2023.
- FENOY PICÓN, N., *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos*, Madrid (BOE), 2023.
- FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales, el incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, núm.1, 2010, pp. 47-136.
- GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid (Tecnos), 1991.

- GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm.4, 2010, pp. 1621-1642.
- GARCÍA RUBIO, M. P. & OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret*, núm. 2, 2010, pp. 1-62.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «La responsabilidad precontractual», en: BLANCO MARTÍNEZ, E. y MORALES MORENO, A. M (coord.), *Estudios de Derecho de contratos*, Madrid (BOE), 2022, pp. 359-392.
- GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid (La Ley), 1994.
- JEREZ DELGADO, C., *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid (BOE), 2015.
- LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 21. Auflage, München (Vahlen), 2023.
- LÓPEZ ALONSO, L. & GUILLÉN MONGE, P., «Evolución legal en los deberes de conducta y de información en materia de contratación de productos de inversión», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017.
- MARTÍN FABÁ, J. M., «El incumplimiento de la obligación de informar sobre los riesgos de productos financieros sí tiene fuerza resolutoria», *Revista Centro de Estudios de Consumo*, 2017, pp. 1-4.
- MARTÍN FABÁ, J. M., «Inexistencia de transacción y de renuncia a ejercitar la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de la entidad de su obligación de informar sobre los riesgos de un *swap*. Comentario a la STS 648/2022, de 6 de octubre», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 121, 2023 (acceso online).
- MORALES MORENO, A. M., «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en: ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (coord.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona (Atelier), 2011, pp. 400-423.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva», en: *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, 1990, pp. 1561-1592.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Responsabilidad precontractual: propuestas para de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 3, 2011, pp. 897-930.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual. Comentario a la STS 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 106, 2018, pp.103-115.
- QUICIOS MOLINA, M. S., «Intereses legales debidos por la entidad bancaria en caso de incumplimiento del deber de información en contratos de adquisición de obligaciones subordinadas o participaciones preferentes. Comentario a la STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 387)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 111, 2019.
- QUICIOS MOLINA, M. S., «Incumplimiento de la obligación de información en preferentes y subordinadas: han de descontarse los rendimientos obtenidos por el cliente para valorar el daño indemnizable. Comentario a la STS de 21 de julio de 2020 (RJ 2020\2694)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 115, 2021.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos *swap*», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2018.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Omisión de deberes de información en productos financieros: ¿un supuesto de responsabilidad precontractual sin nulidad?», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 5 de enero de 2021. Disponible en: <<https://almacenederecho.org/omision-de-deberes-de-informacion-en-productos-financieros-un-supuesto-de-responsabilidad-precontractual-sin-nulidad>>. [Consultado el 23/12/2024].
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Omisión de deberes de información en productos financieros (II): el Supremo abre una brecha en su jurisprudencia», *Almacén de Derecho*, entrada de blog de 25 de julio de 2022. Disponible en <<https://almacenederecho.org/omision-de-deberes-de-informacion-en-productos-financieros-ii-el-supremo-abre-una-brecha-en-su-jurisprudencia>>. [Consultado el 21/09/2024].
- VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, Madrid (Reus), 2012.

# ¿DEBEN LOS ACREEDORES PERDONAR LAS DEUDAS A SUS DEUDORES? A VUELTAS CON LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO\*

SHOULD CREDITORS FORGIVE DEBTS TO THEIR DEBTORS? THOUGHTS ON DISCHARGE

CARLOS ASENSIO-WANDOSELL\*\*

**Resumen:** La exoneración del pasivo insatisfecho es un instituto jurídico que tiene una larga tradición en el *common law*, pero de escaso recorrido en el contexto europeo-continental. La doctrina de nuestro país, en general, ha valorado positivamente la incorporación del mecanismo, pese a su notable repercusión sobre ciertos principios vertebradores de nuestro derecho civil patrimonial. La mayoría de estos análisis han partido de un enfoque *ex post*, centrándose en cuestiones de equidad y aportando razones poco convincentes para sostener la adopción de tan poderoso mecanismo. En el presente trabajo nos proponemos abstraernos de esa tradicional lógica retrospectiva para analizar la liberación de deudas desde un enfoque *ex ante*, que nos va a permitir desentrañar si la exoneración constituye una solución eficiente. Para ilustrar esta metodología, ahondaremos en los principales efectos que *a priori* despliega la exoneración y examinaremos su configuración legal, atendiendo a las modificaciones que recientemente introdujo la Ley 16/2022. **Palabras clave:** exoneración del pasivo insatisfecho, segunda oportunidad, análisis económico del derecho, riesgo moral, insolvencia.

**Abstract:** The discharge is a legal institution with a long tradition in common law, but rarely implemented in our legal context. In general, the doctrine of our country has positively assessed the incorporation of this mechanism, despite its notable repercussion on certain fundamental principles of our patrimonial civil law. The authors of our country have mostly approached the study of discharge from an *ex post* view, focusing on fairness issues and providing unconvincing arguments for supporting the adoption of such a powerful mechanism. Throughout this paper we aim to analyze the discharge from an *ex ante* approach, which will help us determine whether the discharge is an efficient solution.

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.004>

Fecha de recepción: 31/01/2025

Fecha de aceptación: 08/04/2025

\*\* Contratado predoctoral en la Universidad Complutense de Madrid (casens01@ucm.es). Este trabajo mereció el primer premio en la modalidad de Derecho Privado de la XIV Edición del Premio Jóvenes Investigadores de la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.

Quisiera dejar constancia aquí de mi agradecimiento hacia la profesora Nuria Bermejo por su constante implicación durante la elaboración del presente trabajo, el cual nació de una pequeña propuesta de investigación realizada, bajo su supervisión, en el marco del máster de investigación jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. También, me gustaría expresar mi más sincera gratitud a mis directoras de tesis, las profesoras Isabel Fernández y Cristina Guerrero, así como a los profesores Pedro Portellano y Eva Recamán, por sus valiosas y generosas observaciones y comentarios. En todo caso, nótese que cualquier error u omisión del que pueda adolecer el presente trabajo resulta atribuible exclusivamente a su autor.

To show this methodology, we will study the main effects of discharge and examine its legal framework, considering the recent reform of our regulation by 16/2022 Act.

**Keywords:** discharge, fresh start, Law & Economics, moral hazard, bankruptcy.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE LA FIGURA; II. MARCO CONCEPTUAL; III. ENFOQUE PROPUESTO PARA EL ANÁLISIS; IV. ¿ES LA EXONERACIÓN UNA SOLUCIÓN EFICIENTE?; 1. Efectos positivos; A. *Reanudación de la actividad productiva del deudor*; B. *Reducción del déficit público*; C. *Crédito responsable*; D. *Distribución del riesgo de fracaso*; E. *Prevención ante situaciones de crisis económica o insolvencia*; 2. Efectos negativos; A. *Sobreendeudamiento, riesgo moral y costes de agencia de la deuda*; B. *Concursos en cadena y efecto llamada*; V. EL PRECIO DE LA EXONERACIÓN; 1. Consideraciones generales; 2. Configuración legal del mecanismo en el ordenamiento español; VI. CONCLUSIÓN; VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. ANTECEDENTES DE LA FIGURA

La exoneración del pasivo insatisfecho o *discharge* es una figura de larga tradición en el ámbito del *common law*. Su primer antecedente se sitúa a comienzos del siglo XVIII en Inglaterra, cuando el Parlamento introdujo una previsión que permitía la exoneración del deudor *honesto y cooperativo* que cumpliera con ciertos requerimientos –*the Statutes of Anne, c. 17*, de 1705<sup>1</sup>–. Otro hito importante en la evolución de la *discharge* fue la reforma de 1883, que modificó sustancialmente toda la regulación anterior en materia de quiebra e introdujo una nueva configuración legal del mecanismo, basada en la discrecionalidad y el control jurisdiccional<sup>2</sup>, sentando las bases del actual modelo inglés<sup>3</sup>.

En Estados Unidos, pese a la temprana incorporación de la *bankruptcy clause* en el articulado de la Constitución (*Article I, Section 8, Clause 4*)<sup>4</sup>, la implantación de la exo-

<sup>1</sup> La *discharge* fue resultado de la toma de conciencia por parte del legislador de que la responsabilidad ilimitada no redundaba en beneficio de los acreedores por cuanto habitualmente no implicaba una satisfacción íntegra de lo debido. En este sentido, LEVINTHAL, L. E., «The Early History of English Bankruptcy», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 67, núm. 1, 1919, pp. 19-21; TABB, C. J., «The historical evolution of the Bankruptcy Discharge», *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 65, 1991, pp. 333 y ss.

<sup>2</sup> Se le arrebató el poder de decisión a los acreedores para atribuirselo a los tribunales, que quedaron legitimados para decidir sobre el acceso a la exoneración y sobre la forma de obtención del beneficio. Incluso, se les investió de capacidad para decidir de oficio la suspensión y/o la revocación. En este sentido, TABB, C. J., «The historical evolution of the Bankruptcy Discharge», cit., p. 363; BOSHKOFF, D. G., «Limited, conditional and suspended discharges in Anglo-Americans Bankruptcy proceedings», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131, 1982, pp. 89-91.

<sup>3</sup> TABB, C. J., «The historical evolution of the Bankruptcy Discharge», cit., p. 363.

<sup>4</sup> Como señala WARREN, C., *Bankruptcy in United States History*, 2.ª ed., Washington D.C. (Beard Books), 1999, pp. 3-49, el tema de la quiebra no se consideró en la Convención federal de 1787 hasta una fecha muy tardía, el 29 de agosto, tras la proposición de Charles Pickney –representante de Carolina del Sur– de incorporar una cláusula que permitiera el establecimiento de leyes federales sobre la quiebra. La cláusula fue adoptada el 3 de septiembre de 1787, con la única oposición de Roger Sherman –representante del Estado de

neración se demoró hasta 1898. Tras varios intentos fallidos<sup>5</sup>, el Congreso logró la aprobación de la *Bankruptcy Act* de 1898 –también denominada *Nelson Act*– y estableció una regulación federal permanente de la quiebra<sup>6</sup>. Esta Ley dispensó un tratamiento específico a la *discharge* y adoptó una clara orientación *pro-debtor*, que condicionó el devenir de la política del *fresh-start* en el ordenamiento estadounidense, distanciándolo claramente del modelo inglés<sup>7</sup>.

En el ámbito del *civil law*, la introducción del mecanismo ha sido, comparativamente, reciente. Dinamarca fue el primer ordenamiento continental que introdujo la exoneración, en el año 1984<sup>8</sup>. Hubo que esperar hasta finales de la década de los ochenta para que alguno de los ordenamientos de nuestro entorno adoptase el mecanismo. Así pues, en el año 1989, en el ordenamiento francés se promulgó una ley –la denominada Ley *Neiertz*<sup>9</sup>– que abordó específicamente el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, estableciendo procedimientos colectivos especiales de reestructuración de deuda que podían finalizar, según el caso, con una liberación de las deudas pendientes<sup>10</sup>.

---

Connecticut–. Incluso, James Madison se pronunció a favor de la inclusión de dicha cláusula, debido al efecto preventivo que desplegaría frente eventuales fraudes interestatales, en *The Federalist* (No. 42).

<sup>5</sup> A comienzos del siglo XIX, se aprobó la primera *Bankruptcy Act*, que estuvo vigente solo durante tres años (1800-1803); hubo que esperar hasta 1841 para que se aprobase una nueva *Bankruptcy Act*, que nuevamente resultó derogada dos años después (1841-1843); y, por último, en 1867 se aprobó la tercera Ley federal de quiebras, que perduró once años (1867-1878). Sobre la cuestión véase, WARREN, C., *Bankruptcy in United States History*, cit., pp. 49-95.

<sup>6</sup> La Ley de 1898 fue reformada décadas después por la *Chandler Act* de 1939 y, finalmente, resultó derogada en el marco de la reforma de la quiebra del año 1978, que estableció el actual *Bankruptcy Code* –que también experimentó relevantes modificaciones en materia de *discharge* en el año 2005–.

<sup>7</sup> Como señala TABB, C. J., «The historical evolution of the Bankruptcy Discharge», cit., p. 364, se produjo una ruptura respecto del derecho inglés y se introdujo un mecanismo de exoneración autónomo, emancipado de la voluntad de los acreedores y sometido a un control judicial mínimo. En palabras de TABB, este fue el germen de la orientación *pro-debtors* que caracterizó –y caracteriza– la política de *discharge* en Estados Unidos. Para una comparativa entre ambos modelos, véase BOSHKOFF, D. G., «Limited, conditional and suspended discharges in Anglo-Americans Bankruptcy proceedings», cit., pp. 75 y ss. También, puede verse: WHITE, L. H., «Bankruptcy as an economic invention», *Journal of Libertarian Studies*, vol. 1, núm. 4, 1989, pp. 282 y ss.; SKEEL, D. A., *Debt's Dominion. A History of Bankruptcy Law in America*, Nueva Jersey (Princeton University Press), 2001, pp. 23 y ss.

<sup>8</sup> SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», tesis doctoral, Universidad Jaume I de Castellón, 2017, p. 43. Disponible en: <<https://www.tdx.cat/handle/10803/403438#page=1>>. [Consultado el 05/05/2024].

<sup>9</sup> Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

<sup>10</sup> A efectos de profundizar sobre el tema, véase CANDELARIO MACÍAS, M. I., «El nuevo derecho francés en materia de quiebras», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 22, 1996, especialmente, pp. 1257 y ss.; más recientemente, SAINT-ALARY-HOUIN, C., «El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia», en: CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur Menor (Aranzadi), 2009, pp. 401 y ss.; y SENENT MARTÍNEZ, S., «Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores», tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, pp. 274 y ss. Disponible en: <<https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/2ed6ed36-a4ca-4ea1-97b9-5ec07898a444/content>>. [Consultado el 13/06/2024].

En Alemania, no fue hasta el año 1999, con la entrada en vigor de la Ley de Insolvencia de 1994 (*Insolvenzordnung*, en adelante, InsO<sup>11</sup>), cuando se incorporó una figura próxima a la exoneración de las deudas pendientes –*Restschuldbefreiung*–. El legislador alemán se alejó conscientemente de la orientación *pro-debtor* del modelo estadounidense y optó por una configuración legal más restrictiva<sup>12</sup>.

Siguiendo la estela del legislador alemán, otros países como Italia<sup>13</sup> y Portugal<sup>14</sup> acogieron, algunos años más tarde, la exoneración como posible solución ante el cada vez más acuciante problema de la insolvencia de las personas físicas. En nuestro ordenamiento, el primer intento de establecer mecanismos exoneratorios *ex lege* se postergó hasta el año 2013, como veremos después.

Esta acusada discordancia temporal entre el sistema anglosajón y el continental –a la hora de incorporar la *discharge*– parece responder, a nuestro entender, a una auténtica divergencia sociocultural. En particular, nos referimos a la distinta concepción del fracaso empresarial<sup>15</sup> y al componente de culpabilidad que tradicionalmente ha caracterizado a

<sup>11</sup> Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994.

<sup>12</sup> Como es sabido, en el ámbito jurídico europeo, Alemania despliega una notable influencia sobre los ordenamientos de su entorno, por lo que la introducción de la exoneración fue clave para el desarrollo del mecanismo en el contexto europeo. Sobre las particularidades de la *Restschuldbefreiung*, véase ZABALETA, M., «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho Concursal Alemán», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I., Madrid (Marcial Pons), 2005, pp. 888-910; también, SCHMIDT, K., «El Derecho Alemán. Una comedia de equivocasiones», en: CUENA CASAS, C. y COLINO MEDIÁVILLA, J. L. (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Madrid (Civitas), 2009, especialmente, pp. 419 y ss.

<sup>13</sup> En Italia, se implantó la denominada «*esdebitazione*» a raíz de la reforma de la Ley concursal –*legge fallimentare*– que introdujo el Decreto legislativo n.º 5/2006. Véase, PANZANI, L., «L'esdebitazione», en: CAGNASO, O. y PANZANI, L. (dirs.), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milán (Giuffrè), 2016, pp. 660 y ss.; recientemente, VATTERMOLI, D., «La esdebitazione en la legislación italiana sobre insolvencia», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 11, 2023, pp. 243-261.

<sup>14</sup> En Portugal, el mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho –*exoneração do passivo restante*–, se integró en la normativa concursal –*Código da insolvência e da recuperação de empresas*– en el año 2012. A mayor abundamiento, véase CARVALHO, A., «La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, pp. 379-394; y FERREIRA, A., «La insolvencia de los consumidores en el Derecho positivo español y portugués. Retrato de una reforma inacabada», tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, pp. 501-540. Disponible en: <[https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/115562/DPP\\_FerreiraCola%E7odaConcei%E7aoAF\\_LaInvolenciadelosConsumidores.pdf;jsessionid=4A66A76301A80CA21F72D1ACEE706917?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/115562/DPP_FerreiraCola%E7odaConcei%E7aoAF_LaInvolenciadelosConsumidores.pdf;jsessionid=4A66A76301A80CA21F72D1ACEE706917?sequence=1)>. [Consultado el 20/10/2024].

<sup>15</sup> En los países anglosajones, de fuerte impronta liberal, rige la máxima *The right to fail and to start over again*. Una buena representación de esta distinta concepción del fracaso es, como señala, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *El concurso de la persona física y el beneficio de la segunda oportunidad*, Madrid [La Ley], 2021, p. 19, el hecho de que en EE.UU. cinco presidentes de la nación hayan tenido que acogerse, en distintos momentos de la historia, a procedimientos de reestructuración de deudas –entre ellos destacan Abraham Lincoln y el actual presidente Donald Trump–. Lo cual pone de manifiesto que en la cultura norteamericana el fracaso empresarial no constituye algo intrínsecamente negativo.

la noción de deuda en los países de tradición latina<sup>16</sup>. Si bien es cierto que en las últimas décadas se observa, a nivel europeo, una clara evolución de la disciplina de la insolvencia, que está dejando atrás esa tradicional lógica sancionatoria<sup>17</sup>. En este punto, ha sido fundamental el papel de las instituciones europeas que, tras la grave crisis financiera del 2008, impulsaron un nuevo modelo. El primer paso fue la Recomendación 2014/135/UE<sup>18</sup>, que promovió el establecimiento de procedimientos de reestructuración y sistemas de segunda oportunidad<sup>19</sup>. Más adelante, se aprobó la Directiva (UE) 2019/1023 que claramente prologó esa misma tendencia<sup>20</sup>.

También, hemos de tomar en consideración algunas de las iniciativas desarrolladas en el ámbito de la cooperación internacional. A estos efectos, cabe destacar la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia<sup>21</sup>, que ya en el 2004 recomendaba la adopción de mecanismos de exoneración que permitiesen la rehabilitación de los deudores personas físicas<sup>22</sup>. El Banco Mundial continuó algunos años más tarde la senda abierta por UNCITRAL, con su proyecto sobre «*Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force*»<sup>23</sup>, que constituyó un documento de gran relevancia para el análisis de las distintas soluciones a la insolvencia de las personas físicas<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> A estos efectos, NUZZO, G., «Il debito e la Storia: Dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza», *Revista del Diritto Commerciale*, núm. 1, 2017, pp. 90 y ss., ha realizado un análisis etimológico del término «deuda» en las distintas lenguas indoeuropeas y ha observado que en todas ellas está asociada a los términos «pecado» o «culpa». Sorprendentemente, el caso paradigmático es el de la expresión en alemán *Schuld*, pues entre sus múltiples acepciones figuran tanto deuda como culpa. Puede verse, también, STIMILLI, E., *Deuda y Culpa*, Barcelona [Herder], 2020, pp. 207 y ss.

<sup>17</sup> Sobre el nuevo paradigma en materia concursal y preconcursal que impulsó la UE, sobre todo a partir de la Recomendación de 2014, véase PULGAR EZQUERRA, J., «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español», en: MORILLAS, M., PERALES VISCASILLAS, P. y PORFIRIO CARPIO, L.J. (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, Madrid (Servicio de Publicaciones de la Universidad Carlos III), 2015, pp. 253-268.

<sup>18</sup> Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (Texto pertinente a efectos del EEE) (2014/135/UE).

<sup>19</sup> Según consta en la Recomendación, dichos procedimientos debían buscar la reanudación efectiva de la actividad productiva de los empresarios individuales «honrados» que estuvieran incurso en situación de insolvencia. Se utiliza la expresión «honrados», aunque no se concreta su significado. En la redacción en inglés se utilizó el adjetivo *honest*.

<sup>20</sup> Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

<sup>21</sup> Disponible en: <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf)>. [Consultado el 27/05/2024].

<sup>22</sup> Así lo establecen las recomendaciones 194, 195 y 196 de la mencionada Guía.

<sup>23</sup> Se encuentra disponible en: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/668381468331807627/pdf/771700WP0WB0In00Box377289B00PUBLIC0.pdf>>. [Consultado el 27/05/2024].

<sup>24</sup> Se puede encontrar una aproximación al contenido del proyecto en SENENT MARTÍNEZ, S., «Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores», cit., pp. 248 y ss.

En el ordenamiento jurídico español, como se ha señalado, hubo que esperar hasta la reforma de la Ley Concursal<sup>25</sup> —en adelante, LC—, operada por la Ley 14/2013<sup>26</sup>, para que se incorporase la entonces denominada «remisión de las deudas insatisfechas» que, en cualquier caso, tuvo escasa virtualidad práctica debido al carácter restrictivo del régimen previsto<sup>27</sup>. En el año 2015, el legislador afrontó nuevamente la cuestión y se dictó el Real Decreto Ley 1/2015<sup>28</sup>, que introdujo, tras su pertinente convalidación, el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178 bis LC). De nuevo, se trataba de un régimen poco satisfactorio que resultaba en un agravio comparativo con respecto a los ordenamientos de nuestro entorno. Finalmente, la Ley 16/2022<sup>29</sup> volvió a modificar la regulación de este instituto jurídico, en el marco de la transposición de la antes mencionada Directiva 2019/1023, estableciendo el que hasta la fecha constituye el régimen más completo en materia de exoneración y que será analizado con el detenimiento oportuno más adelante (*infra* VI).

## II. MARCO CONCEPTUAL

En general, la mayoría de los países que han incorporado la *discharge* recogen su régimen jurídico dentro de la legislación concursal<sup>30</sup>, pues, como tendremos ocasión de analizar (*infra* V), el acceso a la exoneración suele quedar supeditado a la liquidación patrimonial previa del deudor; y, a estos efectos, el concurso normalmente constituye la vía liquidatoria más apropiada. No obstante, debemos distinguir netamente el procedimiento concursal y el instituto de la exoneración de deudas, pues constituyen mecanismos procedimentales diferentes y autónomos, que se rigen por distintos principios y atienden a fines diversos. Así pues, el concurso es un procedimiento necesariamente colectivo, que persigue —o debería

<sup>25</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>26</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

<sup>27</sup> En su momento, la mayoría de la doctrina se mostró crítica ante el limitado alcance de la reforma. En este sentido, CUENA CASAS, M., «¿Una segunda oportunidad para los emprendedores?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 52, 2013. Disponible en: <<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-52/3589-una-segunda-oportunidad-para-los-emprendedores>>. [Consultado el 05/06/2024]; PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de Pagos, PYMES y Mecanismos de Segunda Oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 8538, 2015, p. 13; BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013, p. 48; y RUBIO VICENTE, P. J., «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 2016, pp. 100-102.

<sup>28</sup> Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de Mecanismos de Segunda Oportunidad, Reducción de Carga Financiera y Otras Medias de Orden Social.

<sup>29</sup> Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.

<sup>30</sup> Así lo hacen los principales ordenamientos occidentales, entre otros y sin ánimo de exhaustividad: Estados Unidos, que recoge la *discharge* en el *Bankruptcy Code* (Chapter 7 & 13); Alemania que incorpora la *Restschuldbefreiung* dentro de la *InsO* (§286-§303); Italia, donde se prevé *l'esdebitazione* dentro del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (artículos 278-283); y, por supuesto, España, donde la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho integra el Capítulo II, del Título IX, del Libro I del Texto Refundido de la Ley Concursal, artículos 486 a 502.

perseguir— el aumento del valor agregado de los créditos mediante la maximización del valor de la masa activa, en cumplimiento del que es su fin primordial, que no es otro que alcanzar el mayor grado posible de satisfacción de los acreedores<sup>31</sup>. En cambio, la exoneración no tiene que imbricarse necesariamente en un procedimiento de carácter colectivo<sup>32</sup> y, sobre todo, se rige por una lógica distinta —aparentemente *pro-debtor*— porque las motivaciones socioeconómicas que subyacen a la política del *fresh start* divergen de aquellas sobre las que se sustenta la política concursal<sup>33</sup>.

Dejando al margen, por ahora, la diversidad de modelos que han configurado los distintos legisladores de los ordenamientos que han incorporado el mecanismo, conviene, en todo caso, que formulemos una primera definición de la figura —aunque, en este punto, sea en términos necesariamente amplios—. A estos efectos, la exoneración del pasivo insatisfecho puede definirse como un instituto jurídico que permite al deudor persona física liberarse del pago de ciertas deudas pendientes, que de otro modo debería satisfacer con cargo a sus rendimientos futuros. Insistimos en que, por ahora, nos limitamos a describir la esencia del mecanismo, obviando, por tanto, los presupuestos objetivos y subjetivos que condicionan el acceso a la exoneración —ahondaremos en ello, *infra* V y VI—.

Así pues, el acceso a la exoneración impone a los acreedores la extinción *ex lege* de determinados derechos crédito, alterando así el alcance de algunos de los principios vertebradores de nuestro derecho civil patrimonial, particularmente afecta: al principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 CC) y al principio *pacta sunt servanda*

---

<sup>31</sup> Esta concepción del concurso como solución a un problema de *common pool* fue introducida y sistematizada por Jackson en su célebre trabajo, *The logic and limits of Bankruptcy Law*. Posteriormente, la doctrina concursalista norteamericana más autorizada continuó la senda abierta por el mencionado autor. Para un primer acercamiento a esta visión prospectiva del concurso véase JACKSON, T. H., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Massachusetts (Harvard University Press), 1986, pp. 7-19; BAIRD, D., «Foreword: The creditor's bargain past, present and future», en: ADLER, B. E. (coord.), *Research Handbook on Corporate Bankruptcy Law*, Massachusetts [Edward Elgar Publishing], 2020, pp. 10-28; entre nosotros, BERMEJO GUITÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid (Civitas), 2002, pp. 456-500.

Acogiendo esta lógica prospectiva, hemos excluido —de forma totalmente consciente— el principio de paridad de nuestra breve caracterización del concurso, pues, como señala Bermejo (*ibid.*, pp. 473 y 488), «comunidad de riesgo y *par conditio creditorum* se convierten así en las piezas centrales de un paradigma concursal concebido sobre las premisas de la retrospectividad y de la separación entre el mundo concursal y la realidad extraconcursal o contractual [...] El modelo distributivo regido por la *par conditio creditorum* resulta completamente ajeno a la realidad del crédito. La realidad demuestra que existen créditos de diverso valor en función de cuál haya sido el riesgo contratado por las partes. En el mundo real hay anticipación y tal anticipación es posible porque, a diferencia de lo que se ha entendido desde la comprensión distributiva del concurso, el riesgo de insolvencia es un riesgo diversificable y asistemático y, en consecuencia, susceptible de previsión. Siendo esto así, la redefinición del valor de los créditos en el concurso al amparo del principio de paridad entra en manifiesta contradicción con los ajustes realizados por las partes en previsión de tal eventualidad y, lo que es peor, con la propia eficacia de las garantías».

<sup>32</sup> En este sentido, JACKSON, T. H., «The fresh-start policy in Bankruptcy law», *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 1396, advierte de que la exoneración puede articularse a través de un sistema de subasta pública, en el que determinados activos del deudor sean subastados para que quede liberado de ciertos créditos.

<sup>33</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., pp. 226-228.

(arts. 1091 y 1256 CC). De ahí que las motivaciones que sustenten la incorporación del mecanismo deban ser muy poderosas, casi incontestables. Sin embargo, como veremos inmediatamente –*infra* III–, las razones que generalmente ha esgrimido nuestra doctrina para justificar la introducción de la exoneración no han sido, a nuestro entender, del todo convincentes. Fundamentalmente, porque las mencionadas aportaciones doctrinales parten de un enfoque estrictamente retrospectivo, que determina la primacía de un criterio particularmente relativista como es el de la equidad. En cambio, como trataremos de fundamentar a lo largo de todo el texto, la adopción de una perspectiva prospectiva permite construir argumentos lo suficientemente robustos como para justificar la incorporación de este mecanismo<sup>34</sup>.

También, se hace preciso distinguir la exoneración de otras figuras afines, como la condonación de deudas; la cual constituye, como es sabido, una de las causas de extinción de las obligaciones que prevé el artículo 1156 del Código Civil. Así pues, aunque ambas figuras despliegan efectos extintivos<sup>35</sup>, lo cierto es que presentan diferencias nada desdeñables. Para empezar, la condonación nace necesariamente de la voluntad del acreedor de extinguir la obligación (arts. 1187.1 y 1188.1 CC)<sup>36</sup>, mientras que la exoneración se configura como una causa de extinción que opera *ex lege*, prescindiéndose completamente del elemento volitivo. Por tanto, aún con la oposición del acreedor (art. 490.1 TRLC), siempre que lo solicite un deudor legitimado y que se cumplan todos los requisitos previstos en la ley (a contrario arts. 487 y 488 TRLC), se procederá judicialmente a la liberación del pasivo exonerable (art. 489 TRLC). Además, la extinción derivada de la condonación, una vez acreditada la voluntad del acreedor<sup>37</sup>, es irrevocable. Lo cual contrasta abiertamente con lo dispuesto en

<sup>34</sup> En este sentido, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 36.

<sup>35</sup> Esta característica, a su vez, distingue la exoneración y la condonación de otras figuras afines como el *pactum de non petendo* (acuerdo de no reclamar el pago), donde existe una renuncia temporal al ejercicio de la acción, pero no se extingue la obligación.

<sup>36</sup> Sobre la condonación y, en particular, sobre sus caracteres esenciales, puede verse: FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La condonación de la deuda en el Código Civil. Estructura y objeto del negocio remisivo», tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 1987, pp. 140-164. Disponible en: <<https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/43132>>. [Consultado el 15/01/2025]; FUENTESECA, C., *La condonación de deudas*, Madrid (Edersa), 2003, pp. 61-66; MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 1187», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI., Valencia (Tirant lo Blanch) 2013, pp. 8750-8754; y, por último, INFANTE RUÍZ, F. J., «Artículo 1187», en: CAÑIZARES LASO, A. (dir.), *Código Civil Comentado*, vol. III., 2.ª ed., Madrid (Civitas), 2016, pp. 437-439.

<sup>37</sup> Tradicionalmente, se ha discutido si la naturaleza de la condonación es unilateral o bilateral. Un sector de la doctrina ha venido sosteniendo que la condonación es esencialmente unilateral y que, por tanto, surte plenos efectos desde que el acreedor manifiesta su voluntad de extinguir la obligación. En cambio, otro sector de la doctrina ha defendido la bilateralidad, supeditando la eficacia de la condonación a la aceptación del deudor. En cualquier caso, no cabe duda de que una vez perfeccionada la condonación es irrevocable. Sobre la cuestión, vid., FUENTESECA, C., *La condonación de deudas*, cit., pp. 61-66; MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 1187», cit., pp. 8750-8754; INFANTE RUÍZ, F. J., «Artículo 1187», cit., pp. 437-439.

el régimen vigente en materia de exoneración, pues el artículo 493.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal contempla expresamente su posible revocación<sup>38</sup>.

Por último, hay que discernir claramente la exoneración y las quitas pactadas en un convenio concursal (arts. 315.1 y 317.1 TRLC). La razón es evidente: las quitas no se imponen *ex lege*, obedecen en todo caso a la concurrencia de las voluntades del deudor y de los acreedores, plasmada en el correspondiente convenio. Además, el convenio, en tanto que instituto solutorio propio del concurso, es una figura que responde a la finalidad de maximizar la masa activa para que los acreedores obtengan la mejor satisfacción de sus créditos. En cambio, la exoneración, conforme a lo ya señalado, es una institución autónoma y, por tanto, orientada a la consecución de fines distintos a los concursales.

### III. ENFOQUE PROPUESTO PARA EL ANÁLISIS

Con carácter general, nuestra más autorizada doctrina ha abordado el estudio de la exoneración desde un enfoque *ex post*<sup>39</sup> y partiendo de la perspectiva del deudor<sup>40</sup>. Este modo de contemplar la realidad preconfigura las reglas como simples mecanismos de resolución de conflictos individuales, lo que conduce a una aplicación estrictamente redistributiva del

---

<sup>38</sup> En el régimen jurídico vigente en nuestro ordenamiento se prevé la posibilidad de revocación de la exoneración, si durante el plazo máximo de tres años (art. 493.2 TRLC) desde su obtención concurre alguna de las siguientes circunstancias: se acredita que el deudor ha ocultado la existencia de bienes, derechos o ingresos; por mejora sustancial de la situación económica del deudor a causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar; y por la tramitación de un procedimiento penal o administrativo de los que impiden el acceso a la exoneración (art. 493.1 TRLC). Sobre la cuestión, vid., CUENA CASAS, M., «Artículo 493. Supuestos de revocación de la concesión de la exoneración», en: PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, 3.ª ed., t. II., Madrid (La Ley), 2023, pp. 395-398.

<sup>39</sup> Como señala FARNSWORTH, W., *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el derecho*, Cizur Menor (Aranzadi), 2020, p. 25, «la perspectiva *ex post* implica mirar retrospectivamente sobre un infortunio o sobre otro evento cualquiera una vez que ya ha ocurrido y decidir qué hacer al respecto o cómo deshacer el entuerto [...] también puede denominarse perspectiva estática, por cuanto acepta que las posiciones de las partes vienen dadas y están determinadas».

<sup>40</sup> Algunos de los argumentos esgrimidos al efecto por nuestra doctrina más autorizada han sido: la discriminación sufrida por los empresarios individuales frente a las sociedades de responsabilidad limitada, en RUBIO VICENTE, P. J., «Acertios y desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 1, 2021, p. 73; la vinculación de la *discharge* con la eventual situación de marginalidad a la que puede verse abocado el deudor, LATORRE CHINER, N., «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 37, 2016, p. 163; o la necesaria atribución de responsabilidad a las entidades de crédito en el procedimiento concursal por su falta de diligencia a la hora de evaluar la solvencia de sus deudores, CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en el anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 4, 2021, p. 54. No obstante, cabe señalar que la propia autora, que es una autoridad indiscutible en esta campo, ha introducido argumentos *ex ante* en otros de sus múltiples trabajos sobre la materia, especialmente interesante a estos efectos es el primer capítulo del ya citado, CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, cit., especialmente, pp. 22-33.

derecho privado, que se traduce en que la aplicación de la regla debe procurar en todo caso el reparto equitativo de las pérdidas y ganancias ocasionadas en el conflicto<sup>41</sup>. Siguiendo esta lógica, resultará contraintuitiva la racionalidad de cualquier regla o decisión judicial que ordene un reparto no equitativo de las consecuencias del conflicto, aunque, en términos generales, resulte socialmente deseable.

Pues bien, en el presente trabajo vamos a abstraernos de esta tradicional lógica retrospectiva para adoptar un enfoque *ex ante*, en línea con cierto sector de nuestra doctrina<sup>42</sup> y con la doctrina norteamericana más autorizada<sup>43</sup>. Conforme a esta orientación prospectiva, connatural al análisis económico<sup>44</sup>, lo determinante, al menos en el marco del derecho privado, no debe ser la resolución equitativa del caso concreto, sino guiar la conducta de los individuos hacia los cursos de acción más eficientes<sup>45</sup> o, dicho de forma lacónica, la maximización de la eficiencia.

Así pues, para el análisis económico del derecho, la regulación jurídica fija precios implícitos al alterar los costes y beneficios asociados a las diferentes alternativas de conducta de los individuos y, de este modo, las normas constituyen un sistema de incentivos que influyen decisivamente sobre los cursos de acción futuros de los individuos afectados. Pues bien, aplicando esta lógica, en nuestra aproximación al fundamento jurídico de la exoneración utilizaremos el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks<sup>46</sup>. Por tanto, partiremos de la siguiente premisa: la maximización de la eficiencia se verificará siempre que la norma o decisión judicial genere un saldo social neto positivo, resultante de la hipotética compensación entre los costes y beneficios sociales totales generados<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> Como señala, PAZ-ARES, C., «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?», en: PAZ-ARES, C. (coord.), *Tratado de la Sociedad Limitada*, Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 1997, p. 185, «De este modo, imaginando las reglas como simples mecanismos de resolución de disputas, construimos el derecho mirando al pasado y nos desentendemos o, por lo menos, infravaloramos sus efectos hacia el futuro. El resultado de esta forma de proceder se traduce en una elaboración del derecho que sacrifica las exigencias de eficiencia en favor de los sentimientos de equidad».

<sup>42</sup> En nuestro país, resulta obligatoria la mención a los trabajos de los profesores Gómez-Pomar y Bermejo, pioneros a la hora de abordar la cuestión del *fresh-start* desde un enfoque prospectivo. Nos remitimos a los trabajos de ambos autores que se citan a lo largo del texto.

<sup>43</sup> Sobre la *discharge*, en el marco del *Law & Economics*, han trabajado multitud de autores norteamericanos, pero destacamos por su indiscutible relevancia a Jackson y Baird. Nos remitimos, igualmente, a los trabajos que se citan a lo largo del texto.

<sup>44</sup> Pues, como indica PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, vol. III, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, p. 2848, nota 8, el análisis económico «se centra en los incentivos e implicaciones que tienen para la conducta prospectiva de los agentes los cambios en las variables preexistentes –para los economistas el pasado es un *sunk cost*»–.

<sup>45</sup> PAZ-ARES, C., «La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1981, p. 626.

<sup>46</sup> El criterio de Kaldor-Hicks, llamado así por los economistas Nicholas Kaldor y John Hicks, postula que una decisión es eficiente si globalmente crea más beneficios que costes. En otras palabras, los que resultan beneficiados por la decisión podrán compensar a los perjudicados y, aún así, seguirían ganando.

<sup>47</sup> Seguimos la noción de eficiencia de Kaldor-Hicks en lugar del criterio de Pareto –ya superado en la mayoría de la doctrina norteamericana–, según el cual una situación dada es eficiente si no cabe mejorar la

La aplicación de esta metodología nos llevará a analizar, en primer lugar, los efectos, tanto deseados como no deseados, que previsiblemente desplegará la incorporación de la exoneración sobre las conductas de los individuos que resultarán afectados (*vid. infra* IV). Posteriormente, expondremos la que, a nuestro modo de ver, constituye la forma más efectiva de neutralizar las contrapartidas que puedan derivarse de la introducción del mecanismo y ahondaremos en la configuración legal que ha escogido el legislador español (*vid. infra* V). Finalmente, se compararán y ponderarán los efectos positivos y negativos expuestos, en términos de coste-beneficio, con el fin de determinar si la *discharge* constituye una solución eficiente (*vid. infra* VII).

## IV. ¿ES LA EXONERACIÓN UNA SOLUCIÓN EFICIENTE?

### 1. Efectos positivos

#### A. Reanudación de la actividad productiva del deudor

El principal efecto que produce la *discharge*, al modular el alcance de la responsabilidad patrimonial universal, es que facilita la reanudación efectiva de la actividad productiva del deudor concursado, esto es, se impulsa la reincorporación al mercado de un agente productor de renta y trabajo, lo cual constituye una ganancia social neta<sup>48</sup>. Nótese, en cambio, que en caso de no alterarse el alcance de la responsabilidad patrimonial universal, tras la liquidación concursal, el deudor tendrá que continuar pagando sus deudas pendientes con cargo a sus rendimientos futuros y, en consecuencia, carecerá de incentivos para esforzarse en el desarrollo de su actividad profesional; básicamente, desarrollará su actividad productiva para pagar a sus acreedores<sup>49</sup>. En esta situación, es fácilmente deducible que el deudor tenderá a inhibir su productividad, repercutiendo las consecuencias negativas de esa pérdida de productividad sobre los terceros, generándose un elevado coste social<sup>50</sup>. Incluso, se ha señalado por cierto sector de la doctrina que la ausencia de un régimen de

---

situación de uno sin perjudicar la de los demás. Sobre la cuestión *vid.*, FARNSWORTH, W., *El analista jurídico*, cit., pp. 35-46.

<sup>48</sup> JACKSON, T. H., «The fresh-start policy in Bankruptcy law», cit., p. 1420.

<sup>49</sup> Aunque en todos los ordenamientos se prevé que una cantidad del salario sea inembargable, para asegurar la subsistencia del deudor (en nuestro caso, art. 607 Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cierto es que esa cantidad no es suficiente para incentivar la productividad del deudor, porque las «ganancias marginales» serán para sus acreedores. De modo que la decisión parece clara para el deudor: si el coste de inhibir su productividad o, incluso, de no trabajar será soportado por sus acreedores que, a fin de cuentas, son quienes perciben las ganancias que genera el trabajador; entonces, el deudor, en la medida en que le sea posible, sustituirá el trabajo por la desocupación. Sobre la cuestión, *vid.*, JACKSON, T. H., «The fresh-start policy in Bankruptcy law», cit., p. 1421, formula varios ejemplos que resultan muy ilustrativos.

<sup>50</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., p. 244; BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., pp. 37-38.

exoneración incentiva a que los deudores acudan a la economía sumergida o a realizar su actividad mediante testaferreros, precisamente, para eludir el pago de las deudas pendientes<sup>51</sup>.

Además, la *discharge* incentiva a que los emprendedores inicien su actividad económica buscando nuevas oportunidades de mercado, pues estimula la entrada de aquellos individuos poco optimistas respecto al futuro de sus proyectos y aversos al riesgo de fracaso por los elevados costes que impone la insolvencia<sup>52</sup>. Por tanto, no solo se incentiva la reanudación de la actividad productiva del deudor, además, se promueve el desarrollo de proyectos empresariales potencialmente valiosos, que en otro caso no se iniciarían<sup>53</sup>.

Y no solo eso, al estimular la reanudación de la actividad productiva, la exoneración de pasivo insatisfecho permite que el deudor salga de la situación de insolvencia sin comprometer su capital humano<sup>54</sup>. Es evidente, por su propia naturaleza, que no es posible diversificar el riesgo asociado a dicho activo invirtiéndolo en activos de características distintas, de ahí

<sup>51</sup> Según consta en un informe del Fondo Monetario Internacional, realizado en 2018, España se situaba por encima de la mayoría de los países de su entorno –Francia, Reino Unido, Austria o Alemania– en cuanto al nivel de la economía sumergida; alcanzando un 17,2% frente al 13% de la media europea. Solo Italia, de entre las principales potencias del continente, superaba el índice de nuestro país –alcanzando un 19,8%–. Vid., MEDINA, L. y SCHNEIDER, F., «Shadow Economies Around the World: What Did We Learn Over the Last 20 Years?», *IMF Working Paper*, 2018, especialmente, p. 18, figura 3.3.

A estos efectos, CUENA vincula claramente el aumento de la economía sumergida con la ausencia de un régimen jurídico efectivo de segunda oportunidad, vid., CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, cit., p. 27; también, GÓMEZ POMAR, F. et al., «Fresh start policies and small business activity: evidence from a natural experiment», *Documentos de Trabajo del Banco de España*, núm. 2210, 2022, p. 8.

<sup>52</sup> A estos efectos, sigue resultando imprescindible el estudio de ARMOUR, J. y CUMMING, D., «Bankruptcy and Entrepreneurship», *American Law and Economics Review*, vol. 10, núm. 2, 2008, pp. 303-350, en el que se toman en cuenta datos de las principales potencias occidentales –quince países–. Los autores concluyen que la normativa concursal tiene un efecto determinante sobre los niveles de emprendimiento y, en particular, que la efectividad del *fresh start* implica un crecimiento sustancial de la actividad por cuenta propia. También puede consultarse el reconocido trabajo de AYOTTE, K., «Bankruptcy and Entrepreneurship: The Value of Fresh Start», *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 23, núm. 1, 2007, pp. 161-185. En el entorno europeo, destacamos el estudio de FOSSEN, F. M., «Personal Bankruptcy Law, Wealth and Entrepreneurship: Theory and Evidence from the Introduction of a Fresh Start», *SOEPpapers*, núm. 358, Berlín, 2011, pp. 16 y ss., donde se analiza empíricamente la relación entre la introducción del *fresh start* en Alemania y el emprendimiento, resultando acreditado que la *Restschuldbefreiung* incentiva al emprendimiento, porque el incentivo que genera para los individuos menos optimistas al reducir el coste de la insolvencia supera al desincentivo que se deriva del aumento del coste del crédito. Entre nosotros, recientemente, en el citado trabajo de GÓMEZ-POMAR, F. et al., «Fresh Start Policies and Small Business Activity: Evidence From A. natural Experiment», cit., pp. 7-43, se ha realizado un análisis empírico sobre las consecuencias de la introducción de la exoneración para las pequeñas empresas, tomando en consideración sus efectos sobre el emprendimiento. Desde el año 2015, los autores identifican un incremento, aunque modesto, del emprendimiento, por la vía de la inversión en el capital de pequeñas sociedades, que vinculan empíricamente con la introducción del *fresh start*.

<sup>53</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 36.

<sup>54</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 38; SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», cit., p. 105.

que los individuos, especialmente los más jóvenes, sean todavía más aversos al riesgo. De entre todos los activos del deudor, el capital humano es el que tiene una mayor incidencia sobre el futuro del individuo y de las personas que dependen de él<sup>55</sup> y, en este contexto, los futuros deudores identificarán en la *discharge* un beneficio neto que deriva precisamente de la limitación de responsabilidad que lleva aparejada<sup>56</sup>.

## B. Reducción del déficit público

La exoneración del pasivo insatisfecho también previene de aquellas situaciones de exclusión social a las que puede quedar relegado el concursado en caso de insolvencia. Cuestión que resulta de vital importancia, no solo desde la perspectiva de la justicia social, sino también, porque la persona que se encuentra en esta situación tendrá que recurrir a los programas de protección social, constituyéndose en acreedora de recursos públicos sin ser contribuyente, lo cual incide muy negativamente sobre el déficit público<sup>57</sup>. En este sentido, la *discharge* permite internalizar los costes que generan los acreedores financieros por su inadecuado control del riesgo asociado al crédito, trasladando dicho riesgo sobre los acreedores y no sobre el escudo social<sup>58</sup>.

De hecho, en aquellos países, como EE.UU., donde la protección social y el sistema asistencial se han caracterizado históricamente por el déficit prestacional y por la parquedad asistencial, la *discharge* viene a desempeñar una función de protección social de las clases medias<sup>59</sup>.

En la arraigada tradición liberal norteamericana, se parte del convencimiento de que los programas públicos de protección social generan un elevado riesgo moral. Entendemos por riesgo moral aquella situación en la que los individuos subestiman, de forma sistemática y racional, los costes reales de participar en una actividad de riesgo, porque estos serán total o parcialmente soportados por un tercero. Conforme a esta lógica, en aquellos Estados dotados de sistemas de amplia cobertura social, los individuos tenderán a subestimar los riesgos asociados a su decisión de endeudamiento porque, aunque pierdan todo su patrimonio, sus necesidades materiales básicas quedarán cubiertas por la protección que provee el Estado<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> JACKSON, T. H., «The fresh-start policy in Bankruptcy law», cit., p. 1433.

<sup>56</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., pp. 229 y 230.

<sup>57</sup> SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», cit., p. 48.

<sup>58</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., p. 231.

<sup>59</sup> LAWLESS, R. y WARREN, E., «Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2007, p. 405.

<sup>60</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., p. 231, afirma que «The existence of social welfare programs leads individuals to undervalue the costs of engaging in risky activities today, because they can depend on society to bear a portion of the costs that may arise tomorrow. A person who breaks his legs while mountain climbing may be entitled to unemployment benefits, food stamp, health care... The knowledge that such assistance is available invites the individual to discount the costs of possible future injury when deciding whether to climb».

Desde este enfoque, la política de *fresh start* no solo constituye un escudo social alternativo, sino que, también, minimiza el riesgo moral que teóricamente generan dichos programas de protección, trasladando gran parte de ese riesgo sobre los acreedores.

En todo caso, aligerar el déficit público no puede ser el único fundamento de la exoneración de pasivo insatisfecho, ya que existen alternativas que permiten alcanzar el mismo objetivo sin afectar a la autonomía de la voluntad de las partes<sup>61</sup>.

### C. Crédito responsable

Como hemos anticipado, uno de los efectos fundamentales que produce la *discharge* consiste en la internalización de los costes derivados de la concesión indiscriminada o poco controlada de crédito<sup>62</sup>. De este modo, los acreedores ante la limitación de la responsabilidad del deudor desarrollarán un control de solvencia más estricto y riguroso, ya que no podrán acudir a los rendimientos futuros del deudor para satisfacer las deudas que, en su caso, queden pendientes tras la liquidación concursal. Por tanto, si los acreedores son negligentes o excesivamente laxos asumirán las consecuencias de su errática actuación, evitándose así que externalicen los costes sobre la sociedad<sup>63</sup>. Siguiendo esta lógica, la *discharge* favorece una adecuada valoración del riesgo crediticio o, dicho de otro modo, estimula el crédito responsable<sup>64</sup>. No obstante, hay un cierto sector de nuestra doctrina que muestra sus reservas ante este planteamiento y advierte sobre la imprevisibilidad del mercado crediticio<sup>65</sup>.

Evidentemente, los acreedores se enfrentan al riesgo<sup>66</sup> de sufrir la pérdida total de la parte del crédito que permanezca insatisfecha tras la tramitación del procedimiento concursal, pero este riesgo adicional que asumen podrá neutralizarse contractualmente *ex*

<sup>61</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., p. 232.

<sup>62</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 36; ZABALETA DÍAZ, M., *El concurso del autónomo*, Madrid (Marcial Pons), 2018, p. 236; RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2007, p. 135.

<sup>63</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 40; SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», cit., p. 48.

<sup>64</sup> Entendemos por crédito responsable aquel que se concede tras una adecuada valoración de las circunstancias del deudor y de sus posibilidades económico-financieras reales para atenderlo. MELERO BOSCH, L., «Concesión irresponsable del crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 2016, p. 335, considera como crédito responsable «aquel derivado del empleo de prácticas leales y éticas por parte de distribuidores y contratantes, que se otorga sólo tras valorar de forma imparcial y objetiva las necesidades y la situación financiera del prestatario».

<sup>65</sup> En este sentido, CUENA CASAS, M., «Fresh start y mercado crediticio», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2011, p. 40, con relación al mercado crediticio norteamericano.

<sup>66</sup> Como señala BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Créditos y quiebra», cit., p. 35, «el riesgo de un crédito es una función decreciente de la probabilidad de satisfacción del mismo: cuanto mayor sea ésta, menor será su riesgo».

ante<sup>67</sup>. A tal efecto, los acreedores tratarán de compensar anticipadamente, por la vía de la remuneración de intereses ordinarios, las eventuales pérdidas derivadas de la aplicación de la exoneración, lo que derivará en un encarecimiento del crédito<sup>68</sup>. *A priori*, podría considerarse que el encarecimiento del crédito constituye un efecto necesariamente negativo, sin embargo, lo cierto es que restringe el endeudamiento excesivo e impide el acceso al crédito de aquellos deudores que pretenden financiar proyectos muy arriesgados y que arrojan un valor neto negativo<sup>69</sup>. Además, se corrige la natural tendencia al sobreendeudamiento que provoca la racionalidad limitada que caracteriza al consumidor, que le lleva a subestimar los costes del crédito, sobreestimando las ventajas inmediatas y descontando excesivamente los costes futuros<sup>70</sup>. Desde esta perspectiva, lejos de fomentarse el sobreendeudamiento, la *discharge* produce el efecto contrario: promover la racionalidad de la actividad crediticia.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede desconocerse que determinados acreedores, según su modelo de negocio, están dispuestos a conceder crédito a solicitantes de dudosa solvencia y escasa capacidad de devolución, pero que potencialmente les ofrecen una mayor rentabilidad por el precio que están dispuestos a asumir<sup>71</sup>. En este conetxto, la exoneración no asegura una adecuada valoración del riesgo creditico, ni promueve una mayor racionalidad en la actividad crediticia, pero lo que sí garantiza es que los acreedores soportarán una parte de los costes del fracaso del deudor.

#### D. Distribución del riesgo de fracaso

Como hemos visto, la *discharge* es una institución que proviene del *common law* y, en este sentido, hay que tener presente la raigambre liberal que vertebra los sistemas anglosajones y, en especial, su particular concepción del fracaso empresarial, representada en la máxima: *the right to fail and to start over again*. A diferencia de lo que sucede en el contexto europeo-continental, el fracaso empresarial no se percibe como algo intrínsecamente negativo, por el contrario, está arraigada la concepción de que el sujeto que arriesga su patrimonio para incrementar su bienestar aumenta correlativamente el de la colectividad y que, por tanto, merece reconocimiento. Conforme a esta lógica, el fracaso de la actividad económica es un elemento propio del riesgo que caracteriza a la iniciativa empresarial, de modo que se entiende que este debe ser asumido parcialmente por el mercado<sup>72</sup>. Volviendo sobre la misma idea, la *discharge* permite que el deudor se libere de tener que satisfacer todas sus deudas pendientes con cargo a sus rendimientos futuros, trasladando una parte

---

<sup>67</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 46; CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, cit., p. 28.

<sup>68</sup> SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», cit., p. 52.

<sup>69</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 47.

<sup>70</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., p. 239.

<sup>71</sup> En este sentido, CUENA CASAS, M., «Fresh start y mercado crediticio», cit., pp. 39-40.

<sup>72</sup> ZABALETA DÍAZ, M., *El concurso del autónomo*, cit., p. 229.

de las consecuencias negativas derivadas de la materialización del riesgo de fracaso sobre los acreedores, lo cual resulta plenamente conforme con la exigencia de que el mercado asuma parte del riesgo de fracaso del deudor que ha emprendido una actividad económica potencialmente valiosa para la sociedad.

### E. *Prevención ante situaciones de crisis económica o insolvencia*

La exoneración también cumple una importante función en situaciones de crisis económica o insolvencia, al promover que el deudor persona natural solicite tempestivamente la declaración de concurso de acreedores<sup>73</sup>. En cambio, la ausencia de exoneración estimula el comportamiento pasivo de los deudores, pues carecen de incentivos para acudir tempestivamente al procedimiento concursal –qué beneficio puede encontrar el deudor en la solicitud de concurso, con los gastos e inconvenientes que comporta el procedimiento, si de igual modo va a tener que seguir pagando sus deudas con cargo a sus rendimientos futuros–<sup>74</sup>. La falta de estímulos para que el deudor acuda tempestivamente al procedimiento concursal puede desembocar en un concurso vacío o con un contenido patrimonial muy exiguo, perjudicando gravemente los intereses de los acreedores<sup>75</sup>.

Este incentivo opera no solo respecto de los deudores personas naturales, también lo hará respecto de las empresas de pequeño tamaño, pues en nuestro país constituye una práctica muy habitual que los acreedores financieros exijan como requisito previo, para ampliar o conceder financiación a sociedades de este tamaño, que los socios presten garantías sobre activos que integran su patrimonio personal; y estos, en su caso, sí podrán beneficiarse de la exoneración<sup>76</sup>.

En todo caso, para que la *discharge* opere efectivamente como un incentivo para la declaración tempestiva de concurso, resulta imprescindible que el régimen jurídico del procedimiento concursal sea lo menos gravoso posible para el concursado. De lo contrario, puede que el deudor no esté dispuesto a asumir los gravosos costes que comporta el concurso, entre otros: los honorarios de los abogados, el coste de revisar la contabilidad para que no presente irregularidades, el tiempo dedicado a colaborar en el proceso o el estigma asociado a la declaración de concurso<sup>77</sup>. Si no se reducen algunos de estos costes puede que el deudor persista en su actitud pasiva y renuente frente al concurso o, incluso, que busque soluciones alternativas al margen de la legalidad<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», cit., p. 136.

<sup>74</sup> GÓMEZ POMAR, F. y CELENTANI, M., «Tarea urgente: el concurso personal», *InDret*, núm. 1, 2012, p. 2.

<sup>75</sup> RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», cit., p. 136.

<sup>76</sup> GÓMEZ POMAR, F. y CELENTANI, M., «Tarea urgente: el concurso personal», cit., p. 2; BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 45.

<sup>77</sup> GÓMEZ POMAR, F. y CELENTANI, M., «Tarea urgente: el concurso personal», cit., p. 5.

<sup>78</sup> RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», cit., p. 137.

Existen algunos estudios que ilustran este efecto preventivo asociado a la exoneración del pasivo insatisfecho, demostrando que su introducción en el año 2015 trajo consigo un notable incremento de los concursos de consumidores y autónomos, en concreto, el aumento alcanzó un 22,9% y un 124,7% respectivamente<sup>79</sup>.

## 2. Efectos negativos

### A. Sobreendeudamiento, riesgo moral y costes de agencia de la deuda

Desde el punto de vista de las decisiones de inversión, la *discharge* plantea problemas de riesgo moral<sup>80</sup>. Conforme a la definición de riesgo moral que hemos apuntado anteriormente (*supra* IV.1.B.), parece lógico que los individuos tiendan a arriesgarse más si las eventuales consecuencias negativas de su fracaso recaen sobre un tercero. De forma que, si el patrimonio del deudor deja de estar a disposición de los acreedores para la satisfacción del crédito, porque la exoneración limita la garantía genérica del artículo 1911 del Código Civil, es razonable pensar que el deudor tenderá a gestionar su patrimonio persiguiendo exclusivamente su interés individual, sin preservar el interés de los acreedores, llegando, incluso, al punto de imposibilitar la satisfacción de los créditos concedidos<sup>81</sup>. Pues bien, para que no proliferen conductas oportunistas de los deudores potencialmente beneficiarios de la exoneración de pasivo insatisfecho, es imprescindible que su régimen se configure de tal modo que la obtención del beneficio entrañe un coste significativo para el deudor, en cuyo caso será posible alinear los intereses del deudor y de los acreedores, amortiguándose el riesgo moral<sup>82</sup>.

Por otro lado, la contrapartida de reducir los niveles de aversión al riesgo de fracaso, para incentivar el desarrollo de proyectos empresariales que, de otro modo, no se desarrollarían y que se presumen socialmente valiosos; radica, precisamente, en que se incrementan los costes de agencia de la deuda<sup>83</sup>. Como la limitación de responsabilidad ofrece una mayor

<sup>79</sup> Datos extraídos del estudio realizado por GÓMEZ POMAR, F., «Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas: déjà vu all over again», *Indret*, núm. 3, 2020, p. 5. El autor considera que, aunque el incremento fue notable, el número de concursos previo al 2015 era tan bajo que, pese al aumento, nuestro país sigue arrojando cifras muy bajas en comparación con los países de nuestro entorno.

<sup>80</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 42.

<sup>81</sup> De nuevo, nos remitimos a BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Créditos y quiebra», p. 32, para tomar su caracterización del crédito como una relación de agencia «en la que el acreedor juega el papel de principal, y el deudor, el de agente. El deudor es un agente porque gestiona un patrimonio cuya titularidad jurídica le corresponde, pero que, a su vez se encuentra a disposición de los acreedores para satisfacer sus créditos (art. 1911 CC)».

<sup>82</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., p. 250; BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 43; RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», cit., p. 138; SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», cit., p. 52.

<sup>83</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Créditos y quiebra», p. 32, identifica dos tipos de costes de agencia de la deuda «coste de vigilancia de la actividad inversora del deudor» y «costes de realización del crédito».

seguridad al deudor, este puede tender a reducir sus esfuerzos por evitar el fracaso de la iniciativa emprendida o a aumentar el nivel de riesgo asociado al proyecto financiado, una vez que ha obtenido los recursos que precisaba para su desarrollo. De nuevo, si el régimen de la exoneración no se configura adecuadamente, los deudores potencialmente beneficiarios podrían tender a endeudarse de forma excesiva e irresponsable o, directamente, a desatender los créditos concedidos; porque si el acceso a la exoneración no les impone coste alguno, tampoco tendrán incentivo alguno para afrontar el pago del crédito que, en última instancia, resultará insatisfecho<sup>84</sup>.

### B. Concursos en cadena y efecto llamada

En el marco de una cierta tendencia crítica con la implantación de la *discharge*, se ha alertado acerca de la posible proliferación de concursos en cadena. Según considera un determinado sector de la doctrina, las cargas que la exoneración impone a los acreedores particulares y a ciertas empresas –pequeñas y medianas– resultan desproporcionadas, de forma que ante una eventual acumulación de deudores beneficiarios de la exoneración podría producirse una indeseable concatenación de insolvencias<sup>85</sup>.

Algunos de estos autores, también han advertido acerca del riesgo de que se produzca un *efecto llamada*, esto es, alertan ante un posible escenario en el que la exoneración incentive a que los deudores acudan en masa a los procedimientos judiciales establecidos para la obtención del beneficio, produciéndose un colapso de los órganos jurisdiccionales competentes para la tramitación de los expedientes<sup>86</sup>. Sin embargo, la mayoría de nuestra doctrina ha defendido que una adecuada configuración del mecanismo y, en particular, de los presupuestos de acceso, diluye o, al menos, amortigua dicho efecto<sup>87</sup>.

Tras más de diez años desde la implantación del mecanismo y teniendo en cuenta lo restrictiva que ha sido la legislación española, no podemos sino considerar que estas afirmaciones carecen de fundamento. De hecho, aunque se ha observado un importante aumento

<sup>84</sup> Un sector de nuestra doctrina ha venido manifestando ciertas reservas ante la incorporación de la *discharge* a nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente, por el riesgo de que esta limitación de la responsabilidad patrimonial universal estimule el consumo irresponsable y, en consecuencia, fomente el endeudamiento excesivo. En este sentido, JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El fresh start o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012, p. 554.

<sup>85</sup> En este sentido, JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El fresh start o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», cit., p. 553.

<sup>86</sup> SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», cit., p. 56.

<sup>87</sup> En este sentido, CUENA CASAS, M., «El nuevo régimen de segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 37, 2016, p. 16; RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, p. 20; y SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», cit., p. 57.

en el número de concursos de personas físicas<sup>88</sup>, estos datos hay que ponerlos en contexto, pues lo cierto es que con anterioridad al año 2015 el número de concursos de personas físicas en España era absolutamente residual<sup>89</sup>.

## V. EL PRECIO DE LA EXONERACIÓN

### 1. Consideraciones generales

Como ya hemos anticipado, para contrarrestar eficazmente los efectos negativos asociados a la *discharge*, particularmente el riesgo moral, el sistema de exoneración del pasivo insatisfecho debe configurarse de tal modo que el beneficio no se obtenga a coste cero. De lo contrario, resultará una limitación de responsabilidad casi absoluta y los deudores indudablemente estarán dispuestos a adoptar decisiones de inversión subóptimas<sup>90</sup>, pues en caso de fracaso no internalizarán coste alguno y externalizarán todas las consecuencias negativas sobre sus acreedores. A consecuencia de esto último, el crédito se encarecería exponencialmente, en la medida en que los acreedores tratarían de compensar anticipadamente los elevados costes de las liberaciones de deuda.

Por tanto, el acceso a la *discharge*, a nuestro modo de ver, debe articularse en torno a dos ejes fundamentales; por un lado, el deudor no debería poder acceder a la exoneración en tanto no satisfaga parte de sus deudas pendientes con cargo a los bienes embargables presentes en su patrimonio; por otro lado, al supeditar el acceso a la exoneración a la previa sustanciación del procedimiento concursal, se está mandando una señal al mercado que presumiblemente hará decrecer las posibilidades del deudor de obtener crédito en el futuro. Esto es lo que tradicionalmente se ha considerado el estigma del concurso<sup>91</sup>.

Así pues, la mitigación del riesgo moral está directamente vinculada con la relación de bienes inembargables que establezca la norma. Cuanto mayor cantidad de bienes merezcan la calificación de inembargables, menor será el coste que soportará el deudor y, por tanto, mayor será el riesgo moral<sup>92</sup>. Y, a la inversa, cuanto menor sea la cantidad de bienes inembargables, mayor será el coste que soportará el deudor, *ergo* menor será el riesgo moral<sup>93</sup>. Nótese, además, que la relación de bienes inembargables incide directamente

<sup>88</sup> Para consultar estos datos, vid. *supra* IV.1.5.

<sup>89</sup> Nos volvemos a remitir al estudio de GÓMEZ POMAR, F. y CELENTANI, M., «Tarea urgente: el concurso personal», cit., p. 2. Los autores señalan que, en España, en plena crisis –año 2009–, solo se habían declarado 1.002 concursos individuales, comparando dicho dato con los 131.583 declarados en Inglaterra y Gales.

<sup>90</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 43.

<sup>91</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., pp. 249-250.

<sup>92</sup> ADLER, B. *et al.*; «Regulating consumer bankruptcy: a theoretical inquiry», *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 2, 2000, p. 589.

<sup>93</sup> BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., pp. 43-44, siguiendo este razonamiento, la autora cuestiona la exclusión de la vivienda habitual para el caso de

sobre las posibilidades de acceso al crédito, de manera que aquellos individuos con menos recursos tendrán mayores dificultades para acceder a crédito cuanto mayor sea la lista de excepciones<sup>94</sup>.

Tampoco debe subestimarse la eficacia del estigma que atribuye la condición de concursado. Los costes reputacionales, sociales y psicológicos que sufren los deudores concursados son muy significativos. Un informe del Banco Mundial elaborado en 2014, relativo a la insolvencia de la persona natural, revelaba que la gran mayoría de concursados padecen sentimientos de culpabilidad, vergüenza, humillación y estigmatización<sup>95</sup>. Sin perjuicio de los efectos económicos derivados de la proyección del estigma del concurso sobre el mercado, ya mencionados.

En todo caso, lo que parece innegable es que el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho debe entrañar un coste suficiente para el deudor, de lo contrario, las consecuencias derivadas de su acceso gratuito podrían resultar desastrosas para una economía de mercado que se sustenta sobre el crédito<sup>96</sup>.

## 2. Configuración legal del mecanismo en el ordenamiento español

En el derecho comparado encontramos varias modalidades de configuración de la exoneración del pasivo insatisfecho, lo cual nos remite, de nuevo, a la mencionada divergencia sociocultural entre el mundo anglosajón y el continental. Así pues, en la mayoría de los ordenamientos anglosajones –Estados Unidos<sup>97</sup>, Canadá, Inglaterra, Escocia, Gales, Australia o Nueva Zelanda– se ha optado por un modelo de mercado, en el que se busca una rehabilitación ágil del deudor, para que reactive su actividad económica-productiva lo antes posible<sup>98</sup>.

En los ordenamientos continentales no se acogió la configuración anglosajona del mecanismo y se desarrollaron otros modelos: un modelo de responsabilidad –Alemania, Austria o Portugal–, en el que la concesión definitiva de la exoneración queda condicionada

---

los emprendedores de responsabilidad limitada porque, a su juicio, puede aumentar los incentivos del nuevo empresario para adoptar decisiones de inversión subóptimas.

<sup>94</sup> En este sentido, ADLER, *et al.*; «Regulating consumer bankruptcy: a theoretical inquiry», cit., pp. 589-590.

<sup>95</sup> THE WORLD BANK, «*Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*» 2013. Disponible en: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/668381468331807627/pdf/771700WP0WB0In00Box377289B00PUBLIC0.pdf>>. [Consultado el 10/10/2024].

<sup>96</sup> JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., p. 250.

<sup>97</sup> No debe perderse de vista la reforma concursal que aconteció en Estados Unidos en el año 2005 y que tuvo especial incidencia sobre el régimen del *fresh start*. Sobre la cuestión, vid. LAWLESS, R. y WARREN, E., «Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad», cit., pp. 405 y ss.; y, especialmente, WESTBROOK, J. L., «The Retreat of American Bankruptcy Law», *QUT Law Review*, vol. 17, núm. 1, 2017, pp. 40-56.

<sup>98</sup> CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, cit., p. 34.

por el previo transcurso de un período de buena conducta; y un modelo de merecimiento –Francia, Bélgica y países escandinavos–, caracterizado por otorgar un amplio margen de discrecionalidad al juez a la hora de conceder la exoneración<sup>99</sup>.

El caso español no es exactamente reconducible a ninguna de las opciones señaladas, por cuanto nuestro legislador optó, tras la reforma del 2022, por un modelo mixto, integrado por elementos de ambos sistemas<sup>100</sup>. Lo que resulta innegable es que, tras las modificaciones que introdujo la Ley 16/2022 en el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, se ha superado en buena medida el carácter restrictivo del modelo anterior<sup>101</sup>. En las siguientes páginas, abordaremos sucintamente –por las limitaciones de espacio– las principales modificaciones que ha introducido la reforma y señalaremos algunos de sus puntos críticos.

Para empezar, el artículo 486 del texto refundido de la Ley Concursal, que define el ámbito de aplicación, exige que el deudor sea de buena fe para que pueda acceder a la exoneración. Aunque el mencionado precepto no concreta el estándar de conducta, en el artículo siguiente se prevén una serie de circunstancias impositivas (art. 487 TRLC)<sup>102</sup>. De esta forma, la buena fe queda configurada normativamente; su apreciación no dependerá de la valoración judicial, sino que se presumirá la buena fe del deudor que no incurra en circunstancia impositiva alguna.

Por otro lado, se articulan dos posibles vías de acceso a la exoneración, a saber, la sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa (arts. 486.1º, 495 y ss. TRLC) y la liquidación previa de la masa activa (arts. 486.2º, 501 y ss. TRLC). De este modo, la reforma del 2022 introdujo la posibilidad de acceder a la exoneración sin previa liquidación patrimonial. A estos efectos, el deudor puede proponer, y el juez acordar, un plan de pagos del que se derive una remisión parcial de la deuda, sin que se hayan satisfecho previamente las deudas pendientes con cargo a los bienes embargables presentes en el patrimonio del deudor (arts. 495.1 y 496.1 TRLC)<sup>103</sup>. A nuestro modo de ver, esta alternativa a la liquidación patrimonial previa resulta profundamente disruptiva, porque se reduce

<sup>99</sup> CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, cit., pp. 34 y 35.

<sup>100</sup> En este sentido, AZOFRA VEGAS, F., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, p. 284; CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, cit., p. 36.

<sup>101</sup> En el modelo anterior, el acceso quedaba supeditado a la satisfacción íntegra de un determinado umbral de pasivo, bien inmediatamente, bien mediante la sujeción a un plan de pagos. Sobre este modelo, vid., RUBIO VICENTE, P. J., «Aciertos y desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC», cit., pp. 73-102.

<sup>102</sup> Sobre el requisito de la buena fe en el marco de la exoneración, puede verse: SANCHO GARGALLO, I., «El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 5, 2022, especialmente, pp. 37-46.

<sup>103</sup> Sobre del plan de pagos, vid. AZOFRA VEGAS, F., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023», cit., pp. 286-291; CUENA CASAS, M., «Artículo 495. Solicitud de exoneración mediante plan de pagos», en: PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, 3.ª ed., t. II., Madrid (La Ley), 2023, pp. 364-367.

significativamente el «precio» de la exoneración, disminuyendo el coste que se le impone al deudor. Esto previsiblemente redundará en un incremento del riesgo moral, que se traducirá en la proliferación de comportamientos estratégicos de los potenciales beneficiarios.

Tampoco resulta satisfactorio, a nuestro parecer, el tratamiento que el vigente régimen jurídico de la exoneración dispensa al crédito público. El apartado quinto del artículo 489.1 excluye las deudas por créditos de derecho público del pasivo exonerable, dejando a salvo las deudas tributarias y de la seguridad social, para cuyo caso establece un limitado umbral de diez mil euros<sup>104</sup>. No se puede desconocer que cuando se trata de deudores personas físicas, especialmente si son empresarios individuales, la mayor parte del pasivo corresponde al crédito público<sup>105</sup>. De manera que, si la proyección de la responsabilidad patrimonial universal sigue desplegándose sobre la mayor parte del pasivo del deudor, la exoneración no constituirá incentivo suficiente para la reanudación de la actividad productiva del deudor, ni tampoco incentivará a que aquellos individuos menos optimistas emprendan proyectos potencialmente valiosos, por cuanto aumentará la incertidumbre de los individuos respecto a la limitación de su responsabilidad en caso de fracaso<sup>106</sup>. Además, consideramos injustificado, por discriminatorio, el tratamiento privilegiado que se le dispensa al crédito público, circunstancia que resulta particularmente grave en el caso de la exoneración, pues determina que solo una parte de los acreedores internalice el coste del fracaso del deudor, asumiendo los acreedores privados todo el coste de la exoneración.

En definitiva, aunque la reforma del año 2022 ha mejorado significativamente la regulación precedente, lo cierto es que en la configuración del mecanismo persisten algunas disfuncionalidades, que pueden impedir la neutralización de ciertas contrapartidas o, incluso, llegar a desactivar los incentivos asociados a la exoneración.

## VI. CONCLUSIÓN

No es aventurado concluir que la *discharge* es una solución eficiente que favorece el desarrollo del mercado del crédito y de la economía en general, por su capacidad para ayudar a reanudar la actividad productiva del deudor y para promover iniciativas arriesgadas, pero socialmente valiosas. La situación en la que se sitúa a los acreedores queda justificada porque el coste que se les impone resulta inferior al que tendría que soportar el conjunto

<sup>104</sup> Véase, CANDELARIO MACÍAS, M. I., «Capítulo 122. Quo. Vadis créditos de derecho público dentro de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho», en: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, t. V., Valencia (Tirant lo Blanch), especialmente, pp. 4115-4124; también, CUENA CASAS, M., «Artículo 489. De la extensión de la exoneración», en: PULGAR EZQUERRA, J. (dir.) *Comentario a la Ley Concursal*, 3.<sup>a</sup> ed., t. II., Madrid (La Ley), 2023, pp. 311-322.

<sup>105</sup> CUENA CASAS, M., «Artículo 489. De la extensión de la exoneración», cit., pp. 312-313, cita varios estudios que apuntan en este sentido.

<sup>106</sup> En este sentido, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», cit., p. 48.

de la sociedad si: se inhibiese la productividad del deudor; se desincentivara el emprendimiento de proyectos socialmente valiosos; y se consumieran recursos públicos para paliar la situación de necesidad del deudor.

Además, la *discharge* impone a los acreedores la internalización de los costes derivados de su deficiente o, incluso, negligente control de solvencia, que de otro modo externalizarían sobre la sociedad al no asumir parte del fracaso del deudor. Y, en todo caso, el coste que se impone a los acreedores podrá ser compensado anticipadamente por la vía de los intereses remuneratorios, lo cual no debe evaluarse en un sentido negativo, pese a que pueda resultar en un encarecimiento del crédito, pues el hecho de que se restrinja el acceso al crédito de los deudores potencialmente más proclives a la insolvencia puede redundar en su propio beneficio, ya que si fracasan pueden verse relegados a una grave situación de exclusión social.

Ahora bien, la eficiencia de la exoneración queda lógicamente supeditada a una adecuada configuración del mecanismo. Es necesaria una regulación que maximice los incentivos positivos y neutralice los efectos negativos. Esto no termina de conseguirlo nuestro actual régimen jurídico, donde observamos preocupantes disfuncionalidades. En particular, nos inquieta la posibilidad de acceso a la exoneración sin liquidación patrimonial previa, porque esta vía puede generar un efecto catalizador del riesgo moral, permitiendo la proliferación de conductas oportunistas o estratégicas de los potenciales beneficiarios. Tampoco nos parece satisfactorio el tratamiento que se le dispensa al crédito público, pues su exclusión del pasivo exonerable puede aminorar o, incluso, desactivar algunos de los incentivos que despliega el mecanismo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, B., POLAK, B. y SCHWARTZ, A., «Regulating consumer bankruptcy: a theoretical inquiry», *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 2, 2000, pp. 585-613.
- ARMOUR, J. y CUMMING, D., «Bankruptcy and Entrepreneurship», *American Law and Economics Review*, vol. 10, núm. 2, 2008, pp. 303-350.
- AYOTTE, K., «Bankruptcy and Entrepreneurship: The Value of Fresh Start», *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 23, núm. 1, 2007, pp. 161-185.
- AZOFRA VEGAS, F., «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, pp. 281-315.

- BAIRD, D., «Foreword: The creditor's bargain ' past, present and future», en: ADLER, B. (dir.), *Research Handbook on Corporate Bankruptcy Law*, Massachusetts (Edward Elgar Publishing), 2020, pp. 10-28.
- BERMEJO GUITÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid (Civitas), 2002.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013, pp. 33-52.
- BOSHKOFF, D. G., «Limited, conditional and suspended discharges in Anglo-Americans Bankruptcy proceedings», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131, 1982, pp. 69-125.
- CANDELARIO MACÍAS, M. I., «El nuevo derecho francés en materia de quiebras», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 22, 1996, pp. 1253-1284.
- CANDELARIO MACÍAS, M. I., «Capítulo 122. Quo. Vadis créditos de derecho público dentro de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho», en: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (coord..) *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Rodríguez-Cano*, t. V., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, pp. 4093-4126.
- CARVALHO, A., «La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, pp. 379-394.
- CUENA CASAS, M., «Fresh start y mercado crediticio», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2011, pp. 1-56.
- CUENA CASAS, M., «¿Una segunda oportunidad para los emprendedores?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 52, 2013. Disponible en: <<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-52/3589-una-segunda-oportunidad-para-los-emprendedores>>. [Consultado el 15/01/2025].
- CUENA CASAS, M., «La exoneración del pasivo insatisfecho en el anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 4, 2021, pp. 37-78.
- CUENA CASAS, M., «Artículo 489. De la extensión de la exoneración», en: PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, 3.ª ed., t. II., Madrid (La Ley), 2023, pp. 302-324.
- CUENA CASAS, M., «Artículo 493. Supuestos de revocación de la concesión de la exoneración», en: PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, 3.ª ed., t. II., Madrid (La Ley), 2023, pp. 343-350.

- CUENA CASAS, M., «Artículo 495. Solicitud de exoneración mediante plan de pagos», en: PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, 3.<sup>a</sup> ed., t. II., Madrid (La Ley), 2023, pp. 364-367.
- CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*, Cizur Menor (Aranzadi), 2023.
- FARNSWORTH, W., *El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el derecho*, Cizur Menor (Aranzadi), 2020.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *El concurso de la persona física y el beneficio de la segunda oportunidad*, Madrid (La Ley), 2021.
- FERREIRA, A., «La insolvencia de los consumidores en el Derecho positivo español y portugués. Retrato de una reforma inacabada», tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011. Disponible en: <[https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/115562/DPP\\_FerreiraCola%E7odaConcei%E7aoAF\\_LaInvolenciadelosConsumidores.pdf;jsessionid=4A66A76301A80CA21F72D1ACEE706917?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/115562/DPP_FerreiraCola%E7odaConcei%E7aoAF_LaInvolenciadelosConsumidores.pdf;jsessionid=4A66A76301A80CA21F72D1ACEE706917?sequence=1)>. [Consultado el 20/10/2024].
- FLORENSA I TOMÀS, C. E., «La condonación de la deuda en el Código Civil. Estructura y objeto del negocio remisivo», tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 1987. Disponible en: <<https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/43132>>. [Consultado el 15/01/2025].
- FOSSEN, F. M., «Personal Bankruptcy Law, Wealth and Entrepreneurship: Theory and Evidence from the Introduction of a Fresh Start», *SOEPpapers*, núm. 358, Berlín, 2011, pp. 1-45.
- FUENTESECA, C., *La condonación de deudas*, Madrid (Ederesa), 2003.
- GÓMEZ POMAR, F. y CELENTANI, M., «Tarea urgente: el concurso personal», *InDret*, núm. 1, 2012, pp. 1-5.
- GÓMEZ POMAR, F., «Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas: déjà vu all over again», *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 1-10.
- GÓMEZ POMAR, F., CELENTANI, M. y GARCÍA-POSADAS, M., «Fresh start policies and small business activity: evidence from a natural experiment», *Documentos de Trabajo del Banco de España*, núm. 2210, 2022, pp. 1-95.
- INFANTE RUÍZ, F. J., «Artículo 1187», en: CAÑIZARES LASO, A. (dir.), *Código Civil Comentado*, vol. III., 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (Civitas), 2016, pp. 437-439.
- JACKSON, T. H., «The fresh-start policy in Bankruptcy law», *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, pp. 1393-1448.

- JACKSON, T. H., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Massachusetts (Harvard University Press), 1986.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El fresh start o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 2012, pp. 585-610.
- LATORRE CHINER, N., «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 37, 2016, pp. 163-193.
- LAWLESS, R. y WARREN, E., «Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2007, pp. 405-413.
- LEVINTHAL, L. E., «The Early History of English Bankruptcy», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 67, núm. 1, 1919, pp. 1-21.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 1187», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI., Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 8750-8754.
- MEDINA, L. y SCHNEIDER, F., «Shadow Economies Around the World: What Did We Learn Over the Last 20 Years?», *IMF Working Paper*, 2018, pp. 1-76.
- MELERO BOSCH, L., «Concesión irresponsable del crédito y segunda oportunidad: una oportunidad perdida», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 2016, pp. 333-345.
- NUZZO, G., «Il debito e la Storia: Dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza», *Revista del Diritto Commerciale*, núm. 1, 2017, pp. 89-124.
- PANZANI, L., «L'esdebitazione», en: CAGNASO, O., y PANZANI, L. (dirs.), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milán (Giuffrè), 2016, pp. 660-684.
- PAZ-ARES, C., «La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1981, pp. 601-708.
- PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, vol. III, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, pp. 2843-2900.
- PAZ-ARES, C., «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?», en: PAZ-ARES, C (coord.), *Tratado de la Sociedad Limitada*, Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 1997, pp. 159-206.

- PULGAR EZQUERRA, J., «Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9, 2007, pp. 43-73.
- PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos Extrajudiciales de Pagos, PYMES y Mecanismos de Segunda Oportunidad», *Diario La Ley*, núm. 8538, 2015.
- PULGAR EZQUERRA, J., «El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español», en: MORILLAS, M., PERALES VISCASILLAS, P. y PORFIRIO CARPIO, L.J. (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas*, Madrid (Servicio de Publicaciones de la Universidad Carlos III), 2015, pp. 253-268.
- RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, 2007, pp. 133-167.
- RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, pp. 229-250.
- RUBIO VICENTE, P. J., «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 2016, pp. 99-131.
- RUBIO VICENTE, P. J., «Aciertos y desatinos de la exoneración del pasivo insatisfecho en el TRLC», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 1, 2021, pp. 73-102.
- SAINT-ALARY-HOUIN, C., «El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia», en: CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur Menor (Aranzadi), 2009, pp. 410-416.
- SANCHO GARGALLO, I., «El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 5, 2022, especialmente, pp. 31-46.
- SENDRA ALBIÑANA, A., «El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», tesis doctoral, Universidad Jaume I de Castellón, 2017. Disponible en: <<https://www.tdx.cat/handle/10803/403438#page=1>>. [Consultado el 05/05/2024].
- SENNT MARTÍNEZ, S., «Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores», tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017. Disponible en: <<https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/2ed6ed36-a4ca-4ea1-97b9-5ec07898a444/content>>. [Consultado el 13/06/2024].

- SKEEL, D. A., *Debt's Dominion. A History of Bankruptcy Law in America*, Nueva Jersey (Princeton University Press), 2001.
- STIMILLI, E., *Deuda y Culpa*, Barcelona (Herder), 2020.
- TABB, C. J., «The historical evolution of the Bankruptcy Discharge», *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 65, 1991, pp. 325-371.
- THE WORLD BANK, *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, 2013. Disponible en: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/668381468331807627/pdf/771700WP0WB0In00Box377289B00PUBLIC0.pdf>>. [Consultado el 10/10/2024].
- VATTERMOLI, D., «La esdebitazione en la legislación italiana sobre insolvencia», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 11, 2023, pp. 243-261.
- WARREN, C., *Bankruptcy in United States History*, 2.<sup>a</sup> ed., Washington D.C. (Beard Books), 1999.
- WESTBROOK, J. L., «The Retreat of American Bankruptcy Law», *QUT Law Review*, vol. 17, núm. 1, 2017, pp. 40-56.
- WHITE, L. H., «Bankruptcy as an economic invention», *Journal of Libertarian Studies*, vol. 1, núm. 4, 1989, pp. 281-288.
- ZABALETA, M., «La condonación de las deudas pendientes en el Derecho Concursal Alemán», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid (Marcial Pons), 2005, pp. 885-916.
- ZABALETA, M., *El concurso del autónomo*, Madrid (Marcial Pons), 2018.

# TRATAMIENTO PENAL DE LAS FUGAS DE INFORMACIÓN EN LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA\*

## CRIMINAL REGULATION OF LOSS INFORMATION IN INTELLIGENCE SERVICES

JAVIER BLANCO VARGAS\*\*

**Resumen:** En el presente trabajo se analizan los tipos penales encargados de sancionar aquellas conductas de descubrimiento y revelación de secretos producidas en el seno de los Servicios de Inteligencia. Se parte de un breve estudio del marco jurídico regulador de los distintos actores encargados de la inteligencia en España, para profundizar con posterioridad sobre las conductas delictivas de espionaje y revelación de secretos que afectan a la seguridad y defensa nacional.

**Palabras clave:** Centro Nacional de Inteligencia, delito de traición, descubrimiento y revelación de secretos, espionaje.

**Abstract:** This paper analyses the crimes that punish the behaviors of discovery and revelation of secrets that occurred in the Intelligence Services. It is based on a brief analysis of the legal framework of the different actors in charge of intelligence in Spain, to deepen later on the criminal behaviors of espionage and revelation of secrets that affect national security and defense.

**Keywords:** National Intelligence Center, crime of treason, discovery and revelation of secrets, espionage.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. MARCO NORMATIVO DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA; 1. Centro Nacional de Inteligencia (CNI); 2. Unidades de Inteligencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; A. *Comisaría General de Información de la Policía Nacional (CGI)*; B. *Jefatura de Información de la Guardia Civil*; C. *Oficina Central de Inteligencia de la Ertzaintza*; D. *Unidad de Inteligencia de los Mossos d'Esquadra*; E. *Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas (CIFAS)*; III. TIPOS PENALES. 1. Delito de espionaje; A. *Antecedentes históricos*; B. *Bien jurídico protegido*; C. *Sujeto activo y pasivo*; D. *Conducta típica*; E. *Tipo subjetivo*; 2. Delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional; A. *Antecedentes históricos*; B. *Bien jurídico protegido*; C. *Sujeto activo y pasivo*; D. *Conducta típica*; E. *Tipo subjetivo*; F. *Agravaciones*; G. *Penalidad*; IV. CUESTIONES PROCESALES; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA; VII. JURISPRUDENCIA.

---

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.005>

Fecha de recepción: 26/02/2025

Fecha de aceptación: 08/04/2025

\*\* Letrado de la Administración de Justicia. Correo electrónico: javier.blanco@justicia.es

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales preocupaciones de los Servicios de Inteligencia es garantizar la custodia de la información obtenida. Para ello es importante, ante todo, la prevención: dotarse de mecanismos que permitan la trazabilidad de las personas encargadas de manejar la información, la división y organización del trabajo por materias/zonas (compartimentación), revisión periódica de habilitaciones de seguridad, registro y control del material clasificado, entre otras. También será fundamental, una vez detectada una posible fuga, la búsqueda rápida y eficaz de los responsables, así como del contenido concreto de la información sustraída y, en su caso, cedida a terceros. El avance tecnológico ha facilitado enormemente dicha tarea, al quedar en cada paso que damos una marca indeleble (sistemas de identificación biométrica, huella digital, etc.). No obstante, también ha propiciado distintos modos de acceder y sustraer la información, sin necesidad de presencia física en el lugar de los hechos.

Es precisamente la especial naturaleza de los datos manejados por los Servicios de Información lo que hace que las conductas de descubrimiento y revelación de secretos gocen de una gravedad superior al resto de conductas afines. La puesta en peligro de la seguridad/defensa nacional provoca que los tipos penales encargados de sancionar dichas conductas lleven aparejada una elevada penalidad al resultar afectados bienes jurídicos de especial trascendencia.

En el presente trabajo se realiza un estudio detallado de los tipos penales que castigan aquellas conductas de descubrimiento y revelación de secretos acaecidas en el seno de los Servicios de Inteligencia. Para ello, comenzaremos con unas breves nociones sobre el régimen jurídico de los Servicios de Información; seguidamente, nos centraremos en el análisis de los distintos tipos delictivos, tanto del Código Penal común como del Código Penal Militar. En último término, realizaremos algunas consideraciones sobre ciertas cuestiones procesales que se plantean en la instrucción de este tipo de asuntos.

## II. MARCO NORMATIVO DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA

Son diversos los actores que se ocupan de lo que se conoce como inteligencia<sup>1</sup>. El más conocido –y relevante– es el Centro Nacional de Inteligencia, pero también existen uni-

---

<sup>1</sup> Podemos definir la inteligencia como el resultado que se obtiene tras elaborar la información; también se define como un proceso metodológico mediante el cual la información sometida a una serie de estudios, por unos productores, dentro de una organización, y en concomitancia con el consumidor de la inteligencia, genera un producto que servirá para ayudar a reducir la incertidumbre y servir como apoyo al proceso en la toma de decisión. En este sentido: LÓPEZ-MUÑOZ, J. *Manual de Inteligencia 2ª Edición*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p.28.

dades en las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como en las Fuerzas Armadas. Analizamos brevemente su régimen jurídico.

## **1. Centro Nacional de Inteligencia (CNI)**

El CNI nace en el año 2002, sustituyendo a lo que hasta entonces se denominaba Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), que gozaba de un carácter eminentemente castrense y estaba nutrido, en su mayor parte, por militares de carrera. Con la llegada de la democracia se hizo necesario modernizar y adaptar el servicio a las nuevas circunstancias, así como regular expresamente su organización, funcionamiento y mecanismos de control.

Ello dio lugar a dos normas fundamentales: la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia. Esta regulación facilita la integración de los Servicios de Inteligencia en el sistema democrático; la inteligencia abandona el campo reglamentario y su carácter militar.

La Ley 11/2002 se ocupa principalmente de las funciones y actividades del Centro, entre las que pueden destacarse la obtención, evaluación y difusión de la inteligencia para promover los intereses nacionales (inteligencia propiamente dicha), la prevención, detección y neutralización de las actividades de servicios extranjeros (contrainteligencia), así como la cooperación y colaboración con servicios de otros países. Por su parte, la Ley Orgánica 2/2002 se ocupa del control judicial previo de aquellas actividades que afecten a los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones reconocidos en los arts. 18.2 y 18.3 de la Constitución, correspondiendo a un magistrado del Tribunal Supremo conceder o denegar las actuaciones que impliquen afectación de tales derechos. Finalmente, también es necesario hacer referencia al Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia.

Es especialmente relevante la actividad desarrollada por el Centro en materia de terrorismo yihadista, realizando tanto análisis de situaciones y evaluaciones globales de carácter estratégico como actividades contrterroristas (informativas y operativas) cooperando con diversas instituciones como el Ministerio de Asuntos Exteriores (protección de intereses españoles en el extranjero), la Audiencia Nacional, la Fiscalía (detección y localización de terroristas en el exterior con causas pendientes), el Ministerio de Defensa (desarrollo de misiones en el exterior de las Fuerzas Armadas) y, por supuesto, el Ministerio del Interior (neutralizando cédulas terroristas y grupos de apoyo, facilitando información previa a operaciones policiales). Se realizan también operaciones conjuntas con los Servicios de Información de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>2</sup>, de los que nos ocupamos a continuación.

---

<sup>2</sup> Es importante hacer referencia al Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), responsable de la gestión y análisis de la información estratégica relativa al terrorismo, la criminalidad

## 2. Servicios de Inteligencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Las diferentes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado también cuentan con sus propios servicios de información; algunos tienen una larga tradición, mientras que otros son de reciente creación. Podemos destacar los siguientes:

### A. *Comisaría General de Información de la Policía Nacional (CGI)*

Se trata de la unidad especializada encargada de la recopilación, análisis y gestión de información relacionada con la seguridad nacional. Su función principal es prevenir y combatir el terrorismo, la radicalización y otras amenazas contra la seguridad pública.

Según el art. 3.3 a) del Real Decreto 207/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, corresponde a la Comisaría General de Información «la captación, recepción, tratamiento y desarrollo de la información de interés para el orden y la seguridad pública en el ámbito de las funciones de la Dirección General, así como su explotación o aprovechamiento operativo, especialmente en materia antiterrorista, tanto en el ámbito nacional como en el internacional».

La Comisaría General de Información depende de la Dirección Adjunta Operativa (DAO); las unidades y servicios que la integran tienen la clasificación de secreto.

### B. *Jefatura de Información de la Guardia Civil*

La Jefatura de Información de la Guardia Civil<sup>3</sup> depende directamente del titular de la Dirección Adjunta Operativa y se encuentra regulada en la Orden PRE/422/2013, de 15 de marzo, por la que se desarrolla la estructura orgánica de los Servicios Centrales de la Dirección General de la Guardia Civil. Según el art. 9, corresponde a la Jefatura de Información «organizar, dirigir y gestionar la obtención, recepción, tratamiento, análisis y difusión de la información de interés para el orden público y la seguridad ciudadana en el ámbito de las funciones propias de la Guardia Civil, y la utilización operativa de la información, especialmente en materia antiterrorista, en el ámbito nacional e internacional».

Se prevé una organización tanto a nivel central como a nivel territorial (unidades periféricas). La organización, estructura y funciones específicas, tanto de la Jefatura de Información como de las unidades periféricas, tienen la clasificación de secreto.

---

organizada y las organizaciones radicales de carácter violento; está formado por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las CCAA, Instituciones Penitenciarias, Fuerzas Armadas y CNI.

<sup>3</sup> El Servicio de Información de la Guardia Civil (SIGC), que a su vez dependía de la Jefatura de Información y Policía Judicial, fue suprimido por la Orden PRE/422/2013, de 15 de marzo (Disposición adicional segunda).

### C. *Oficina Central de Inteligencia de la Ertzaintza*

Bajo la dependencia directa de la Jefatura de la Ertzaintza se ubican una serie de divisiones, entre las que destaca la Jefatura de la Oficina Central de Inteligencia, que constituye el eje vertebrador de las demás jefaturas y cuyo trabajo busca facilitar la toma de decisiones de responsables policiales mediante el suministro de productos de inteligencia.

La Oficina de Inteligencia, conforme dispone la Orden de 18 de noviembre de 2021 del Vicelehendakari Primero y Consejero de Seguridad, se encarga de «la recogida, tratamiento y análisis sistemático de la información criminal e incidental, y de las condiciones que contribuyen a su desarrollo, ofreciendo productos y soluciones de inteligencia que permitan respuestas tácticas ante los riesgos existentes, así como la planificación estratégica relacionada con las amenazas emergentes y cambiantes».

Para dar respuesta a las funciones que tiene atribuidas, cuenta, bajo su dependencia funcional, con oficinas territoriales y locales de inteligencia.

### D. *Unidad de Inteligencia de los Mossos d'Esquadra*

El artículo 15 del Decreto 57/2023, de 21 de marzo, de reestructuración de la Dirección General de la Policía, prevé la existencia de un Área de Análisis, Conocimiento e Inteligencia, con funciones tanto de coordinación como de inteligencia propiamente dicha, entre las que destacan: promover la conexión de fuentes de información que permita explorar, analizar y estudiar las necesidades sociológicas, económicas y políticas en materia de seguridad; detectar y evaluar nuevos fenómenos que pueden representar un riesgo para la seguridad a medio y largo plazo; así como elaborar informes de análisis comparados sobre modelos, sistemas, estructuras y políticas de seguridad.

### E. *Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas (CIFAS)*

Para finalizar este apartado también es necesario hacer referencia al organismo encargado de la inteligencia en el ámbito militar: el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas (CIFAS). Se trata del órgano responsable de facilitar a la persona titular del Ministerio de Defensa, a través del jefe de Estado Mayor de la Defensa, y a las autoridades militares, la inteligencia militar precisa para alertar sobre situaciones internacionales susceptibles de generar crisis que afecten a la defensa nacional, así como de prestar el apoyo necesario a las operaciones, sin perjuicio de las competencias del Centro Nacional de Inteligencia.

### III. TIPOS PENALES

El Código Penal vigente se ocupa de las conductas reveladoras de secretos en distintas partes del mismo. Así, el Capítulo I del Título X («Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio») regula los delitos de descubrimiento y revelación de secretos «comunes» (arts. 197 y ss. CP), sancionando el art. 198 CP las conductas realizadas por autoridad o funcionario público. Por su parte, el Capítulo IV del Título XIX («Delitos contra la Administración pública») castiga en su art. 417 CP la conducta realizada por autoridad o funcionario público consistente en revelar secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados. Existen también tipos delictivos que sancionan la revelación de secretos en el ámbito empresarial (arts. 278 a 280 CP), así como de actuaciones judiciales declaradas secretas (art. 466 CP).

Finalmente nos encontramos con el Título XXIII, que contempla los delitos de traición (Cap. I), aquellos que comprometen la paz o la independencia del Estado (Cap. II), así como el descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional (Cap. III). Es importante resaltar que también el Código Penal Militar (en adelante CPM<sup>4</sup>) sanciona comportamientos similares; así, dentro de su Libro Segundo se castiga la traición militar (art. 24), el espionaje militar (art. 25) y la revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales (art. 26).

#### 1. Delito de espionaje

Dentro del Capítulo I aparecen una serie variada de conductas, en las que la mayor parte presuponen la existencia o el desencadenamiento de una guerra –desde inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a España del art. 581 hasta tomar las armas contra la Patria bajo banderas enemigas del art. 583–. Los arts. 581 a 584 CP contemplan los distintos tipos penales mientras que los arts. 585 a 589 CP se encargan de regular las disposiciones comunes aplicables a todos ellos. Se trata de un capítulo en el que el contexto bélico está siempre presente; la única excepción es el art. 584 CP, conocido como delito de espionaje o traición mediante espionaje.

En efecto, el art. 584 CP establece que «el español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, será castigado, como traidor, con la pena de prisión de seis a doce años».

---

<sup>4</sup> Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

## A. Antecedentes históricos<sup>5</sup>

Los antecedentes de estas figuras delictivas se remontan al Derecho Romano; no obstante, por razones de extensión, comenzaremos nuestro estudio en la etapa codificadora. La sistemática de los distintos códigos, que dan inicio con los delitos contra la seguridad interior y exterior, resulta extraordinariamente expresiva de la naturaleza autoritaria de los mismos. No será hasta el Código Penal de 1995, ya consolidada la Constitución de 1978, cuando se produzca la necesaria reforma de la norma penal, adecuando el viejo ordenamiento a los principios propios del Estado de Derecho. Hay que tener en cuenta que las conductas analizadas han sido también objeto de sanción a través de la legislación penal militar, produciéndose solapamientos indeseados y provocando una gran confusión legislativa. Será con el Código Penal Militar de 2015 cuando se regule con claridad la diferencia entre la traición militar y la traición civil. Nos referiremos a ello al tratar el sujeto activo del presente delito.

Tanto el Código Penal de 1822 como el de 1848 se ocupan de estos delitos al comienzo de su parte especial, en concreto en el Título II, dedicado a los «Delitos contra la seguridad exterior del Estado<sup>6</sup>». A modo de ejemplo, el art. 256 del Código de 1822 sanciona a «los que sirvieren de espías a los enemigos de España o de sus aliados, así como a los que acogieren, ocultaren, protegieren o auxiliaren voluntariamente a los espías del enemigo, sabiendo que lo son». El Código Penal de 1850 mantiene idéntica estructura típica y penalidad.

Será con el Código Penal de 1928 cuando se dé entrada a tipos penales de espionaje no incardinados necesariamente en una situación bélica. El citado código se ocupa de la materia en el Capítulo I («Delitos contra la Patria») del Título I («Delitos contra la seguridad exterior del Estado»). Así, el art. 220 castiga a «el que entregare o comunicare a otro planos, diseños o documentos relativos a la defensa nacional, o le revelare secretos políticos o militares concernientes a la seguridad del Estado», mientras que el art. 221 sanciona a «el que en cualquier forma publicare documentos, noticias o datos secretos relativos a la defensa nacional». En ambos casos se prevé la imposición de la pena superior inmediata cuando el culpable fuere depositario, por razón de su cargo, de los citados documentos.

El Código Penal de 1944 aborda la materia en el Capítulo I («Delitos de traición») del Título I («Delitos contra la seguridad exterior del Estado»). La conducta se incardina dentro del art. 122, que castiga una serie de conductas –desde tomar las armas contra la Patria bajo banderas enemigas hasta reclutar a gente para el servicio de una potencia extranjera–. En lo que aquí interesa, el apartado 6º sanciona a «el español que revelare secretos políticos, militares o de otro género que interesen a la seguridad del Estado, y el que se procure dichos

<sup>5</sup> Todos los códigos citados han sido consultados en la siguiente obra: BARJA DE QUIROGA; J. et al., *Códigos Penales Españoles, Recopilación y concordancias*, Madrid (BOE), 2022, pp. 69-71, 237-240, 371-374 (Vol. 1) y pp. 853-859, 1311-1315 (Vol. 2).

<sup>6</sup> Sobre el origen de la clasificación entre delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado se recomienda la lectura de TERUEL CARRALERO, D., «La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XVI, Fasc/Mes 1, Madrid (BOE), 1963, pp.17-35.

secretos u obtuviere su revelación. Cuando la revelación no comprometiére gravemente la seguridad del Estado, se castigará con la pena de prisión menor». El Texto Refundido de 1973 mantiene la estructura de su predecesor.

Finalmente, hay que hacer referencia a la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, por la que se acuerda, hasta la aprobación de un nuevo código –el que será conocido como el «Código penal de la democracia»–, incorporar al Código Penal común una serie de conductas castigadas hasta ese momento en el Código Penal Militar; se suprime el número 6 del artículo 122 y se añade un nuevo artículo 122 bis, que incorpora la traición mediante espionaje con una redacción similar a la vigente<sup>7</sup>.

Comienza a producirse la separación entre el espionaje castrense y el espionaje civil, aunque no será hasta la aprobación del Código Penal Militar de 2015 cuando se ponga fin a la dualidad normativa.

### B. *Bien jurídico protegido*

A diferencia de los otros dos capítulos del Título XXIII, el capítulo dedicado a la traición no hace referencia a bien jurídico alguno. No obstante, como apunta Ayala García<sup>8</sup>, en la doctrina ha existido un cierto consenso en considerar que el bien jurídico protegido en los delitos del Título XXIII es la defensa nacional, «concepto [con] capacidad de aglutinar tales delitos entre los que es observable continuidad conceptual».

En lo que aquí interesa, hay que poner de manifiesto la semejanza existente entre el delito de espionaje del art. 584 CP y el delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional del art. 598 CP; no en vano, como veremos infra, la diferencia fundamental entre ambas conductas es la concurrencia o no de un concreto elemento subjetivo del injusto. Ambos comparten bien jurídico protegido.

Tanto en la descripción típica del art. 584 CP como en la del art. 598 CP se dice que la conducta deberá ser susceptible de perjudicar la «seguridad nacional o defensa nacional». De las rúbricas de sus respectivos capítulos pocas conclusiones cabe obtener, pues mientras que en el Capítulo III solo se menciona la defensa nacional –a diferencia del Código Penal Militar, donde también aparece mencionada la seguridad nacional–, en el Capítulo I directamente se omite referencia alguna a dichos conceptos.

<sup>7</sup> En el Código de 1995 desaparece la referencia a «información [...] de interés militar» así como a «los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar» que, sin embargo, sí se mantiene en el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 598 CP.

<sup>8</sup> AYALA GARCÍA, J.M. «Delitos de traición» en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), en: *Tratado de Derecho Penal Español Parte Especial T.V.*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 364.

Se plantea la cuestión –que ya puede ser calificada de clásica– sobre si el bien jurídico protegido lo constituyen tanto la defensa como la seguridad nacional o solo una de ellas que englobaría a la otra.

Para definir lo que debe entenderse por defensa nacional hay que acudir a las normas reguladoras de la materia. En este sentido, la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar –ya derogada–, definía la defensa nacional como la «disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin». Y añade que su finalidad es «garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución». La vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, a diferencia de su antecesora, no ofrece una definición de defensa nacional. No obstante, tanto de su artículo 2<sup>º</sup>, que hace referencia a la finalidad de la política de defensa, como de su Exposición de Motivos<sup>10</sup>, se infiere que la defensa es el medio o instrumento para alcanzar la seguridad.

Con la entrada en vigor de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, se introduce por primera vez una definición de seguridad nacional. Así, su art. 3 establece que «a los efectos de esta ley se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos».

Se advierte, como apunta Moya Fuentes<sup>11</sup>, una aparente «confusión» entre los términos defensa y seguridad nacional, no solo por definir objetivos similares sino también por el hecho de encontrarse la primera subsumida entre los componentes fundamentales de la segunda. Ello se debe, como señala Feliu Ortega<sup>12</sup>, a que el amplio concepto de seguridad

---

<sup>9</sup> «La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España».

<sup>10</sup> «Hoy, además de un derecho básico y una necesidad de las personas y las sociedades, la seguridad es un reto, y lograr que sea efectiva requiere la concurrencia de la Defensa como uno de los medios necesarios para alcanzarla [...]»

<sup>11</sup> MOYA FUENTES, M. «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional» en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), en: *Tratado de Derecho Penal Español Parte Especial*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 437.

<sup>12</sup> FELIU ORTEGA, L. «La confusa terminología de la seguridad y la defensa», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 6, 2012, pp. 2-3.

nacional confunde lo que es el objetivo a conseguir o garantizar (seguridad) con los medios para lograrlo (defensa) y la forma de emplearlos para su consecución (estrategia). Concluye Moya Fuentes<sup>13</sup> que la seguridad nacional debe considerarse objeto de protección de los ilícitos en cuestión, pero como parte del único bien jurídico protegido por estos delitos: la defensa nacional, entendida aquí como la acción o conjunto de acciones conducentes a garantizar la seguridad de la nación, así como la de sus aliados; conviene con la doctrina dominante en que la mención a la seguridad nacional resulta redundante e innecesaria.

Por el contrario, Delgado Gil<sup>14</sup> afirma que, a la vista de la nueva Ley de Seguridad Nacional, si con anterioridad podía argumentarse que la defensa nacional era el medio o el instrumento para lograr la seguridad y que esta última quedaba englobada en la primera, la actual definición de «seguridad nacional» que ofrece la norma no permite seguir sosteniéndolo. La seguridad garantiza la defensa: «con anterioridad a esta Ley cabía justificar que el bien protegido en los delitos de los diferentes códigos penales era únicamente la Defensa Nacional. Sin embargo, ahora se presenta la seguridad como necesitada de protección, al ser el garante de la defensa».

El cambio de paradigma en la materia<sup>15</sup>, consecuencia de las nuevas amenazas y retos globales, ha provocado que el concepto de seguridad nacional haya ido expandiéndose y desplazando –o más bien integrando– al de defensa nacional. De este modo, consideramos que el bien jurídico tutelado, tanto por el art. 584 CP como por el art. 598 CP, es la seguridad nacional, que incluye inevitablemente la defensa nacional. Ciertamente estamos todavía ante un concepto vaporoso, de perfiles difusos, siendo tarea de la Ciencias Penales –entre otras– cooperar a su progresivo perfeccionamiento<sup>16</sup>.

### C. Sujeto activo y pasivo

Nos encontramos ante un delito especial propio, siendo necesario que el autor ostente la nacionalidad española. El sujeto activo de este delito es «el español», pues es a él a quien vinculan los deberes de lealtad y fidelidad con el Estado.

<sup>13</sup> MOYA FUENTES, M. «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional», cit., p. 437.

<sup>14</sup> DELGADO GIL, A. «El delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional (por el depositario o conocedor)», *Cuadernos de política criminal*, núm. 125, II, Época II, 2018, p. 55.

<sup>15</sup> Como afirma CARPIO BRIZ, D.I., «Estrategias de Seguridad Nacional y Política Criminal: Un proyecto conceptual de integración», en: AA.VV. (dirs.), en: *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid (BOE), 2022, los Estados han ido prescindiendo de pretéritas distinciones entre seguridad interior/policial y seguridad exterior/militar, consolidándose el nuevo concepto de seguridad nacional como fundamento de las políticas de seguridad pública destinadas a contrarrestar las nuevas amenazas existentes.

<sup>16</sup> Se recomienda la lectura de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La expansión de la categoría de seguridad nacional», en: AA.VV. (dirs.); en: *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid (BOE), 2022, pp. 159-168.

No obstante, también serán sujeto activo las personas extranjeras residentes en España, a quienes, conforme a lo dispuesto en el art. 586 CP, se les aplicará la pena inferior en grado, salvo lo establecido por los Tratados o por el Derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, consulares y de Organizaciones internacionales<sup>17</sup>.

Por el contrario, el extranjero no residente no podrá incurrir en el presente delito, sin perjuicio de su posible participación en conductas cometidas por un español o extranjero residente. Sí podrá incurrir en el tipo de revelación de secretos del art. 598 CP, al tratarse de un tipo común, siempre que no concurra el elemento subjetivo que caracteriza el espionaje («sin propósito de favorecer a una potencia extranjera...») o en el espionaje militar del art. 25 CPM, en caso de encontrarse en situación de conflicto armado.

No parece que estemos ante una ausencia involuntaria del legislador sino más bien ante una decisión de política criminal basada en los mencionados deberes de fidelidad a la patria que sujetan a los españoles –y por extensión a los extranjeros residentes, con cierta vinculación al país–. Consideramos, en línea con lo mantenido por Ayala García<sup>18</sup>, que dicha reminiscencia histórica carece en la actualidad de sentido, por lo que resulta conveniente incluir al extranjero no residente como sujeto activo del presente delito.

En caso de tratarse de autoridad o funcionario público, el art. 616 CP impone, además de las penas previstas, la de inhabilitación absoluta. Hay que destacar que los miembros del CNI tienen la condición de personal estatutario<sup>19</sup>, siéndoles de aplicación esta previsión de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.2 CP<sup>20</sup>.

Tratándose de personal militar<sup>21</sup> –incluidos los miembros de la Guardia Civil<sup>22</sup>–, o extranjeros no residentes, les será aplicable el Código Penal Militar siempre que se encuentren en situación de conflicto armado. En efecto, el art. 25 CPM establece lo siguiente:

---

<sup>17</sup> Los principales instrumentos son el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. También hay que hacer referencia a la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

<sup>18</sup> AYALA GARCÍA J.M., «Delitos de traición», cit., p. 362.

<sup>19</sup> Real Decreto 240/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia.

<sup>20</sup> Art. 24.2 CP: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

<sup>21</sup> Son militares, a efectos penales, quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma. En este sentido se pronuncia el art. 2 CPM, concretando a continuación los supuestos específicos.

<sup>22</sup> Los apartados 4 y 5 del art. 1 del CPM concretan los supuestos en los que se aplicará el Código Penal Militar a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a los alumnos pertenecientes a la enseñanza de formación de dicho cuerpo, así como aquellos supuestos que quedan excluidos y sujetos a la legislación penal ordinaria (fundamentalmente actos encuadrables en actos propios del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial).

«El extranjero que, en situación de conflicto armado, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada como reservada o secreta o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad o a la defensa nacionales, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de diez a veinte años de prisión.

El militar español que cometiere este delito será considerado autor de un delito de traición militar y castigado con la pena prevista en el artículo anterior».

El espionaje cometido por militar en tiempo de paz solo será castigado conforme al Código Penal Militar cuando concurren los presupuestos del art. 9.2 CPM, esto es: «que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil».

Se trata de conductas más gravemente penadas al entender el legislador que los miembros de las fuerzas armadas tienen un mayor deber de sometimiento al Estado. Así, mientras que el art. 584 del CP castiga al *traidor* con pena de prisión de seis a doce años, el art. 25 del CPM castiga al *espía* con pena de diez a veinte años de prisión.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, aunque de acuerdo con lo dispuesto en el art. 587 CP también podrá serlo una potencia aliada de España en tiempo de guerra<sup>23</sup>.

En resumen, puede decirse que el Código Penal común sanciona el espionaje cometido por español en cualquier tiempo, guerra o paz (art. 584 CP), y el espionaje cometido por extranjero residente en España en tiempo de paz (art. 586 CP). Por su parte, el Código Penal Militar castiga el espionaje cometido por militar en situación de conflicto armado (art. 25 CPM), por extranjero –residente o no residente– en la misma situación (art. 25 CPM), así como el espionaje cometido por militar en tiempo de paz siempre que concurren los presupuestos del art. 9.2 a del CPM.

#### D. Conducta típica

Se castigan dos modalidades de conducta. Una primera integrada, a su vez, por tres tipos de acciones diferentes (falsear, inutilizar o procurarse información) y una segunda referida a revelar información clasificada como reservada o secreta. Nos encontramos, por tanto, ante un tipo mixto alternativo: basta con que se cometa una de estas acciones para

<sup>23</sup> En efecto, el art. 587 CP establece que «las penas señaladas en los artículos anteriores de este capítulo son aplicables a los que cometieren los delitos comprendidos en los mismos contra una potencia aliada de España, en caso de hallarse en campaña contra el enemigo común».

que se colmen las exigencias de tipicidad. No obstante, como bien apunta Muñoz Conde<sup>24</sup>, las acciones incluidas en la primera modalidad de conducta deben considerarse como actos preparatorios de la del inciso segundo, de manera que, si se produce la revelación, quedan subsumidas en esta. A pesar de ello, observa Ayala García<sup>25</sup>, «la diferente progresión hacia la puesta en peligro que llevan implícita no se refleja en la penalidad en abstracto, idéntica para las cuatro».

Como señala la STS 1094/2010<sup>26</sup> «[el] precepto incorpora acciones de distinto significado y, por tanto, con diferente intensidad potencial para la ofensa del bien jurídico. El desvalor de la acción y del resultado no se hacen igualmente presentes cuando la acción imputada consiste en procurarse, frente a la conducta consistente en falsear, inutilizar o revelar. De hecho, buena parte de la doctrina estima que en el art. 584 se acoge una doble modalidad típica. De una parte, procurarse, falsear o inutilizar información clasificada. De otra, revelar información clasificada, hasta el punto de que las tres primeras modalidades de acción no serían sino actos preparatorios del inciso segundo que, de llegar a producirse, determinaría que tales actos preparatorios quedaran subsumidos en la acción de revelar.»

Solo puede compartirse parcialmente dicho argumento: si bien la acción de procurarse puede entenderse como un «acto preparatorio» de la revelación a terceros, las conductas falsear o inutilizar –en especial esta última– difícilmente pueden considerarse como un paso previo a la revelación; lo que pretenden es modificar o hacer desaparecer dicha información.

Según la RAE<sup>27</sup>, *procurarse* consiste en conseguir o adquirir algo; tanto desde un punto de vista material (apoderamiento del documento) como intelectual (memorización de la información). Estamos ante un delito de medios indeterminados, siendo indiferente la modalidad de obtención. *Falsear* consiste en alterar algo de manera que deje de ajustarse a la verdad; implica la posibilidad, como señala Ayala García<sup>28</sup>, de modificar el sentido de la información como tal, o bien el soporte físico en el que se encuentra, al modo en que se tipifican las conductas constitutivas del delito de falsedad. *Inutilizar* es hacer inútil, vano o nulo algo. Finalmente, *revelar* consiste descubrir o manifestar lo ignorado o secreto; dar a conocer la información a terceras personas no autorizadas para conocer su contenido.

Se trata de un tipo de peligro abstracto, al exigir solo la eventual puesta en peligro del bien jurídico. Es también un delito permanente, en el que la ofensa al bien jurídico se prolonga durante todo el tiempo de comisión.

<sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 25ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 785.

<sup>25</sup> AYALA GARCÍA J.M., «Delitos de traición», cit., p. 378.

<sup>26</sup> STS, Sala de lo Penal, núm. 1094/2010, de 10 de diciembre.

<sup>27</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.8 en línea]. <<https://dle.rae.es>>. [Consultado el: 15/02/2025].

<sup>28</sup> AYALA GARCÍA J.M., «Delitos de traición», cit., p. 378.

Estamos ante una norma penal en blanco, siendo necesario acudir a normativa extrapenal para completar el tipo penal<sup>29</sup>.

Para determinar qué se entiende por información clasificada como reservada o secreta hay que acudir a lo dispuesto en la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978 de 7 octubre<sup>30</sup>. En efecto, su art. 2 establece que podrán ser declaradas «materias clasificadas» los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado, mientras que el art. 3 dispone que las «materias clasificadas» serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran, correspondiendo otorgar esa calificación, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor<sup>31</sup>. Por su parte, el apartado segundo del art. 1 establece que tienen el carácter de secreto, sin necesidad de previa declaración, las materias así declaradas por Ley. Es en este supuesto donde se incardinan las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.1 de su ley reguladora<sup>32</sup>.

También es necesario traer a colación el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que desarrolla las disposiciones de la Ley de Secretos Oficiales; mientras que el art. 2 ofrece un listado de definiciones (asuntos, acto, documentos, informaciones, etc.), el art. 3 se ocupa de lo que debe entenderse por materias clasificadas de «secreto» y «reservado»<sup>33</sup>:

---

<sup>29</sup> La constitucionalidad de las normas penales en blanco ha sido ampliamente tratada por la doctrina y jurisprudencia. Puede citarse, a modo de ejemplo, a GARCÍA ARÁN, M. «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, Cursos e Congresos nº 76, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1993, pp. 64-103. En cuanto a la jurisprudencia, destaca la STC núm. 24/2004, de 24 de febrero, sobre la constitucionalidad del delito de tenencia de armas prohibidas del art. 563 CP o la STC núm. 283/2006, de 9 de octubre, sobre el delito de intrusismo del art. 403 CP.

<sup>30</sup> Su anclaje constitucional lo encontramos en el art. 105 b) CE, que, si bien reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros informáticos, impone ciertos límites, tal y como reconoce el propio artículo, «en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado».

<sup>31</sup> La Junta de Jefes de Estado Mayor desapareció en el año 2005; la mayor parte de sus funciones fueron asumidas por el actual Estado Mayor de la Defensa (EMAD).

<sup>32</sup> Establece el art. 5.1 de la Ley 11/2002 que «las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, así como su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, constituyen información clasificada, con el grado de secreto, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de los secretos oficiales y en los Acuerdos internacionales o, en su caso, con el mayor nivel de clasificación que se contemple en dicha legislación y en los mencionados Acuerdos.»

<sup>33</sup> La primera se reserva a aquellas materias que precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional. La segunda categoría se reserva a los supuestos no comprendidos en el apartado anterior, por su menor importancia, pero cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar también a los referidos intereses.

Una de las líneas de defensa mantenidas en el Caso Flórez<sup>34</sup> fue sostener que el acusado tuvo acceso a la documentación e información del Centro antes de la entrada en vigor de la citada Ley –que tuvo lugar el 7 de mayo de 2002–, entendiendo que la documentación solo tenía el carácter de confidencial y no de secreto. La SAP de Madrid 61/2010<sup>35</sup> rechaza dicho argumento señalando, con acierto, que el carácter de material clasificado, además de por ley, puede venir otorgado como hemos visto por acuerdo del Consejo de Ministros. En efecto, el Acuerdo de 28 de noviembre de 1986 –vigente hasta la entrada en vigor de la Ley reguladora del CNI– declaraba formalmente el carácter secreto de la estructura, organización, medios y procedimientos operativos de los servicios de información, así como las fuentes e informaciones que puedan revelar su actuación. La Sala llega a la conclusión de que el procesado era perfecto conocedor de ello, basándose no solo en su antigüedad en el Centro, sino también en las declaraciones de varios agentes, los cuales declararon que la citada normativa era conocida por todos los miembros del Centro, existiendo un curso de entrada en el que se explicaba la misma.

Por otro lado, hay que advertir que, dado el carácter de norma penal en blanco, el legislador debe ser especialmente cuidadoso a la hora de promulgar una nueva ley de secretos oficiales. En el último Anteproyecto de Ley de Información Clasificada presentado, las materias clasificadas pasaban a ser cuatro: «alto secreto», «secreto», «confidencial» y «restringida»; como apunta Puente Rodríguez<sup>36</sup>, la pena prevista actualmente en el art. 584 CP puede resultar excesiva cuando se trate de informaciones que, con arreglo a la nueva norma, pudieran clasificarse como confidencial o restringido. Resulta conveniente que, en caso de aprobarse una nueva ley de secretos oficiales, se adapte adecuadamente la legislación penal.

Para que la conducta pueda integrar el tipo del art. 584 CP será necesario que la información clasificada no solo cuente con el carácter de reservado o secreto, sino que, además, sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional.

Afirma la Audiencia Provincial de Madrid<sup>37</sup> que no toda información clasificada, por el mero hecho de serlo, puede considerarse susceptible de perjudicar la seguridad o defensa nacional. Debe tratarse de información que tenga la suficiente relevancia o trascendencia como para poder generar un riesgo para el bien jurídico protegido. Entiende que el listado de personal que compone el CESID cumple sobradamente con este requisito. Así, los agentes del CNI que declararon en el plenario consideraron dicha información como vital, señalando que, aunque toda la documentación era clasificada, el listado de personal, con sello

---

<sup>34</sup> Roberto Flórez García fue el primer agente del CNI condenado en democracia por un delito de traición. La Audiencia Provincial de Madrid le impuso una pena de 12 años de prisión, posteriormente confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

<sup>35</sup> SAP de Madrid, Sección 1ª, núm. 61/2010, de 11 de febrero.

<sup>36</sup> PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Comentario urgente al Anteproyecto de Ley de Información Clasificada (1)», *Diario La Ley*, núm. 10130, sección doctrina, La Ley, 2022, p. 10.

<sup>37</sup> De nuevo: SAP de Madrid, Sección 1ª, núm. 61/2010, de 11 de febrero.

de reservado, era objeto de una mayor protección que implicaba unas especiales medidas en su custodia. De este modo, afirma el tribunal lo siguiente:

«Desde el momento que la principal misión del Centro es la de proporcionar al Gobierno la información e inteligencia necesarias para prevenir y evitar cualquier riesgo o amenaza que afecte a la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones, la información contenida en el citado listado permitía el conocimiento de todas y cada una de las personas que tenían encomendadas esas funciones, otorgando la posibilidad en atención a tal conocimiento de descubrir y / o neutralizar las operaciones en que, para llevarlas a cabo, estuvieran involucradas, por lo que debe concluirse que se trata de una información clasificada que cumple el presupuesto del tipo penal al ser susceptible de perjudicar la seguridad nacional».

En el mismo sentido puede encontrarse la STS 35/2017<sup>38</sup>, referida al art. 26 del CPM pero perfectamente aplicable al presente caso. La sentencia considera probado que el acusado se hizo con abundante documentación que había sido legalmente clasificada, en base al informe pericial aportado, como «NATO/ISAF SECRET» y «NATO RESTRICTED»; correspondiente la primera a «reservado» y la segunda a «confidencial». La resolución entiende que la información procurada por el acusado era información sensible que podía afectar a la seguridad de las operaciones y de las tropas desplegadas, principalmente italianas, norteamericanas y españolas –Operación multinacional «Reconstrucción de Afganistán» en Herat–, concluyendo que la referida información afectaba a los intereses de España y a la seguridad o defensa nacional.

También puede mencionarse la STS 15/1998<sup>39</sup>. El recurrente considera que el contenido documental del que se apoderó no se encontraba amparado por un acto clasificatorio válido como secreto oficial. Para ello cuestiona, por un lado, la validez del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 1986, encontrándose, en el momento de la interposición del recurso, recurrido ante la Sala Tercera; por otro, considera que el citado acuerdo no es aplicable al Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), pues no aparece expresamente mencionado. El Tribunal Supremo rechaza dichos argumentos: en primer lugar, considera que el recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros no tiene el carácter de cuestión prejudicial<sup>40</sup>; en segundo lugar, señala que «el

<sup>38</sup> STS, Sala de lo Militar, núm. 35/2017, de 16 de marzo.

<sup>39</sup> STS, Sala de lo Militar, núm. 15/1998, de 30 de marzo.

<sup>40</sup> En efecto, la sentencia entiende que no resulta de aplicación el art. 4 de la LECrim, que prevé la suspensión del procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial; por el contrario, considera que debe acudir al art. 3 LECrim («las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones parezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación»), pues el Acuerdo del Consejo de Ministros, al clasificar como «secreto» lo que se refiere a «la estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los Servicios de Información, sus fuentes y cuantas informaciones o datos que puedan revelarlos», se

razonamiento de que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1.986, no menciona expresamente al Centro Superior de Información de la Defensa, carece por completo de fundamento, pues el tenor literal del epígrafe 4 de su apartado Primero otorga la clasificación de secreto a «la estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los Servicios de Información, sus fuentes y cuantas informaciones o datos que puedan revelarlas». No se trata sólo de que el CESID se halle lógica y necesariamente incluido en la genérica expresión del Acuerdo referida a «los servicios de información», sino que a nadie escapa que es precisamente el CESID el principal destinatario del párrafo del Acuerdo que hemos transcrito». La Sala Quinta llega también a la conclusión, con referencia a la sentencia de la Sala Tercera de 4 de abril de 1997 –relativa a la desclasificación de los documentos denegada por el Consejo de Ministros– que la documentación de la que se apoderó el acusado afectaba a la seguridad y defensa del Estado.

### *E. Tipo subjetivo*

El art. 584 CP exige, además del dolo genérico, un elemento subjetivo adicional como es «el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional», diferenciándose de este modo del tipo de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativos a la defensa nacional del art. 598 CP, del que nos ocuparemos más adelante. Dado la especial complejidad para probar de los elementos anímicos, en aquellos supuestos en los que no se disponga de prueba de cargo suficiente, será importante que la acusación formule conclusiones alternativas conforme al art. 653 LECrim. En el llamado Caso Flórez se contó con prueba directa sobre el propósito de favorecer a una potencia extranjera, dado que en la entrada y registro practicada en su domicilio se incautaron dos cartas en la que el acusado manifestaba su intención de proporcionar la información sacada del Centro a los servicios secretos rusos.

Cierra el capítulo una cláusula sobre punibilidad de los actos de participación intentada. En efecto, el art. 585 CP establece que «la provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores de este Capítulo, serán castigadas con la pena de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente».

Para finalizar conviene recordar que los delitos de traición aparecen mencionados en el listado del art. 451.3º a) CP, es decir, aquellos susceptibles de dar lugar a un delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento personal.

---

encuentra «indisolublemente ligado al hecho punible» en cuanto es requisito imprescindible del delito imputado que la información procurada por el sujeto activo estuviera legalmente clasificada y la validez o nulidad del acto, por el cual el órgano clasificó determinadas materias, forma parte inseparable del hecho punible.

## 2. Delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional

El art. 598 CP establece que «el que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años».

### A. Antecedentes históricos

Ya hemos visto al analizar el delito de espionaje que nos encontramos ante figuras delictivas presentes, con distintas formulaciones, desde los primeros códigos –si bien todas ellas vinculadas a contextos bélicos–.

El delito previsto en el art. 598 CP se introduce por primera vez, gozando de capítulo propio, en el Código Penal de 1973 a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, por la que se reforma el Código Penal y el Código Penal Militar. En efecto, se crea un nuevo capítulo (Capítulo II bis), estableciendo el art. 135 bis a) lo siguiente:

«El que sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión menor».

Como puede observarse, la estructura típica es muy similar a la vigente. El Código Penal de 1995 modifica la expresión «información legalmente clasificada» por «información legalmente calificada como reservada o secreta». Finalmente, la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, realiza una reestructuración de estos delitos, gozando desde entonces de la ubicación actual.

### B. Bien jurídico protegido

El art. 598 CP tutela el mismo bien jurídico que el delito de espionaje del art. 584 CP, esto es, la seguridad nacional –que, a su vez, comprende la defensa nacional–. Nos remitimos a lo expuesto supra.

### C. Sujeto activo y pasivo

Se trata de un delito común que, a diferencia del art. 584 CP, puede ser cometido por cualquier persona que realice las conductas en él previstas.

En el caso de tratarse de un militar en activo, la conducta será sancionable conforme al Código Penal Militar. En efecto, su art. 26 establece que «El militar que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los artículos 277 o 598 a 603 del Código Penal será castigado con la pena establecida en el mismo incrementada en un quinto de su límite máximo. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena superior en uno o dos grados». No se exige, a diferencia del espionaje del art. 25 CPM, que el delito se cometa en un contexto bélico; basta con ostentar la condición de militar.

El sujeto pasivo es el Estado. Entiende con acierto Moya Fuentes que no cabe extender dicha condición a las potencias extranjeras, aunque la defensa nacional se extienda a la protección y preservación de los intereses de nuestros aliados. Lo fundamenta, por un lado, en la ausencia en el código actual de un precepto que expresamente las proteja, tal y como hacía el art. 125 del Código Penal de 1944; por otro, sostiene que si el legislador hubiera querido tutelar a dichas potencias así lo hubiera previsto expresamente, tal y como establece el art. 32 CPM –o el propio art. 587 CP para el delito de espionaje–.

### D. Conducta típica

Estamos también ante un tipo mixto alternativo, en el que se sanciona un amplio abanico de conductas –procurarse, revelar, falsear o inutilizar–. Se trata de conductas de muy diversa índole que habrán de ser ponderadas a la hora de individualizar la pena, pues no es equiparable el procurarse la información –más bien propio de un acto preparatorio– que revelarla a terceros. Hay que resaltar la escasa relación existente entre el contenido de alguna de las conductas típicas –falsear o inutilizar– y la rúbrica del Capítulo donde se ubican –descubrimiento y revelación de secretos–.

Los verbos típicos son los mismos que los analizados supra con ocasión del delito de traición mediante espionaje. No obstante, pueden realizarse algunas precisiones sobre las modalidades consistentes en procurarse o revelar información:

La conducta *procurarse*, como afirma Moya Fuentes, abarca tanto los supuestos en los que el sujeto se apodera por primera vez de la información como aquellos en los que ésta ya se encuentra en su poder, al ser el encargado de su custodia, y consigue hacerla propia fuera de los cauces y contextos legalmente permitidos. El vertiginoso avance de las nuevas tecnologías ha facilitado la comisión de estas conductas delictivas. Ya no es necesaria, por ejemplo, la realización de fotocopias o la microfilmación de documentos, sino que es posible realizar fotografías con el teléfono móvil o pantallazos en el mismo dispositivo electrónico;

todo ello sin entrar en la posibilidad de acceso remoto a sistemas informáticos a través de programas espías como Pegasus o Candiru.

No es necesaria la aprehensión material de la información; es perfectamente posible la captación intelectual sin necesidad de desplazamiento físico —por ejemplo, mediante la memorización de los datos—. En caso de reproducirse la información obtenida entraría en juego el art. 600.1 CP<sup>41</sup>.

La conducta *revelar*, según la RAE<sup>42</sup>, consiste en descubrir o manifestar lo ignorado o secreto. Información que habrá de ser puesta en conocimiento de un tercero no autorizado para conocerla, siendo atípica la conducta de revelación de información a personas autorizadas para conocerlas o que ya tenían conocimiento de las mismas. También lo será la revelación de información notoria, conocida por todos, pues en nada puede lesionar el bien jurídico protegido una información que ha perdido el carácter de secreto.

Un sector de la doctrina, entre los que se encuentra Pastrana I Icart<sup>43</sup>, admite la comisión por omisión al entender que la conducta puede llevarse a cabo tanto de forma activa como pasiva. Afirma Moya Fuentes<sup>44</sup> que es posible admitir la comisión por omisión de este tipo penal en el supuesto de que el agente encargado de custodiar la información, incumpliendo su deber de garante, permite a un tercero no autorizado el acceso a la información. El Código Penal Militar sí contempla esta modalidad comisiva en su art. 31.1 CPM, castigando al militar que, «teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos de traición o espionaje, no empleare los medios a su alcance para evitarlo».

En cuanto al objeto material, las anteriores conductas deben recaer sobre «información legalmente calificada como reservada o secreta». Como puede apreciarse, mientras que el art. 584 CP habla de información «clasificada», el art. 598 CP se refiere a información «calificada». Se ha debatido en la doctrina sobre si son términos análogos o no<sup>45</sup>. Para determinar que se entiende por información clasificada como reservada o secreta es necesario acudir a la normativa sobre secretos oficiales; nos remitimos a lo ya dicho supra respecto del delito de espionaje.

<sup>41</sup> El art. 600.1 CP establece que «El que sin autorización expresa reprodujere planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años».

<sup>42</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.8 en línea]. <<https://dle.rae.es>>. [Consultado el: 15/02/2025].

<sup>43</sup> PASTRANA I ICART, L.-I. en: «Los secretos en los delitos relativos a la defensa nacional (comentario a los artículos 598 a 603)», cit., p. 299.

<sup>44</sup> MOYA FUENTES, M. «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional», cit., p. 450.

<sup>45</sup> Sobre este tema, se recomienda la lectura de DELGADO GIL, A. «El delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional (por el depositario o conocedor)», cit., pp. 61-67.

### E. Tipo subjetivo

Será suficiente un dolo genérico; las conductas analizadas no necesitan ir acompañadas de ningún elemento subjetivo específico. Si concurre «el propósito de favorecer a una potencia extranjera» el delito se convierte en el de espionaje previsto en el art. 584.

### F. Agravaciones

El art. 599 CP establece dos cualificaciones que dan lugar a la imposición de la pena en su mitad superior: la cualidad personal del sujeto activo («1.º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino») y la revelación con publicidad («2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión»).

### G. Penalidad

Finalmente conviene apuntar que, frente a la pena del art. 584 CP—de seis a doce años de prisión—, la pena prevista en el art. 598 CP—de uno a cuatro años— se antoja excesivamente benigna, más aún si se la compara con la prevista para el tipo básico de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 CP—también de uno a cuatro años—, siendo incluso superada en los supuestos de difusión, revelación o cesión a terceros del art. 197.3 CP—de uno de cinco años—. Dada la gravedad de las conductas sancionadas en el art. 598 CP, susceptibles de perjudicar la seguridad/defensa nacional, carece de sentido que la revelación de secretos de un particular se encuentre más duramente castigada; es necesaria una armonización penológica.

## IV. CUESTIONES PROCESALES

Como punto de partida es importante recordar lo dispuesto en el art. 23.3 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a la jurisdicción española, en virtud del principio real o de protección de intereses<sup>46</sup>, el conocimiento de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, de delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado. En el caso del delito de traición del art. 584 CP, la referencia a los *extranjeros* debe entenderse hecha a los extranjeros residentes en España.

---

<sup>46</sup> El principio real o de protección de intereses, también llamado principio de defensa, se aplica en aquellos delitos con los que existen importantes intereses implicados. Como se afirma BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Navarra (Aranzadi), 2019, lo único que importa es que resulten afectados intereses españoles, siendo indiferente la nacionalidad del autor o de la víctima.

No existiendo norma especial atributiva de competencia, el asunto corresponderá, en función de las penas a imponer, al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial. No obstante, conforme al art. 65.1º 3) LOPJ, cuando el delito haya sido cometido en el extranjero, la competencia corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Tratándose de militares, de conformidad con lo establecido en el art. 117.5 CE y 3.2 LOPJ, las conductas serán enjuiciadas por la jurisdicción militar con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar.

Por otro lado, dado el objeto material sobre el que recaen los presentes delitos y las personas que se encuentran en disposición de manejar la información, no será extraño encontrarse ante un investigado que goce de algún tipo de inmunidad. Habrá que acudir a las normas reguladoras de la materia, anteriormente mencionadas<sup>47</sup>. En este punto es importante traer a colación la Instrucción 1/2024 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se aprueba el «Procedimiento integral de la detención policial», cuyo apartado 10º (dedicado a las particularidades de la detención de determinadas personas) regula cómo proceder en caso de detención de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, militares o diplomáticos.

En cuanto a la instrucción de este tipo de asuntos, se plantea una cuestión especialmente relevante. La *notitia criminis* puede surgir a partir de investigaciones internas realizadas por los propios servicios de inteligencia<sup>48</sup>. Sobre ello razona la STS 1094/2010, al afirmar que los actos de investigación desarrollados por los agentes del CNI, con la cobertura que ofrece su ley reguladora, no pueden ser etiquetados como actos judiciales de investigación –ni mucho menos como elementos de prueba–, por más que puedan implicar la autorización del Magistrado encargado del control previo de las actividades de los servicios de inteligencia. No obstante, reconoce que su naturaleza es objeto de controversia, probablemente alentada por el hecho de que se haya optado por un modelo de control judicial residenciado, no en un órgano jurisdiccional, sino en un único Magistrado, al que se atribuye una función previa de fiscalización a partir de un expediente<sup>49</sup>. La exclusión de cualquier posibilidad de impugnar la resolución habilitante y, sobre todo, la ausencia de un seguimiento ulterior de lo actuado a partir de la autorización, añaden mayores dosis de especialidad al régimen jurídico dibujado por el legislador español. La Sala Segunda sostiene que el proceso penal

---

<sup>47</sup> Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España; Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961; Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963.

<sup>48</sup> Sobre la incorporación al proceso penal del origen del conocimiento de los hechos se recomienda la lectura de la STS, Sala Segunda, núm. 312/21, de 13 de abril, sobre el acceso a diligencias policiales iniciadas a raíz de una comunicación del FBI.

<sup>49</sup> Art. 342 bis LOPJ: «El Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución se nombrará por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría».

no consiste en una continuación del llamado «expediente de seguridad» —«no existe una secuencia cronológica que permita establecer una suerte de tracto sucesivo que enlace la actividad del CNI y la que desarrolla con posterioridad el Juez de instrucción»—, por lo que no es necesaria su judicialización. Sin embargo, puede ser necesaria la desclasificación de ciertos documentos, en aras de garantizar el derecho de defensa del investigado.

Sobre la posibilidad de desclasificación de documentos, nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de que un órgano de la jurisdicción penal incorpore a la causa material clasificado como secreto a través del correspondiente procedimiento<sup>50</sup>. Para ello será necesario que exista una cierta conexión entre el hipotético contenido del expediente de seguridad y el hecho ilícito que está siendo objeto de investigación.

En este sentido, conviene resaltar que el art. 38 del Anteproyecto de Ley de Información Clasificada contempla un procedimiento específico para posibilitar el acceso, en el seno de un proceso judicial, a información clasificada. El citado artículo atribuye la competencia a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de modo que el juez instructor que considerara necesario acceder a dicha información debe solicitarla a la Sala y esta última al órgano competente, a diferencia de la situación actual en la que el propio instructor se dirige al Consejo de Ministros<sup>51</sup>. Se prevé en la citada norma que, en caso de remisión de la información clasificada, pueda acordarse por la Sala «un acceso limitado o las medidas de confidencialidad que considere necesarias».

Conviene apuntar también la delicada situación jurídica en la que se encuentra aquel funcionario público que deba declarar como testigo en relación con hechos sobre los que tenga obligación de guardar secreto por razón de su cargo<sup>52</sup>: si decide declarar, comete un delito de revelación de información clasificada (598 CP), mientras que, si se niega, incurre en los delitos de desobediencia o denegación de auxilio judicial (410 y 412 CP). Sobre este particular, compartimos la postura de Puente Rodríguez<sup>53</sup>, entendiendo que el art. 417.2º LECrim soluciona la cuestión mediante el establecimiento de una causa de justificación extrapenal que cuenta con basamento constitucional (24.2 CE). En cualquier caso, debería aprovecharse la aprobación de una nueva ley de información clasificada para regular de manera precisa el asunto.

<sup>50</sup> Como precedente pueden citarse las tres sentencias dictadas por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 4 abril 1997 (Caso «papeles del CESID»).

<sup>51</sup> En el informe realizado por el CGPJ a dicho Anteproyecto se propone también la posibilidad de que el órgano competente para instar la desclasificación sea una Sala del Tribunal Supremo creada *ad hoc* (como la Sala del art. 61 LOPJ) o cada Sala del respectivo orden jurisdiccional a la que pertenece el órgano judicial solicitante. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL «Informe sobre el anteproyecto de Ley de Información Clasificada». Disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-de-Informacion-Clasificada>>. [Consultado el: 15/02/2025], pp. 37-38.

<sup>52</sup> Se recomienda la lectura de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación», *Revista Penal México*, núm. 5, 2014, pp. 53-55.

<sup>53</sup> PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Comentario urgente al Anteproyecto de Ley de Información Clasificada (1)» cit., p. 9.

Finalmente, también es necesario hacer una breve referencia a la singular postura institucional que ocupa el Magistrado del enlace con el CNI, encargado de realizar una ponderación de bienes jurídicos que no se identifican con los que valora habitualmente un juez instructor en el seno de un proceso penal<sup>54</sup>. La propia Sala Segunda<sup>55</sup> ha reconocido que no se trata de una posición sencilla, pues los parámetros a partir de los cuales ha de resolver la petición cursada por el director del CNI no son los ponderados con carácter general cuando se trata de la investigación de un hecho delictivo. En efecto, no es fácil detectar cuándo una determinada actividad puede implicar un riesgo para los intereses económicos, industriales o comerciales de España o cuándo encierra una amenaza al bienestar de la población. De hecho, con bien apunta la citada STS 1094/2010, algunos de esos bienes –no todos los que se mencionan en el art. 4 de la ley reguladora del CNI– escapan a una dimensión estrictamente jurídica, habiendo generado dudas doctrinales acerca del distanciamiento de una genuina justificación material en el momento de autorizar el acto de injerencia.

## V. CONCLUSIONES

El Código Penal común sanciona el espionaje cometido por español en cualquier tiempo (art. 584 CP) y el espionaje cometido por extranjero residente en España en tiempo de paz (art. 586 CP). Por su parte, el Código Penal Militar castiga el espionaje cometido por militar en situación de conflicto armado (art. 25 CPM), por extranjero –residente o no residente– en la misma situación (art. 25 CPM), así como el espionaje cometido por militar en tiempo de paz siempre que concurren los presupuestos del art. 9.2 a) del CPM.

Los preceptos analizados han sufrido importantes modificaciones hasta llegar a su actual regulación, contribuyendo a otorgar mayor claridad sistemática. No obstante, una vez superada la duplicidad legislativa existente entre la norma civil y la norma militar, subsisten en el Código Penal común una diversidad de tipos penales que castigan conductas de similar factura; se hace necesaria una reforma que adapte la normativa a la realidad actual y unifique conductas para conseguir una regulación más precisa. Asimismo, resulta conveniente incluir al extranjero no residente como sujeto activo del delito de espionaje del art. 584 CP, así como realizar una revisión de las penas –en especial las del art. 598 CP, que no guardan coherencia con las previstas para el descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 197 y ss. CP–.

La instrucción judicial de los delitos analizados presenta algunas particularidades, entre las que destaca la cuestión sobre la necesaria desclasificación de documentos para una correcta investigación de los hechos, la dispensa del deber de declarar del funcionario público cuando no pueda hacerlo sin revelar un secreto que estuviera obligado a guardar

---

<sup>54</sup> Existe un protocolo que articula las relaciones CNI-Magistrado del Tribunal Supremo, quien decide tras recibir información precisa sobre los hechos que justifican la petición, fines que la motivan, razones que la aconsejan, personas afectadas y duración, de tres meses como máximo, sin perjuicio de que pueda ser prorrogada antes del vencimiento.

<sup>55</sup> STS, Sala 2ª, núm. 1094/2010, de 10 de diciembre.

por razón de su cargo, o la especial posición que ocupa el Magistrado encargado de autorizar determinadas diligencias limitativas de derechos fundamentales –que posteriormente pueden dar lugar a la incoación de una causa penal–. Es inaplazable la aprobación de una nueva ley de secretos oficiales que regule con detalle el proceso de desclasificación judicial de información y que amplie el ámbito y fiscalización de las actuaciones que corresponden al Magistrado de enlace con el CNI.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA GARCÍA, J.M. «Delitos de traición» en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), en: *Tratado de Derecho Penal Español Parte Especial T.V.*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.
- BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J. et al., *Códigos Penales Españoles, Recopilación y concordancias*, Madrid (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), 2022.
- BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Navarra (Aranzadi), 2019.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL «Informe sobre el anteproyecto de Ley de Información Clasificada». Disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-de-Informacion-Clasificada>>. [Consultado el: 15/02/2025].
- DELGADO GIL, A. «El delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional (por el depositario o concededor)», *Cuadernos de política criminal*, núm. 125, II, Época II, 2018, pp. 45-70.
- DELGADO GIL, A. «La responsabilidad del militar por el delito de revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales. Comentario a la STS, Sala de lo Militar, de 16 de marzo de 2017», *Revista CEFLEGAL*. CEF, núm. 202, 2017, pp. 173-178.
- FELIU ORTEGA, L. «La confusa terminología de la seguridad y la defensa», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 6, 2012, pp. 1-6.
- GARCÍA ARÁN, M., «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, Cursos e Congresos núm. 76, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1993, pp. 64-103.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La expansión de la categoría de seguridad nacional», en: AA.VV. (Dir.), en: *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid (BOE), 2022, pp. 159-168.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación», *Revista Penal México*, núm. 5, 2014, pp. 49-59.
- JIMÉNEZ JIMÉNEZ, L. A., «Elementos subjetivos del injusto en el artículo 25 del Código Penal Militar», *Diario La Ley*, núm. 9580, Sección Doctrina (Wolters Kluwer), 2020., pp. 1-9.
- LÓPEZ-MUÑOZ, J. *Manual de Inteligencia*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.
- MOYA FUENTES, M. «Delitos de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional» en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), en: *Tratado de Derecho Penal Español Parte Especial*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 427-512.
- MUÑOZ CONDE, F., en *Derecho Penal. Parte especial*, 25ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.
- ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., & VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal Parte Especial 7ª Edición*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2022.
- PASTRANA I ICART, L.-I. en: «Los secretos en los delitos relativos a la defensa nacional (comentario a los artículos 598 a 603)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LI., Madrid (BOE), 1998, pp. 273-317.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Comentario urgente al Anteproyecto de Ley de Información Clasificada (1)», *Diario La Ley*, núm. 10130, sección doctrina, La Ley, 2022, pp.10-17.
- TERUEL CARRALERO, D., «La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XVI, Fasc/Mes 1, Madrid (BOE), 1963, pp.17-35.

## VII. JURISPRUDENCIA

- STS, Sala de lo Penal, núm. 1094/2010, de 10 de diciembre.
- STS, Sala de lo Militar, núm. 35/2017, de 16 de marzo.
- STS, Sala de lo Militar, núm. 15/1998, de 30 de marzo.
- SAP de Madrid, Sección 1ª, núm. 61/2010, de 11 de febrero.

# PROPUESTAS PARA LA DEFINICIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL HIDRÓGENO RENOVABLE\*

## PROPOSALS FOR THE DEFINITION AND CERTIFICATION OF RENEWABLE HYDROGEN

RODRIGO DE OÑATE CRUZ\*\*

**Resumen:** La aprobación del Pacto Verde Europeo y la introducción de objetivos medioambientales más ambiciosos han supuesto la priorización del desarrollo de las energías renovables en el territorio de la Unión Europea, traduciéndose en regulaciones que, a pesar de tratar de garantizar la descarbonización de la economía, en ciertas ocasiones terminan alejando la consecución de este objetivo. Es decir, en su afán por regular la materia en cuestión, la Unión Europea incurre en el riesgo de sobreregularla. En este trabajo, se estudia el caso del hidrógeno renovable y si, efectivamente, padece este problema, en cuyo caso se propondrán recomendaciones para solventarlo. Asimismo, se señalarán las bases legales que permiten fundamentar la competencia exclusiva de la Unión con el fin de que la toma de decisiones referentes a determinados casos sea efectiva y se eviten los problemas de consenso intrínsecos a la Unión Europea.

**Palabras clave:** hidrógeno renovable, Unión Europea, condición de adicionalidad, correlación temporal, competencia exclusiva.

**Abstract:** The approval of the European Green Deal and the introduction of new and more ambitious environmental goals has led to the prioritization of renewable energies, which translates to regulations that, despite trying to guarantee the decarbonisation of the economy, in some situations end up pushing this objective further away. In other words, in its effort to regulate this matter, the European Union incurs the risk of overregulating it. The case study for this paper is renewable hydrogen and whether it is affected by this problem. In case it is, this paper will aim to propose recommendations for its solution. Likewise, the legal bases that allow the exclusive competence of the Union to be established will be pointed out so that decision-making regarding certain cases is effective and problems of consensus intrinsic to the European Union are avoided.

**Keywords:** renewable hydrogen, European Union, additionality condition, temporal correlation, exclusive competition.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CONTEXTO REGULATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA; III. CATEGORIZACIÓN; 1. Condición de adicionalidad; 2. Condición de correlación temporal; IV. CERTIFICACIÓN: 1. Competencias de la UE; 2. Acuerdos multilaterales; 3. Acuerdos bilaterales; V. CONCLUSIÓN; VI. BIBLIOGRAFÍA; VII. JURISPRUDENCIA

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.006>

Fecha de recepción: 30/01/2025

Fecha de aceptación: 08/04/2025

\*\* Consultor de regulación de energía en Deloitte. Correo electrónico: rodrigoonate00@gmail.com

## I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la transición hacia una economía circular y energéticamente eficiente, así como de una creciente regulación orientada a la consecución de los objetivos de descarbonización, el hidrógeno se posiciona como un pilar de acción fundamental<sup>1</sup> para aquellos sujetos nacionales y supranacionales comprometidos con el Acuerdo de París y, en concreto, para la Unión Europea (en adelante, «UE») en sus esfuerzos por lograr la neutralidad en carbono de aquí a 2050<sup>2</sup>.

La razón por la que se erige como tal es porque tanto su producción y como su consumo son neutrales climáticamente y no generan emisiones contaminantes<sup>3</sup>. En concreto, se produce a través de un proceso que recibe el nombre de «electrólisis», que consiste en la separación del agua en sus elementos, hidrógeno y oxígeno, al aplicar una corriente de electricidad renovable externa, la cual queda almacenada en forma de hidrógeno. El hidrógeno puede ser generado a través de procesos distintos a la electrólisis que, no obstante, no quedan incluidos en el alcance de este trabajo.

Bajo el contexto del Pacto Verde Europeo y no sin problemas de consenso, la UE ha regulado finalmente este combustible. A través de este trabajo se evaluará la idoneidad de dicha regulación para alcanzar los objetivos de descarbonización establecidos por el Pacto Verde Europeo y, en concreto, de la definición y sistemas de certificación previstos en ella, con el fin de asentar las bases legales que permitan desarrollar el potencial del hidrógeno renovable.

## II. CONTEXTO REGULATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA

La regulación europea del hidrógeno no puede entenderse fuera del contexto de la regulación en materia energética. Dicha regulación responde a distintos momentos históricos que han ido configurando la normativa energética de tal forma que, a través de ésta, quedan reflejadas las prioridades legislativas establecidas en cada uno de esos momentos. A continuación, se presenta brevemente la estrecha relación que guarda la energía con el origen y la razón de ser de la Unión Europea.

---

<sup>1</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Una estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra», 8 de julio de 2020. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52020DC0301>> [Consultado el 15/09/2024].

<sup>2</sup> HYDROGEN COUNCIL. (2021). «Hydrogen for Net. Zero», p.9. Disponible en: <<https://hydrogencouncil.com/wpcontent/uploads/2021/11/Hydrogen-for-Net-Zero.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>3</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO. (2020). «Hoja de Ruta del Hidrógeno: una apuesta por el hidrógeno renovable». Disponible en: <[https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planeestrategias/hidrogeno/hojarutahidrogenorenovable\\_tcm30-525000.PDF](https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planeestrategias/hidrogeno/hojarutahidrogenorenovable_tcm30-525000.PDF)>. [Consultado el 15/09/2024].

Según el profesor Samuele Furfari, la energía es el pilar fundamental sobre el cual fue construida la Unión Europea<sup>4</sup>. Lo que hoy conocemos como la Unión Europea tiene su origen en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, cuya creación fue propuesta por Robert Schuman (Declaración de Schuman) para la creación de una comunidad cuyo fin radicase en la puesta en común de la producción de estos materiales<sup>5</sup>. Así, surgió por primera vez, el mercado interno como la fusión de los mercados nacionales de dichos materiales.

En la Conferencia de Messina en junio de 1955, se expone la necesidad de «poner a disposición de las economías europeas una energía más abundante y barata»<sup>6</sup>, siendo esto esencial para, el entonces futuro, de la CECA. Esta cita sintetiza los objetivos energéticos que la CECA estableció en un primer momento<sup>7</sup>.

En la década de los 90' se dieron pasos al frente para crear un mercado interno de energía que posibilitase el comercio entre los Estados Miembros. La regulación energética de este momento queda marcada por la liberalización de los mercados de la electricidad y del gas. Después, con la entrada del nuevo siglo, la seguridad de suministro pasó a ser la prioridad. Esta etapa es seguida, en palabras de Samuele Furfari, por la etapa de la «unión energética»<sup>8</sup>, erigiéndose el Tratado de Lisboa como la piedra angular de la política energética. Con la entrada en vigor del Tratado, el artículo 194 fue introducido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, «TFUE»), el cual establece los objetivos de la política energética de la Unión. Estos objetivos incluyen garantizar el funcionamiento del mercado de la energía y la seguridad de abastecimiento energético, y fomentar la eficiencia energética, el desarrollo de las energías renovables y la interconexión de las redes energéticas<sup>9</sup>.

La última legislatura de la Comisión Europea, presidida por Ursula von der Leyen, viene marcada por el Pacto Verde Europeo, el cual ha definido la normativa europea en materia energética desde su aprobación en 2020<sup>10</sup>.

Así pues, la normativa que se analizará a continuación ha de comprenderse bajo el prisma de esta última etapa y ha de entenderse que, en el caso de la UE, la discusión circuncida

---

<sup>4</sup> FURFARI, S., «Where to start in energy policy and geopolitics», *Società Italiana di Fisica*, p. 5.

<sup>5</sup> Declaración de Schuman, 9 de mayo de 1950.

<sup>6</sup> Messina Conference, Résolution adoptée par les ministres des Affaires étrangères des États membres de la CECA (Messine, 1er au 3 juin 1955), p. 2.

<sup>7</sup> PARLAMENTO EUROPEO, THINK TANK. (2002). «The European Parliament and the Euratom Treaty: past, present and future», p.56. Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/DG-4-JOIN\\_ET\(2002\)313072](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/DG-4-JOIN_ET(2002)313072)>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>8</sup> FURFARI, S., «Where to start in energy policy and geopolitics», cit., p. 13.

<sup>9</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 194.

<sup>10</sup> PARLAMENTO EUROPEO, THINK TANK (2024). «The six policy priorities of the von der Leyen Commission», p.8. Disponible en:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/762283/EPRS\\_IDA\(2024\)762283\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/762283/EPRS_IDA(2024)762283_EN.pdf). [Consultado el 15/09/2024].

alrededor de los criterios de índole medioambiental con los que se evalúan la producción e importación de hidrógeno<sup>11</sup>.

El Pacto Verde Europeo constituye un conjunto de iniciativas políticas que tienen como objetivo alcanzar la neutralidad climática en 2050<sup>12</sup>. Para ello, se han establecido objetivos a medio plazo más ambiciosos aún, de tal modo que para 2030 las emisiones de gases de efecto invernadero deberán haberse reducido en un 55% en comparación con los niveles de emisión de 1990.

Una de las iniciativas mencionadas es el paquete «Fit for 55»<sup>13</sup>. Asimismo, una de las medidas previstas por este paquete para la consecución de los objetivos indicados era la revisión de la Directiva 2018/2001<sup>14</sup>. Esta es, al mismo tiempo, fruto de la propuesta legislativa adoptada por la Comisión –tras la publicación de la iniciativa «Energía limpia para todos los europeos»– para la refundición de la Directiva 2009/28/CE. En línea con lo anterior, la revisión mencionada resultó en la Directiva 2023, que pretende acercar la consecución de los objetivos expuestos en el párrafo anterior, de forma que la cuota de consumo de energías renovables ha sido incrementada de un 32% a un 40%<sup>15</sup>.

En este contexto, se ha desarrollado la regulación del hidrógeno renovable. No obstante, no es la primera vez que surge un gran interés por el hidrógeno, sino que han sido varias las «olas de popularidad»<sup>16</sup> que han intentado despegar la industria del hidrógeno sin éxito alguno<sup>17</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que las circunstancias actuales no son las mismas que las que rodeaban al sector en aquellas ocasiones. En primer lugar, los usos finales y, por consiguiente, la demanda prevista para el hidrógeno excede con creces la de momentos anteriores. En segundo lugar, la centralidad de las energías renovables en la economía europea necesita del desarrollo del potencial del hidrógeno para lograr la transición a una economía sostenible<sup>18</sup>. En tercer lugar, las tensiones geopolíticas, con especial mención a la Guerra de Ucrania<sup>19</sup>, han provocado un giro en la política energética europea

---

<sup>11</sup> FLEMING, R., *The Cambridge Handbook of Hydrogen and the Law*, Cambridge (Cambridge University Press), 2024, p. 308.

<sup>12</sup> Comunicación de la Comisión: El Pacto Verde Europeo. (2019).

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática, sección 3.

<sup>14</sup> *Ibid* sección 2.2.3.

<sup>15</sup> El plan REPowerEU volvió a aumentar esta cuota en un 2% adicional.

<sup>16</sup> SCITA, R. et al., «Green Hydrogen: the Holy Grail of Decarbonisation? An Analysis of the Technical and Geopolitical Implications of the Future Hydrogen Economy», *Fondazione Eni Enrico Mattei Working Papers*, 2020, p.5.

<sup>17</sup> VAITHEESWARAN, V. «Hydrogen hype is rising again–will this time be different?», *The Economist*, 14-11-2022.

<sup>18</sup> FALCONE, P. et al., «Hydrogen economy and sustainable development goals: Review and policy insights», *ELSEVIER*, 2021, p.1.

<sup>19</sup> SCHEIBE, A., y POUDINEH, R., «Regulating the future European hydrogen supply industry: A balancing act between liberalization, sustainability, and security of supply?», *The Oxford Institute for Energy Studies*, 2023, p.2.

hacia la diversificación de recursos y la autonomía energética<sup>20</sup>. Esto se traduce en reducir la dependencia del exterior en materia energética –tan acusada en el caso de algunos Estados Miembros– para mitigar los riesgos de seguridad que implica<sup>21</sup>.

### III. CATEGORIZACIÓN

La actual normativa europea no contempla una definición del hidrógeno renovable como tal, sino que bajo la Directiva 2018/2001<sup>22</sup>, éste queda recogido bajo el concepto de *combustible líquido y gaseoso renovable de origen no biológico* que, a su vez, es definido como «combustible líquido o gaseoso que se utiliza en el sector del transporte (...) cuyo contenido energético procede de fuentes renovables de la biomasa»<sup>23</sup> y cuya utilización deriva en una «reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (...) de un 70% como mínimo»<sup>24</sup>. El alcance de esta definición fue ampliado a través de la Directiva 2023/2413<sup>25</sup>, siendo aplicable a todos los usos finales<sup>26</sup> previstos para dichos combustibles y no únicamente al sector del transporte<sup>27</sup>.

Con el fin de proporcionar la, entonces aclamada, seguridad jurídica, le fue otorgada a la Comisión Europea, a través de la Directiva 2018/2001, la facultad de adoptar actos delegados que completasen la definición anterior y subsanaran sus posibles deficiencias<sup>28</sup>. Así, el 10 de febrero de 2023 fueron promulgados el Reglamento Delegado 2023/1185<sup>29</sup> –el cual prevé una metodología para calcular la reducción de emisión de gases de efecto invernadero

<sup>20</sup> PARLAMENTO EUROPEO, THINK TANK. (2023). «Four challenges of the energy crisis for the EU's strategic autonomy», p.2. Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747099/EPRS\\_BRI\(2023\)747099\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747099/EPRS_BRI(2023)747099_EN.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>21</sup> Declaración de Versalles del 11 de marzo de 2022, p.5.

<sup>22</sup> Directiva 2018/2001 de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento de uso de energía procedente de fuentes renovables.

<sup>23</sup> Directiva 2018/2001, artículo 2 (36).

<sup>24</sup> Directiva 2018/2001, artículo 25.

<sup>25</sup> Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo.

<sup>26</sup> Directiva 2023/2413, artículo 27.

<sup>27</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON CLEAN TRANSPORTATION. (2021). «Provisions for transport fuels in the European Union's finalized «Fit for 55» package», p 2 .Disponible en: <[https://theicct.org/wp-content/uploads/2023/07/Transport-fuels-in-the-EU-Fit-for-55-policy-update-A4-v2\\_Aug23corr.pdf](https://theicct.org/wp-content/uploads/2023/07/Transport-fuels-in-the-EU-Fit-for-55-policy-update-A4-v2_Aug23corr.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>28</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Commission sets out rules for renewable hydrogen», 13 de febrero de 2023. Disponible en. <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_594](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_594)> [Consultado el 15/09/2024].

<sup>29</sup> Reglamento Delegado (UE) 2023/1185 de la Comisión de 10 de febrero de 2023 que completa la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo un umbral mínimo para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero aplicable a los combustibles de carbono reciclado y especificando una metodología para evaluar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero derivada de los carburantes líquidos y gaseosos renovables de origen no biológico y de los combustibles de carbono reciclado.

derivada de la utilización de dichos carburantes— y el Reglamento Delegado 2023/1184<sup>30</sup> —por el cual se establecen aquellas normas y condiciones bajo las cuales la producción de carburantes líquidos y gaseosos de origen no renovable puede ser considerada totalmente renovable—. Estas normas contemplan, principalmente, dos escenarios; en primer lugar, que el electrolizador esté conectado mediante una línea directa a la instalación en la cual se genera la electricidad renovable empleada en la producción del hidrógeno renovable o que la producción de ambos tenga lugar en la misma instalación y, en segundo lugar, que dicha electricidad renovable sea extraída de la red<sup>31</sup>.

En el primer caso, es requisito adicional que la instalación en la que se produce la electricidad renovable no esté conectada a la red y que no haya entrado en funcionamiento más de 36 meses antes que el electrolizador<sup>32</sup>. En el segundo caso, el riesgo de que la electricidad extraída no sea totalmente renovable es mayor, por lo que su consideración como tal queda supeditada al cumplimiento de las condiciones de adicionalidad, correlación temporal y correlación geográfica, salvo que la instalación que genera electricidad se encuentre en una zona de ofertas en la que los niveles alcanzados de generación de electricidad renovable o de intensidad de emisiones de electricidad superen los niveles mínimos previstos por la normativa y, en cuyo caso, la electricidad extraída será considerada renovable automáticamente<sup>33</sup>.

Dado que, de los dos escenarios expuestos, el segundo es el más habitual y raramente se reúnen las circunstancias que cualifican las excepciones a las condiciones requeridas en tal caso, el análisis a continuación se centrará en los problemas detectados en la regulación de las condiciones de adicionalidad y de correlación temporal (sin incluir la de correlación geográfica por un tema de extensión y relevancia).

## 1. Condición de adicionalidad

Recogida en el artículo 5 del Reglamento Delegado 2023/1184, esta condición exige que la energía renovable empleada en la producción de hidrógeno renovable sea adicional a la ya existente y, así, evitar el fenómeno de canibalización de energía renovable<sup>34</sup>. De lo contrario, desviar electricidad renovable del mercado provocaría que aquellos consumidores

---

<sup>30</sup> Reglamento Delegado (UE) 2023/1184 de la Comisión de 10 de febrero de 2023 por el que se completa la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo una metodología común de la Unión en la que se definen normas detalladas para la producción de carburantes líquidos y gaseosos renovables de origen no biológico.

<sup>31</sup> BAKER MCKENZIE, «Europe: EU publishes rules on “renewable” hydrogen», 7 de marzo de 2023. Disponible en: <[https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/energy-mining-infrastructure\\_1/europe-eu-published-rules-on-renewable-hydrogen](https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/energy-mining-infrastructure_1/europe-eu-published-rules-on-renewable-hydrogen)>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>32</sup> Reglamento Delegado (UE) 2023/1184, artículo 3.

<sup>33</sup> Reglamento Delegado (UE) 2023/1184, artículo 4.

<sup>34</sup> LOVISOLO, M., y WHIRISKEY, K., «Cannibalising the Energiewende? 27 Shades of Green Hydrogen», *Bellona Europa*, 2021, p. 17.

que han quedado desabastecidos recurriesen a fuentes de energía no renovable, resultando en un aumento de emisiones de gases de efecto invernadero<sup>35</sup>.

Sin embargo, el nivel de producción actual de energías renovables no es suficiente<sup>36</sup> para alcanzar el objetivo de generación de 10 millones de toneladas de hidrógeno renovable para el año 2030 recogido en el Plan REPowerEU. Esta escasez sumada a la centralidad del hidrógeno renovable en los planes para descarbonizar aquellos sectores de difícil electrificación<sup>37</sup> –como es el caso del sector del transporte, de la industria, de la aviación y el marítimo– que, a su vez, son responsables de altas cuotas de contaminación en la UE<sup>38</sup>, conllevan una ralentización del proceso de descarbonización de la economía de la UE<sup>39</sup>.

Si los operadores industriales se enfrentan a una escasez de energía renovable debido a las restricciones existentes, lo más probable es que opten por soluciones alternativas como la captura y el almacenamiento de carbono. A pesar de que contribuirían a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, no se solucionaría su problema de dependencia de combustibles fósiles. El impacto es el contrario al esperado y tanto la producción de hidrógeno como la de electricidad renovable serían menores<sup>40</sup>.

A continuación, se presentará y desarrollará una propuesta de elaboración propia con el fin de intentar solventar este problema. La singularidad de la misma reside en que constituye una excepción a la propia condición de adicionalidad y, por tanto, implicaría una reforma de los reglamentos delegados anteriormente mencionados. En definitiva, la finalidad radica en encontrar el pertinente equilibrio entre la necesidad de salvaguardar el carácter renovable del hidrógeno a través de la regulación correspondiente y facilitar la transición energética<sup>41</sup>.

El alcance de aplicación que se propone quedaría estrictamente delimitado a los sectores de refinación de combustibles, de producción de amoníaco y de producción de metanol –por ser los sectores con mayor demanda y dependencia del hidrógeno de altas emisiones y, por tanto, de más fácil transición al hidrógeno renovable–. En 2022, representaron el 93%

<sup>35</sup> BOIGONTIER, T., et. al., «Low-carbon hydrogen production in the EU: are 2030 targets achievable?», PERSEE, 2023, p. 11.

<sup>36</sup> LAMBERT, M., y SCHULTE, S., «Contrasting European hydrogen pathways: an analysis of differing approaches in key markets», *OIES Paper*, 2021, n° 166.

<sup>37</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. (2023). «Global Hydrogen Review 2023», p.18. Disponible en: <<https://iea.blob.core.windows.net/assets/ecdfc3bb-d212-4a4c-9ff7-6ce5b1e19cef/GlobalHydrogenReview2023.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>38</sup> EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. (2024). *EEA greenhouse gases*. Disponible en: <<https://www.eea.europa.eu/en/analysis/maps-and-charts/greenhouse-gases-viewer-data-viewers>>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>39</sup> TALUS, K. et al., «Realism at the end of the rainbow? An argument towards diversifying hydrogen in EU regulation», *Journal of World Energy Law & Business*, 2024, p. 6.

<sup>40</sup> HYDROGEN EUROPE. (2023). «Impact assessment of the RED II Delegated Acts on RFNBO and GHG accounting», p. 8. Disponible en: <<https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2023/07/Impact-Assessment-on-the-RED-II-DAs.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>41</sup> COCCILO, ENDRIUS, «Regulatory Issues in the Emerging Hydrogen Economy», *Journal for European Environmental & Planning Law*, núm. 21, 2024, p. 163.

de la demanda de hidrógeno en el conjunto de la Unión Europea, la Asociación Europea de Libre Comercio y Reino Unido<sup>42</sup>. Esta excepción consistiría en establecer una cantidad de energía renovable no sujeta a la condición de adicionalidad de la cual puedan disponer las industrias señaladas. El objetivo es promover la producción de hidrógeno renovable y, para ello, prever una cantidad de energía renovable que pueda ser desviada de la red para este fin.

En lo referente a la cantidad que pueda ser desviada, ha de establecerse, en primer lugar, un límite por encima del cual no pueda aplicarse esta excepción. Para su determinación, se llevaría a cabo una investigación previa para comparar los beneficios de impulsar la descarbonización de estas industrias por esta vía con respecto a los que se reportarían en caso de no desviar energía renovable alguna y aplicar la condición de adicionalidad tal y como se prevé en el Reglamento Delegado 2023/1184. La cuantía permitida para cada instalación se calcularía en términos porcentuales sobre el total de la electricidad renovable empleada para la producción de hidrógeno renovable. De esta forma, se promueve la producción de hidrógeno y energías renovables ya que, para obtener los beneficios de esta excepción, ha de generarse una mayor cantidad de hidrógeno renovable procedente de energía renovable adicional. La suma agregada de los porcentajes contemplados para cada instalación no podría ser superior al límite fijado.

En último lugar, incluirá un mecanismo que permita su posterior modificación vía mandato a la Comisión Europea para que revise esta provisión y, en base a ello, modificar lo aquí previsto en caso de que sea considerado oportuno. En concreto, debería revisarse la cuantía y la duración de esta excepción de acuerdo con la evolución de la producción de hidrógeno por parte de los actores para los cuales se prevé ésta y de la descarbonización de sus respectivos sectores.

## 2. Condición de correlación temporal

La condición de correlación temporal requiere que la producción de la electricidad renovable y del hidrógeno coincidan en el tiempo<sup>43</sup> ya que, de lo contrario, en aquellos momentos en los cuales no hay suficiente producción de electricidad renovable en la red, las instalaciones que producen hidrógeno quedarían expuestas al riesgo de recurrir a energía fósil. Así pues, tal y como viene estipulado en la redacción del artículo 6 del Reglamento Delegado 2023/1184, el período de tiempo en cuestión será de una hora a partir del 1 de enero de 2030. Hasta entonces, será de un mes.

---

<sup>42</sup> European Hydrogen Observatory. (2024). «Hydrogen Demand». Disponible en: <<https://observatory.clean-hydrogen.europa.eu/hydrogen-landscape/end-use/hydrogen-demand>>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>43</sup> YAFIMAVA, K., «From natural gas to hydrogen: what are the rules for European gas network decarbonisation and do they ensure flexibility and security of supply? », *The Oxford Institute for Energy Studies*, 2024, p.10.

En consonancia con el problema señalado sobre la condición de adicionalidad, una interpretación demasiado estricta de la correlación temporal también puede ralentizar la descarbonización de sectores como la industria. Se entiende por «una interpretación demasiado estricta» determinar un período de tiempo demasiado breve (una hora)<sup>44</sup>, cuyos efectos serán desglosados en función de su naturaleza operacional o económica. A nivel operacional<sup>45</sup>, dada la dificultad que, previsiblemente, afrontarán los electrolizadores para absorber la electricidad renovable, ésta tendrá que ser devuelta a la red en lugar de ser almacenada. No obstante, en la estrategia del hidrógeno publicada por la Comisión la capacidad de almacenamiento del hidrógeno destaca como una de sus cualidades más importantes y que mejor explican el posicionamiento de este carburante en la normativa medioambiental europea. Por tanto, sorprende que el legislador haya decidido prescindir de ella. Esto repercute a la red eléctrica, que se verá privada de los beneficios que reportan las instalaciones de hidrógeno, en cuanto a que ayudan a estabilizar y aprovechar los excesos de energía renovable. Por otro lado, a nivel económico<sup>46</sup>, acotar el espacio temporal (de un mes a una hora) conlleva un aumento de costes<sup>47</sup>, ya que la relación entre las horas de funcionamiento de una instalación de producción de hidrógeno y su coste apalancado es inversa.

Por todo lo anterior, se sugiere extender el período de tiempo de un mes<sup>48</sup> de manera indefinida y, así, prever una regulación coherente con las cualidades y usos finales del hidrógeno y con los esfuerzos por abaratar los costes de su producción<sup>49</sup>—su talón de Aquiles— sin que ello comprometa su carácter renovable.

Con ánimo de demostrar la viabilidad de esta sugerencia, a continuación se exponen los resultados de un informe realizado por Hydrogen Europe<sup>50</sup>, titulado «Impact assessment of the RED II Delegated Acts on RFNBO and GHG accounting», siendo el objeto de estudio la huella de carbono de una instalación de hidrógeno (localizada en Alemania) y, las premisas, que ha de suministrar una cantidad constante de hidrógeno a lo largo del año

---

<sup>44</sup> GAS INFRASTRUCTURE EUROPE. (2021). «GIE Position Paper on the Additionality Principle», p. 1. Disponible en: <[https://www.gie.eu/wp-content/uploads/filr/5622/GIE\\_Position\\_Paper\\_on\\_the\\_Additionality\\_Principle.pdf](https://www.gie.eu/wp-content/uploads/filr/5622/GIE_Position_Paper_on_the_Additionality_Principle.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>45</sup> HYDROGEN EUROPE. (2023). «Impact assessment of the RED II Delegated Acts on RFNBO and GHG accounting», cit., p. 9.

<sup>46</sup> FRONTIER ECONOMICS (2021). «RED II Green Power Criteria - Impact on costs and availability of green hydrogen in Germany», p.8. Disponible en: <<https://www.efuel-alliance.eu/fileadmin/Downloads/red-ii-green-analysis.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>47</sup> ZEYEN, E. et al., «Temporal regulation of renewable supply for electronic hydrogen», *Environmental Research Letters*, 2024, p.3.

<sup>48</sup> HYDROGEN EUROPE. (2021). «A workable approach to additionality, geographic and temporal correlation», p.2. Disponible en: <[https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2021/11/2021.06-Hydrogen-Europe\\_Additionality-Position-Paper.pdf](https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2021/11/2021.06-Hydrogen-Europe_Additionality-Position-Paper.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>49</sup> POTOSCHNIG, A., «Renewable hydrogen and the «additionality» requirement: why making it more complex than is needed?», *Florence School of Regulation*, 2021, p. 6.

<sup>50</sup> Asociación que representa los intereses de la industria del hidrógeno a nivel europeo.

(2021) a un consumidor industrial y que no puede entrar en períodos de inactividad<sup>51</sup>. Así pues, durante el día el electrolizador es suministrado por tres fuentes de energía renovable distintas, mientras que por la noche extrae electricidad de la red, lo cual supone un aumento de su demanda de energía no renovable<sup>52</sup>. Al mismo tiempo, al estar en constante funcionamiento, es capaz de aprovechar los excesos de energía renovable que, de otra manera, no serían aprovechados<sup>53</sup>, ayudando, así, a estabilizar la red eléctrica. El balance al final del año fue positivo, cumpliendo el objetivo de reducción de gases de efecto invernadero en más de un 70%.

Por otro lado, esta modificación es necesaria para salvaguardar los beneficios que la excepción propuesta a la condición de adicionalidad reportaría a las industrias afectadas que, de lo contrario, resultarían perjudicadas cuando el período de tiempo sea de una hora, ya que necesitan de un constante suministro de hidrógeno.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el exceso de electricidad que la instalación de producción de hidrógeno no es capaz de absorber y que, por tanto, exporta a la red eléctrica, debe contabilizarse como reducción de emisión de gases de efecto invernadero<sup>54</sup>. De lo contrario, dicha instalación queda privada de los beneficios que deberían reportarse por esta aportación a la red.

Las posibles soluciones pasan por un sistema reforzado de Certificados de Energía Renovable—garantías de origen— que reconozca la reducción de emisión de gases de efecto invernadero que corresponde a estos excesos. Consciente del riesgo que supone esta propuesta en términos de doble contabilización, ésta debe ir acompañada del perfeccionamiento del sistema de certificación actual.

Por último, el artículo 6 permite a los Estados Miembros adelantar el período de tiempo de un mes a una hora hasta dos años y medio antes de lo previsto para el conjunto de la Unión, si previamente se ha notificado a la Comisión. Esta disposición encierra el peligro de provocar un desajuste temporal que afecte a la competencia en el mercado interno de la Unión. De nuevo, hay un grado de asimetría entre este Reglamento Delegado y las líneas generales de actuación de la UE en materia energética, ya que esta disposición es incoherente con los esfuerzos de la Unión por garantizar el respeto al Derecho de la Competencia europeo en el mercado del hidrógeno, siendo ésta una de las prioridades legislativas de la

---

<sup>51</sup> HYDROGEN EUROPE. (2023). «Impact assessment of the RED II Delegated Acts on RFNBO and GHG accounting», cit., p. 10.

<sup>52</sup> Esta afirmación queda sujeta al potencial desarrollo de las baterías de almacenamiento energético.

<sup>53</sup> Véase el caso de la energía eólica generada de noche que, al no haber demanda, es desechada.

<sup>54</sup> HYDROGEN EUROPE. (2023). «Impact assessment of the RED II Delegated Acts on RFNBO and GHG accounting», cit., p. 10.

UE desde el Tercer Paquete de Energía<sup>55</sup> hasta el Paquete sobre Hidrógeno y Gas Descarboxonado<sup>56</sup>.

La solución, aquí expuesta, defiende incluir una serie de criterios que determinen la idoneidad de esta provisión sobre las bases de la preservación de la competencia en el territorio de la UE. Para no socavar la libertad de actuación otorgada a los Estados Miembros en lo que respecta a este ámbito, propongo emplear el mecanismo contemplado en Derecho de la Competencia para permitir a las empresas acogerse al artículo 101.3 del TFUE en el caso en cuestión<sup>57</sup> y sin que la notificación a la Comisión sirva como pretexto para privarles de esta competencia.

#### IV. CERTIFICACIÓN

El artículo 9 del Reglamento Delegado 2023/1184 extiende el alcance del sistema de certificación previsto en la Directiva 2018/2001 a los combustibles líquidos y gaseosos renovables de origen no biológicos. Con el fin de proveer a los productores de estos combustibles un sistema que les permita demostrar su cumplimiento con los requisitos correspondientes, este artículo expone dos alternativas: los sistemas de certificación nacionales y los certificados internacionales voluntarios. La validez de ambas en el mercado interno de la UE queda supeditada a la aprobación de la Comisión.

En esta misma línea, para fomentar una mayor comercialización del hidrógeno y garantizar a los consumidores<sup>58</sup> el origen renovable del mismo, la Directiva 2018/2001 prevé la creación de garantías de origen para los gases renovables. Conforme al artículo 19 de dicha Directiva, el reconocimiento de las garantías de origen expedidas por países terceros queda explícitamente prohibido, a excepción de aquellos acuerdos que la Unión haya celebrado con el país en cuestión para establecer el reconocimiento mutuo de las garantías de origen de ambas partes. Esta excepción queda sujeta a la condición de que el acuerdo venga precedido por una relación ya existente de importación o exportación directa de energía. En el resto de los casos, los productores de hidrógeno renovable que quieran exportar este combustible a la UE deberán certificar su producto de acuerdo con los estándares impuestos por la misma.

---

<sup>55</sup> PARLAMENTO EUROPEO. (2021). «Revision of the third energy package for gas: Decarbonising the gas market», p.2. Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/699464/EPRS\\_BRI\(2021\)699464\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/699464/EPRS_BRI(2021)699464_EN.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>56</sup> BARNES, A., «The EU Hydrogen and Gas Decarbonisation Package: help or hindrance for the development of a European hydrogen market?», *The Oxford Institute for Energy Studies*, 2023, p.19.

<sup>57</sup> COMISIÓN EUROPEA. (2004). «Comunicación de la Comisión – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado». Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(07))>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>58</sup> WIMMERS, A., y MADLENER, R., «The European Market for Guarantees of Origin for Green Electricity: a scenario-based evaluation of trading under uncertainty», *Energies*, 2024, p. 1.

Si bien en el territorio de la Unión la uniformidad de los sistemas de certificación queda garantizada a través del artículo 9 del Reglamento Delegado 2023/71184, que supedita la validez de éstos a la aprobación de una única institución (la Comisión), a nivel internacional no hay uniformidad alguna, sino que los sistemas de certificación difieren en función del país en cuestión. Dicha divergencia es consecuencia de los distintos enfoques regulatorios empleados por cada país o región y, por ende, los distintos criterios utilizados para definir el hidrógeno renovable<sup>59</sup>. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, la prioridad ha sido incentivar la inversión privada, mientras que los requisitos para clasificar el hidrógeno renovable como tal son menos exigentes que aquellos incluidos en la regulación de la Unión Europea. De tal forma que el hidrógeno es considerado renovable si su producción conlleva a una emisión de dióxido de carbono por kilogramo de hidrógeno por debajo de un umbral determinado, prescindiendo de las condiciones de adicionalidad y correlación temporal y geográfica que, sin embargo, sí han sido incluidas en la regulación de la Unión Europea<sup>60</sup>.

Antonio Hernández García, Associate Partner de EY en *sectores regulados, análisis económico y sostenibilidad*, ha sido entrevistado para los fines de este trabajo, esclareciendo los problemas que afronta el hidrógeno renovable en el momento presente. Entre ellos, destacó los efectos que la falta de uniformidad en los estándares y certificados a nivel internacional tienen sobre el comercio del hidrógeno. Si la venta de hidrógeno renovable requiere de un certificado propio para cada mercado, el aumento de costes que esto lleva aparejado desembocaría en una fragmentación del mercado del hidrógeno renovable en tantas piezas como certificados hubiese<sup>61</sup>. Este problema adquiere aún más relevancia en el caso de la UE por su ambición de posicionarse como uno de los mayores importadores<sup>62</sup> en el futuro. En concreto, el objetivo establecido en el plan REPowerEU es de 10 millones de toneladas de hidrógeno renovable para 2030 (como referencia, es la misma cantidad que se espera producir de forma doméstica).

Por lo tanto, la UE debe promover la creación de un marco uniforme de certificación y, así, estimular el comercio transfronterizo y evitar el riesgo de fragmentación del mercado internacional, así como promover la inversión y la producción y consumo del hidrógeno renovable<sup>63</sup>. Ello requiere de la cooperación e involucramiento de las distintas partes que

---

<sup>59</sup> GALLEGOS, F., «Bridging the Gap: Certification Schemes for Sustainable Hydrogen in Global Trade», *Journal for Environmental & Planning Law*, núm. 21, 2024, p. 272.

<sup>60</sup> FLEMING, R., *The Cambridge Handbook of Hydrogen and the Law*, cit., p. 31.

<sup>61</sup> INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. (2023). «Creating a global hydrogen market: Certification to enable trade», p.39. Disponible en: <[https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2023/Jan/IRENA\\_Creating\\_a\\_global\\_hydrogen\\_market\\_2023.pdf](https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2023/Jan/IRENA_Creating_a_global_hydrogen_market_2023.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>62</sup> GAS FOR CLIMATE 2050. (2022). «Facilitating hydrogen imports from non-EU countries», p.24. Disponible en: <<https://gasforclimate2050.eu/wp-content/uploads/2023/12/Facilitating-hydrogen-imports-from-non-EU-countries.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>63</sup> EUROPEAN CLEAN HYDROGEN ALLIANCE. (2023). «Roadmap on Hydrogen Standardization», p.7. Disponible en: <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/53721>>. [Consultado el 15/09/2024].

vayan a conformar el mercado del hidrógeno renovable. A continuación, se aborda la cuestión sobre quién tiene competencia para celebrar estos acuerdos internacionales.

## 1. Competencias de la UE

Debido a los obstáculos que plantean las conocidas divergencias internas en la UE<sup>64</sup>, las propuestas que se harán en el siguiente apartado se centran en mantener el poder de decisión dentro de las instituciones con el objetivo de aumentar la eficacia del proceso de toma de decisiones. La propia legislación relativa al hidrógeno renovable ha sufrido estas divergencias, las cuales han provocado su ralentización. Precisamente por esto, hay autores como el Abogado General Wahl que critican duramente el tiempo que requiere el total de procesos de ratificación a nivel nacional y las graves consecuencias que este problema implica de cara a la consecución de los objetivos que persigue la UE<sup>65</sup>. Pero antes de exponer dichas propuestas, debe darse respuesta a la pregunta de «quién tiene competencia para celebrar estos acuerdos internacionales».

En primer lugar, la UE tiene personalidad jurídica en virtud del artículo 47 del TUE, por lo que es sujeto de derecho internacional para celebrar acuerdos internacionales. En segundo lugar, no solo tiene competencia para celebrar acuerdos internacionales en los supuestos previstos por los Tratados, sino que a través del artículo 216 del TFUE se amplía el alcance a aquellos casos en los que sea necesario para lograr objetivos establecidos en los Tratados, en los que así esté previsto por un acto jurídicamente vinculante de la Unión o cuando afecte a normas comunes.

Ahora bien, que la UE tenga competencia para celebrar un acuerdo internacional no significa que tenga competencia exclusiva para ello. Sí lo será cuando así le haya sido atribuida *ad intra* (artículo 3.1 del TFUE) o cuando se cumplan los requisitos recogidos en el artículo 3.2 del TFUE, en concreto, cuando la celebración del acuerdo en cuestión esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para poder ejercer su competencia interna o «en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas». De este precepto se deduce una asimetría entre la «dimensión interior y exterior de las competencias exclusivas de la Unión»<sup>66</sup>.

Tras un análisis comparativo de los artículos 216 y 3.2 del TFUE, se observa que ambos convergen en la denominada *doctrina de los poderes implícitos*. Es decir, coinciden en la

---

<sup>64</sup> KAMPHOF, R., «The European Union: Patterns of Collaboration with International Environmental and Climate Institutions», en Jed Odermatt and Ramses A. Wessel, *Research Handbook on the EU's Engagement with International Organizations*, Cheltenham (Edward Elgar), 2018, Capítulo 12.

<sup>65</sup> MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en ámbitos de competencias compartidas: ¿mixidad facultativa o mixidad obligatoria?», en GARCÍA ANDRADE, P., *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 87.

<sup>66</sup> SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, 4ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2022, p. 109.

atribución de competencia a la UE para celebrar un acuerdo internacional con carácter exclusivo por la afectación a las normas comunes. Esta doctrina deriva de la Sentencia AETR<sup>67</sup>, en virtud de la cual en el caso de que la competencia de la UE sea «concurrente con la de los Estados Miembros»<sup>68</sup>, si la UE, «con el fin de aplicar una política común prevista por el Tratado, adopta disposiciones que establecen normas comunes, en la forma que sea, los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individual o incluso colectivamente, de contraer con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas normas»<sup>69</sup>. Dado que en ocasiones el Derecho de la Unión difícilmente puede cubrir todo el espectro de la materia que se trate, a través del Dictamen 2/91 el TJUE cubre esas posibles lagunas estableciendo el criterio del *ámbito ya cubierto en gran medida por las normas comunitarias adoptadas*<sup>70</sup>.

En materia energética y medioambiental, ambas recogidas en el artículo 4 del TFUE<sup>71</sup>, la competencia de la UE es concurrente<sup>72</sup> con la de los Estados miembros. Por lo que, para tener competencia exclusiva *ad extra*, la Unión puede optar por la doctrina de los poderes implícitos y desplazar así la competencia de los Estados miembros, o por la vía explicada a continuación.

Las actuaciones de la UE encuentran su fundamento en las bases jurídicas establecidas en los Tratados. Conforme al Dictamen 1/19, dicha base jurídica no es determinada por la naturaleza exclusiva o compartida de las competencias de la UE en relación con el acto en cuestión, sino por sus «objetivos y componentes»<sup>73</sup>. Sirviéndose de esto, la UE también podrá tener competencia exclusiva en el exterior en materia energética o medioambiental si su actuación puede quedar fundamentada sobre la base jurídica de la política comercial común. Dado que este ámbito está comprendido en el artículo 3.1 y, por tanto, la UE dispone de competencia exclusiva *ad intra*, también dispondrá de competencia exclusiva *ad extra*. Para que esto pueda darse, el TJUE exige que el caso en cuestión presente tales características que pueda afectar directa e inmediatamente al comercio<sup>74</sup> y que, por ende, deba ser abordado de tal forma que se garantice la coherencia y la unidad en el mercado interior.

En el caso particular de la materia del medioambiente, varios autores han señalado la histórica tendencia del TJUE de fundamentar las actuaciones de la Unión en la base jurídica

<sup>67</sup> Sentencia de 31 de mayo de 1971, Comisión/Consejo, C-22/70, ECLI:EU:C:2971:32.

<sup>68</sup> *Ibid*, párrafo 11.

<sup>69</sup> Sentencia de 31 de mayo de 1971, Comisión/Consejo, C-22/70, ECLI:EU:C:2971:32., párrafo 17.

<sup>70</sup> Dictamen 2/91 sobre el Convenio nº 170 de la Organización Internacional del Trabajo, de 19 de marzo de 1993, ECLI: EU:C:1993:106.

<sup>71</sup> KLAMERT, M., *The Principle of Loyalty in the EU*, Oxford (Oxford Academic Press), 2014, p. 161.

<sup>72</sup> MANGAS MARTÍN, ARACELI, «Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57, 2017, p.57.

<sup>73</sup> Dictamen 1/19 sobre el Convenio de Estambul, de 6 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:832.

<sup>74</sup> Dictamen 1/78 sobre el Acuerdo internacional sobre el caucho natural, de 4 de octubre de 1979, ECLI:EU:C:1979:224, párrafo 51.

de la política comercial común<sup>75</sup>. Sin embargo, la constitucionalización del medioambiente y la introducción de una base jurídica propia ha tenido efectos significantes sobre lo anterior. Véase el caso del Dictamen 2/00 acerca del Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad, el cual constituye el primer caso en el cual se establece la protección medioambiental como base jurídica para determinar el tipo de competencia que ostenta la Unión Europea. Así pues, conforme a este Dictamen, «la mera presencia de elementos de política comercial en un acuerdo en materia de medio ambiente no puede suponer su transformación en un acuerdo comercial»<sup>76</sup> (lo mismo sucedería a la inversa).

Ahora bien, en el caso de un acto que afecte dos ámbitos materiales, como pueden ser la medioambiental y la política comercial común, habrá que evaluar si los objetivos que persigue dicho acto están «indisolublemente vinculados» o si uno es «secundario e indirecto en relación con el otro»<sup>77</sup>. Dicha evaluación recibe el nombre del test del centro de gravedad<sup>78</sup>. La jurisprudencia del TJUE establece que solo se podrá actuar sobre una base jurídica doble si de dicho test resulta que los ámbitos materiales en cuestión están, efectivamente, indisolublemente vinculados.

## 2. Acuerdos multilaterales

A continuación, se presentarán las bases legales sobre las cuales la UE pueda actuar con competencia exclusiva para celebrar acuerdos internacionales, en este caso multilaterales, que permitan lograr la uniformidad de los sistemas de certificación.

En primer lugar, hay que establecer la base jurídica del acto en cuestión. Se trata de un acuerdo internacional con el objetivo de promocionar el comercio transfronterizo del hidrógeno. Al mismo tiempo, este acuerdo contribuiría a la promoción del hidrógeno renovable y, por ende, al desarrollo sostenible, por lo que este caso parece implicar dos bases jurídicas: una medioambiental y otra relacionada con la política comercial común. Sin embargo, conforme a lo establecido anteriormente, se ha de proceder a la ejecución del *test del centro de gravedad* para determinar cuál de las dos es la principal y, por ende, sobre la que ha de fundamentarse la actuación de la Unión.

El objetivo primordial es establecer un sistema de certificación común con ánimo de desarrollar un mercado internacional del hidrógeno. Si bien la finalidad de certificar un producto es garantizar su cumplimiento con determinados estándares, en este caso

---

<sup>75</sup> GOVAERE, I., «EU Common Commercial Policy Throwing off Shackles of ‘Mixity’», en GOVAERE, I., QUICK, R. y BRONCKERS, M. (eds.), *Trade and Competition Law in the EU and Beyond*, Cheltenham (Edward Elgar Publishing), 2011, p.144.

<sup>76</sup> Dictamen 2/00 sobre el Protocolo de Cartagena, de 6 de diciembre de 2001, ECLI:EU:C:2001:664.

<sup>77</sup> LANGLET, D., «Dual Legal Basis for Adoption and Implementation of the Rotterdam Convention», *Journal of Environmental Law*, Vol.18, No.3, 2006, p. 497 y pp. 495-504.

<sup>78</sup> MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «Sobre el reparto horizontal de competencias entre la CE y la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009, p. 116.

medioambientales, la finalidad de alcanzar un acuerdo para unificar los distintos sistemas de certificación que existen actualmente en uno aplicable a todas las partes es facilitar el comercio entre las mismas. En su ausencia, los mecanismos ya previstos cubren lo referente a los requisitos medioambientales. Por tanto, el motivo por el cual se plantea esta cuestión es para facilitar la importación de este bien y que sea menos costosa. Por tanto, prevalece la base jurídica de la política comercial común. De hecho, el objetivo anteriormente mencionado en lo relativo a la promoción de desarrollo sostenible, a la luz del Acuerdo Singapur<sup>79</sup>, ha de ser comprendido como «una parte integral de la política comercial común»<sup>80</sup>.

Se recomienda adherirse a la jurisprudencia del TJUE relativa al Acuerdo Energy Star<sup>81</sup>, por ser un caso que presenta múltiples similitudes con el caso en cuestión. En concreto, el objeto de este caso era un acuerdo entre la UE y Estados Unidos en virtud del cual ambas partes acordaban implementar un programa común de etiquetado de eficiencia energética para equipos de oficina. Si bien, este acuerdo promovía la reducción de consumo energético, el TJUE consideró que dichos efectos medioambientales eran indirectos o distantes; mientras que los efectos sobre el comercio eran directos e inmediatos.

En conclusión, tras aplicar la base jurídica discutida, la Unión Europea podrá actuar con competencia exclusiva en virtud de los artículos 3.1 y 207 del TFUE.

### 3. Acuerdos bilaterales

Dado que el desarrollo de un sistema de certificación uniforme a nivel internacional conllevará cierto tiempo, la Unión Europea deberá celebrar acuerdos bilaterales<sup>82</sup> con países terceros para la importación de hidrógeno renovable.

Si bien la competencia en energía es compartida, según lo establecido en el Dictamen 1/78, cuando el objetivo de un acto de la Unión sea el comercio internacional y en la medida en que produzca «efectos directos e inmediatos en éste»<sup>83</sup>, dicho acto formará parte de la política comercial común. Dado que, en este caso, el fin de celebrar estos acuerdos bilaterales no es otro que la importación del hidrógeno renovable, lo cual tiene efectos directos e inmediato sobre el mercado interno, la base jurídica sobre la cual actuaría la UE es aquella de la política comercial común.

---

<sup>79</sup> DÍEZ-HOTCHLEITNER, J., «La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 2017, p. 415 y pp.403-429.

<sup>80</sup> Dictamen de 16 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:376, párrafo 147.

<sup>81</sup> Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Comisión/Consejo, C-281/01.

<sup>82</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. (2023). «Global Hydrogen Review 2023», p.164. Disponible en: <<https://iea.blob.core.windows.net/assets/ecdfc3bb-d212-4a4c-9ff7-6ce5b1e19cef/GlobalHydrogenReview2023.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].

<sup>83</sup> Dictamen 1/78 sobre el Acuerdo internacional sobre el caucho natural, de 4 de octubre de 1979, ECLI:EU:C:1979:224, párrafo 51.

De esta forma, sirviéndose de dichos acuerdos con países terceros, la UE podría alcanzar, a su vez, acuerdos de reconocimiento mutuo de las garantías de origen con estos. Estos acuerdos podrían ser celebrados por la UE bajo competencia exclusiva en virtud del artículo 3.2 del TFUE por lo expuesto a continuación.

El criterio de *ámbito ya cubierto en gran medida por las normas comunitarias adoptadas* –propio de la doctrina de poderes implícitos– revela que, efectivamente, la celebración de estos acuerdos ya estaría prevista en un acto legislativo de la UE y, en concreto, en la Directiva 2023/2413 (a través de la cual se modifica la mencionada Directiva 2018/2001). Por lo tanto, en línea con la Sentencia *AETR*, la UE tendría competencia exclusiva para ejecutar estos acuerdos. En último lugar, el margen de actuación que el artículo 19 de la Directiva 2018/2001 prevé en favor de los Estados Miembros no va en perjuicio de lo anterior.

Esta conclusión está alineada con la Sentencia del TJUE tras la petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato en el caso *Green Network*<sup>84</sup>, el cual consistía en un acuerdo entre Suiza e Italia sobre certificados medioambientales que facilitaría la importación de energía renovable por ésta última<sup>85</sup>. El TJUE, en virtud del criterio referido en el párrafo anterior, determinó que la cuestión quedaba cubierta en base a la Directiva 2001/77, la cual –al igual que la Directiva 2018/2001– también contempla un amplio margen de actuación para los Estados Miembros, sin que por ello la decisión del TJUE fuera otra. Por otro lado, el TJUE fundamentó su sentencia en el hecho de que un acuerdo de este tipo permite que certificados emitidos en tercer país sea incorporado al Mercado Único de la UE.

## V. CONCLUSIÓN

La finalidad de este trabajo es establecer las bases legales que permitan el desarrollo del hidrógeno renovable en todo su potencial.

Tras un escrutinio exhaustivo de la normativa actual, se considera necesaria la modificación de las condiciones de adicionalidad y correlación temporal. La sobrerregulación de estos aspectos provoca que se retrase la descarbonización de aquellos sectores para los cuales está previsto el hidrógeno renovable y, por ende, de la economía de la Unión. En concreto, se propone incluir una cláusula que contemple una excepción a la condición de adicionalidad para ciertos sectores y flexibilizar la condición de correlación temporal, con ánimo de que estas propuestas sean incluidas en el informe encargado a la Comisión en virtud del artículo 10 del Reglamento Delegado 2023/1184, a través del cual deberá presentar una evaluación de los requisitos establecidos en dicho Reglamento Delegado ante el Parlamento Europeo y el Consejo antes del 1 de junio de 2028.

---

<sup>84</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 2014. *Green Network SpA/Autorità per l'energia elettrica e il gas*. C-66/13, ECLI:EU:C:2014:2399.

<sup>85</sup> TRAMOUNTANA, C., «What is the scope of the EU external competence in the field of energy today?», Jacques Delors Institute, 2019, p. 8.

En lo que respecta a la certificación del hidrógeno renovable, las propuestas realizadas para acelerar el proceso de uniformidad de los sistemas de certificación a nivel internacional han requerido una revisión del sistema de toma de decisiones de la UE y del reparto de competencias entre ésta y los Estados Miembros. El resultado ha sido el diseño de las vías a través de las cuales la UE puede actuar con competencia exclusiva para celebrar dichos acuerdos. Se considera que el esquema trazado puede trascender el sector del hidrógeno renovable y marcar la tendencia de actuación de la UE en materia energética *ad extra*, sobre todo teniendo en cuenta el contexto actual, marcado por la urgencia por alcanzar los objetivos medioambientales junto con la necesidad de desplegar alternativas energéticas que sean competitivas a la vez que garanticen la seguridad de suministro.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BAKER MCKENZIE, «Europe: EU publishes rules on “renewable” hydrogen», 7 de marzo de 2023. Disponible en: <[https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/energy-mining-infrastructure\\_1/europe-eu-published-rules-on-renewable-hydrogen](https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/energy-mining-infrastructure_1/europe-eu-published-rules-on-renewable-hydrogen)>. [Consultado el 15/09/2024].

BARNES, A., «The EU Hydrogen and Gas Decarbonisation Package: help or hindrance for the development of a European hydrogen market?», *The Oxford Institute for Energy Studies*, 2023.

BOIGONTIER, T., et. al., «Low-carbon hydrogen production in the EU: are 2030 targets achievable?», *PERSEE*, 2023.

COMISIÓN EUROPEA, «Una estrategia del hidrógeno para una Europa climáticamente neutra», 8 de julio de 2020. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52020DC0301>> [Consultado el 15/09/2024].

COMISIÓN EUROPEA, «Commission sets out rules for renewable hydrogen», 13 de febrero de 2023. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_594](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_594)> [Consultado el 15/09/2024].

COMISIÓN EUROPEA. (2004). «Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado». Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(07))>. [Consultado el 15/09/2024].

COCCIOLO, E., «Regulatory Issues in the Emerging Hydrogen Economy», *Journal for European Environmental & Planning Law*, núm. 21, 2024, pp. 161-166.

Declaración de Schuman del 9 de mayo de 1950.

Declaración de Versalles del 11 de marzo de 2022.

- DÍEZ-HOTCHLEITNER, J., «La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 2017.
- EUROPEAN CLEAN HYDROGEN ALLIANCE. (2023). «Roadmap on Hydrogen Standardization». Disponible en: <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/53721>>. [Consultado el 15/09/2024].
- EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. (2024). «EEA greenhouse gases». Disponible en: <<https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/data/data-viewers/greenhouse-gases-viewer>>. [Consultado el 15/09/2024].
- FALCONE, P. et al., «Hydrogen economy and sustainable development goals: Review and policy insights», *ELSEVIER*, 2021.
- FLEMING, R., *The Cambridge Handbook of Hydrogen and the Law*, Cambridge, (Cambridge University Press), 2024.
- FRONTIER ECONOMICS (2021). «RED II Green Power Criteria - Impact on costs and availability of green hydrogen in Germany». Disponible en: <<https://www.efuel-alliance.eu/fileadmin/Downloads/red-ii-green-analysis.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].
- FURFARI, S., «Where to start in energy policy and geopolitics», *Società Italiana di Física*.
- GALLEGOS, F., «Bridging the Gap: Certification Schemes for Sustainable Hydrogen in Global Trade», *Journal for Environmental & Planning Law*, núm. 21, 2024, pp. 239-273.
- GAS FOR CLIMATE 2050. (2022). «Facilitating hydrogen imports from non-EU countries». Disponible en: <<https://gasforclimate2050.eu/wp-content/uploads/2023/12/Facilitating-hydrogen-imports-from-non-EU-countries.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].
- GAS INFRASTRUCTURE EUROPE. (2021). «GIE Position Paper on the Additionality Principle». Disponible en: <[https://www.gie.eu/wp-content/uploads/flr/5622/GIE\\_Position\\_Paper\\_on\\_the\\_Additionality\\_Principle.pdf](https://www.gie.eu/wp-content/uploads/flr/5622/GIE_Position_Paper_on_the_Additionality_Principle.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].
- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO. (2020). «Hoja de Ruta del Hidrógeno: una apuesta por el hidrógeno renovable». Disponible en: <[https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planeestrategias/hidrogeno/hojarutahidrogenorenovable\\_tcm30-525000.PDF](https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ministerio/planeestrategias/hidrogeno/hojarutahidrogenorenovable_tcm30-525000.PDF)>. [Consultado el 15/09/2024].

- GOVAERE, I., «EU Common Commercial Policy Throwing off Shackles of ‘Mixity’», en GOVAERE, INGE, QUICK, R. y BRONCKERS, M. (eds.), *Trade and Competition Law in the EU and Beyond*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- HYDROGEN EUROPE. (2021). «A workable approach to additionality, geographic and temporal correlation». Disponible en: <[https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2021/11/2021.06-Hydrogen-Europe\\_Addionality-Position-Paper.pdf](https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2021/11/2021.06-Hydrogen-Europe_Addionality-Position-Paper.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].
- HYDROGEN EUROPE. (2023). «Impact assessment of the RED II Delegated Acts on RFNBO and GHG accounting». Disponible en: <<https://hydrogeneurope.eu/wp-content/uploads/2023/07/Impact-Assessment-on-the-RED-II-DAs.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].
- HYDROGEN COUNCIL. (2021). «Hydrogen for Net Zero». Disponible en: <<https://hydrogencouncil.com/wpcontent/uploads/2021/11/Hydrogen-for-Net-Zero.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].
- INTERNATIONAL COUNCIL ON CLEAN TRANSPORTATION. (2021). «Provisions for transport fuels in the European Union’s finalized “Fit for 55” package». Disponible en: <[https://theicct.org/wp-content/uploads/2023/07/Transport-fuels-in-the-EU-Fit-for-55-policy-update-A4-v2\\_Aug23corr.pdf](https://theicct.org/wp-content/uploads/2023/07/Transport-fuels-in-the-EU-Fit-for-55-policy-update-A4-v2_Aug23corr.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. (2023). «Global Hydrogen Review 2023». Disponible en: <<https://iea.blob.core.windows.net/assets/ecdfc3bb-d212-4a4c-9ff7-6ce5b1e19cef/GlobalHydrogenReview2023.pdf>>. [Consultado el 15/09/2024].
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. (2023). «Creating a global hydrogen market: Certification to enable trade». Disponible en: <<https://www.irena.org/Publications/2023/Jan/Creating-a-global-hydrogen-market-Certification-to-enable-trade>>. [Consultado el 15/19/2024].
- KAMPHOF, R., «the European Union: Patterns of Collaboration with International Environmental and Climate Institutions», en Jed Odermatt and Ramses A. Wessel, *Research Handbook on the EU’s Engagement with International Organizations*, Edward Elgar, 2018, Capítulo 12.
- KLAMERT, M., *The Principle of Loyalty in the EU*, Oxford (Oxford Academic Press), 2014.
- LAMBERT, M., y SCHULTE, S., «Contrasting European hydrogen pathways: an analysis of differing approaches in key markets», *OIES Paper*, 2021, nº 166.

- LANGLET, D., «Dual Legal Basis for Adoption and Implementation of the Rotterdam Convention», *Journal of Environmental Law*, Vol.18, No.3, 2006.
- LOVISOLO, M. y WHIRISKEY, K., «Cannibalising the Energiewende? 27 Shades of Green Hydrogen», *Bellona Europa*, 2021.
- MANGAS MARTÍN, A., «Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57, 2017.
- MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en ámbitos de competencias compartidas: ¿mixidad facultativa o mixidad obligatoria?», en GARCÍA ANDRADE, PAULA, *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.
- MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «Sobre el reparto horizontal de competencias entre la CE y la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009.
- Messina Conference - Résolution adoptée par les ministres des Affaires étrangères des États membres de la CECA (Messine, 1er au 3 juin 1955).
- PARLAMENTO EUROPEO, THINK TANK. (2002). «The European Parliament and the Euratom Treaty: past, present and future», Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/DG-4-JOIN\\_ET\(2002\)313072](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/DG-4-JOIN_ET(2002)313072)>. [Consultado el 15/09/2024].
- PARLAMENTO EUROPEO, THINK TANK (2024). «The six policy priorities of the von der Leyen Commission». Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/762283/EPRS\\_IDA\(2024\)762283\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/762283/EPRS_IDA(2024)762283_EN.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].
- PARLAMENTO EUROPEO, THINK TANK. (2023). «Four challenges of the energy crisis for the EU's strategic autonomy». Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747099/EPRS\\_BRI\(2023\)747099\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747099/EPRS_BRI(2023)747099_EN.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].
- PARLAMENTO EUROPEO. (2021). «Revision of the third energy package for gas: Decarbonising the gas market». Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/699464/EPRS\\_BRI\(2021\)699464\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/699464/EPRS_BRI(2021)699464_EN.pdf)>. [Consultado el 15/09/2024].
- POTOSCHNIG, A., «Renewable hydrogen and the “additionality” requirement: why making it more complex than is needed?», *Florence School of Regulation*, 2021.

- SARMIENTO, D., «El Derecho de la Unión Europea», *Marcial Pons*, Cuarta Edición, 2022.
- SCHEIBE, A., y POUDINEH, R., «Regulating the future European hydrogen supply industry: A balancing act between liberalization, sustainability, and security of supply?», *The Oxford Institute for Energy Studies*, 2023.
- SCITA, R. et al., «Green Hydrogen: the Holy Grail of Decarbonisation? An Analysis of the Technical and Geopolitical Implications of the Future Hydrogen Economy», *Fondazione Eni Enrico Mattei Working Papers*, 2020.
- TALUS, K. et al., «Realism at the end of the rainbow? An argument towards diversifying hydrogen in EU regulation», *Journal of World Energy Law & Business*, 2024.
- TRAMOUNTANA, C., «What is the scope of the EU external competence in the field of energy today?», *Jacques Delors Institute*, 2019.
- VAITHEESWARAN, V., «Hydrogen hype is rising again—will this time be different?», *The Economist*, 2022. Disponible en: <<https://www.economist.com/the-world-ahead/2022/11/14/hydrogen-hype-is-rising-again-will-this-time-be-different>>. [Consultado el 15/09/2024].
- WIMMERS, A., y MADLENER, R., «The European Market for Guarantees of Origin for Green Electricity: a scenario-based evaluation of trading under uncertainty», *Energies*, 2024.
- YAFIMAVA, K., «From natural gas to hydrogen: what are the rules for European gas network decarbonisation and do they ensure flexibility and security of supply?», *The Oxford Institute for Energy Studies*, 2024.
- ZEYEN, E. et al., «Temporal regulation of renewable supply for electronic hydrogen», *Environmental Research Letters*, 2024.

## 1. Jurisprudencia

- Dictamen 1/78 sobre el Acuerdo internacional sobre el caucho natural, de 4 de octubre de 1979, ECLI:EU:C:1979:224.
- Dictamen 2/91 sobre el Convenio nº 170 de la Organización Internacional del Trabajo, de 19 de marzo de 1993, ECLI: EU:C:1993:106.
- Dictamen 2/00 sobre el Protocolo de Cartagena, de 6 de diciembre de 2001, ECLI:EU:C:2001:664.
- Dictamen de 16 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:376.

Dictamen 1/19 sobre el Convenio de Estambul, de 6 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:832.

Sentencia de 31 de mayo de 1971, Comisión/Consejo, C-22/70, ECLI:EU:C:2971:32.

Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Comisión/Consejo, C-281/01, ECLI:EU:C:2002:761.

Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Green Network SpA/Autorità per l'energia elettrica e il gas. C-66/13, ECLI:EU:C:2014:2399.



# LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REGLAMENTOS DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES: ¿UN ORNITORRINCO NORMATIVO EN EL DERECHO PÚBLICO?\*

THE LEGAL NATURE OF THE REGULATIONS OF INDEPENDENT ADMINISTRATIONS: A NORMATIVE PLATYPUS IN PUBLIC LAW?

DESIRÉE GONZÁLEZ CUEVAS\*\*

**Resumen:** este trabajo analiza la naturaleza jurídica de los reglamentos emitidos por las administraciones independientes en el contexto del ordenamiento jurídico de la República Dominicana. A partir del reconocimiento constitucional de estas entidades, se plantea si su potestad normativa constituye una ruptura con el modelo clásico de subordinación del reglamento a la ley. El estudio revisa los distintos tipos de reglamentos administrativos (ejecutivos, independientes y de necesidad), evalúa la legitimidad y alcance de la potestad reglamentaria de los entes reguladores, destacando su autonomía técnica y política. Se concluye que, si bien los reglamentos emitidos por estas entidades deben respetar los principios de jerarquía normativa y reserva de ley en materia de derechos fundamentales, su potestad va más allá de la sola ejecución o complemento de la ley, pueden innovar al ejercer su función reguladora en sectores especializados. Así, las administraciones independientes parecen contar con un «ornitorrinco jurídico» propio: un tipo de potestad reglamentaria que escapa a las categorías tradicionales del derecho administrativo.

**Palabras claves:** potestad reglamentaria, administraciones independientes, reglamentos ejecutivos e independientes.

**Abstract:** this paper analyzes the legal nature of regulations issued by independent administrations within the context of the Dominican Republic's legal system. Based on the constitutional recognition of these entities, the paper questions whether their regulatory authority constitutes a break with the classic model of subordination of regulations to the law. The study reviews the different types of administrative regulations (executive, independent, and mandatory) and evaluates the legitimacy and scope of the regulatory authority of regulatory bodies, highlighting their technical and political autonomy. It concludes that, while regulations issued by these entities must respect the principles of normative hierarchy and the reservation of law regarding fundamental rights, their authority goes beyond the mere execution or complementation of the law; they can innovate by exercising their regulatory function in specialized sectors. Thus, independent administrations appear to have their own «legal platypus»: a type of regulatory authority that escapes the traditional categories of administrative law.

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.007>

Fecha de recepción: 12/01/2025

Fecha de aceptación: 08/04/2025

\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana (UNIBE) –Summa Cum Laude–, con concentración en Derecho Corporativo. Maestrante en Derecho Administrativo y de la Regulación Económica en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Correo electrónico: [desiree.gonzalez.cuevas@gmail.com](mailto:desiree.gonzalez.cuevas@gmail.com)

**Keywords:** regulatory power, independent administrations, executive and independent regulations.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL MODELO CLÁSICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; III. TIPOLOGÍAS CLÁSICAS DE LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS; IV. LA EMERGENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES; V. ¿UN NUEVO TIPO DE POTESTAD REGLAMENTARIA? EL «ORNITORRINCO JURÍDICO»; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del derecho público contemporáneo no puede comprenderse sin considerar el creciente rol que desempeñan las administraciones independientes, especialmente en contextos donde la regulación técnica y la neutralidad política se vuelven condiciones indispensables para garantizar la estabilidad y eficiencia del mercado. En la República Dominicana, la reforma constitucional de 2010 –al consagrar el Estado Social y Democrático de Derecho– abrió el camino para una intervención estatal más activa en la economía, formalizando, entre otros aspectos, la existencia de entes reguladores con autonomía funcional y administrativa.

Estas administraciones, al operar fuera de la línea jerárquica del Poder Ejecutivo y contar con potestades normativas, han planteado nuevos desafíos para la teoría del derecho administrativo, particularmente en lo relativo a la naturaleza jurídica de los reglamentos que dictan. A diferencia de la potestad reglamentaria clásica –atribución subordinada y complementaria de la ley– los reglamentos emitidos por estos órganos parecen configurarse como una figura jurídica difícil de clasificar dentro del esquema tradicional de reglamentos ejecutivos o independientes.

La pregunta que orienta esta investigación es provocadora: ¿tienen los reguladores su propio ornitorrinco jurídico? Es decir, ¿nos encontramos ante una categoría normativa propia, híbrida, con rasgos singulares que justifican una conceptualización autónoma de los reglamentos dictados por las administraciones independientes? Tal como el ornitorrinco desafió las categorías de la biología clásica, estos reglamentos podrían estar desafiando la taxonomía tradicional del derecho público. A fin de dar respuesta se analizará si pueden los entes reguladores dictar normas con fuerza normativa propia fuera del marco de subordinación legal directa.

Este ensayo tiene como objetivo investigar la naturaleza jurídica de los reglamentos en el contexto del sistema jurídico dominicano, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia comparada. Se busca determinar si realmente se está ante una figura normativa *sui generis*, que se distingue tanto del reglamento ejecutivo como del reglamento independiente en su sentido más estricto.

La hipótesis planteada sugiere que los reglamentos de los organismos reguladores no se ajustan completamente a las categorías existentes, lo que requiere un tratamiento conceptual diferenciado que sea coherente con su función técnica, autonomía funcional y su lugar en la estructura constitucional del Estado.

Desde la perspectiva metodológica, la investigación se clasifica como jurídico-doctrinal, enfocada en el análisis sistemático e interpretativo de normas constitucionales, leyes orgánicas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano, y doctrina especializada tanto nacional como internacional. Se adopta un enfoque crítico y argumentativo que va más allá de simplemente describir el estado actual del derecho; busca también reexaminar el fenómeno regulatorio a la luz de un derecho administrativo en evolución.

No se utilizan métodos empíricos ni cuantitativos, dado que el objeto de estudio es estrictamente normativo y conceptual, con un énfasis particular en la función jurídica de los reglamentos emitidos por las administraciones independientes y su conformidad con el marco constitucional vigente.

## **II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL MODELO CLÁSICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

La potestad normativa del Estado se distribuye entre el Congreso de la República –como titular de la potestad legislativa–, y el presidente de la República, en suma, a otros integrantes de la Administración Pública, tanto a nivel nacional como territorial, quienes ejercen la potestad reglamentaria<sup>1</sup>. Desde los inicios del régimen constitucional, esta distribución respondió a una concepción jerárquica de los poderes estatales: un poder legislativo preeminente que dicta las normas y un poder ejecutivo subalterno encargado de su ejecución. Así, la creación de nuevas normas de derecho correspondía exclusivamente al legislador<sup>2</sup>.

Autores como Cordero Quinzacara destacan que no es una cuestión menor que ciertas materias sean reguladas por medio de una ley –manifestación de la voluntad popular– en lugar de un reglamento administrativo<sup>3</sup>. En el derecho público, la forma en que se adoptan las normas jurídicas no es un simple formalismo, sino que encierra un valor sustancial: actúa como garantía para los ciudadanos.

---

<sup>1</sup> FERNEY MORENO, L., «Potestad normativa en estado de excepción por situaciones de calamidad pública como el Covid-19 en Colombia», *Revista Euro Latinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 231-243.

<sup>2</sup> ORLANDO, V. E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milán (Società Editrice Libreria), 1900, pp. 1049-1050. Disponible en: <https://www.libreriantiquaria.com/it/catalogo/diritto/diritto-amministrativo-costituzionale-pubblico/33065-primo-trattato-completo-di-diritto-amministrativo-.html>. [Consultado el 8/10/2024].

<sup>3</sup> CORDERO QUINZACARA, E., «El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 32, 2009, p. 410.

Desde sus inicios se ha entendido que, la potestad reglamentaria debe derivar de una fuente primaria. Su fundamento puede hallarse de forma directa en la Constitución o de manera indirecta en una ley, lo que implica distintos niveles de competencia –constitucional o legal– para su ejercicio<sup>4</sup>.

El carácter secundario de la potestad normativa de la Administración Pública también ha sido objeto de debate para Peñaranda Ramos. Este sostiene que la potestad reglamentaria existe sólo y en la medida que la Constitución y las leyes se la atribuyan expresamente a la Administración. Siendo una norma de carácter subalterno y complementario de la ley, a fin de ejecutarla, desarrollara o complementarla<sup>5</sup>.

Esta visión parece alinearse con la doctrina de la reserva de ley, según la cual la Administración –como parte del Poder Ejecutivo– no puede dictar normas que afecten derechos ciudadanos sin una habilitación legal previa, dado que dichas materias están reservadas al legislador<sup>6</sup>. Pero, el gran debate es ¿hasta qué punto sería el rol de la fuente primaria? ¿La reglamentación Administrativa juega un rol único de complemento de la ley o existen escenarios donde puede innovar?

El Tribunal Constitucional Dominicano al pronunciarse sobre el particular ha expresado que:

«Las normas reglamentarias, al no tener rango de ley, están afectadas por el principio de jerarquía normativa que las subordina, precisamente, a la ley, dado que el reglamento es secundario, subalterno, inferior y complementario de las leyes, por cuanto es un producto de la administración, a diferencia de la ley que se legitima en la voluntad popular»<sup>7</sup>.

«Esta subordinación del reglamento a la ley se debe a que el primero persigue la ejecución de la segunda, desarrollando y completando en detalle las normas contenidas en ella. Por tanto, “el reglamento no puede exceder el alcance de la ley ni tampoco contrariarla, sino que debe respetarla en su letra y espíritu. El reglamento es a la ley lo que la ley es a la Constitución, por cuanto la validez de aquel debe estimarse según su conformidad con la ley. El reglamento es la ley en

---

<sup>4</sup> AGUDO FREYTES, E., *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, t. IV, Caracas (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela), 1979, pp. 2081-2104.

<sup>5</sup> PEÑARANDA RAMOS, J., *El reglamento como fuente específica del Derecho Administrativo y el principio de legalidad*. Universidad Carlos III de Madrid, 2017, p.8, Disponible en: <[https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/1045/mod\\_page/content/17/leccion4.pdf](https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/1045/mod_page/content/17/leccion4.pdf)>. [Consultado el 8/10/2024].

<sup>6</sup> CORDERO QUINZACARA, E., «El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria», cit., p. 410.

<sup>7</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO, Sentencia núm. TC/0032/12, de fecha 15 de agosto de 2012. Relativa a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por Exxon Corporation contra la Resolución núm. 209-Bis, de fecha 6 de diciembre de 2000, dictada por la Secretaría de Estado de Industria y Comercio. Publicada el 15 de abril de 2013. Disponible en: <<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc003212>>. [Consultado el 8/10/2024].

el punto en que esta ingresa en la zona de lo ejecutivo; es el eslabón entre la ley y su ejecución, que vincula el mandamiento abstracto con la realidad concreta»<sup>8</sup>.

No obstante, el propio Tribunal reconoce una excepción: el reglamento autónomo. Este tipo de reglamento no requiere una referencia explícita a una ley para su validez, siempre que actúe dentro de sus competencias generales. Al establecer que, «a excepción del poder reglamentario autónomo, no puede expedirse un reglamento sin que se refiera a una ley, y se funde precisamente en ella para proveer en forma general y abstracta en lo necesario a la aplicación de dicha ley a los casos concretos que surjan».

De lo que se desprende que, en determinados reglamentos el rol habilitante de la norma puede ser a título general en lo referente a aspectos de competencia y actuación, no así, entenderse como una camisa de fuerza que dicta de manera expresa lo que puede o no establecer la administración en el ejercicio de su potestad normativa.

Por su lado, la Corte Constitucional Colombiana ha definido la potestad reglamentaria como la facultad de producir normas administrativas de carácter general que regulan la actividad de los particulares y fundamentan la actuación de las autoridades públicas<sup>9</sup>. Esta definición resulta particularmente útil para entender la lógica detrás del modelo dominicano, donde la Administración económica necesita capacidad normativa para cumplir sus fines regulatorios.

La vinculación de la ley al reglamento es un lazo inquebrantable que dependiendo la naturaleza jurídica del que se trate se flexibiliza o contrae más. Para Jorge Prats la potestad reglamentaria es propia del Ejecutivo, pero se ejerce casi siempre en el marco de una ley, incluso cuando se habla de reglamentos autónomos o espontáneos<sup>10</sup>. La excepción —ese «casi siempre»— es precisamente lo que interesa explorar en este estudio.

La doctrina distingue dos paradigmas en torno a la reserva de ley. El paradigma liberal<sup>11</sup> sostiene que solo el legislador debe regular las esferas de libertad de los ciudadanos, como forma de control sobre el poder ejecutivo y la burocracia. En este marco, la ley tiene una intensidad normativa superior, y el reglamento cumple un rol estrictamente complementario.

<sup>8</sup> TENARAMÍREZ, F., *Derecho constitucional mexicano*, 26.ª ed., México (Editorial Porrúa), 1992, p. 415.

<sup>9</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia núm. C-384/03, de fecha 13 de mayo de 2003, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Relativa a la constitucionalidad de la Ley 598 de 2000, que establece el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE), el Catálogo Único de Bienes y Servicios (CUBS) y el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR).

<sup>10</sup> JORGE PRATS, E., «La potestad reglamentaria de la Administración y el reglamento como fuente del derecho», *Vlex*. Base de datos. Disponible en: <<https://do.vlex.com/vid/administracion-reglamento-fuente-derecho-360766506>>. [Consultado el 8/10/2024].

<sup>11</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 80/1983 sobre la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. En: *Boletín Oficial del Estado*, núm. 187, de 6 de agosto de 1984. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1984-18771>>. [Consultado el 8/10/2024].

Por su parte, el paradigma social<sup>12</sup> también reconoce la centralidad de la ley, pero niega la existencia de una reserva de ley genérica. Se basa, en cambio, en un sistema de reservas específicas expresamente previstas en la Constitución.

En el caso dominicano, el artículo 128.1.b de la Constitución otorga al presidente la facultad de «expedir decretos, reglamentos e instrucciones cuando fuere necesario», sin exigir como condición previa la existencia de una ley habilitante. Esta disposición sugiere que el constituyente quiso conferir al Ejecutivo una potestad normativa más amplia, condicionada únicamente al criterio de necesidad, que es un concepto jurídico indeterminado y contextual.

Lo anterior, en suma, a la inexistencia de una reserva reglamentaria, permite deducir que la intención del constituyente fue dotar al presidente de la República de potestades normativas sin especificidad en cuanto a la materia, solo condicionado a la necesidad que deviene en ser evaluada en cada casuística de modo particular.

Históricamente, en República Dominicana, la evolución normativa puede rastrearse desde la Constitución de 1844, donde el Ejecutivo solo podía reglamentar para asegurar el cumplimiento de las leyes. Fue la reforma de 1924 la que amplió esa potestad, otorgando al presidente una facultad genérica de dictar reglamentos, no limitada al desarrollo de la ley.

Sin embargo, la inexistencia de una reserva no habilita al Ejecutivo para contrariar normas de rango superior como la ley o la Constitución. De hecho, el artículo 74.2 de la Constitución establece que «sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales», lo que constituye una reserva expresa en estas materias.

En consecuencia, la potestad reglamentaria del presidente debe entenderse como una atribución para dictar normas generales, siempre que no contravengan disposiciones superiores. Así lo ha reconocido tanto el Tribunal Constitucional como la Suprema Corte de Justicia, al señalar que esta potestad también puede ser ejercida por otros órganos públicos autorizados por la ley o la Constitución<sup>13</sup>:

«La imposibilidad de que el Primer Mandatario vele personalmente por la aplicación de todas las leyes, el poder de reglamentación ha sido extendido a otras entidades de la Administración Pública o descentralizadas de ésta, razón por la cual dicha facultad puede ser ejercida, además del presidente de la República,

---

<sup>12</sup> MELERO ALONSO, E., «La flexibilización de la reserva de ley», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2004, p. 112.

<sup>13</sup> CORDERO QUINZACARA, E., «El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria», cit., p. 410.

por la autoridad u organismo público al que la Constitución o la ley haya dado la debida autorización»<sup>14</sup>.

Actualmente, los reglamentos no deben verse solo como una cuota de poder político, sino como una herramienta organizativa en un contexto de progresiva desconcentración del poder normativo, mediante técnicas como la atribución, delegación o creación de competencias<sup>15</sup>.

Uno de los retos actuales del reglamento es su eficacia frente a los desafíos que plantea la llamada «sociedad del riesgo», que exige respuestas rápidas a situaciones complejas. En este contexto, la cuestión es si el legislador puede y debe especificar detalladamente los efectos que debe producir la norma, o si debe dejar margen a la Administración para innovar.

Rubín<sup>16</sup> introduce la noción de transitividad legislativa: cuando el legislador define con precisión los efectos de la norma, dígame como quiere que la directiva legislativa sea implementada, esta es una ley altamente transitiva. En cambio, cuando se limita a ordenar que la Administración regule, es decir que, le ordena que dicte nuevas normas para el cumplimiento de una finalidad, sin mayores directrices, la norma pasa a ser intransitiva.

Sea cual fuere su naturaleza, el reglamento debe orientarse siempre al cumplimiento de los fines encomendados por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública.

### III. TIPOLOGÍAS CLÁSICAS DE LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

Los reglamentos administrativos han sido tradicionalmente definidos como normas jurídicas emitidas por órganos del Poder Ejecutivo –presidente, ministros o entes administrativos–, cuya fuerza normativa se distingue no tanto por su contenido o efectos, sino por su origen. Según Maurer, el reglamento se diferencia de la ley únicamente por la autoridad que lo dicta. Sin embargo, no toda disposición normativa emanada del Ejecutivo puede considerarse propiamente un reglamento<sup>17</sup>.

Cassagne los describe como un acto unilateral emitido por un órgano de la Administración Pública que crea normas jurídicas generales y obligatorias, dirigidas a regular

---

<sup>14</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO, Sentencia núm. TC/0415/15, de fecha 28 de octubre de 2015. Relativa a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por la magistrada Ana Miledy Hernández contra los artículos 44 y transitorio primero de la Ley núm. 28-11, que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social.

<sup>15</sup> AGUDO FREYTES, E., *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, cit., pp. 2081-2104.

<sup>16</sup> RUBÍN, E., «Law and legislation in the administrative state», *Columbia Law Review*, vol. 89, núm. 3, s. l., 1989, pp. 380-381.

<sup>17</sup> MAURER, H., *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid (Marcial Pons), 2011, p. 110.

situaciones objetivas e impersonales<sup>18</sup>. Rivero Ortega añade que, si bien son normas jurídicas, su rango es inferior al de la ley. En consecuencia, los reglamentos no se limitan al Ejecutivo central, sino que también pueden emanar de otros entes públicos que cuenten con atribuciones normativas específicas otorgadas por el ordenamiento jurídico<sup>19</sup>.

El reglamento es una norma que en cada casuística necesita un porqué, como todos los productos administrativos<sup>20</sup>. El análisis de la naturaleza jurídica de los reglamentos debe atender a su clasificación según distintos criterios: su relación con la ley, el órgano que los emite y su ámbito de aplicación. Para el propósito de este trabajo –indagar si las administraciones independientes poseen un tipo particular de potestad normativa– es pertinente centrarse en su clasificación con base en la relación que guardan con la ley: reglamentos ejecutivos, independientes o autónomos, y reglamentos de necesidad.

Los reglamentos ejecutivos (*secundum legem*)<sup>21</sup> tienen por finalidad desarrollar o concretar las disposiciones de una norma legal previa. Actúan como complemento de la ley, detallando aspectos técnicos o procedimentales que esta no regula de forma exhaustiva. Según Peñaranda Ramos, constituyen el «complemento indispensable» de la ley, en tanto permiten su aplicación efectiva, aunque sin exceder sus límites. Esta categoría representa el paradigma clásico de la potestad reglamentaria, bajo una concepción restrictiva<sup>22</sup>.

No obstante, autores como Muñoz Machado<sup>23</sup> cuestionan que esta sea una categoría autosuficiente, al advertir que «de admitirse como suficiente el dato de la coincidencia de regulaciones materiales para convertir al reglamento en ejecutivo, se habrá poco menos que reconducido toda la tipología de normas reglamentarias a esta figura, convirtiéndola en la única existente, dada la frecuencia con que el expresado fenómeno se produce». El hecho de que un reglamento ejecute la ley no es un criterio claro ni uniforme, especialmente cuando la Administración suele invocar bases legales genéricas para ejercer su potestad normativa. Ello sugiere que la clasificación tradicional puede resultar insuficiente para explicar fenómenos normativos más complejos, como los que protagonizan las administraciones independientes.

<sup>18</sup> CASSAGNE, J. C., *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12.ª ed. actualizada, Buenos Aires (Thomson Reuters), 2018, p. 178.

<sup>19</sup> RIVERO ORTEGA, R. y ORTEGA POLANCO, F., *Manual de Derecho Administrativo*, Santo Domingo (Ediciones FUNGLODE), 2016, p. 78. Disponible en: <[www.editorialfunglode.com](http://www.editorialfunglode.com)>. [Consultado el 8/10/2024].

<sup>20</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo I*, 15.ª ed., España (Thomson Reuters), 2006, p. 190.

<sup>21</sup> PEÑARANDA RAMOS, J.L., «El reglamento como fuente específica del Derecho Administrativo y el principio de legalidad», Lección 4, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, p. 17. Disponible en: <[https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/1045/mod\\_page/content/17/leccion4.pdf](https://ocw.uc3m.es/pluginfile.php/1045/mod_page/content/17/leccion4.pdf)>. [Consultado el 8/10/2024].

<sup>22</sup> PEÑARANDA RAMOS, J. L., «El reglamento como fuente específica del derecho administrativo y el principio de legalidad», cit., p. 17.

<sup>23</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 77, mayo-agosto 1975. P.141. Disponible en: <<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/228851975077139.pdf>>. [Consultado el 8/10/2024].

El reglamento ejecutivo responde a la idea de primacía de la norma de carácter legal y la subordinación del reglamento respecto de esta, reservan a la norma reglamentaria un papel de mera colaboración respecto del poder legislativo<sup>24</sup>.

Los reglamentos ejecutivos responden a dos premisas básicas, por un lado, las casuísticas generadas a nivel práctico que lleva a la constante renovación del reglamento, desarrollando los lineamientos y principios básicos creados por la ley, ajustándolo a las circunstancias particulares. Y, por otro lado, responden a los tecnicismos de la actuación administrativa.

Los referidos reglamentos deben satisfacer una doble condición: a) no contradecir el espíritu que emana de la legislación; b) no añadir a las obligaciones establecidas por ley cargas que por su naturaleza o importancia no deban de ser establecidas sino por medio de la ley<sup>25</sup>.

Por su parte, el reglamento independiente (*Praeter legem*)<sup>26</sup> ha sido definido como: «norma jurídica de eficacia general emanada del poder ejecutivo y dictada sin una habilitación legal previa en base a la atribución de una potestad reglamentaria genérica que el ordenamiento jurídico le otorga al poder ejecutivo como instrumento complementario para el mejor ejercicio de las potestades gubernativas que éste posee».

En contraste, los reglamentos independientes (*praeter legem*)<sup>27</sup> son aquellos que se dictan sin necesidad de una ley previa que los habilite. Son normas generales y obligatorias adoptadas por órganos con potestades gubernativas, con el objetivo de ordenar materias no reguladas por el legislador. Su existencia rompe con la lógica del reglamento como simple ejecutor de la ley y plantea un modelo normativo con mayor autonomía.

Este tipo de reglamento es especialmente relevante para el estudio de las administraciones independientes, ya que estas suelen actuar en contextos donde la intervención legislativa es escasa o técnicamente limitada. Aquí surge la cuestión de si estos entes pueden

---

<sup>24</sup> TOSCANO GIL, F., «Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013. Disponible en: <<https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/1215245063566/1284268832090/Redaccionjcyl.es+1jcyl.es+1>>. [Consultado el 8/10/2024], p. 7.

<sup>25</sup> CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA, «informe de investigación CIJUL. El reglamento dentro del ordenamiento jurídico costarricense», en Convenio Colegio de Abogados- Universidad de Costa Rica, n.d., p. 6. Disponible en: <<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php%3Fq%3DMTYwMw%3D%3D&ved=2ahUKEwjey4GkiMqPAxXQTDABHToKPX0QFnoECBkQAQ&usg=AOvVaw3VhrMApHiMzI7TMBasKVIL>>. [Consultado el 8/10/2024].

<sup>26</sup> ALONSO TIMÓN, A. J., «Los ámbitos de la potestad reglamentaria independiente tras la promulgación de la Constitución española de 1978», *tesis doctoral*, Universidad Complutense de Madrid, 1998. Disponible en: <<https://eprints.ucm.es/2209/Eprints/UCM>>. [Consultado el 8/10/2024], p. 411.

<sup>27</sup> TOSCANO GIL, F., «Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes», *cit.*, p. 6.

dictar reglamentos vinculantes sin una ley previa, como una manifestación legítima de su autonomía funcional.

Los reglamentos administrativos no pueden incursionar en materias que han sido reservadas por el constituyente mediante reserva de ley para su desarrollo. Respecto de este tipo de reglamentos existen dos corrientes doctrinales:

- 1) Un sector afirma que los reglamentos autónomos o independientes sólo son admisibles en el ejercicio de la potestad organizativa<sup>28</sup> y por tanto en el ámbito interno de la administración pública. Pero, no pueden incursionar en el ámbito normativo externo que lleve a la definición abstracta de deberes, obligaciones y responsabilidades para los particulares porque son materias reservadas –*constitución y ley*–<sup>29</sup>.
- 2) Para otro sector, no existe fundamento para entenderse que los reglamentos independientes o autónomos deben circunscribir su alcance al aspecto interno de la organización administrativa, toda vez que, este tipo de reglamento pueden intervenir siempre que no haya de por medio una reserva legal o constitucional –*pudiendo con posterioridad pasar a regularse por ley*–<sup>30</sup>.

Esta segunda visión resulta más compatible con la función reguladora de las administraciones independientes, que requieren margen para innovar en sectores complejos.

Finalmente, los reglamentos de necesidad (*contra legem*)<sup>31</sup> constituyen una categoría excepcional. Se dictan en situaciones de urgencia o emergencia, generalmente cuando el legislador no puede actuar con la rapidez necesaria. Aunque son medidas transitorias, su legitimidad depende de que estén previstas en la ley y se justifiquen por razones imperiosas de interés público. La Corte Suprema de Justicia de Panamá, por ejemplo, ha sostenido que estos reglamentos solo son válidos cuando surgen ante la imposibilidad del órgano legislativo de actuar y existe una necesidad inmediata por parte del Ejecutivo<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> PEÑARANDA RAMOS, J. L., «El reglamento como fuente específica del derecho administrativo y el principio de legalidad», *cit.*, p. 18.

<sup>29</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, J., «El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano», en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo XII, México (UNAM; IMDPC, Marcial Pons), 2008, p. 178.

<sup>30</sup> GALLEGU ANABITARTE, Alfredo y Menéndez Rexach, Ángel, citado por DANÓS ORDÓÑEZ, J., «El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano», *cit.*, p. 179.

<sup>31</sup> PEÑARANDA RAMOS, J. L., «El reglamento como fuente específica del derecho administrativo y el principio de legalidad», *cit.*, p. 18.

<sup>32</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ, «Sentencia de 1 de diciembre de 2021. Demanda de inconstitucionalidad presentada por Valle Luna Contractors, S.A. contra la frase «y otros» contenida en el punto 4.1 de los contenidos mínimos de los estudios de impacto ambiental, del artículo 26 del Decreto Ejecutivo núm. 123 de 14 de agosto de 2009, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas». Disponible en: <<https://repositoriodigital.organojudicial.gob.pa/handle/001/558>>. [Consultado el 8/10/2024].

#### IV. LA EMERGENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES

Las administraciones independientes han surgido como una respuesta institucional a las limitaciones del modelo clásico de subordinación jerárquica en la Administración Pública. Según García de Enterría<sup>33</sup>, se trata de «aquellas que, dotadas de potestades de ordenación para la realización de funciones de regulación sectorial y no general, ejercen éstas en un régimen de no dependencia respecto del conjunto administrativo del Estado». Esta definición resalta su carácter funcionalmente autónomo, en tanto responden a lógicas regulatorias especializadas más que a directrices políticas o administrativas generales.

En el contexto dominicano, el Tribunal Constitucional<sup>34</sup> ha reconocido el carácter singular de estas entidades, señalando que: «Estas entidades, muy bien conocidas en los Estados Unidos y Europa, se caracterizan principalmente por su grado de independencia, sobre todo respecto del Gobierno o Poder Ejecutivo. En ese sentido, de alguna manera se puede afirmar que los órganos constitucionales concebidos en la Constitución de 2010 son una especie de esas autoridades independientes con rango constitucional».

A diferencia de otros órganos de la Administración Pública, las administraciones independientes no derivan su legitimidad funcional del poder ejecutivo, sino de un mandato constitucional o legal que les asigna funciones específicas en sectores estratégicos. Su diseño institucional persigue garantizar la neutralidad técnica en ámbitos donde la captura política o los intereses particulares podrían comprometer el interés público. De ahí que su legitimidad se fundamente no solo en el principio democrático, sino también en principios como la objetividad, la especialización técnica y la transparencia<sup>35</sup>.

Este nuevo tipo de órgano plantea desafíos relevantes en materia de potestad normativa. A diferencia de los reglamentos tradicionales, subordinados a una ley y dictados por el poder ejecutivo bajo un marco de jerarquía, las normas que emanan de estos entes se producen en un entorno de autonomía funcional. Esta situación conduce a la pregunta central de este trabajo: ¿tienen estas administraciones una potestad reglamentaria sui generis? ¿Nos encontramos ante un «ornitorrinco jurídico», esto es, un tipo de norma que, aunque formalmente administrativa, posee rasgos sustantivos que la distancian de los modelos normativos clásicos?

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., citado por MEDINA REYES, R., «Las administraciones reguladoras independientes: ¿mito o realidad en la República Dominicana?», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 18, 2019, p. 123.

<sup>34</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO, «Sentencia núm. TC/0305/14, de fecha 29 de abril de 2014. Relativa al conflicto de competencia entre la Junta Central Electoral y el Gobierno Central, a través de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), dependencia del Ministerio de Hacienda». Publicada el 22 de diciembre de 2014. Disponible en: <<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc030514>>. [Consultado el 8/10/2024].

<sup>35</sup> MEDINA REYES, R., «Las administraciones reguladoras independientes: ¿mito o realidad en la República Dominicana?», *cit.*, p. 128.

La independencia de estos entes no debe entenderse únicamente como un estatus organizacional, sino como una garantía de imparcialidad en el ejercicio de funciones normativas. En efecto, si la razón de ser de estas autoridades es sustraer ciertas decisiones del vaivén político, resulta incoherente condicionar su potestad reglamentaria a una habilitación legal expresa para cada medida regulatoria. Ello vaciaría de contenido su función técnica y limitaría su capacidad de respuesta frente a realidades complejas y cambiantes.

Sin embargo, esta autonomía normativa no es absoluta. Como se ha señalado en apartados anteriores, existe un límite infranqueable: la reserva de ley prevista en el artículo 74.2 de la Constitución Dominicana. Esta reserva impide que las administraciones independientes regulen materias vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales, los cuales solo pueden ser restringidos o regulados por el legislador. Fuera de ese límite, sin embargo, puede sostenerse que estas entidades gozan de una potestad reglamentaria funcional y especializada, que se asemeja a una forma de normación sectorial desconectada del modelo jerárquico clásico.

La emergencia de las administraciones independientes no solo transforma la arquitectura institucional del Estado, sino que también desafía los esquemas tradicionales de distribución del poder normativo. Frente a este fenómeno, el derecho público contemporáneo se enfrenta al reto de repensar su taxonomía: quizás estemos ante un nuevo tipo de fuente normativa, a medio camino entre la ley parlamentaria y el reglamento ejecutivo, cuya existencia se justifica por la necesidad de asegurar una regulación técnica, eficaz y políticamente neutral en sectores claves para el interés general.

## V. ¿UN NUEVO TIPO DE POTESTAD REGLAMENTARIA? EL «ORNITORRINCO JURÍDICO»

La clasificación tradicional de los reglamentos –ejecutivos, independientes y de necesidad– ofrece un marco útil, pero insuficiente para comprender fenómenos normativos más recientes. En especial, la figura de las administraciones independientes que desafía estas categorías al combinar autonomía funcional, capacidad regulatoria sustantiva y desconexión formal con el legislador. Este «ornitorrinco jurídico» parece requerir una nueva conceptualización normativa, que reconozca su singularidad dentro del derecho público contemporáneo.

Jorge Prats y Victoria Contreras, al analizar la potestad reguladora de estos entes, destacan que su existencia responde a la necesidad de una regulación técnica especializada en sectores económicos dinámicos y altamente influenciados por la innovación<sup>36</sup>. La concentración de funciones en un solo órgano –reglamentar, supervisar y resolver conflictos–

---

<sup>36</sup> JORGE PRATS, E. y VICTORIA CONTRERAS, O. E., *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.ª ed., Santo Domingo (Ius Novum), 2012, p. 126. Disponible en: <Open Library+4Biblioteca Pedro Henríquez Ureña+4Cerralc+4>. [Consultado el 8/10/2024].

obedece tanto a la eficiencia como al imperativo de evitar la captura política en ámbitos sensibles del mercado.

Si las administraciones independientes surgen de una necesidad latente de neutralidad política en un sector donde resulta muy peligroso la incidencia partidaria, ¿qué sentido tendría limitarla en su potestad normativa a ser exclusivamente un mero desarrollador o complemento de las ideas plasmadas por el legislador?

La Constitución Dominicana reconoce expresamente este modelo institucional. En su artículo 147.3 establece que la regulación económica puede estar a cargo de «organismos creados para tales fines», a quienes el legislador delega funciones tales como la potestad reglamentaria, la supervisión, la inspección, la sanción y la ejecución. Esta habilitación legal, aunque general, permite a estos entes desarrollar un marco normativo propio sin necesidad de una ley específica para cada intervención.

Medina Reyes refuerza esta idea al señalar que las agencias reguladoras poseen una doble potestad reglamentaria: una interna, para autoorganizarse, y otra externa, con capacidad para desarrollar normas técnicas vinculantes para los agentes económicos<sup>37</sup>. Esta última constituye una expresión ampliada de la reglamentación independiente, que trasciende lo meramente organizativo y se proyecta sobre la esfera de los particulares, sin requerir una ley previa que habilite su contenido.

Esteve Pardo coincide al afirmar que las directrices que orientan a estas administraciones no emanan estrictamente de la ley, sino que se derivan del comportamiento y las exigencias del mercado<sup>38</sup>. En este mismo sentido, Jorge Prats sostiene que estas entidades tienen la capacidad de elaborar una disciplina normativa a nivel reglamentario que afecta directamente tanto a los sujetos regulados como a los usuarios de los servicios correspondientes<sup>39</sup>.

Desde un enfoque teórico, Marienhoff<sup>40</sup> distingue entre autonomía y autarquía. La primera implica la facultad de darse su propia norma dentro de los límites establecidos por el ordenamiento; la segunda, en cambio, solo permite la gestión de lo propio conforme a normas impuestas. En este sentido, la autonomía normativa de las administraciones independientes se asemeja más a un poder legislativo delegado, aunque limitado en su alcance.

Esta afirmación no significa que dichas entidades puedan legislar sin restricciones. Como señala Urosa Maggi<sup>41</sup>, deben respetar los mismos principios y límites que rigen toda

---

<sup>37</sup> MEDINAREYES, R., «Las administraciones reguladoras independientes: ¿mito o realidad en la República Dominicana?», *cit.*, p. 128.

<sup>38</sup> ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid (Marcial Pons), 2011, p. 154.

<sup>39</sup> JORGE PRATS, E., *Derecho Constitucional I*, 4.<sup>a</sup> ed., Santo Domingo (Ius Novum), 2013, p. 243.

<sup>40</sup> MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires (Abeledo-Perrot), 1983, p. 176.

<sup>41</sup> UROSA MAGGI, D., «La inactividad reglamentaria de la Administración Económica», VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». Los contratos administrativos. «Contratos del Estado», Caracas (Fundación Estudios de Derecho Administrativo), 2004.

potestad reglamentaria en el derecho público, especialmente cuando su regulación impacta en derechos fundamentales como la libertad económica. Por ello, cualquier ejercicio de la potestad normativa por parte de estas agencias debe observar el principio de razonabilidad y no vulnerar el contenido esencial de los derechos reconocidos constitucionalmente.

La tensión radica, por tanto, en equilibrar la autonomía funcional de estos entes con el respeto al principio de legalidad. No resulta coherente crear órganos dotados de independencia constitucional para luego sujetarlos a una camisa de fuerza normativa que impida su actuación técnica en ausencia de legislación específica. Si el objetivo es neutralizar la politización y asegurar la eficiencia en sectores estratégicos, la potestad reglamentaria debe tener un margen de autonomía dentro del marco constitucional.

Con todo, existe un límite claro: el artículo 74.2 de la Constitución Dominicana establece una reserva de ley en materia de derechos y garantías fundamentales, cuyo ejercicio solo puede ser regulado por ley. Esta disposición representa el principal tope a la potestad reglamentaria de las administraciones independientes. Fuera de este ámbito, sin embargo, dichos entes pueden ejercer una potestad normativa funcional, sustantiva y autónoma, orientada al cumplimiento eficiente de sus fines públicos.

En definitiva, la figura del «ornitorrinco jurídico» sintetiza esta realidad normativa atípica. Los reglamentos emitidos por las administraciones independientes no son meras extensiones del legislador ni simples instrumentos del Ejecutivo. Se trata de un nuevo tipo de norma reglamentaria, intermedia, con legitimidad funcional y técnica, que exige al derecho público repensar los límites de la potestad normativa en el marco del Estado constitucional contemporáneo.

## VI. CONCLUSIÓN

A partir del análisis desarrollado, puede afirmarse que los reglamentos emitidos por las administraciones independientes no se ajustan completamente a las categorías tradicionales de los reglamentos ejecutivos ni a la noción restringida de los reglamentos autónomos vinculados únicamente al ámbito organizativo interno. La naturaleza jurídica de estos reglamentos revela una figura híbrida, con características particulares que los distinguen tanto de la potestad reglamentaria clásica de la administración central como de los modelos normativos previstos exclusivamente en función de una habilitación legislativa expresa.

En efecto, las administraciones independientes fueron concebidas para cumplir fines específicos que requieren una actuación técnica, especializada y políticamente neutral. Para ello, necesitan una potestad normativa robusta, que no se limite a ejecutar mandatos legales preexistentes, sino que también pueda innovar, adaptar y desarrollar regulaciones en sectores altamente dinámicos. Esta potestad reglamentaria especial, aunque subordinada en

jerarquía a la ley y a la Constitución, no depende necesariamente de una norma legal previa para su ejercicio, salvo en aquellos ámbitos expresamente reservados por el constituyente.

Desde esta perspectiva, la respuesta a la pregunta que da título a este trabajo –¿tienen los reguladores su propio ornitorrinco jurídico?– es afirmativa. Los entes reguladores cuentan con un tipo de potestad reglamentaria que, por su autonomía, su alcance sustantivo y su vinculación directa con la estructura constitucional, configura una categoría normativa singular dentro del derecho administrativo. Este «ornitorrinco jurídico» se expresa en reglamentos que, sin romper el principio de jerarquía normativa, pueden operar con independencia funcional y sin previa legislación habilitante, siempre que respeten el ordenamiento constitucional y legal vigente.

El único límite material relevante en el contexto dominicano es la reserva de ley establecida en el artículo 74.2 de la Constitución, que restringe la regulación de los derechos fundamentales exclusivamente al legislador. Fuera de este ámbito, las administraciones independientes están habilitadas para ejercer una potestad reglamentaria autónoma y sustantiva, con lo cual cumplen su misión de garantizar una regulación eficaz, imparcial e innovadora en sectores estratégicos del Estado social y democrático de derecho.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FREYTES, E., *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, t. IV, Caracas (Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela), 1979.
- ALONSO TIMÓN, A. J., «Los ámbitos de la potestad reglamentaria independiente tras la promulgación de la Constitución española de 1978», *tesis doctoral*, Universidad Complutense de Madrid, 1998. Disponible en: <<https://eprints.ucm.es/2209/Eprints/UCM>>. [Consultado el 8/10/2024].
- CASSAGNE, J. C., *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12.<sup>a</sup> ed. actualizada, Buenos Aires (Thomson Reuters), 2018.
- CORDERO QUINZACARA, E., «El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 32, 2009, pp. 409-440.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia núm. C-384/03, de fecha 13 de mayo de 2003, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Relativa a la constitucionalidad de la Ley 598 de 2000, que establece el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE), el Catálogo Único de Bienes y Servicios (CUBS) y el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR). [Consultado el 8/10/2024].

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ, Sentencia de 1 de diciembre de 2021. Demanda de inconstitucionalidad presentada por Valle Luna Contractors, S.A. contra la frase «y otros» contenida en el punto 4.1 de los contenidos mínimos de los estudios de impacto ambiental, del artículo 26 del Decreto Ejecutivo núm. 123 de 14 de agosto de 2009, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas. Disponible en: <<https://repositoriodigital.organojudicial.gob.pa/handle/001/558>>. [Consultado el 8/10/2024].
- DANÓS ORDÓÑEZ, J., «El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano», en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo XII, México (UNAM; IMDPC, Marcial Pons), 2008, pp. 169-230.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid (Marcial Pons), 2011.
- FERNEY MORENO, L., «Potestad normativa en estado de excepción por situaciones de calamidad pública como el Covid-19 en Colombia», *Revista Euro Latinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 231-243.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo I*, 15.<sup>a</sup> ed., España (Thomson Reuters), 2006.
- JORGE PRATS, E., *Derecho Constitucional I*, 4.<sup>a</sup> ed., Santo Domingo (Ius Novum), 2013.
- JORGE PRATS, E., «La potestad reglamentaria de la Administración y el reglamento como fuente del derecho», *Vlex*. Base de datos. Disponible en: <<https://do.vlex.com/vid/administracion-reglamento-fuente-derecho-360766506>>. [Consultado el 8/10/2024].
- MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires (Abeledo-Perrot), 1983.
- MAURER, H., *Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid (Marcial Pons), 2011.
- MEDINA REYES, R., «Las administraciones reguladoras independientes: ¿mito o realidad en la República Dominicana?», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 18, 2019, pp. 116-132.
- MELERO ALONSO, E., «La flexibilización de la reserva de ley», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2004, pp. 109-131.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 77, mayo-agosto 1975. Disponible

en: <<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/228851975077139.pdf>>. [Consultado el 8/10/2024].

PEÑARANDA RAMOS, J. L., «El reglamento como fuente específica del derecho administrativo y el principio de legalidad», *Lección 4*, Universidad Carlos III de Madrid, s. l., s. f. Disponible en: <<https://www.studocu.com/es/document/universidad-carlos-iii-de-madrid/derecho-administrativo/el-reglamento/9409187>>. [Consultado el 8/10/2024].

JORGE PRATS, E. y VICTORIA CONTRERAS, O. E., *Derecho de la regulación monetaria y financiera*, 2.<sup>a</sup> ed., Ius Novum, Santo Domingo, 2012, p. 126. Consultado el 8 de octubre del 2024. Disponible en: <Open Library+4Biblioteca Pedro Henríquez Ureña+4Cercal+4>. [Consultado el 8/10/2024].

ORLANDO, V. E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milán (Società Editrice Libreria), 1900. Disponible en: <<https://www.libreriantiquaria.com/it/catalogo/diritto/diritto-amministrativo-costituzionale-pubblico/33065-primo-trattato-completo-di-diritto-amministrativo-.html>>. [Consultado el 8/10/2024].

RIVERO ORTEGA, R. y ORTEGA POLANCO, F., *Manual de Derecho Administrativo*, Santo Domingo (Ediciones FUNGLODE), 2016. Disponible en: <[editorialfunglode.com](http://editorialfunglode.com)>. [Consultado el 8/10/2024].

RUBÍN, E., «Law and legislation in the administrative state», *Columbia Law Review*, vol. 89, núm. 3, s. l., 1989, pp. 369-426.

TENA RAMÍREZ, F., *Derecho constitucional mexicano*, 26.<sup>a</sup> ed., México (Editorial Porrúa), 1992.

TOSCANO GIL, F., «Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013. Disponible en: <<https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/1215245063566/1284268832090/Redaccionjcyl.es+1jcyl.es+1>>. [Consultado el 8/10/2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO, Sentencia núm. TC/0305/14, de fecha 29 de abril de 2014. Relativa al conflicto de competencia entre la Junta Central Electoral y el Gobierno Central, a través de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), dependencia del Ministerio de Hacienda. Publicada el 22 de diciembre de 2014. Disponible en: <<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc030514>>. [Consultado el 8/10/2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO, Sentencia núm. TC/0032/12, de fecha 15 de agosto de 2012. Relativa a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por Exxon Corporation contra la Resolución núm. 209-Bis, de

fecha 6 de diciembre de 2000, dictada por la Secretaría de Estado de Industria y Comercio. Publicada el 15 de abril de 2013. Disponible en: <<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADA/sentencias/tc003212>>. [Consultado el 8/10/2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO, Sentencia núm. TC/0415/15, de fecha 28 de octubre de 2015. Relativa a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por la magistrada Ana Miledy Hernández contra los artículos 44 y transitorio primero de la Ley núm. 28-11, que crea el Sistema Dominicano de Seguridad Social.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sentencia de 24 de julio de 2003, relativa a la infracción grave por daños y perjuicios. Disponible en: <<https://vlex.es/vid/infraccion-grave-da-perjuicios-16123702vLex>>. [Consultado el 8/10/2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 80/1983 sobre la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. En: *Boletín Oficial del Estado*, núm. 187, de 6 de agosto de 1984. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1984-18771>>. [Consultado el 8/10/2024].

UROSAMAGGI, D., «La inactividad reglamentaria de la Administración Económica», *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». Los contratos administrativos administrativos. «Contratos del Estado»*, Caracas (Fundación Estudios de Derecho Administrativo), 2004.

# EL *DIES A QUO* DEL ARTÍCULO 1301 DEL CC Y LOS CONTRATOS COLIGADOS\*

## THE *DIES A QUO* OF ARTICLE 1301 OF THE CIVIL CODE AND LINKED CONTRACTS

GONZALO HERRERO MEJÍAS\*\*

**Resumen:** El presente trabajo analiza el momento en que debe situarse el *dies a quo* para el plazo de caducidad de la anulabilidad por vicios en el consentimiento. En concreto, se trata de dirimir cuándo debe comenzar a correr este plazo de cuatro años en los supuestos de error en el consentimiento y, especialmente, en los casos en los que varios contratos se encuentren coligados entre sí. Para ello se revisa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de contratos financieros complejos, pues son los que han generado una mayor litigiosidad durante las últimas décadas.

**Palabras clave:** *dies a quo*, error, vicios del consentimiento, vinculación contractual, contratos coligados, consumación.

**Abstract:** This paper investigates the starting point for the limitation period applicable to actions for annulment due to defects in consent. It specifically aims to determine when this four-year period should commence in cases of error in consent, particularly when multiple interconnected contracts are involved. To address this issue, the paper reviews the jurisprudence of the Supreme Court concerning complex financial contracts, which have been the focus of considerable litigation over recent decades.

**Keywords:** *dies a quo*, error, defects in consent, contractual linkage, interconnected contracts, consummation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LOS CONTRATOS FINANCIEROS COMPLEJOS Y EL AUGE DE ACCIONES DE NULIDAD POR ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO; III. LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO COMO *DIES A QUO* ELEGIDO; IV. ¿QUÉ SIGNIFICA LA «CONSUMACIÓN DEL CONTRATO» EN LA DOCTRINA DEL ERROR?; V. DOS BREVES NOTAS SOBRE LA CONSUMACIÓN EN PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS; VI. LOS CONTRATOS COLIGADOS Y SU INCIDENCIA EN EL *DIES A QUO*; VII. BIBLIOGRAFÍA.

---

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.008>

Fecha de recepción: 28/01/2025

Fecha de aceptación: 06/03/2025

\*\* Graduado en derecho y economía UC3M y estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura y del Título de Experto en Corporate Governance y Operaciones de M&A UAM. Correo electrónico: gonzaloherreromejias@gmail.com

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1301 del Código Civil ha sido objeto de un gran debate en nuestra doctrina científica, hasta tal punto que hoy en día siguen discutiéndose aspectos fundamentales de esta disposición, promulgada en 1889 y modificada posteriormente en dos ocasiones<sup>1</sup>. En este contexto de análisis doctrinal, los civilistas se plantearon desde un primer momento cuestiones complejas como la de si el plazo que había introducido nuestro codificador debía entenderse como un plazo de caducidad o si, por el contrario, nos encontrábamos ante un plazo de prescripción –discusión ya superada tras la reforma de 2021 («La acción de nulidad caducará a los cuatro años»)-. Igualmente, autores como Delgado Echevarría<sup>2</sup> o, más recientemente, Pantaleón Prieto<sup>3</sup> han criticado este artículo por ofrecer una redacción poco precisa al utilizar la expresión «acción de nulidad», ya que la anulabilidad del contrato puede obtenerse privadamente y sin necesidad de acudir a órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, en estos momentos, el aspecto más controvertido del artículo 1301 consiste en definir de manera correcta el momento en que debe comenzar a correr este plazo de cuatro años, especialmente en los casos de error –o dolo– como vicio del consentimiento. La actual redacción de la norma, inalterada en este punto desde su texto original, dispone que, en estos supuestos, el plazo empezará a correr «desde la consumación del contrato», pero no aclara cuándo debemos entender que se produce esta consumación.

En efecto, la determinación de un correcto *dies a quo* para el plazo de caducidad de la anulabilidad en casos de error ha provocado numerosos quebraderos de cabeza en los últimos años, incluso en la propia Sala Primera del Tribunal Supremo, que ha ofrecido respuestas disonantes al respecto. Además, la acertada elección de este *dies a quo* reviste una mayor complejidad en los supuestos en que varios contratos se encuentran vinculados entre sí, lo que ha generado una singular línea jurisprudencial que merece ser analizada con detenimiento.

Lo cierto es que esta nueva doctrina se ha dado, en su práctica totalidad, en respuesta a controversias sobre contratos financieros complejos. Por ello, el análisis de la cuestión debe abordarse, al menos en parte, desde la óptica de esta modalidad negocial.

---

<sup>1</sup> El artículo 1301 CC fue objeto de una primera reforma por la Ley 14/1975 en búsqueda de la igualdad de trato a ambos cónyuges –la anterior redacción disponía que «Cuando la acción se dirija a invalidar contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente, (el plazo de caducidad comenzaría) desde el día de la disolución del matrimonio»-. Posteriormente, la Ley 8/2021 adaptó el contenido de esta disposición a la actual regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>2</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J. «artículo 1301», en: PAZ-ARES, C., (dir.), *Comentario del Código civil*, tomo II, 1.ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, p. 545.

<sup>3</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (II)», *Almacén de Derecho*, abril 2021. Disponible en: <<https://almacenederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-ii>>. [Consultado el: 25/09/2024].

## II. LOS CONTRATOS FINANCIEROS COMPLEJOS Y EL AUGE DE ACCIONES DE NULIDAD POR ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Los contratos de inversión se suscriben, de una parte, por una entidad bancaria y, de otra parte, por una persona física o jurídica que busca obtener rentabilidad en el futuro o protegerse de posibles pérdidas. Junto este contrato, es habitual que la entidad bancaria confiera al inversor una fuente de financiación para que este acometa la operación. Es decir, el caso paradigmático para este estudio será aquel en que las partes celebran un negocio de inversión –imaginemos un *swap*– y, en el mismo momento, suscriben un contrato de préstamo o similar.

En ese marco contractual, durante las últimas décadas se ha producido una inusitada litigiosidad, que ha exigido a nuestros tribunales ofrecer respuesta a varias de las cuestiones más polémicas en la doctrina de la anulabilidad. Este fenómeno se debe, como explica Busto Lago<sup>4</sup>, a la aparición del «inversor minorista» como nuevo personaje principal en estos negocios, que mantiene una posición de asimetría negocial con respecto de la entidad bancaria.

Tal situación de asimetría en la posición de los contratantes ha provocado que numerosos inversores hayan invocado ante nuestros tribunales la acción de nulidad por vicios en el consentimiento, concretamente, solicitando la aplicación de la figura del error. Como indica Morales Moreno<sup>5</sup>, los supuestos de vicios en el consentimiento, recogidos en el artículo 1265 del Código Civil, son la respuesta que ofrece nuestro Ordenamiento Jurídico para los casos en que «sí hay voluntad –consentimiento como elemento esencial–, pero esta adolece de algún defecto».

En esta línea, muchos inversores minoristas han alegado haber consentido mediando error. En la mayoría de los casos, se defiende por parte de los demandantes que creían estar contratando un producto sin riesgo –esta sería la creencia o representación mental inexacta que explicaba De Castro<sup>6</sup>– cuando en realidad se trataba de un producto altamente arriesgado –verdadero estado de las cosas–. Todas estas reclamaciones fueron cambiando la línea jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, que hoy en día parece proteger más que hace diez años a los inversores minoristas.

---

<sup>4</sup> BUSTO LAGO, J. M., *El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés. Una revisión crítica de los equívocos de la jurisprudencia*, 1.ª ed., Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2018, pp. 20-22.

<sup>5</sup> MORALES MORENO, A., «artículo 1265», en: PAZ-ARES, C., (dir.), *Comentario del Código civil*, tomo II, 1.ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, pp. 458-460.

<sup>6</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid (Civitas), 1985, p.111.

En concreto, fue la STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014<sup>7</sup>, la que, en palabras de Agüero Ortiz<sup>8</sup>, supuso un «giro copernicano» en la aplicación de la doctrina del error para los contratos financieros complejos. Esta famosa resolución introdujo la doctrina jurisprudencial, hoy más que consolidada, de que la existencia de error como vicio del consentimiento se presume *iuris tantum* cuando la entidad bancaria incumple sus deberes precontractuales de información. Esta tesis interpreta la figura del error de forma más laxa que la postura tradicional, que exigía al actor la probar la existencia de error esencial y excusable para que se pudiera declarar la nulidad del contrato. La conclusión se realiza sobre la base de la asimetría en la posición de las partes y de los deberes reforzados de información precontractual de las entidades financieras.

### III. LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO COMO *DIES A QUO* ELEGIDO

Como hemos adelantado, nuestro codificador decidió establecer que el plazo de caducidad de la anulabilidad por error comenzaría a correr en el momento de la consumación del contrato, lo que se distingue como una *rara avis* en el derecho continental. Lo cierto es que, en contra de la configuración elegida por el codificador español, en Alemania el § 121 BGB, en Francia el artículo 1144 del *Code Civil* y en Italia el 1442 del *Codice Civile* sitúan como día inicial para el cómputo de este plazo el momento en el que el *errans* tiene conocimiento del verdadero estado de las cosas y, consecuentemente, de que consintió afectado por un vicio<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> ECLI:ES:TS:2014:354.

<sup>8</sup> AGÜERO ORTIZ, A., *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión: de la ISD, Directiva 2003/71 y MiFID a los nuevos estándares jurisprudenciales, MiFID II, MiFIR, PRIIPs*, 1.ª ed., Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2020, p. 280.

<sup>9</sup> § 121 BGB: «(1) Die Anfechtung muss in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist». Que traducido al castellano sería «(1) La impugnación debe realizarse en los casos de los §§ 119, 120 sin demora culpable (inmediatamente) después de que la persona con derecho a impugnar haya tenido conocimiento del motivo de la impugnación (del error). La impugnación realizada frente a una persona ausente se considera realizada a tiempo si la declaración de impugnación ha sido enviada sin demora».

Art. 1144 Code Civil: «Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé». Que se traduce como «En caso de error o dolo, el plazo para ejercitar la acción de nulidad sólo corre a partir del día en que se descubrió el error o el dolo y, en caso de violencia, sólo a partir del día en que cesó la violencia».

Art. 1442 Codice Civile: «L'azione di annullamento si prescrive in cinque anni. Quando l'annullabilità dipende da vizio del consenso o da incapacità legale, il termine decorre dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo, è cessato lo stato d'interdizione o d'inabilitazione, ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età. Negli altri casi il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto». Es decir: «La acción de anulación prescribe a los cinco años. Cuando la nulidad dependa de un vicio del consentimiento o de una incapacidad legal, el plazo empezará a contar a partir del día en que haya cesado la violencia, se haya descubierto el error o el fraude, haya cesado el estado de interdicción o de incapacidad, o

Como señala Del Olmo García<sup>10</sup>, en la elección del *dies a quo* existen dos posibles técnicas legislativas: los *dies a quo* normativo-subjetivos o los objetivos. La primera posibilidad, que es la que se da en derecho comparado en materia de error, supone que el plazo comience a correr cuando el reclamante tiene conocimiento –o debe tenerlo si emplea la diligencia exigible– del hecho en que se funda su reclamación. Es decir, en casos de error cuando el *errans* conoce o puede conocer el verdadero estado de las cosas y sale de su error. Por otro lado, la segunda posibilidad –*dies a quo* objetivo–, que parece la escogida por nuestro codificador, trata de elegir un momento predeterminado en el que el plazo comienza a computarse, en búsqueda generalmente de una mayor seguridad jurídica.

Lo cierto es que, en un primer momento, parecía que el codificador español optaría, como sus homólogos occidentales, por el primero de los dos métodos expuestos. Así había quedado redactado en el Proyecto de Código Civil de 1851<sup>11</sup>. Sin embargo, sin que sea del todo claro lo que movió al legislador, finalmente se optó por la consumación del contrato como *dies a quo* objetivo.

Pertíñez Vílchez<sup>12</sup> comenta que es probable que la redacción final de nuestro artículo 1301 CC se viera influida por las críticas de la doctrina francesa al *dies a quo* subjetivo del *Code Napoléon*. Estas críticas se centraban en que establecer como *dies a quo* el momento en el que el contratante afectado por el vicio sale de su error podía perpetuar la acción de nulidad. Sin embargo, lo cierto es que los *dies a quo* subjetivos no suponen tal perpetuidad de la acción, pues no es necesario que el errado haya conocido efectivamente el estado de las cosas, sino que, como comenta Del Olmo García<sup>13</sup>, basta con que se estime que el *errans* debía haberlo conocido empleando un mínimo de diligencia exigible.

A juicio de quien escribe, un *dies a quo* situado en el momento en el que el errado advierte el vicio en su consentimiento sería la mejor técnica legislativa y debió haber sido escogida ya en 1889 –eso sí, añadiendo un plazo de *long stop* con *dies a quo* objetivo–. En primer lugar, porque parece adecuarse mejor a la figura del error, en la que, al fin y al cabo, se protege un *conocimiento* –algo subjetivo– equivocado. En segundo lugar, porque, como

---

el menor haya alcanzado la mayoría de edad. En los demás casos, el plazo empezará a contar a partir del día de la celebración del contrato».

<sup>10</sup> DEL OLMO GARCÍA, P. (2021). «Nulidad de pleno derecho y prescripción», *Almacén de Derecho*, marzo 2021. Disponible en: <<https://almacenderecho.org/nulidad-de-pleno-derecho-y-prescripcion>>. [Consultado el: 25/09/2024].

<sup>11</sup> En su artículo 1184, establecía lo siguiente: «La nulidad del contrato, fundada en alguna de las causas expresadas en las secciones 2ª y 3ª, capítulo 2º de este título, no puede reclamarse por vía de acción, sino dentro del término de cuatro años. Este tiempo empieza a correr, en los casos de violencia o intimidación, desde el día en que hayan cesado; en el caso de error o de dolo, desde que se tuvo conocimiento del uno o del otro».

<sup>12</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «El *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión», *InDret*, abril 2018 Disponible en: <<https://indret.com/el-dies-a-quo-del-plazo-para-el-ejercicio-de-la-accion-de-anulabilidad-por-vice-de-error-en-los-contratos-de-prestamo-e-inversion/>>. [Consultado el: 25/09/2024], p. 5.

<sup>13</sup> DEL OLMO GARCIA, P., «Nulidad de pleno derecho y prescripción», cit.

advierte Pertíñez Víchez<sup>14</sup>, el término de la consumación puede provocar, en contratos de tracto sucesivo, una perpetuidad indeseada de la acción, tiempo en el que el contrato mantiene una eficacia claudicante.

La mejor doctrina y la práctica legislativa del derecho comparado parecen apoyar esta propuesta de *lege ferenda*; sin embargo, cuando el legislador español tuvo en sus manos promulgarla –en la reforma del artículo 1301 del CC de 2021– eligió persistir en la expresión de «la consumación del contrato». Esto último se produjo, de nuevo, alterando en la tramitación parlamentaria el texto que se había proyectado, lo que en cierto punto resulta un tanto irónico. Pese a que habríamos visto con buenos ojos una modificación legislativa en esta disposición, lo cierto es que el legislador tomó partido en sentido contrario y, consecuentemente, debemos ahora interpretar el término de la consumación.

#### IV. ¿QUÉ SIGNIFICA LA «CONSUMACIÓN DEL CONTRATO» EN LA DOCTRINA DEL ERROR?

Acertadamente, explica Pantaleón Prieto<sup>15</sup> que existen dos posibles definiciones para la expresión «consumación» utilizada en nuestro artículo 1301 CC. Por un lado, la definición de la consumación contractual puede interpretarse como el agotamiento íntegro de todas las prestaciones; es decir, empleando esta definición se trataría de equiparar la consumación del negocio a la ejecución total de las obligaciones. En cambio, por otro lado, cabe definir la consumación del contrato como el momento en que el contratante no errado cumple la prestación esencial que permite al *errans* conocer el verdadero estado de las cosas –por ejemplo, en un arrendamiento, la entrega de la cosa–.

El problema de la primera postura aparece en los contratos de tracto sucesivo ya que, si se opta por esta línea, se confiere al *errans* un plazo exageradamente extenso, plazo en el que el contrato puede impugnarse y que debería ser el mínimo necesario. Siguiendo el ejemplo del contrato de arrendamiento, la primera definición exigiría que las partes cumplieren todas las prestaciones, por muy accesorias que fueran –arreglar un mínimo desperfecto–, para que el plazo comenzase a computarse. Tal exigencia no parece razonable para los casos en que el error recaiga sobre la cosa arrendada.

El inconveniente expuesto no aparece, sin embargo, si se utiliza la segunda de las definiciones mencionadas. En ese caso, el plazo comienza a correr cuando el contratante que prestó su consentimiento viciado por error recibe la prestación esencial que le permite conocer que el estado real de las cosas. De este modo, el plazo no se extiende de manera injustificada, lo que se adecúa mejor a la naturaleza restrictiva de la figura del error que, al fin y al cabo, supone una excepción al principio *pacta sunt servanda*.

<sup>14</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «El dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión», cit. pp. 5-7.

<sup>15</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (II)», cit.

En un primer momento, nuestro Alto Tribunal y la doctrina científica –Díez-Picazo<sup>16</sup>– consideraron que la consumación del contrato se obtenía con la extinción total de la relación jurídica. En síntesis, la Sala consideraba que, para que el plazo de caducidad comenzase a correr, las partes debían haber ejecutado todas las prestaciones. En esta línea, el Tribunal Supremo optó por la primera de las definiciones, tal y como asentó en la STS de 11 de julio de 1984.

Sin embargo, la doctrina moderna –entre otros, Pantaleón Prieto<sup>17</sup>– comenzó a posicionarse en favor de la otra definición al observar los defectos de los que adolecía la interpretación de la consumación como ejecución de todas las prestaciones. El hecho es que, en contratos de tracto sucesivo se podría llegar al punto en el que el *errans* pudiera especular con su facultad de impugnación en función de cómo evolucionase la operación, lo que no parece estar justificado en una correcta aplicación de la lógica jurídica.

La acertada crítica de la doctrina autorizada fue acogida finalmente por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que pasó a inclinarse por esta otra definición de la consumación del contrato. Así, en su Sentencia núm. 339/2016, del 24 de mayo<sup>18</sup> –reiterada en la STS núm. 680/2019<sup>19</sup>–, el Tribunal estimó que:

«en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso, un arrendamiento de cosa, la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial».

Parece razonable considerar que es esta la definición correcta. La interpretación conjunta con la idea que existe de que el codificador –y posteriormente el legislador– concebía la consumación del contrato como el momento objetivo en que se entiende que el *errans* debe salir del vicio en su consentimiento. Además, esta tesis solventa los déficits que supone la anterior definición en contratos de tracto sucesivo. Por tanto, parece un acierto el cambio de postura de nuestro Alto Tribunal, que hoy define la consumación del contrato como el momento en que el *errans* recibe la prestación esencial y no como el momento en el que se agotan todas las prestaciones del negocio.

No obstante, bajo mi criterio, y parece que también bajo la concepción de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, esta definición no debe confundirse con una subjetivación del *dies a quo*. Para cada contrato se debe analizar en abstracto cuál es la prestación esencial que debe conducir a un contratante errado a advertir el vicio en su consentimiento. Es

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6.ª ed., vol. I, Pamplona (Thomson Reuters Civitas), 2007, p. 598.

<sup>17</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., «¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (II)», cit.

<sup>18</sup> ECLI:ES:TS:2016:2133.

<sup>19</sup> ECLI:ES:TS:2019:4196.

decir, sin que deba observarse en cada caso concreto cuándo realmente salió de su error. Lo contrario sería contravenir la elección –que insistimos consideramos errónea, pero debemos respetar– que efectuó en su día nuestro codificador.

## V. DOS BREVES NOTAS SOBRE LA CONSUMACIÓN EN CONTRATOS FINANCIEROS COMPLEJOS

Si bien hemos aclarado que actualmente el Tribunal Supremo define la consumación como el momento en que el *errans* recibe su prestación esencial, no debemos olvidar que la Sala ha elaborado una interpretación algo diferente para los contratos financieros complejos. Consecuentemente, es importante realizar dos breves advertencias al respecto.

En primer lugar, conviene destacar que nuestro Alto Tribunal no siempre ha seguido una línea uniforme en esta materia. En este sentido, la STS núm. 769/2014, del 12 de enero de 2015<sup>20</sup> pareció modificar la interpretación del artículo 1301 hacia un *dies a quo* subjetivo y sentencias posteriores siguieron este razonamiento. Sin embargo, esta subjetivación del inicio del cómputo del plazo de caducidad se mostraba como una interpretación *contra legem*, por lo que tuvo que ser matizada. Debe resultar evidente que nos hemos posicionado a favor de modificar el artículo 1301 para que el plazo comience a computarse en el momento en que el afectado por el vicio sale de su error, pero este cambio debe darse desde el derecho positivo y no desde la jurisprudencia. Por ello, considero que la Sala acertó con su Sentencia núm. 89/2018, del 19 de febrero<sup>21</sup>, pues con ella aclaró que no se había subjetivado el *dies a quo*.

Esta resolución vino a exponer que, en contratos de inversión, el inicio del cómputo del plazo debe ser el de la consumación del contrato, pero que en casos en los que la complejidad del negocio provoque que el *errans* no advierta el estado real de las cosas hasta un momento posterior, el *dies a quo* debe aplazarse hasta que el afectado por el vicio sale de su error. Esta tesis no debe su fundamento a una subjetivación del *dies a quo*, sino al principio del conocimiento de la *actio nata* para que el plazo comience a correr y a una interpretación del artículo 1301 adaptada a la realidad social (art. 3 CC). En consecuencia, como explica Mendiola Jiménez<sup>22</sup>, en contratos bancarios complejos:

«el momento inicial de cómputo del plazo de cuatro (4) años debe fijarse en aquel hito temporal que ocurra más tarde entre (A) el momento de consumación

<sup>20</sup> ECLI:ES:TS:2015:254.

<sup>21</sup> ECLI:ES:TS:2018:398.

<sup>22</sup> MENDIOLA JIMÉNEZ, A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal supremo de 30 de mayo de 2022 (427/2022). *Dies a quo* y caducidad del 1.301 CC en productos bancarios especialmente complejos: *Redux* de la jurisprudencia del TS a propósito de un contrato sobre bonos estructurados», en: YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Comentarios a Las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil 2022*, 1.ª ed, vol. 14, Madrid (Dykinson-BOE), 2023, pp. 175-186.

del contrato; y (B) el momento en que el actor tuvo conocimiento sobre las circunstancias relativas al error o dolo (o pudo razonablemente tenerlo) que habría viciado su consentimiento».

En segundo lugar, es importante precisar que la definición de consumación que hemos expuesto –cumplimiento de la prestación esencial– solo se aplica cuando verdaderamente existe esa prestación esencial que, en un análisis abstracto, permite al *errans* conocer el estado real de las cosas. Si de la propia naturaleza del negocio se desprende que no existe tal prestación, habrá que esperar a la extinción de la relación jurídica. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al estimar que, en ciertos contratos financieros complejos como los *swaps*, se requiere el agotamiento de todas las prestaciones para estimar consumado el contrato –entre otras muchas, la ya citada STS núm. 89/2018–. Según explica la Sala, en esos negocios no hay una obligación cuyo cumplimiento permita al *errans* conocer la realidad de las cosas y, por ello, debe esperarse a la ejecución íntegra del contrato.

## VI. LOS CONTRATOS COLIGADOS Y SU INCIDENCIA EN EL *DIES A QUO*

Una vez se ha explicado la definición de la consumación, debe analizarse qué efectos tiene sobre la misma el hecho de que varios contratos se encuentren vinculados entre sí. Concretamente, en esta sección se tratará de dirimir el tratamiento que debe ofrecerse al plazo de anulabilidad en casos de coligación contractual.

El fenómeno de la vinculación entre contratos se produce, de acuerdo con la definición de Díez-Picazo<sup>23</sup>, cuando «las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen». Es decir, los contratantes suscriben varios acuerdos aparentemente autónomos, pero en el marco de una operación global que necesita de todos ellos para llegar a su fin.

Este fenómeno conlleva que la finalidad perseguida por las partes se incorpore al elemento causal de los contratos –doctrina de la causa concreta– y que, consecuentemente, todos ellos se consideren conjuntamente como una unidad jurídicamente autónoma debido a la conexión causal que mantienen. El motivo de esta conexión entre los contratos es claro, todos ellos son partes inescindibles de una operación que quedaría frustrada sin la eficacia uno de los acuerdos.

Nuestro Tribunal Supremo ha explicado –valga por todas la STS núm. 145/2022, del 23 de febrero<sup>24</sup>– que esta conexión funcional entre contratos se puede dar por dos cauces principales: o bien porque un contrato principal constituya una *conditio iuris* para que se suscriba otro accesorio, o bien porque ambos negocios cooperen jurídicamente, en el mismo

<sup>23</sup> DÍEZ-PICAZO, L. Fundamentos del derecho civil patrimonial, cit. p. 490.

<sup>24</sup> ECLI:ES:TS:2022:776.

plano, para obtener la finalidad perseguida. El primero de los dos supuestos –vinculación unidireccional– es el propio de los contratos de garantía o el que se observa en arrendamientos con opción de compra, por lo que su tratamiento doctrinal no debe generar una especial dificultad: la eficacia del contrato accesorio queda subordinada a la del principal. Es decir, como indica Agüero Ortiz<sup>25</sup>, la afección es solo de un contrato sobre el otro.

Es el segundo de los cauces de vinculación contractual el que genera algo más de controversia y el que, al menos a efectos de este estudio, resulta especialmente interesante. En estos casos, que podemos considerar de vinculación *stricto sensu*, la conexión entre los negocios se produce de manera bilateral, de forma que ambos negocios se afectan mutuamente. Ciertamente, lo que sucede en estos supuestos es que se da una interdependencia total entre los contratos, de tal manera que ninguno de ellos puede analizarse de manera aislada porque todos sirven al fin perseguido por las partes.

En consecuencia, el principio de la relatividad de los contratos cede ante la apreciación de que todos los acuerdos se consideren como un único negocio jurídico, por lo que se tratan de manera conjunta. Es decir, se supera el concepto del contrato atomizado para analizar el conjunto de los acuerdos como un ente negocial propio, cuyas vicisitudes se estudian de manera global. Así lo explica la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 136/2021, del 10 de marzo<sup>26</sup>:

«resulta artificioso pretender aislar la valoración de los contratos enjuiciados del conjunto contractual ofertado a los clientes, pues la voluntad de los contratantes se formó, declaró y formalizó en el contexto de dicho conjunto».

Igualmente, la Sala –que parece seguir la doctrina de Díez-Picazo– comenta lo siguiente en su Sentencia núm. 284/2020, del 11 de junio<sup>27</sup>:

«lo característico de estas figuras negociales es que cuando la voluntad concorde de las partes, o la unidad del interés o función negocial que se articula en los diferentes contratos así lo exija, el negocio en su conjunto debe ser considerado como una unidad jurídicamente orgánica y, por lo tanto, interrelacionada, de suerte que sus posibles consecuencias (incumplimiento, resolución, nulidad, etc.) deben ser comunes».

---

<sup>25</sup> AGÜERO ORTIZ, A., «Coligación de contratos financieros, diferencias entre préstamo y crédito, e incidencia en el «dies a quo» de la acción de nulidad. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 716/2022 de 27 octubre», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 122, 2023, pp. 117-142.

<sup>26</sup> ECLI:ES:TS:2021:877.

<sup>27</sup> ECLI:ES:TS:2020:2047.

Esta concepción de que los diferentes contratos deban tratarse como uno único conduce a que todas sus vicisitudes deban analizarse para el conjunto negocial y no aisladamente para cada uno de los contratos firmados. Este análisis conlleva dos significativas consecuencias: (i) la propagación de la ineficacia y (ii) el establecimiento de un único *dies a quo* para la caducidad de la anulabilidad del negocio jurídico completo.

La extensión de la ineficacia es inherente a la consideración de ambos contratos como un único negocio jurídico ya que la nulidad debe estudiarse para todo el conjunto negocial y no aisladamente para cada acuerdo y, en consecuencia, si un contrato deviniera nulo, el otro también lo haría –salvo en casos en que pueda predicarse una ineficacia parcial–. El mismo razonamiento nos sitúa en la necesidad de elegir un único *dies a quo* para la caducidad de la «acción de nulidad» del negocio jurídico que componen los contratos coligados. Si la ineficacia se entiende de forma global, el plazo debe ser también unitario, conclusión a la que acertadamente llega nuestro Alto Tribunal en, entre otras, la STS núm. 356/2023, del 8 de marzo<sup>28</sup>. Sin embargo, el problema se encuentra en elegir cuándo debe entenderse que se llega a este inicio del cómputo del plazo.

Como se ha expuesto, la doctrina de la vinculación contractual y el *dies a quo* para la caducidad se ha desarrollado en controversias sobre contratos financieros complejos. En esta modalidad negocial, es frecuente que se celebre, por un lado, el contrato de inversión y, por otro lado, un contrato de financiación para que se pueda acometer la operación sin dificultad. En estos supuestos, los tribunales vienen considerando que ambos negocios cooperan jurídicamente para realizar la operación, por lo que, siempre que se pruebe que así fue, se entiende que estamos ante contratos vinculados<sup>29</sup>. La pregunta que debemos hacernos es: ¿cómo afecta esta coligación negocial en la determinación del *dies a quo*?

Para resolver la cuestión, nuestro Alto Tribunal ha elaborado como doctrina jurisprudencial que, en casos de contratos vinculados, el *dies a quo* del negocio jurídico es el último de los *dies a quo* de los acuerdos individualmente considerados. En síntesis, el análisis de la Sala consiste en observar de forma separada la consumación de los contratos y fijar como *dies a quo* el momento en el que se consumó el último de ellos. Así lo explica la citada STS de 8 de marzo, dictada en sesión plenaria:

«Como hemos visto, en los contratos vinculados o encadenados el inicio del plazo de ejercicio de la acción se computa cuando se consuma el último de ellos, por considerar que forman parte de un negocio jurídico único (sentencias 620/2020, de 18 de noviembre; y 518/2021, de 12 de julio). Cuya doctrina es aplicable también

<sup>28</sup> ECLI:ES:TS:2023:1097.

<sup>29</sup> Debe aclararse que el hecho de que las partes firmen dos contratos no determina que entre ellos exista un vínculo funcional, sino que será preceptivo probar que ambos acuerdos están destinados a un único fin, que se alcanza con la cooperación de los negocios. Si no se prueba que esa fue la voluntad de las partes, cada contrato será plenamente autónomo e independiente. La conexión depende en gran medida de la actividad probatoria en cada supuesto y no hay unas reglas fijas para presumirla.

a los préstamos relacionados con el conjunto de estas operaciones financieras destinados a afrontar el pago de las liquidaciones negativas resultantes de las mismas (financiación o refinanciación), y no sólo a los destinados a financiar las inversiones».

En mi opinión, esta doctrina jurisprudencial no es la interpretación más adecuada de la consumación en los negocios vinculados, por lo que considero, respetuosamente, que el Tribunal Supremo debería haber optado por otra postura. En concreto, la decisión de la Sala no es la adecuada por dos motivos principales.

En primer lugar, no parece correcto el razonamiento que realiza el Tribunal pues, pese a considerar los diferentes contratos coligados como un negocio jurídicamente autónomo, a la hora de fijar el *dies a quo* no analiza el negocio de forma global. Al contrario, lo que hace la Sala es evaluar individualmente el momento de consumación –*dies a quo*– que resultaría en cada contrato y fijar que el último de ellos sea el propio del conjunto negocial. Esta interpretación supone alejarse tanto de la definición de consumación adoptada recientemente por la sala –cumplimiento de la prestación esencial que recibe el *errans*–, como de la postura que el propio Tribunal venía defendiendo de tratar como a un todo el grupo de contratos vinculados. Por tanto, la tesis parece contradictoria y se aleja de lo que pudiera considerarse una doctrina acertada.

En segundo lugar, porque situar el *dies a quo* en la consumación del último de los contratos incluyendo préstamos destinados al pago de las liquidaciones negativas y sus novaciones para refinanciar la deuda –punto 7 del FJ noveno de la STS de 8 de marzo de 2023– puede conducirnos a una situación de perpetuidad de la acción. Evidentemente, tal perpetuidad sucedería en los casos en que la deuda se siga refinanciando *sine die*.

El hecho es que, bajo mi criterio, la interpretación que se adecúa al mejor Derecho debe consistir en analizar el negocio jurídico en su conjunto –algo que defiende en términos generales el Tribunal– para observar si existe una prestación esencial que deba sacar al inversor de su error y, en consecuencia, que suponga la consumación del negocio. Si el conjunto de contratos coligados es un negocio jurídicamente autónomo debe ser tratado como tal y, consecuentemente, su consumación debe analizarse como en el resto de los negocios, teniendo en consideración ciertas peculiaridades. Esta postura supone, por tanto, estudiar la consumación, entendida como la prestación esencial, del conjunto negocial y ver cuándo se produce para fijar ahí el *dies a quo*.

En estos contratos coligados, en el conjunto negocial existen dos tipos de contratos: de inversión y de financiación; pero el error tan sólo versa sobre el carácter aleatorio y los riesgos del primero. Consecuentemente, podría decirse que sí existe una prestación esencial que debiera suponer que el contratante viciado advirtiese su error: la consumación del contrato financiero complejo. Es evidente que, consumado el contrato de inversión sobre el que recaía el error, el contratante ha recibido la prestación esencial que teóricamente debe

sacarle de su error, por lo que todo el negocio ha llegado a su consumación –tal y como se ha definido *supra*–. Los préstamos supondrán, para este conjunto de contratos coligados, lo mismo que otras prestaciones distintas a la entrega suponen en el contrato de alquiler; es decir, serán fundamentales para que se lleve a buen término el acuerdo, pero indiferentes en el error.

Parece que la verdadera *ratio decidendi* que se esconde detrás de la postura del Tribunal Supremo es la necesaria búsqueda de cierta justicia material; sin embargo, no parece que la solución que nos brinda la Sala sea la adecuada, al menos para establecer un criterio general.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A., «Coligación de contratos financieros, diferencias entre préstamo y crédito, e incidencia en el «dies a quo» de la acción de nulidad. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 716/2022 de 27 octubre», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 122, 2023, pp. 117-142.
- AGÜERO ORTIZ, A., *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión: de la ISD, Directiva 2003/71 y MiFID a los nuevos estándares jurisprudenciales, MiFID II, MiFIR, PRIIPs*, 1.ª ed., Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2020.
- BUSTO LAGO, J. M., *El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés. Una revisión crítica de los equívocos de la jurisprudencia*, 1.ª ed., Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2018.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid (Civitas), 1985.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. «artículo 1301», en: PAZ-ARES, C., (dir.), *Comentario del Código civil*, Tomo II, 1.ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, pp. 544-547.
- DEL OLMO GARCÍA, P., «Nulidad de pleno derecho y prescripción», *Almacén de Derecho*, marzo 2021. Disponible en: <<https://almacenederecho.org/nulidad-de-pleno-derecho-y-prescripcion>>. [Consultado el: 25/09/2024].
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6.ª ed., vol. I, Pamplona (Thomson Reuters Civitas), 2007.
- MENDIOLA JIMÉNEZ, A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal supremo de 30 de mayo de 2022 (427/2022). *Dies a quo* y caducidad del 1.301 CC en productos bancarios especialmente complejos: *Redux* de la jurisprudencia del TS a propósito de un contrato sobre bonos estructurados», en: YZQUIERDO TOLSADA, M.

(dir.), *Comentarios a Las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil* 2022, 1.ª ed, vol. 14, 2023, Madrid (Dykinson-BOE), pp. 175-186.

MORALES MORENO, A., «artículo 1265», en: PAZ-ARES, C., (dir.), *Comentario del Código civil*, tomo II, 1.ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, pp. 458-459.

PANTALEÓN PRIETO, F., «¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (II)». *Almacén de Derecho*, abril 2021. Disponible en: <<https://almacenederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-ii>>. [Consultado el: 25/09/2024].

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «El dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión», *Indret*, abril 2018. Disponible en: <<https://indret.com/el-dies-a-quo-del-plazo-para-el-ejercicio-de-la-accion-de-anulabilidad-por-vicio-de-error-en-los-contratos-de-prestamo-e-inversion/>>. [Consultado el 25/09/2024].

# LA BRECHA LINGÜÍSTICA ELECTORAL EN LOS SISTEMAS DE PARTIDOS DEL PAÍS VASCO Y CATALUÑA. ENTENDIENDO SU EVOLUCIÓN A PARTIR DE UN NUEVO INDICADOR: EL IDL\*

THE LINGUISTIC VOTING GAP IN THE PARTY SYSTEMS OF THE BASQUE COUNTRY AND CATALONIA. UNDERSTANDING ITS EVOLUTION THROUGH A NEW INDICATOR: THE LDI

RUBÈN LLORENS POBLADOR\*\*

**Resumen:** Este artículo examina la brecha lingüística electoral en los sistemas de partidos del País Vasco y Cataluña, con un enfoque particular en cómo la lengua influye en la representación parlamentaria. A través de un análisis comparativo y estadístico de encuestas postelectorales y la creación del Índice de Desviación Lingüística (IDL), se demuestra que Cataluña presenta una brecha lingüística más acentuada que el País Vasco. El estudio analiza la relación entre lengua, identidad y voto, destacando cómo el nacionalismo catalán otorga mayor importancia a la lengua en comparación con el vasco. Además, se abordan las dinámicas políticas de ambos sistemas de partidos y sus implicaciones en la evolución de la brecha lingüística.

**Palabras clave:** Brecha lingüística, Cataluña, País Vasco, sistemas de partidos, Índice de Desviación Lingüística (IDL).

**Abstract:** This article examines the linguistic voting gap in the party systems of the Basque Country and Catalonia, with a particular focus on how language influences parliamentary representation. Through a comparative and statistical analysis of post-election surveys and the creation of the Linguistic Deviation Index (LDI), the study shows that Catalonia exhibits a more pronounced linguistic gap than the Basque Country. The study explores the relationship between language, identity, and voting, highlighting how Catalan nationalism places greater emphasis on language compared to Basque nationalism. Additionally, the political dynamics of both party systems and their implications for the evolution of the linguistic gap are addressed.

**Keywords:** Linguistic gap, Catalonia, Basque Country, party systems, Linguistic Deviation Index (LDI).

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.009>

Fecha de recepción: 07/01/2025

Fecha de aceptación: 16/05/2025

\*\* Una versión previa de este trabajo obtuvo el Primer Premio en la XIV Edición del Premio Jóvenes Investigadores de la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (modalidad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales). Agradezco los comentarios y el apoyo del Profesor Dr. Santiago Pérez-Nievas Montiel -director de la versión inicial del trabajo-, así como las apreciaciones y críticas de los miembros del tribunal del Premio y la selección por parte de los evaluadores anónimos. Rubèn Llorens Poblador es graduado de la Doble Titulación Internacional en Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid y Sciences Po Bordeaux, y estudiante de Máster en Ciencia Política y Sociología Comparativas (Sciences Po Bordeaux). Correo electrónico: rubenllorensp15@gmail.com

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. MARCO TEÓRICO Y REVISIÓN DE LITERATURA; 1. Marco teórico; 2. Comparación de los contextos sociolingüísticos del País Vasco y de Cataluña; 3. Lengua, nacionalismo e identidad en el País Vasco y Cataluña; III. METODOLOGÍA Y FUENTES; IV. LOS SISTEMAS DE PARTIDOS DEL PAÍS VASCO Y CATALUÑA DESDE UN ENFOQUE LINGÜÍSTICO; 1. El sistema de partidos vasco: multipartidismo de partido dominante con brecha lingüística moderada; 2. El sistema de partidos catalán: multipartidismo sin partido dominante con brecha lingüística acentuada; V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA; VIII. ANEXO; 1. Tabla 2; 2. Tabla 3; 3. IDL.

## I. INTRODUCCIÓN

Existe en el mundo una cantidad considerable de sociedades bilingües o multilingües<sup>1</sup>, no pocas de las cuales se organizan democráticamente (Luxemburgo, Quebec, Bruselas, etc.). Si bien la influencia de la lengua varía de un caso a otro, la mayoría de ellas admitirían un análisis en los términos planteados en este trabajo para lograr entender mejor sus respectivos sistemas de partidos.

Me centro aquí en los reconocidos casos de Cataluña y el País Vasco, dos CCAA españolas lingüísticamente plurales y en cuyos sistemas de partidos pesa mucho la dimensión nacional. Así pues, partiendo de la relación existente entre el factor lingüístico y el voto nacionalista, se ha identificado la presencia de una «brecha lingüística electoral» en ambas<sup>2</sup>. Este fenómeno se refiere a la distribución desigual de las preferencias electorales de los votantes en función de su lengua materna y parece ser –últimamente– más acentuado en Cataluña que en el País Vasco. En mi trabajo ahondo en este tema mediante una revisión de bibliografía relativa a la triangular relación entre lengua, identidad y voto en los casos estudiados y un análisis estadístico con datos de distintas encuestas electorales autonómicas del CIS<sup>3</sup>. Por otra parte, para facilitar y sistematizar el análisis, he ideado un nuevo indicador al cual he llamado *Índice de Desviación Lingüística de los partidos* (IDL), cuya utilidad y funcionamiento se explican con detalle en el tercer apartado.

Este trabajo pretende, por tanto, aportar nuevo conocimiento sobre los sistemas de partidos catalán y vasco a partir de una puesta en valor de la lengua, factor de voto que suele quedar relegado a un papel secundario. El análisis lingüísticamente orientado de dichos sistemas, apoyado en el IDL, me ha permitido concluir que la brecha lingüística sigue siendo más acentuada en Cataluña. Para dar más robustez al estudio, he relacionado

<sup>1</sup> NINYOLES, R., *Cuatro idiomas para un Estado*, 1.ª ed., Madrid (Cambio16), 1977, p. 19.

<sup>2</sup> PÉREZ-NIEVAS, S. y RAMA, J., «Las bases sociales y actitudinales del voto nacionalista en España: Cataluña, Galicia y el País Vasco», en: BLANCO, A. *et al* (coord.), *Informe España 2018*, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra J.M. Martín Patino, Madrid (Universidad Pontificia Comillas), 2018, p. 319.

<sup>3</sup> He privilegiado el estudio de los sistemas de partidos autonómicos y del comportamiento electoral en este nivel, partiendo de la premisa de que la dimensión territorial-identitaria cobra más importancia en este tipo de comicios, como reflejan las actitudes duales en el voto.

las conclusiones del análisis con la distinta relación entre lengua e identidad existente en cada territorio, así como con el resto de dinámicas de sus respectivos sistemas de partidos.

## II. MARCO TEÓRICO Y REVISIÓN DE LITERATURA

### 1. Marco teórico

Mi trabajo quiere contribuir al estudio del comportamiento electoral, analizando detalladamente cómo la lengua influye en la configuración de los dos sistemas de partidos, siguiendo la línea del trabajo seminal de influyentes autores como Lipset y Rokkan<sup>4</sup>. Mediante un enfoque sociológico del comportamiento electoral, considero la lengua materna como un factor socioestructural<sup>5</sup>. En esta línea, estudio un proceso de división social que anticipa la frecuentemente analizada división política, indagando en la relación entre lengua y opción política (el voto, concretamente). Esta relación ya ha sido abordada de distintos modos por otros autores que han identificado determinadas correlaciones entre práctica y competencia en euskera y voto nacionalista<sup>6</sup> o incluso entre la socialización en catalán y un mayor apoyo a la secesión<sup>7</sup>. Naturalmente, la correlación entre lengua materna e identidad también se ha estudiado y confirmado en diversos estudios<sup>8</sup>. Sin embargo, debo precisar que el que lengua –y también origen– sean o no buenos predictores del voto depende del contexto estudiado, pues distintas investigaciones demuestran que la práctica de un idioma «regional» no puede relacionarse automáticamente con el desarrollo de una «cultura política localista»<sup>9</sup> o de una «conciencia lingüística»<sup>10</sup>.

Este trabajo cuenta, primeramente, con un análisis comparado de los contextos socio-lingüísticos catalán y vasco. Asumo que el contexto catalán es más favorable a la lengua autóctona que el vasco, algo que nos invitaría a suponer que la brecha lingüística parlamentaria debería ser mayor en el segundo. Sin embargo, la diferente asociación entre origen e identidad y lengua que se da en ambas CCAA aporta incertidumbre a este respecto. Por

<sup>4</sup> LIPSET, S. M., y ROKKAN, S., *Cleavage structures, party systems, and voter alignments: an introduction*, Vol. 2., New York (Free Press), 1967.

<sup>5</sup> PÉREZ-NIEVAS, S. y RAMA, J., «Las bases sociales y actitudinales del voto nacionalista en España: Cataluña, Galicia y el País Vasco», cit., p. 314.

<sup>6</sup> GARMENDIA, H., «Corrélation entre la langue basque et le vote nationaliste basque.», *Cahiers internationaux de sociolinguistique*, núm. 1, 2017, p. 214.

<sup>7</sup> MUÑOZ, J. y TORMOS, R., «Identitat o càlculs instrumentals? Anàlisi dels factors explicatius del suport a la independència», *Papers de treball del CEO*, 2012, p. 20.

<sup>8</sup> MILEY, T. J., «Against the thesis of the “civic nation”: The case of Catalonia in contemporary Spain», *Nationalism and Ethnic Politics*, núm. 13, 2007, pp. 6-7.

<sup>9</sup> HARGUINDÉGUY, J., y PASQUIER, R., «Langue et politique», *Cultures & Conflits*, núm. 79-80, 2010, p. 11.

<sup>10</sup> ÁLVAREZ-GÁLVEZ, J., ECHAVARREN, J.M. y COLLER, X., «Bound by blood: the ethnic and civic nature of collective identities in the Basque Country, Catalonia and Valencia», *Nations and Nationalism*, núm. 2(24), 2017, pp. 1-20.

otra parte, se estudia también la relación de los nacionalismos vasco y catalán con la lengua y las políticas lingüísticas, tratando de entender si el hecho de que el idioma sea el *core value* indiscutible del nacionalismo catalán<sup>11</sup> propicia la existencia de una brecha mayor en Cataluña. Finalmente, las dinámicas polarizadoras de sendos sistemas de partidos se consideran también en este trabajo para explicar cómo evolucionan las brechas lingüísticas, recuperando muchas ideas de Pérez-Nievas y Rama<sup>12</sup>.

## 2. Comparación de los contextos sociolingüísticos del País Vasco y de Cataluña

Los contextos sociolingüísticos vasco y catalán no son equivalentes. En el País Vasco casi la mitad de la población (45,2%) no habla ni entiende el euskera<sup>13</sup>. En cambio, en Cataluña, cuatro de cada cinco residentes saben hablar catalán y los que no tienen ni competencias activas ni pasivas de catalán no llegan al 6%<sup>14</sup>. Está claro que en esto influye el hecho de que, mientras el catalán es relativamente fácil de entender y aprender para los castellanohablantes, el euskera es una lengua muy alejada del castellano<sup>15</sup>. Además, el desequilibrio entre la lengua autóctona y el castellano, en lo referido a las proporciones de hablantes nativos, es menor en Cataluña. De hecho, los vascohablantes nativos (incluyendo a los que se consideran bilingües) no suponen ni el 25% de la población vasca<sup>16</sup>, mientras que los catalanohablantes nativos representan a más de un tercio de la población catalana<sup>17</sup>. Hemos visto, por tanto, que el contexto vasco presenta un mayor desequilibrio y que, en lo referido a las competencias de la población, el euskera es más divisivo que el catalán, algo que nos llevaría a suponer que la brecha lingüística debería ser más grande en el País Vasco.

<sup>11</sup> CONVERSI, D., «Language or race?: The choice of core values in the development of Catalan and Basque nationalisms», *Ethnic and Racial*, núm. 13(1), 1990, p. 50.

<sup>12</sup> PÉREZ-NIEVAS, S. y RAMA, J., «Las bases sociales y actitudinales del voto nacionalista en España: Cataluña, Galicia y el País Vasco.», cit.

<sup>13</sup> DEPARTAMENTO DE CULTURA Y POLÍTICA LINGÜÍSTICA DEL GOBIERNO VASCO, «VII Encuesta Sociolingüística 2021. Comunidad Autónoma de Euskadi. INFORME RESUMEN», 20 de marzo de 2023. Disponible en: <[https://bideoak2.euskadi.eus/2023/03/20/news\\_84431/VII\\_ENCUESTA\\_SOCIOLING%C3%9C%C3%8DSTICA\\_resumen.pdf](https://bideoak2.euskadi.eus/2023/03/20/news_84431/VII_ENCUESTA_SOCIOLING%C3%9C%C3%8DSTICA_resumen.pdf)>. [Consultado el 22/09/2024].

<sup>14</sup> GENERALITAT DE CATALUNYA, «Els usos lingüístics de la població de Catalunya. Enquesta d'usos lingüístics de la població de Catalunya 2018. Principals resultats.», 8 de julio de 2019. Disponible en: <<https://llengua.gencat.cat/web/.content/documents/dadesestudis/altres/arxiu/dossier-eulp-2018.pdf>>. [Consultado el 22/09/2024].

<sup>15</sup> CONVERSI, D., «Language or race?: The choice of core values in the development of Catalan and Basque nationalisms», cit., p. 63.

<sup>16</sup> DEPARTAMENTO DE CULTURA Y POLÍTICA LINGÜÍSTICA DEL GOBIERNO VASCO, «VII Encuesta Sociolingüística 2021. Comunidad Autónoma de Euskadi. INFORME RESUMEN», 20 de marzo de 2023. Disponible en: <[https://bideoak2.euskadi.eus/2023/03/20/news\\_84431/VII\\_ENCUESTA\\_SOCIOLING%C3%9C%C3%8DSTICA\\_resumen.pdf](https://bideoak2.euskadi.eus/2023/03/20/news_84431/VII_ENCUESTA_SOCIOLING%C3%9C%C3%8DSTICA_resumen.pdf)>. [Consultado el 22/09/2024].

<sup>17</sup> GENERALITAT DE CATALUNYA, «Els usos lingüístics de la població de Catalunya. Enquesta d'usos lingüístics de la població de Catalunya 2018. Principals resultats.», 8 de julio de 2019. Disponible en: <<https://llengua.gencat.cat/web/.content/documents/dadesestudis/altres/arxiu/dossier-eulp-2018.pdf>>. [Consultado el 22/09/2024].

Tabla 1. Comparación de las composiciones lingüísticas del País Vasco y de Cataluña

	Hablantes nativos de lengua autóctona (euskera/catalán) (%)	Hablantes nativos de castellano (%)	Hablantes bilingües nativos (%)	Otros (en %)	Total
País Vasco	18,4	75,1	6,5	0	100
Cataluña	31,5	52,7	2,8	13	100

Fuente: elaboración propia a partir del Informe Resumen de la VII Encuesta Sociolingüística (2021) de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de la Enquesta d'usos lingüístics de la població (EULP) de Cataluña. En la fila correspondiente al País Vasco se considera hablantes nativos de castellano a todos los que no son vascohablantes o bilingües nativos, si bien podría estarse contabilizando a un pequeño porcentaje de hablantes nativos de otras lenguas (y por eso hay un 0% de «otros»).

En sentido contrario, cabe tener en cuenta la distinta relación entre lengua y origen en los dos contextos. Se ha dicho que el lugar de nacimiento y la lengua son los principales elementos sobre los cuales se conforman las identidades colectivas en el País Vasco y en Cataluña<sup>18</sup>. Sin embargo, mientras que existe una alta correlación entre el origen y la lengua materna en Cataluña, lo mismo no sucede en el País Vasco, donde la mayoría de los vascos de origen, es decir, aquellos que han nacido en dicha Comunidad Autónoma, son castellanohablantes nativos<sup>19</sup>. Por consiguiente, si en Cataluña el idioma y el origen propio y familiar son importantes factores condicionantes de la identificación nacional subjetiva y del comportamiento electoral<sup>20</sup>, la relación triangular entre voto, lengua y origen se articula de manera diferente en el País Vasco. Esta constatación permitiría intuir que la brecha lingüística sea mayor en Cataluña.

### 3. Lengua, nacionalismo e identidad en el País Vasco y Cataluña

Se ha señalado que las lenguas en general son construcciones sociales<sup>21</sup> muy presentes en los procesos de *nation building*<sup>22</sup> y cuya manera común de entenderlas se ha desarrollado, de hecho, en la «era de los estados-nación»<sup>23</sup>. Es por tanto de esperar que la influencia de la lengua en la identidad nacional esté condicionada por el modo en que se construyan

<sup>18</sup> ÁLVAREZ-GÁLVEZ, J., ECHAVARREN, J.M. y COLLER, X., «Bound by blood: the ethnic and civic nature of collective identities in the Basque Country, Catalonia and Valencia», cit., p. 13.

<sup>19</sup> PÉREZ-NIEVAS, S. y RAMA, J., «Las bases sociales y actitudinales del voto nacionalista en España: Cataluña, Galicia y el País Vasco», cit., p. 319.

<sup>20</sup> MUÑOZ, J. y TORMOS, R., «Identitat o càlculs instrumentals? Anàlisi dels factors explicatius del suport a la independència», cit., p. 16.

<sup>21</sup> MORENO CABRERA, J. C., *El nacionalismo lingüístico: una ideología destructiva*, 2.ª ed., Barcelona (Ediciones Península), 2008, p. 23.

<sup>22</sup> HARGUINDÉGUY, J. y PASQUIER, R., «Langue et politique», cit., p. 9.

<sup>23</sup> BILLIG, M., *Nacionalismo Banal*, Madrid (Capitán Swing Libros), 2014, p. 59.

socialmente estos dos elementos, puesto que no todos los nacionalismos y regionalismos dan la misma importancia a la lengua en sus reivindicaciones o construcciones identitarias<sup>24</sup>.

De hecho, el primer nacionalismo vasco desplazó a la lengua en favor de la «raza». Esto se debió a la poca extensión y vitalidad de que gozaba el euskera, ya abandonado por las clases altas. Así pues, Sabino Arana solo lo concebía como una útil *frontera étnica* entre vascos y españoles. Sin embargo, el paso del tiempo propició el abandono de las cuestiones raciales y, especialmente en tiempos democráticos, la lengua ha adquirido mayor preeminencia. Con todo, el relativo poco uso del euskera y la dificultad que supone su aprendizaje para los castellanohablantes no ha permitido que se afiance como un método obvio de *nation-building* entre las élites nacionalistas vascas<sup>25</sup>, las cuales, además, en comparación con sus homólogas catalanas, siguen dando, por lo general, una importancia menor al papel de la lengua<sup>26</sup>. Ahora bien, sí que existe una correlación clara entre ser hablante nativo de euskera y desarrollar una identidad predominantemente vasca<sup>27</sup>, como se muestra en la Tabla 2.

Tabla 2. Identidad territorial en el País Vasco en función de la lengua materna

	Identidad predominantemente vasca (en %)	Identidad predominantemente española (en %)	Identidad tan vasca como española (en %)	Otras/N.S./N.C. (en %)	Total
Vascohablantes nativos	85,2	0,3	10,1	4,4	100
Castellanohablantes nativos	31,2	11,4	49,7	7,7	100
Bilingües nativos	65,3	1,8	26,5	6,4	100
Hablantes nativos de otras lenguas	13	9,1	48	29,9	100

Fuente: elaboración propia a partir del Estudio del CIS 3.459, Postelectoral de las Autonómicas vascas de 2024. Véase VIII. ANEXO; 1. Tabla 2.

Por otra parte, la lengua ha sido, para el nacionalismo catalán, un factor indispensable desde sus inicios. Tanto catalanistas conservadores como progresistas han insistido siempre

<sup>24</sup> URÍA GONZÁLEZ, J., «Ideología y lengua durante el franquismo: el caso asturiano», *Lletres asturianes: Boletín Oficial de l'Academia de la Llingua Asturiana*, núm. 18, 1985, p. 35.

<sup>25</sup> CONVERSI, D., «Language or race?: The choice of core values in the development of Catalan and Basque nationalisms», cit., p. 58.

<sup>26</sup> PÉREZ-NIEVAS, S. y BARTOLOMÉ, E., «MPs representing nationalist and regionalist parties», en: COLLER PORTA, X. et al (coord.), *Political Power in Spain: The Multiple Divides between MPs and Citizens*, Cham (Palgrave Macmillan), 2018, p. 275.

<sup>27</sup> PÉREZ-NIEVAS, S. y BONET, E., «Identidades regionales y reivindicación de autogobierno. El etnorregionalismo en el voto a partidos nacionalistas de Bélgica, España y Reino Unido.», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 15, 2006, p. 129.

en el importante vínculo existente entre lengua e identidad<sup>28</sup>. Este hecho fue favorecido por el uso más generalizado del catalán y por su proximidad con el castellano, así como por su asociación con el proceso de movilidad social ascendente<sup>29</sup> –lo que contrasta con el caso del euskera–. Así pues, para los nacionalistas catalanes la lengua representa el *core value* de su identidad<sup>30</sup>. Tanto es así que, según se muestra en la Tabla 3, la mayoría de los catalanohablantes nativos manifiestan una identidad predominantemente catalana, mientras que son pocos los castellano hablantes nativos que lo hacen. Este hecho, por otra parte, también invita a esperar que la polarización lingüística pueda ser mayor en Cataluña.

Tabla 3. Identidad territorial en Cataluña en función de la lengua materna

	Identidad predominantemente catalana (en %)	Identidad predominantemente española (en %)	Identidad tan catalana como española (en %)	Otras/N.S./N.C. (en %)	Total
Catalanohablantes nativos	77	0,8	19,5	2,7	100
Castellano hablantes nativos	14,2	22,1	57,3	6,4	100
Bilingües nativos	31	5,7	57,1	6,2	100
Hablantes nativos de otras lenguas	21,3	21,3	45,7	11,7	100

Fuente: elaboración propia a partir del Estudio del CIS 3.464, Postelectoral de las Autonómicas catalanas de 2024. Véase VIII. ANEXO; 1. Tabla 3.

Sin embargo, al mismo tiempo, por las razones que se acaban de exponer, en Cataluña el modelo escolar público se fundamenta en la normalización lingüística y la educación inmersiva en catalán<sup>31</sup>, mientras que, en el País Vasco, los ideólogos del modelo educativo –precavidos– crearon un sistema plural con tres modelos<sup>32</sup>. Ciertamente es que el modelo catalán no deja de ser polémico<sup>33</sup>, puesto que el amparo político que se da a la «lengua propia» es

<sup>28</sup> CONVERSI, D., «Language or race?: The choice of core values in the development of Catalan and Basque nationalisms», cit., p. 54.

<sup>29</sup> NINYOLÉS, R., *Cuatro idiomas para un Estado*, cit., p. 142.

<sup>30</sup> CONVERSI, D., «Language or race?: The choice of core values in the development of Catalan and Basque nationalisms», cit., p. 53.

<sup>31</sup> MARESMÀ, J., «Política lingüística en Cataluña», Comunicación presentada en el III Simposio Internacional de la Lengua Española del Instituto Cervantes de São Paulo, 2010, p. 227. Disponible en: <17\_maresma.pdf (cervantes.es)>. [Consultado el 22/09/2024].

<sup>32</sup> MEZO, J., «Políticas de recuperación lingüística en Irlanda (1922-1939) y el País Vasco (1980-1992)», Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1996, p. 283. Disponible en: <https://digital.march.es/fedora/objects/fjm-pub/1087/datastreams/OBJ/content>. [Consultado el 22/09/2024].

<sup>33</sup> SANTANA, A., RAMA, J. y OLIVAS OSUNA, J.J., «Inmersión lingüística, ¿todo por el pueblo, pero sin el pueblo?», *El País*, 16 de diciembre de 2021. Disponible en: <<https://elpais.com/opinion/2021-12-16/inmersion-linguistica-todo-por-el-pueblo-pero-sin-el-pueblo.html>>. [Consultado el 22/09/2024].

solamente un asunto crucial para aquellos que se sienten única o predominantemente catalanes<sup>34</sup>, pero también es de suponer que el sistema vasco podría permitir la formación de dos comunidades lingüísticas aún más segregadas y, por tanto, distanciadas en cuestiones de comportamiento electoral.

Finalmente, no se deben perder de vista los posibles efectos de los procesos de polarización política. De hecho, trabajos anteriores demuestran que el *procés* que se vivió en Cataluña entre 2010 y 2017 contribuyó a reforzar el componente etnolingüístico del voto<sup>35</sup>. Sin embargo, una investigación publicada más recientemente señala que el efecto de la lengua en el voto aumentó en 2021, cuando la prominencia del conflicto centro-periferia había perdido intensidad<sup>36</sup>. Esta cuestión se analizará en mayor profundidad en la discusión de resultados para explicar las variaciones que puedan mostrar las brechas lingüísticas electorales vasca y catalana a lo largo del periodo estudiado.

### III. METODOLOGÍA Y FUENTES

Mi trabajo de análisis de datos se ha apoyado en el uso de distintas encuestas. Para el examen del sistema de partidos vasco, he recurrido a los datos del Archivo de Resultados Electorales del portal digital euskadi.eus referidos a distintas elecciones vascas (2012; 2016; 2020 y 2024) y a los correspondientes estudios, postelectorales, en su mayoría<sup>37</sup>, del CIS, respectivamente: CIS 2.959, CIS 3.154, CIS 3.293 y CIS 3.459. Para el análisis del sistema de partidos catalán, he utilizado los datos del portal digital catalán resultats.dadeselectorals.gencat.cat referidos a distintas elecciones catalanas (2010; 2012; 2015; 2017; 2021, y 2024) y a los correspondientes estudios postelectorales o preelectorales del CIS, respectivamente: CIS 2.857, CIS 2.965, CIS 3.108, CIS 3.198, CIS 3.314 y CIS 3.464. Por ende, el análisis del sistema vasco comprende de 2012 a 2024 y el del catalán, de 2010 a 2024. La selección de los años responde, por una parte, a la disponibilidad de encuestas que incluyen preguntas de lengua y por otra, en la medida de la posible, a la voluntad de analizar lo que se podrían llamar «nuevos ciclos» de la política vasca y catalana.

---

<sup>34</sup> JURADO, I. y LEÓN, S., «Alternativas institucionales al encaje de Cataluña en España», en: PENADÉS DE LA CRUZ, A., y GARMENDIA MADARIAGA, A. (dir.), *Informe sobre la democracia en España 2021*, Madrid (Fundación Alternativas), 2022, p. 61.

<sup>35</sup> PÉREZ-NIEVAS, S. y RAMA, J., «Las bases sociales y actitudinales del voto nacionalista en España: Cataluña, Galicia y el País Vasco.», cit., p. 320.

<sup>36</sup> ORRIOLS, L. y SIMÓN, P., «Explaining change in linguistic voting: The case of Catalonia», *Nations and Nationalism*, 2024, p. 13.

<sup>37</sup> Lógicamente, he privilegiado los estudios postelectorales, pero, para el análisis de las elecciones vascas de 2012 y para el de las catalanas de 2012, 2015 y 2017, he tenido que recurrir a los respectivos estudios preelectorales, puesto que los postelectorales no incluían ninguna pregunta sobre la lengua materna. En el caso de Cataluña, me planteé usar los datos de los respectivos estudios del CEO –puesto que estos siempre incluyen varias preguntas de lengua–, sin embargo, en dichos trabajos había una clara sobrerrepresentación de participantes catalanohablantes que se alejaba demasiado de los datos presentados en la Tabla 1.

Por otra parte, como ya he anunciado en la introducción, mi análisis de sistemas de partidos se ha basado en gran medida en el uso de un nuevo indicador que he desarrollado: el *Índice de Desviación Lingüística* de los partidos (IDL). Este instrumento sirve para medir el nivel de disconformidad existente entre la composición lingüística (en términos de peso de cada uno de los distintos grupos lingüísticos) del electorado de un partido político determinado respecto del conjunto de la sociedad en un momento concreto. Así pues, el IDL nos dice en qué medida la composición lingüística de cada electorado se distancia de la del conjunto de la sociedad, aunque no nos aporta información directa sobre los grupos infrarrepresentados y sobrerrepresentados. Sin embargo, el cálculo del IDL medio del conjunto de los partidos tiene la importante ventaja de ofrecer una medición precisa de la magnitud de la brecha lingüística parlamentaria del sistema de partidos estudiado. Además, el valor medio del IDL de un sistema de partidos también se puede obtener mediante una media ponderada en función del porcentaje de votos obtenidos por cada candidatura en las elecciones o según el peso parlamentario de cada partido. Como el prorrateo electoral no es el mismo en el País Vasco y en Cataluña, privilegiaré en este estudio el primer tipo de cálculo ponderado del IDL.

El IDL de un partido determinado se obtiene mediante la suma de los valores absolutos de las diferencias de composición lingüística del partido analizado y del conjunto de la sociedad (existiendo tantas diferencias medibles como grupos lingüísticos sean tenidos en cuenta) y la posterior división del resultado entre 2. De este modo, el indicador se expresa como una cifra entre 0 (ausencia de desviación lingüística, es decir, transversalidad<sup>38</sup> perfecta) y 100 (valor teórico máximo, pero imposible en la realidad), de manera que, cuanto mayor sea el número, mayor es también la desviación.

$$IDL(x) = \frac{1}{2} \sum_{i=1}^n |\Delta i|$$

Donde:  $\Delta i = P_{i,\text{total}} - P_{i,\text{partido}}$ , siendo  $P_{i,\text{total}}$  el porcentaje de ciudadanos de la sociedad que pertenecen al grupo lingüístico  $i$  y  $P_{i,\text{partido}}$  el porcentaje de votantes del partido  $X$  que pertenecen al mismo grupo lingüístico  $i$ .  $n$  es el número de grupos lingüísticos que se están considerando.

La Tabla 4 ilustra el cálculo del IDL a partir del caso imaginario del Partido X. Dicho partido compite electoralmente en una hipotética sociedad con dos comunidades lingüística ( $i$  y  $j$ ). Mientras la comunidad  $i$  es claramente dominante en el conjunto de la sociedad, la comunidad  $j$  predomina ligeramente en el electorado del Partido X.

<sup>38</sup> En este trabajo entiendo que la composición lingüística de un electorado es más transversal cuando más se parece a la del conjunto de la sociedad, y no necesariamente cuando presenta un mayor equilibrio entre los distintos grupos lingüísticos.

Tabla 4. Ejemplo de cálculo del IDL con el caso imaginario del Partido X

	i (en %)	j (en %)
Conjunto de la sociedad	70	30
Partido X	48	52

$$IDL(\text{Partido } X) = \frac{|70 - 48| + |30 - 52|}{2} = 22$$

El IDL pretende funcionar como un sistema referencial que ayude a analizar un fenómeno que, si bien ha sido estudiado previamente, no ha contado –hasta dónde llega mi conocimiento– con un instrumento capaz de otorgarle un valor medible objetivamente y, por lo tanto, más fácilmente comparable entre distintos casos.

En el caso concreto de este estudio, se han distinguido cuatro grupos lingüísticos para cada una de las dos CCAA: vascohablantes/catalanohablantes nativos; castellanohablantes nativos; bilingües nativos, y hablantes nativos de otras lenguas. Asimismo, para el cálculo del IDL medio se han tenido en cuenta solamente los partidos que obtuvieron representación parlamentaria en el año respectivo, puesto que las demás formaciones suelen aparecer agrupadas en la categoría «otros partidos» en la mayoría de las encuestas. El único partido sin representación que, excepcionalmente, se ha incluido en el cálculo del IDL medio de un sistema de partidos ha sido el PDeCat que, en el año 2021, llegó a obtener un 2,74% de los votos a candidaturas. En cuanto al IDL medio ponderado, sí que se ha tenido en cuenta el 100% de los votos a candidaturas para su cálculo, incluyendo, en cada caso, una categoría de «otros partidos». Una vez más, por haber obtenido un porcentaje relativamente alto de votos, el PDeCat fue incluido como una categoría más en el cálculo del IDL medio ponderado del sistema de partidos catalán de 2021.

#### IV. LOS SISTEMAS DE PARTIDOS DEL PAÍS VASCO Y CATALUÑA DESDE UN ENFOQUE LINGÜÍSTICO

Bartolini<sup>39</sup> define los sistemas de partidos como «el resultado de las interacciones entre las unidades partidistas que lo componen; más concretamente es el resultado de las interacciones que resultan de la competición político-electoral». Estos suelen describirse con una serie de indicadores habituales, como, entre otros: competitividad, volatilidad y fragmentación<sup>40</sup>. Sin olvidarme de dichos clásicos, en mi análisis de los sistemas de partidos vasco y catalán me centraré particularmente en el Índice de Desviación Lingüística de los partidos (IDL), así como del sistema de partidos en su conjunto, con el fin de proporcionar un enfoque lingüístico. Además, tampoco perderé de vista la configuración común a ambos sistemas caracterizada por la convivencia de partidos de ámbito autonómico y de ámbito

<sup>39</sup> BARTOLINI, S., «Partidos y sistemas de partidos», en: PASQUINO, G. y BARTOLINI, S. (dir.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid (Alianza), 1993, p. 217-264.

<sup>40</sup> OCAÑA, F. y OÑATE, P., «Índices e indicadores del sistema electoral y del sistema de partidos. Una propuesta informática para su cálculo», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 86, 1999, p. 225.

estatal<sup>41</sup> y de dos ejes principales: el social y el identitario<sup>42</sup>, que, en Cataluña, al menos hasta las últimas elecciones, era el más relevante<sup>43</sup>.

## 1. El sistema de partidos vasco: multipartidismo de partido dominante con brecha lingüística moderada

Tradicionalmente, el sistema de partidos vasco era considerado como un «pluralismo polarizado» (siendo la polarización particularmente notable en el eje identitario) con baja volatilidad entre bloques<sup>44</sup>. Pero, actualmente, es relativamente estable, poco fragmentado y menos polarizado. Su volatilidad electoral es relativamente moderada (9,9 en el año 2024) y sus niveles bastante altos de concentración electoral (67,6%) y parlamentaria (72%) revelan una competitividad no muy elevada. Asimismo, en base a su NEPP de 3,4, hablamos de un «sistema multipartidista de partido dominante», dominado por el PNV<sup>45</sup>. Ahora bien, ¿qué se puede decir sobre la dimensión lingüística del sistema de partidos vasco?

Como se puede observar en los Gráficos 1 y 2, el IDL presenta valores relativamente moderados para la mayoría de las candidaturas, con una media para el periodo estudiado de 16,3 o de 15,8, si se pondera en función del peso electoral de cada partido. Además, se ha ido reduciendo paulatinamente en estos años. La excepción «por abajo» la constituyen el espacio de Sumar/Podemos/IU (12,09 de media) y el PNV (6,8 de media), partido dominante y bastante transversal que no tiene equivalente en el sistema de partidos catalán, como veremos más adelante. El resto de los partidos se encuentran, actualmente, bastante igualados, con valores que van desde 15,1 (VOX) a 20,2 (EHB).

En definitiva, aunque hoy en día ningún partido presenta una mayoría de votantes vascohablantes (pues constituyen una clara minoría dentro de la sociedad), existe una separación entre dos bloques electorales lingüísticos. Estos dos bloques se corresponden, como es evidente, y como veremos que ocurre también de manera similar en Cataluña, con la división entre los partidos nacionalistas vascos y el resto. En este sentido, debo precisar que los partidos que considero como vascuistas o nacionalistas vascos son, únicamente, el PNV y EHB. Hay que señalar también que, como se muestra en el Gráfico 1, dentro del periodo estudiado, el IDL medio de ambos bloques es muy similar, si bien en el bloque nacionalista vasco llega a ser ligeramente más transversal (16,6 de media) que el otro (17,6 de media).

<sup>41</sup> ANSOLABEHERE, S. y PUY, MS., «Identity voting», *Public Choice*, núm. 169, 2016, p. 79.

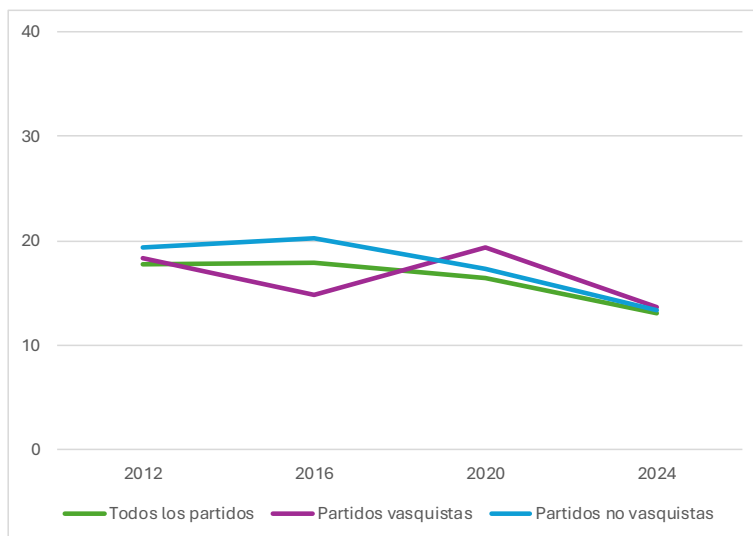
<sup>42</sup> SETIÉN ESCAMENDI, G. y MIRANDA OLIVARES, N., «EH Bildu: la unificación de la izquierda soberanista vasca», en: BARBERÀ, O., y CORREA, P. (coord.), en: *La nueva izquierda autonómica en España*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2023, p. 130.

<sup>43</sup> SERRA, M., UBASART-GONZÁLEZ, G. y MARTÍ, S., «Elecciones al Parlamento catalán 2012-2017: ¿un proceso acelerado de realineamiento electoral?», *Analecta Política*, núm. 18, 2020, p. 108.

<sup>44</sup> LLERA RAMO, F., «Pluralismo y gobernabilidad en Euskadi, 1980-1994», *Working Papers: Institut de Ciències Polítiques i Socials*, núm. 162, 1999, p. 14.

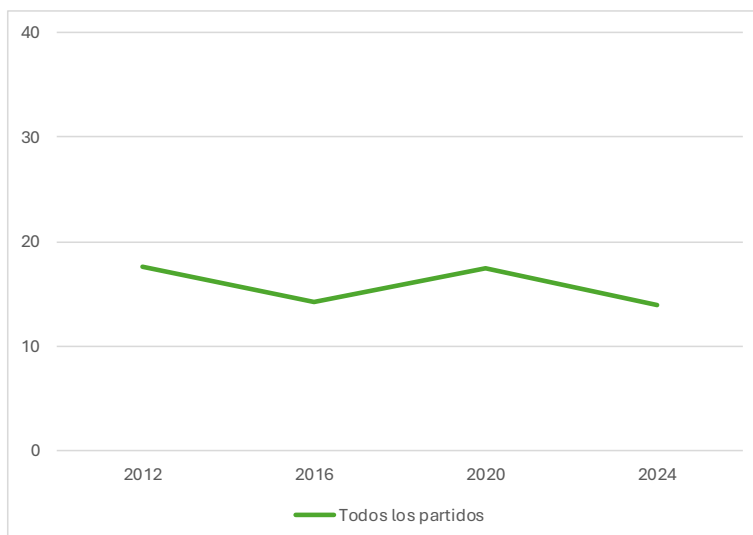
<sup>45</sup> CASAL OUBIÑA, D., «El sistema político vasco. Cuatro décadas construyendo una cultura de estabilidad en un entorno de fragmentación», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, núm. 18, 2022, p. 182.

Gráfico 1. Evolución del IDL medio en el País Vasco (2012-2024)



Fuente: elaboración propia a partir de los Estudios del CIS 2.959, 3.154, 3.293 y 3.459. Véase VIII. ANEXO; 3. IDL.

Gráfico 2. Evolución del IDL medio ponderado en función del porcentaje de votos obtenidos por cada partido en las respectivas elecciones en el País Vasco (2012-2024)



Fuente: elaboración propia a partir de los Estudios del CIS 2.959, 3.154, 3.293 y 3.459. Véase VIII. ANEXO; 3. IDL.

## 2. El sistema de partidos catalán: multipartidismo sin partido dominante con brecha lingüística acentuada

En contraste con el sistema vasco, el catalán está mucho más fragmentado y es más volátil. Así pues, los niveles de concentración electoral (50,1%) y parlamentaria (57%) se encuentran bastante por debajo de los vascos, si bien en las recientes elecciones de 2024 han aumentado con respecto a 2021, cuando se situaban, respectivamente, en 44,7% y 48,9%. Asimismo, sus elevados NEPP y NEPE (4,8 y 5,79, respectivamente) revelan que en Cataluña hay un «sistema multipartidista sin partido dominante»<sup>46</sup>. Este multipartidismo se ha encontrado, además, muy condicionado por la polarización «extrema», fenómeno que, en la dimensión centro-periferia, ha ido en aumento desde el inicio del *procés*<sup>47</sup>.

Ahora bien, se especula que, en 2024, Cataluña entra en un nuevo ciclo<sup>48</sup> y esto puede conllevar varios cambios, también en la dimensión lingüística, en un territorio donde el IDL medio para el período estudiado (25,1 o 25,8, ponderado) es bastante más alto que el vasco, como se refleja en los Gráficos 3 y 4. Sin embargo, la reducción del IDL medio ponderado (4,5 puntos desde el pico de 29,7 de 2021) no permite extraer grandes conclusiones a este respecto, puesto que dicho valor sigue siendo ligeramente más elevado en 2024 que en 2017 y en 2012.

Lo que sí es evidente es que, en el período analizado, el bloque independentista<sup>49</sup> presenta un mayor IDL medio (31,5 de media, mientras el valor para el otro bloque es de 22,6), que, además, ha aumentado drásticamente entre 2017 y 2021 (véase Gráfico 3). En cambio, el bloque no independentista ha alcanzado un IDL moderadamente reducido (16,4) en las últimas elecciones. Además, contiene a la única formación (Comuns-Sumar) que, por primera vez desde 2012, presenta un valor de IDL realmente bajo dentro del sistema catalán (6). En definitiva, la moderada reducción de la brecha lingüística parlamentaria en Cataluña en 2024 se debe a la mayor transversalización del bloque no independentista, más que a un proceso de transversalización lingüística generalizado. Esto podría explicarse por una creciente movilización electoral de los votantes castellanohablantes, derivada de la disminución de la abstención diferencial<sup>50</sup>; o por el hecho de que, desde 2010, la identificación exclusivamente catalana ha aumentado entre los catalanohablantes, mientras que entre los castellanohablantes se ha mantenido estable la identificación dual<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> CASAL OUBIÑA, D., «El sistema político vasco. Cuatro décadas construyendo una cultura de estabilidad en un entorno de fragmentación», cit., p. 181.

<sup>47</sup> HERNÁNDEZ CORROCHANO, D., «Temas de coyuntura. Elecciones Cataluña 21-D: coyuntura de polarización», *Revista mexicana de sociología*, núm. 3(vol. 80), 2018, p. 703.

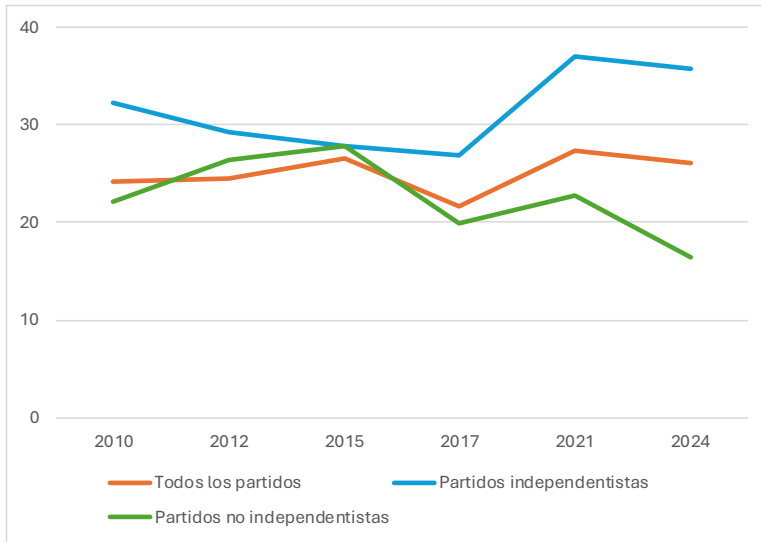
<sup>48</sup> RUIZ SIERRA, J., «El Gobierno ve la presidencia de Illa como el fin del ‘procés’ y encara una nueva y difícil etapa con Junts», *El Periódico*, 9 de agosto de 2024. Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/politica/20240809/sanchez-investidura-illa-relaciones-junts-puigdemont-106770318>>. [Consultado el 22/09/2024].

<sup>49</sup> Entiéndanse por independentistas también las formaciones históricamente nacionalistas catalanas que devinieron independentistas o dieron pie a formaciones de este tipo. Así pues, se incluye dentro de este bloque a la coalición CiU en 2010 y en 2012.

<sup>50</sup> RIBA, C., «Voto dual y abstención diferencial. Un estudio sobre el comportamiento electoral en Cataluña.», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, núm. 59, 2000, p. 67.

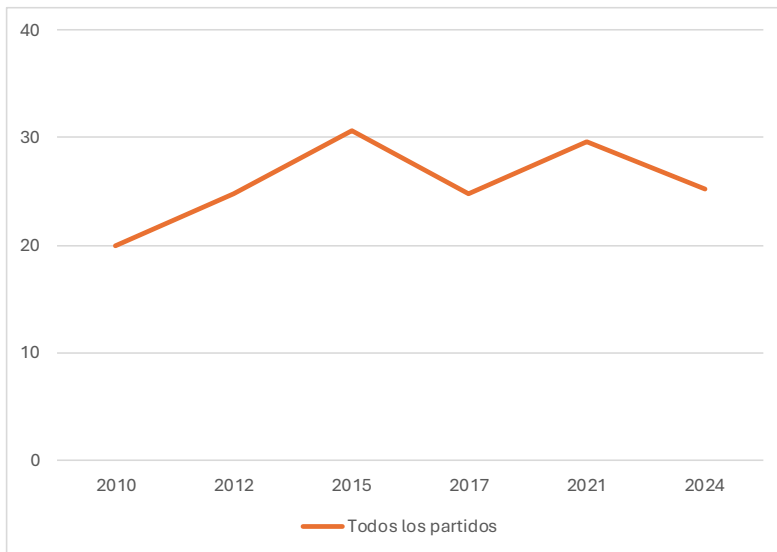
<sup>51</sup> OLLER, J. M., SATORRA, A. y TOBEÑA, A., «Unveiling pathways for the fissure among secessionists and unionists in Catalonia: identities, family language, and media influence.», *Palgrave Communications*, núm. 5, 2019, p. 1.

Gráfico 3. Evolución del IDL medio en Cataluña (2010-2024)



Fuente: elaboración propia a partir de los Estudios del CIS 2.857, 2.965, 3.108, 3.198, 3.314 y 3.464. Véase VIII. ANEXO; 3. IDL.

Gráfico 4. Evolución del IDL medio ponderado en función del porcentaje de votos obtenidos por cada partido en las respectivas elecciones en Cataluña (2010-2024)



Fuente: elaboración propia a partir de los Estudios del CIS 2.857, 2.965, 3.108, 3.198, 3.314 y 3.464. Véase VIII. ANEXO; 3. IDL.

Para resumir, podemos decir que, aunque los bloques lingüísticos son menos «permeables» en el contexto vasco, la brecha lingüística sigue siendo más grande en Cataluña. Además, en Cataluña podemos identificar una brecha considerable también entre los dos bloques identitarios, siendo el independentista el que más alejado está del conjunto de la sociedad. En cambio, en el País Vasco la situación es más moderada y es incluso el bloque nacionalista vasco el que más se asemeja al conjunto de la población.

## V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El análisis que he llevado a cabo demuestra que, en los años tomados para el estudio, la brecha lingüística parlamentaria es bastante más grande en Cataluña que en el País Vasco. No solamente es más grande, sino que, además, creció entre 2010 (IDL medio ponderado de 19,9) y 2015 (30,7) y entre 2017 (24,8) y 2021 (29,7), concordando este último repunte con el aumento del efecto independiente de la lengua sobre el voto<sup>52</sup>. Sin embargo, se identifica un descenso del IDL medio (ponderado o no) entre 2015 y 2017, algo que, al menos parcialmente, podría explicarse por la disolución de la electoralmente exitosa coalición Junts pel Sí, que obtuvo casi un 40% de votos al mismo tiempo que presentaba un IDL de 36,4. Al mismo tiempo, el sistema de partidos vasco ha conocido tan solo una ligera reducción del IDL medio entre 2012 (17,8 o 17,6, si se pondera) y 2024 (13,1 o 14).

Toda esta evolución pone de manifiesto que los meros contextos lingüísticos no pueden explicar un hecho eminentemente ligado a los contextos políticos, puesto que, de lo contrario, la evolución de la brecha lingüística no podría percibirse sino a largo plazo. Sin duda, esto es algo que se debería tener en cuenta en futuros estudios similares de otros contextos multilingües.

En este sentido, tenemos distintas claves para entender el porqué de ambas brechas y sus evoluciones diferenciadas. Por una parte, se debe tener cuenta que la fuerte vinculación entre nacionalismo y lengua existente en Cataluña no es igual en el País Vasco. Al mismo tiempo, en el primer caso se trata de una lengua que la gran mayoría de la población puede hablar, pero ello no responde necesariamente a una voluntad de hacerlo; de hecho, su tasa uso social es muy inferior a la tasa de competencia de la población<sup>53</sup> y la opinión pública sigue muy dividida con respecto a la inmersión lingüística<sup>54</sup>. Por contraste, en el País Vasco, más dividido en lo referido a competencias lingüísticas de la población, el conflicto

<sup>52</sup> ORRIOLS, L. y SIMÓN, P., «Explaining change in linguistic voting: The case of Catalonia», cit., p. 13.

<sup>53</sup> GENERALITAT DE CATALUNYA, «Els usos lingüístics de la població de Catalunya. Enquesta d'usos lingüístics de la població de Catalunya 2018. Principals resultats.», 8 de julio de 2019. Disponible en: <<https://llengua.gencat.cat/web/.content/documents/dadesestudis/altres/arxiu/dossier-eulp-2018.pdf>>. [Consultado el 22/09/2024].

<sup>54</sup> SANTANA, A., RAMA, J. y OLIVAS OSUNA, J.J., «Inmersión lingüística, ¿todo por el pueblo, pero sin el pueblo?», *El País*, 16 de diciembre de 2021. Disponible en: <<https://elpais.com/opinion/2021-12-16/inmersion-linguistica-todo-por-el-pueblo-pero-sin-el-pueblo.html>>. [Consultado el 22/09/2024].

lingüístico está menos vivo, considerando además que el modelo educativo ofrece distintas posibilidades de elección de lengua<sup>55</sup>.

Por otra parte, sabemos que el proceso de polarización política vivido en Cataluña contribuyó a reforzar el componente etnolingüístico del voto<sup>56</sup>. Consecuentemente, el IDL medio aumentó. Además, en las últimas dos elecciones se identifica un fuerte aumento del IDL en el bloque independentista. En cambio, en el País Vasco no se ha vivido ninguna evolución política similar en la última década –más bien, al contrario– y, aunque la brecha existe también ahí, no llega a las mismas magnitudes que en Cataluña, habiéndose incluso reducido moderada y progresivamente (en el caso del IDL medio no ponderado) en el período estudiado. Tampoco hay prácticamente diferencia entre los dos bloques identitarios, salvo en el año 2016 en que el bloque nacionalista vasco bajó a 14,9 y el otro subió a 20,2.

Finalmente, a modo especulativo y contra mi intuición de que un mayor equilibrio equivaldría a un menor conflicto, sugiero también que el mayor tamaño relativo de la población catalanohablante puede propiciar la existencia de un mayor conflicto lingüístico y de una brecha más honda. Sin embargo, considero que es necesaria la producción de futuros trabajos de investigación que indaguen más en esta cuestión, analizando casos tan o más equilibrados que el catalán, como pudiera ser el de Galicia.

## VI. CONCLUSIONES

En conclusión, este estudio demuestra que la brecha de voto lingüístico es, en promedio, mayor en Cataluña que en el País Vasco. Esta diferencia puede atribuirse a varios factores, entre ellos el fuerte vínculo entre la lengua catalana y el nacionalismo catalán, el hecho de que el español sea la lengua materna de la mayoría de las personas nacidas en el País Vasco (lo que le confiere un carácter más autóctono en comparación con Cataluña), y la prominencia de los debates sobre política lingüística en Cataluña.

La investigación también muestra que la brecha de voto lingüístico ha aumentado en Cataluña debido al incremento de la polarización, mientras que ha disminuido ligeramente en el País Vasco. Esto sugiere que la evolución de la brecha debe entenderse a la luz tanto del contexto sociolingüístico como del entorno sociopolítico.

Si bien este artículo ha ofrecido aportaciones clave sobre la existencia, magnitud y evolución de las brechas de voto lingüístico, se requiere una investigación adicional, en particular mediante el análisis de otros estudios de caso. Dentro del contexto español, el análisis del caso gallego podría ser especialmente relevante, por las diferencias y semejanzas

---

<sup>55</sup> MEZO, J., «Políticas de recuperación lingüística en Irlanda (1922-1939) y el País Vasco (1980-1992)», Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1996, p. 283. Disponible en: <https://digital.march.es/fedora/objects/fjm-pub:1087/datastreams/OBJ/content>. [Consultado el 22/09/2024].

<sup>56</sup> PÉREZ-NIEVAS, S. y RAMA, J., «Las bases sociales y actitudinales del voto nacionalista en España: Cataluña, Galicia y el País Vasco.», cit., p. 320.

que presenta con respecto a Cataluña y Galicia y por la disponibilidad de datos estadísticos similares a los utilizados en el presente estudio. Otros trabajos centrados en las estrategias particulares de los distintos partidos podrían ser de alto interés igualmente.

En cuanto a la metodología, el Índice de Desviación Lingüística (IDL) ha demostrado ser una herramienta eficaz para medir la brecha de voto lingüístico tanto a nivel de partido como de sistema de partidos, lo que permite realizar comparaciones entre diferentes contextos. El autor de este artículo considera firmemente que el IDL debería adoptarse en otros proyectos de investigación de naturaleza similar.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-GÁLVEZ, J., ECHAVARREN, J.M. y COLLER, X., «Bound by blood: the ethnic and civic nature of collective identities in the Basque Country, Catalonia and Valencia», *Nations and Nationalism*, n.º 2(24), 2017, pp. 1-20.
- ANSOLABEHERE, S. y PUY, M.S., «Identity voting», *Public Choice*, n.º 169, 2016, pp. 77-95.
- BARTOLINI, S., «Partidos y sistemas de partidos», en: PASQUINO, G. y BARTOLINI, S. (dir.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid (Alianza), 1993, pp. 217-264.
- BILLIG, M., *Nacionalismo banal*, Madrid (Capitán Swing Libros), 2014.
- CASAL OUBIÑA, D., «El sistema político vasco. Cuatro décadas construyendo una cultura de estabilidad en un entorno de fragmentación», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, n.º 18, 2022, pp. 173-198.
- CONVERSI, D., «Language or race?: The choice of core values in the development of Catalan and Basque nationalisms», *Ethnic and Racial*, n.º 13(1), 1990, pp. 50-71.
- DEPARTAMENTO DE CULTURA Y POLÍTICA LINGÜÍSTICA DEL GOBIERNO VASCO, «VII Encuesta Sociolingüística 2021. Comunidad Autónoma de Euskadi. INFORME RESUMEN», 20 de marzo de 2023. Disponible en: <[https://bideoak2.euskadi.eus/2023/03/20/news\\_84431/VII\\_ENCUESTA\\_SOCIOLING%C3%9C%C3%8DSTICA\\_resumen.pdf](https://bideoak2.euskadi.eus/2023/03/20/news_84431/VII_ENCUESTA_SOCIOLING%C3%9C%C3%8DSTICA_resumen.pdf)>. [Consultado el 22/09/2024].
- GARMENDIA, H., «Corrélacion entre la langue basque et le vote nationaliste basque», *Cahiers internationaux de sociolinguistique*, n.º 1, 2017, pp. 201-218.
- GENERALITAT DE CATALUNYA, «Els usos lingüístics de la població de Catalunya. Enquesta d'usos lingüístics de la població de Catalunya 2018. Principals resultats», 8 de julio de 2019. Disponible en: <<https://llengua.gencat.cat/web/.content/>>

- documents/dadesestudis/altres/arxiu/dossier-eulp-2018.pdf>. [Consultado el 22/09/2024].
- HARGUINDÉGUY, J. y PASQUIER, R., «Langue et politique», *Cultures & Conflits*, n.º 79-80, 2010, pp. 7-18.
- HERNÁNDEZ CORROCHANO, D., «Temas de coyuntura. Elecciones Cataluña 21-D: coyuntura de polarización», *Revista mexicana de sociología*, n.º. 3(vol. 80), 2018, pp. 703-716.
- JURADO, I. y LEÓN, S., «Alternativas institucionales al encaje de Cataluña en España», en: PENADÉS DE LA CRUZ, A. y GARMENDIA MADARIAGA, A. (dir.), *Informe sobre la democracia en España 2021*, Madrid (Fundación Alternativas), 2022, pp. 55-67.
- LIPSET, S. M. y ROKKAN, S., *Cleavage structures, party systems, and voter alignments: an introduction (Vol. 2)*, New York (Free Press), 1967.
- LLERA RAMO, F., «Pluralismo y gobernabilidad en Euskadi, 1980-1994», *Working Papers: Institut de Ciències Polítiques i Socials*, n.º. 162, 1999, pp. 1-33
- MARESMÀ, J., «Política lingüística en Cataluña», Comunicación presentada en el III Simposio Internacional de la Lengua Española del Instituto Cervantes de São Paulo, 2010. Disponible en: <17\_maresma.pdf (cervantes.es)>. [Consultado el 22/09/2024].
- MEZO, J., «Políticas de recuperación lingüística en Irlanda (1922-1939) y el País Vasco (1980-1992)», Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1996, p. 283. Disponible en: <<https://digital.march.es/fedora/objects/fjm-pub:1087/datastreams/OBJ/content>>. [Consultado el 22/09/2024].
- MILEY, T. J., «Against the thesis of the “civic nation”: The case of Catalonia in contemporary Spain», *Nationalism and Ethnic Politics*, n.º 13, 2007, pp. 1-37.
- MORENO CABRERA, J. C., *El nacionalismo lingüístico: una ideología destructiva*, 2.ª ed., Barcelona (Ediciones Península), 2008.
- MUÑOZ, J. y TORMOS, R., «Identitat o càlculs instrumentals? Anàlisi dels factors explicatius del suport a la independència», *Papers de treball del CEO*, 2012, pp. 1-41.
- NINYOLES, R., *Cuatro idiomas para un Estado*, 1.ª ed., Madrid (Cambio16), 1977.
- OCAÑA, F. y OÑATE, P., «Índices e indicadores del sistema electoral y del sistema de partidos. Una propuesta informática para su cálculo», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 86, 1999, pp. 223-245.

- OLLER, J. M., SATORRA, A. y TOBENÑA, A., «Unveiling pathways for the fissure among secessionists and unionists in Catalonia: identities, family language, and media influence», *Palgrave Communications*, núm. 5, 2019, pp. 1-13.
- ORRIOLS, L. y SIMÓN, P., «Explaining change in linguistic voting: The case of Catalonia», *Nations and Nationalism*, 2024, pp. 1-21.
- PÉREZ-NIEVAS, S. y BARTOLOMÉ, E., «MPs representing nationalist and regionalist parties», en: COLLER PORTA, X. *et al* (coord.), *Political Power in Spain: The Multiple Divides between MPs and Citizens*, Cham (Palgrave Macmillan), 2018, pp. 265-285.
- PÉREZ-NIEVAS, S. y BONET, E., «Identidades regionales y reivindicación de autogobierno. El etnorregionalismo en el voto a partidos nacionalistas de Bélgica, España y Reino Unido», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 15, 2006, pp. 123-161.
- PÉREZ-NIEVAS, S. y RAMA, J., «Las bases sociales y actitudinales del voto nacionalista en España: Cataluña, Galicia y el País Vasco», en: BLANCO, A. *et al* (coord.), *Informe España 2018*, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra J.M. Martín Patino, Madrid (Universidad Pontificia Comillas), 2018, pp. 298-362.
- RIBA, C., «Voto dual y abstención diferencial. Un estudio sobre el comportamiento electoral en Cataluña», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, núm. 59, 2000, pp. 59-88.
- RUIZ SIERRA, J., «El Gobierno ve la presidencia de Illa como el fin del ‘procés’ y encara una nueva y difícil etapa con Junts», *el Periódico*, 9 de agosto de 2024. Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/politica/20240809/sanchez-investidura-illa-relaciones-junts-puigdemont-106770318>>. [Consultado el 22/09/2024].
- SANTANA, A., RAMA, J. y OLIVAS OSUNA, J.J., «Inmersión lingüística, ¿todo por el pueblo, pero sin el pueblo?», *El País*, 16 de diciembre de 2021. Disponible en: <<https://elpais.com/opinion/2021-12-16/inmersion-linguistica-todo-por-el-pueblo-pero-sin-el-pueblo.html>>. [Consultado el 22/09/2024].
- SERRA, M., UBASART-GONZÁLEZ, G. y MARTÍ, S., «Elecciones al Parlamento catalán 2012-2017: ¿un proceso acelerado de realineamiento electoral?», *Analecta Política*, núm. 18, 2020, pp. 105-124.
- SETIÉN ESCAMENDI, G. y MIRANDA OLIVARES, N., «EH Bildu: la unificación de la izquierda soberanista vasca», en: BARBERÀ, O. y CORREA, P. (coord.), *La nueva izquierda autonómica en España*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2023, pp. 120-143.

URÍA GONZÁLEZ, J., «Ideología y lengua durante el franquismo: el caso asturiano», *Lletres asturianes: Boletín Oficial de l'Academia de la Llingua Asturiana*, núm. 18, 1985, pp. 25-40.

## VIII. ANEXO

### 1. Tabla 2

Los datos presentados en la Tabla 2 han sido elaborados a partir del Estudio CIS nº 3.459, Estudio postelectoral del País Vasco (Elecciones autonómicas 2024). En particular, se han utilizado las siguientes preguntas:

*Pregunta C.11: ¿Podría decirme cuál es su lengua materna?*

Opciones de respuesta:

1. Castellano o español
2. Vasco o euskera
3. Ambas por igual
4. Otra
5. No sabe
6. No contesta

*Pregunta C.12: ¿Cuál de las siguientes frases diría Ud. que expresa mejor sus sentimientos?*

Opciones de respuesta:

1. Me siento únicamente español/a
2. Me siento más español/a que vasco/a
3. Me siento tan español/a como vasco/a
4. Me siento más vasco/a que español/a
5. Me siento únicamente vasco/a
6. (No leer) Ninguna de las anteriores
7. No sabe
8. No contesta

El tamaño total de la muestra es de 4.011 entrevistas, con un error muestral de  $\pm 1,6\%$  para un nivel de confianza del 95,5% (dos sigmas) y  $P = Q$ .

A continuación, se presentan los estadísticos descriptivos básicos de las variables utilizadas:

Variable	Media	Desviación típica	Mínimo	Máximo	N (válidos)
Lengua materna (C.11)*	1,496385	0,812931	1	4	4.011
Identificación nacional (C.12)**	2,504988	0,750793	1	4	4.010

\* Excluyendo las respuestas N.S. y N.C.

\*\* Agrupando 1 y 2 en “Identidad predominantemente española (1)”, 4 y 5 en “Identidad predominantemente vasca (3)” y 7,8, y 9 en “Otras/N.S./N.C. (4)”.

## 2. Tabla 3

Los datos presentados en la Tabla 3 han sido elaborados a partir del Estudio CIS nº 3.464, Estudio postelectoral de Cataluña (Elecciones autonómicas 2024). En particular, se han utilizado las siguientes preguntas:

*Pregunta C.11: ¿Podría decirme cuál es su lengua materna?*

Opciones de respuesta:

1. Castellano o español
2. Catalán
3. Ambas por igual
4. Otra
5. No sabe
6. No contesta

*Pregunta C.12: ¿Cuál de las siguientes frases diría Ud. que expresa mejor sus sentimientos?*

Opciones de respuesta:

1. Me siento únicamente español/a
2. Me siento más español/a que catalán/a
3. Me siento tan español/a como catalán/a
4. Me siento más catalán/a que español/a

5. Me siento únicamente catalán/a
6. (No leer) Ninguna de las anteriores
7. No sabe
8. No contesta

El tamaño total de la muestra es de 3.999 entrevistas, con un error muestral de  $\pm 1,6\%$  para un nivel de confianza del 95,5% (dos sigmas) y  $P = Q$ .

A continuación, se presentan los estadísticos descriptivos básicos de las variables utilizadas:

Variable	Media	Desviación típica	Mínimo	Máximo	N (válidos)
Lengua materna (C.11)*	1,907227	0,859552	1	4	3.999
Identificación nacional (C.12)**	2,442129	0,736143	1	4	3.983

\* Excluyendo las respuestas N.S. y N.C.

\*\* Agrupando 1 y 2 en “Identidad predominantemente española (1)”, 4 y 5 en “Identidad predominantemente catalana (3)” y 7,8, y 9 en “Otras/N.S./N.C. (4)”.

### 3. IDL

El cálculo del IDL se ha elaborado a partir de las preguntas *¿Podría decirme cuál es su lengua materna?* y *¿Podría decirme a qué partido o coalición votó [en las últimas elecciones autonómicas]?* (NO LEER: RESPUESTA ESPONTÁNEA) (si el estudio CIS es postelectoral) o *Suponiendo que las elecciones autonómicas se celebrasen mañana, ¿a qué partido o coalición votaría ud.?* (NO LEER: RESPUESTA ESPONTÁNEA) (si el estudio CIS es preelectoral).

# LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEGISLACIÓN EUROPEA DE CONTROL DE INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS MEDIATAS\*

## THE NEED TO REFORM EUROPEAN INVESTMENT CONTROL LEGISLATION WITH REGARD TO MEDIATE FOREIGN DIRECT INVESTMENTS

MAXIMILIAN W. M. POHL\*\*

**Resumen:** En un mundo donde las inversiones cruzan fronteras más rápido que las regulaciones, el Reglamento *Screening* de la Unión Europea (2019/452) busca ser el guardián de la seguridad y el orden público frente a inversiones extranjeras estratégicas. Pero, ¿qué ocurre cuando este guardián es ciego ante las complejidades de las inversiones mediatas? Este artículo destapa las tensiones entre los marcos normativos nacionales y europeos, ilustrando cómo estas brechas permiten que actores externos eviten control a través de las grietas del sistema. A través de un análisis detallado, se identifican los problemas asociados con la falta de armonización entre los Estados miembros, las lagunas en el alcance del Reglamento y las deficiencias en el mecanismo de cooperación. Asimismo, se evalúa la reciente propuesta de reforma de la Comisión Europea, que busca mejorar la eficacia del sistema mediante ajustes en la normativa.

**Palabras clave:** control de inversiones; inversiones extranjeras directas mediatas; legislación europea; necesidad de reformar el Reglamento-Screening.

**Abstract:** In a world where investments cross borders faster than regulations, the European Union's Screening-Regulation (2019/452) seeks to be the guardian of security and public order in the face of strategic foreign investments. But what happens when this guardian is blind to the complexities of mediated investments? This article uncovers the tensions between national and European regulatory frameworks, illustrating how these gaps allow external actors to avoid screening through the cracks in the system. Through a detailed analysis, it identifies the problems associated with the lack of harmonisation between Member States, the loopholes in the scope of the Regulation and the deficiencies in the cooperation mechanism. Likewise, the European Commission's recent reform proposal is evaluated, which seeks to improve the effectiveness of the system through adjustments to the regulations.

**Keywords:** investment screening; mediate foreign direct investment; European legislation; need to reform the Screening Regulation.

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.010>

Fecha de recepción: 29/01/2025

Fecha de aceptación: 16/05/2025

\*\* El autor es jurista alemán con estudios superados en la Humboldt-Universität zu Berlin y un LL.M. en la CGSL y completó el Máster en Investigación Jurídica en la UAM. El artículo es un extracto de su TFM (matrícula de honor). Actualmente está haciendo su doctorado en la Universität Passau. Correo electrónico: maxwmpohl@gmail.com.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 1. Contexto político y económico; 2. Derecho de control de las inversiones: funcionamiento e idea básica; 3. Desarrollo del problema y objetivo; 4. Estructura; II. LA IMPOTENCIA DEL ACTUAL SISTEMA NORMATIVO RESPECTO DE LAS INVERSIONES MEDIATAS; 1. Los conceptos de la inversión extranjera (directa); 2. Los grupos de casos de la inversión directa mediata; III. LA FUENTE DEL MALESTAR; 1. Complejidad aumentada; 2. La permeabilidad del sistema europeo; *A. Falta de armonización; B. Debilidades del Reglamento-Screening*; a. El ámbito de aplicación del Reglamento-Screening; b. El mecanismo de cooperación; c. Resultado provisional; IV. CONSECUENCIA: NECESIDAD DE LA REVISIÓN DEL REGLAMENTO-SCREENING Y NUEVA PROPUESTA; 1. Necesidad de revisión y aspectos a mejorar; 2. Contraste con la nueva propuesta; *A. Introducción a la nueva propuesta; B. Puntos clave; C. Cambios respecto de las inversiones mediatas*; V. CONCLUSIÓN; VI. DOCUMENTACIÓN; 1. Bibliografía; 2. Jurisprudencia; 3. Otra documentación.

## I. INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más globalizado y geopolíticamente tenso, el control de las inversiones extranjeras directas (IED) es algo más que una necesidad económica. Se ha convertido en un instrumento indispensable para proteger la seguridad nacional y el interés público. Esto debe subrayarse explícitamente desde el principio: tal y como lo entendemos hoy en día, el derecho de control de las inversiones es más un instrumento de política de seguridad que un instrumento de política económica<sup>1</sup>. El mercado interior europeo se caracteriza por un alto grado de interdependencia económica, pero choca contra mecanismos de control de IED nacionales fuertemente divergentes. Esta divergencia entre la realidad económica y la respuesta jurídica a través de estos mecanismos ha supuesto y sigue suponiendo un reto para las autoridades competentes y dificulta el control eficaz de las inversiones extranjeras directas potencialmente amenazadoras. En este contexto, el Reglamento Screening<sup>2</sup> se introdujo como la primera y hasta ahora única norma en este ámbito del Derecho para crear una base coordinada para el control de las IED en la Unión Europea.

### 1. Contexto político y económico

El Reglamento Screening se introdujo en una fase de creciente incertidumbre mundial: Las inversiones procedentes de terceros países, en particular de China, Rusia y los Emiratos Árabes Unidos, aumentaron considerablemente<sup>3</sup>, a menudo en sectores importantes para la

<sup>1</sup> Vid. los art. 3.1 lit. e y 207.1 TFUE y los art. 4.2 TUE y 346 n.1 b) TFUE.

<sup>2</sup> Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se establece un marco para la selección de las inversiones extranjeras directas en la UE. DOUE 19.03.2019 L 79/I/1.

<sup>3</sup> COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. «Cuarto informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión», COM(2024) 464 final, 17.10.2024, p. 22. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024DC0464>>. [Consultado el: 27/09/2025].

seguridad pública o de interés estratégico, como las infraestructuras críticas, el suministro de energía y las altas tecnologías. Los proyectos de la «Nueva Ruta de la Seda» de China y la iniciativa «Made in China 2025», en particular, ilustran el carácter estratégico de muchas de estas inversiones<sup>4</sup>.

Además, la pandemia del COVID-19 ha puesto de manifiesto debilidades en las estructuras económicas que podrían ser explotadas por actores extranjeros para ganar influencia sobre industrias europeas clave<sup>5</sup>. La agresión rusa contra Ucrania también ha puesto de relieve la dependencia de Europa de inversiones y recursos no europeos<sup>6</sup>. Estos acontecimientos geopolíticos están centrando actualmente más la atención en la legislación sobre control de inversiones.

## 2. Derecho de control de las inversiones: funcionamiento e idea básica

El carácter especializado de la legislación de control de las inversiones junto con su novedad hace que las ideas básicas y el funcionamiento de esta ley no sean ampliamente conocidos. Por ello, para una mejor comprensión, se ofrece un breve resumen de su funcionamiento. Su objetivo es identificar y examinar las IED<sup>7</sup> que puedan suponer una amenaza para la seguridad y el orden públicos<sup>8</sup>. Este criterio de revisión es ligeramente diferente en algunos Estados miembros en cuanto al grado de amenaza y desde una perspectiva temporal, pero más o menos se reduce a lo que se acaba de decir. Para que una IED sea revisada con arreglo a esta norma en primer lugar, debe tener lugar en determinados sectores y superar determinados umbrales de participaciones (de voto)<sup>9</sup>. Conviene subrayar que los controles de inversiones propiamente dichos corren a cargo de los Estados miembros. El Reglamento Screening se limita a ofrecer un mecanismo de cooperación –además de una serie de propuestas sobre definiciones y funcionamiento– que pretende simplificar y fomentar la cooperación entre los Estados miembros. La atención se centra en los mecanismos que

---

<sup>4</sup> MANKOWSKI, P., «§ 15 AWG», en WOLFGANG, H. M. *et al.* [eds.], *AWR-Kommentar*, Múnich (C.H. Beck), 2024, marginal núm. 76b; BECKER, F. y SCHLADEBACH, M., «Die Verschärfung der Investitionskontrolle im deutschen und europäischen Außenwirtschaftsrecht», *NWZ*, 2019, pp. 1076 y ss., p. 1079; *DER TAGESPIEGEL* de 31.03.2019, p. 22.

<sup>5</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión, «Orientaciones dirigidas a los EEMM en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas)», DOUE C 99I/1, 26.03.2020 <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0326\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0326(03))>. [Consultado el: 27/09/2025].

<sup>6</sup> COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión, «Orientaciones para los EEMM en relación con las inversiones extranjeras directas de Rusia y Bielorrusia en vista de la agresión militar contra Ucrania y las medidas restrictivas establecidas en recientes Reglamentos del Consejo sobre sanciones». DOUE C 151/1, 06.04.2022. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0406\(08\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0406(08))>. [Consultado el: 27/09/2025].

<sup>7</sup> Más detalles sobre este término más adelante (vid. infra II.).

<sup>8</sup> Vid. 4º considerando del Reglamento Screening.

<sup>9</sup> Algunos Estados miembros registran IED en todos los sectores y ajustan el nivel de los umbrales.

permiten intercambiar información sobre las inversiones previstas y reconocer los riesgos potenciales en una fase temprana<sup>10</sup>.

La idea básica que subyace a la legislación de control de las inversiones es claramente distinta del Derecho de competencia: mientras que esta última tiene como objetivo principal la competencia que siempre va de la mano de la creación de condiciones de mercado justas<sup>11</sup>, el Derecho de control de las inversiones se centra en prevenir las amenazas a la seguridad y el orden públicos. No obstante, en la práctica existe un solapamiento entre ambos ámbitos del Derecho, ya que las complejas estructuras de inversión internacional –especialmente en el caso de las inversiones mediatas– producen preguntas jurídicas de varios ámbitos.

### 3. Desarrollo del problema y objetivo

Una de las principales deficiencias del actual sistema es su limitada capacidad para identificar adecuadamente las operaciones de inversión más complejas. Estas surgen cuando agentes extranjeros invierten en empresas europeas a través de estructuras complejas y posiblemente ocultan (consciente o inconscientemente) la identidad del *UBO*<sup>12</sup>. Las IED mediatas, en particular, no suelen entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento, ya que este se basa formalmente en el inversor inmediato, independientemente de su control real por parte de un agente extranjero<sup>13</sup>. La Comisión Europea también ha reconocido los problemas a los que se enfrenta el sistema europeo de control de las inversiones<sup>14</sup> y publicó una nueva propuesta el 24 de enero de 2024<sup>15</sup>, con la que se pretende derogar el Reglamento Screening y realizar importantes ajustes.

---

<sup>10</sup> El conjunto de estos niveles y su interacción se denominará en este documento «normativa europea de control de las inversiones». Al hacerlo, no nos referimos exclusivamente a las normas de la Unión Europea.

<sup>11</sup> SÄCKER, F.J., «Grundlagen», en BIEN, F. et al. [eds.], *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 3ª ed, vol. 1, Múnich (C.H. Beck), 2020, marginal núm. 3.

<sup>12</sup> «*UBO*» son las siglas de «Ultimate Beneficial Owner» (último beneficiario efectivo). Esta figura describe al último beneficiario efectivo en una cadena de sociedades, como ocurrirá regularmente en los casos aquí descritos. No obstante, cabe señalar que el término *UBO* no es un término técnico en el sentido jurídico y puede variar de una jurisdicción a otra. A falta de un término más preciso y con el fin de mantener una cierta flexibilidad con respecto a los distintos ordenamientos jurídicos aquí tratados, el término *UBO* se utiliza, no obstante, tal como se ha definido anteriormente.

<sup>13</sup> Aunque algunos regímenes nacionales de control de las inversiones hayan reconocido el problema y concedan a las autoridades competentes un derecho de revisión, al menos en teoría, vid. p.ej. § 56 V Außenwirtschaftsverordnung (Alemania).

<sup>14</sup> No existe el «control de inversiones europeo» en sentido estricto. Sin embargo, este término se utiliza en este trabajo para describir la compleja totalidad de los diversos regímenes de control de las inversiones. En consecuencia, el término se define en este trabajo como la totalidad de todas las normas –nacionales y europeas– del derecho de control de las inversiones. Por lo tanto, a los efectos que aquí nos interesan, el término no se limita a las normas de la Unión Europea.

<sup>15</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras en la Unión y por el que se deroga el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo», COM(2024) 23 final, 24.01.2024.

Este artículo analiza los déficits existentes en el sistema europeo de control de las inversiones. Analiza en qué medida el Reglamento proporciona una base suficiente para el control de las estructuras de inversión complejas y qué cambios jurídicos y prácticos serían necesarios para reforzar la seguridad y el orden en la Unión Europea. Esto último se hace en contraste con la nueva propuesta de la Comisión.

#### 4. Estructura

El trabajo se divide en tres secciones principales que analizan los problemas del control de inversiones en la Unión Europea, especialmente en lo que respecta a las inversiones mediatas, y proponen soluciones.

La primera sección (II.) examina el concepto de IED (II.1) y explica diversos grupos de casos de inversiones que plantean problemas particulares debido a su complejidad (II.2). La segunda sección (III.) está dedicada a las deficiencias estructurales del actual sistema de control de las inversiones en la UE. Comienza con la complejidad de los grupos de casos específicos (III.1), seguida de un debate sobre la permeabilidad del sistema europeo de control de las inversiones (III.2), que se caracteriza por la falta de armonización (III.2.a) y las deficiencias inherentes al Reglamento Screening (III.2.b). La tercera sección (IV.) muestra cómo estos problemas conducen a la necesidad de revisar la(s) norma(s) actual(es) (IV.1) y cuáles de estos aspectos cubre la nueva propuesta de la Comisión (IV.2). Por último, se extrae una conclusión y se ofrece una perspectiva (V.).

## II. LA IMPOTENCIA DEL ACTUAL SISTEMA NORMATIVO RESPECTO DE LAS INVERSIONES MEDIATAS

La mencionada complejidad de la legislación europea en materia de control de las inversiones genera problemas en relación con las denominadas inversiones directas mediatas. Antes de analizar estos problemas con más detalle, es necesario explicar el concepto de inversión directa mediata. En cuanto a la terminología, hay que distinguir claramente entre lo directo y lo indirecto de una inversión por un lado y entre la inmediatez y la mediatez por otro lado. Una inversión puede ser directa o indirecta y, *al mismo tiempo*, inmediata o mediata.

### 1. Los conceptos de la inversión extranjera (directa)

Hay que distinguir las inversiones extranjeras directas de las denominadas inversiones de cartera (*portfolio*) o también indirectas<sup>16</sup>. Dada la complejidad de la legislación europea

---

<sup>16</sup> ESPLUGUES MOTA, C., «La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del COVID-19», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, octubre 2020, pp. 372 y ss., p. 374.

en materia de control de las inversiones, existen diversas definiciones de estos términos. En principio, sin embargo, se puede decir que una inversión extranjera es una inversión directa si da al inversor la oportunidad de «participar en el control» de la empresa objetivo<sup>17</sup>. Esta es la interpretación del Derecho europeo que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>18</sup>; las interpretaciones nacionales se apartan de ella en algunos casos<sup>19</sup>. El TJUE ha entendido que existe una «participación en el control» a partir de una participación del 5%<sup>20</sup>. Todo lo que esté por debajo del umbral de participación requerido para la «participación en el control» es una inversión de cartera o indirecta, todo lo que esté por encima es una inversión directa<sup>21</sup>. *Esta inversión directa puede ser a su vez inmediata o mediata.*

Dejando a un lado los detalles del concepto de *inversión*, que no contribuyen aquí a la identificación del problema, puede decirse, en aras de la simplicidad, que una *inversión inmediata* tiene como consecuencia que el inversor, una vez ejecutado el contrato, se hace en el caso de un *share deal* titular inmediato de las acciones o participaciones adquiridas<sup>22</sup> y en caso de que sea un *asset deal* este deviene el (único) propietario de todos los activos (*assets*) una vez ejecutado el acuerdo de compra.

A diferencia de una inversión inmediata, en una inversión mediata el inversor (real) no forma parte del grupo de socios una vez realizada la inversión, es decir, que no adquiere las acciones o participaciones (*shares*) de la empresa objetivo o no deviene propietario de los activos (*assets*).

Así las cosas, podría darse la situación en la que una inversión mediata de un inversor extranjero fuera simultáneamente una inversión inmediata de un inversor nacional. Dependiendo del grupo de casos y del ordenamiento jurídico, puede tratarse de una sociedad establecida con arreglo a la legislación nacional respectiva o reconocida como nacional con arreglo a la legislación nacional respectiva, o de un residente de la Unión Europea.

---

<sup>17</sup> STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707 - *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, apartado 102.

<sup>18</sup> El TJUE se está basando en el texto de los arts. 63, 64.1 TFUE; vid. también STJUE de 21 de octubre 2010, C 81/09, ECLI:EU:C:2010:662 - *Idryma Typou*, apartado 48; STJUE de 17 de septiembre 2009, C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559 - *Glaxo Wellcome*, apartado 40.

<sup>19</sup> Cf. el derecho del control de las inversiones austriaco. El § 1 núm. 3 b) de la Ley austriaca de control de las inversiones define la inversión directa como la adquisición inmediata o mediata de acciones o participaciones con derecho a voto en una empresa. De ello se deduce que *cada* acción o participación con derecho a voto constituye una inversión directa. Aunque la Ley austriaca de control de las inversiones corrige esto a través de su § 2 en relación con el § 4, el término «directa» podría omitirse si cada inversión es elegible independientemente de la cantidad de derechos de voto que posea.

<sup>20</sup> STJUE de 26 de marzo de 2009, C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 - *Comisión/Italia*, apartado 38.

<sup>21</sup> Teniendo en cuenta el propósito de protección, tiene sentido fijar este límite en un nivel bajo de participaciones, ya que las adquisiciones muy pequeñas de participaciones no suponen un riesgo para la seguridad y el orden público.

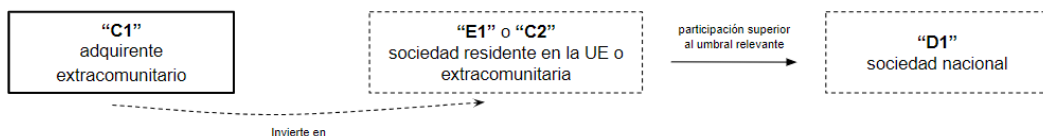
<sup>22</sup> NEHRING-KÖPPL, J., *Paradigmenwechsel im Außenwirtschaftsrecht. Eine rechtliche Untersuchung der sektorübergreifenden Investitionskontrolle*, 2022, Berlin (Duncker & Humblot GmbH), p. 156; BUNGENBERG, M. y REINHOLD, P., *Investitionskontrollrecht*, Múnich (C.H. Beck), 2023, marginal núm. 104.

## 2. Los grupos de casos de la inversión directa mediata

Con el fin de ilustrar lo dicho hasta ahora, a continuación se describirán brevemente los distintos grupos de casos de *inversiones extranjeras directas mediatas*. Esto sirve para poder referirse a los grupos de casos aquí mencionados en el curso de este ensayo. En los siguientes ejemplos, D1 será una empresa alemana, E1 y E2 serán empresas españolas y C1, C2 y C3 serán empresas chinas. Así, cabe pensar en tres grupos de casos fundamentales, dejando a lado las participaciones o acciones respectivas.

1. Un inversor extracomunitario<sup>23</sup> (C1) adquiere una participación inmediata en una sociedad residente en la Unión Europea (pero no nacional) (E1) o extracomunitaria (C2) que ya posee una participación en una sociedad nacional (D1) superior al umbral relevante<sup>24</sup> en el caso concreto.

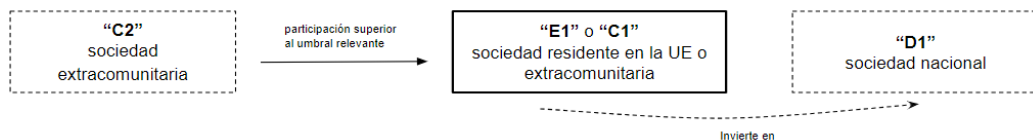
Esquema 1



Fuente: Ilustración propia, basada en «Abbildung 1», SACHS, B. *et al.* [eds.], *Außenwirtschaftsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., Múnich (C.H. Beck), 2024, § 55 AWW.

2. Una sociedad residente en la Unión Europea (E1) o extracomunitaria (C1) invierte en una sociedad objetivo nacional (D1) y, al hacerlo, tiene a su vez como socio a una persona extracomunitaria (C2) por encima del umbral relevante.

Esquema 2



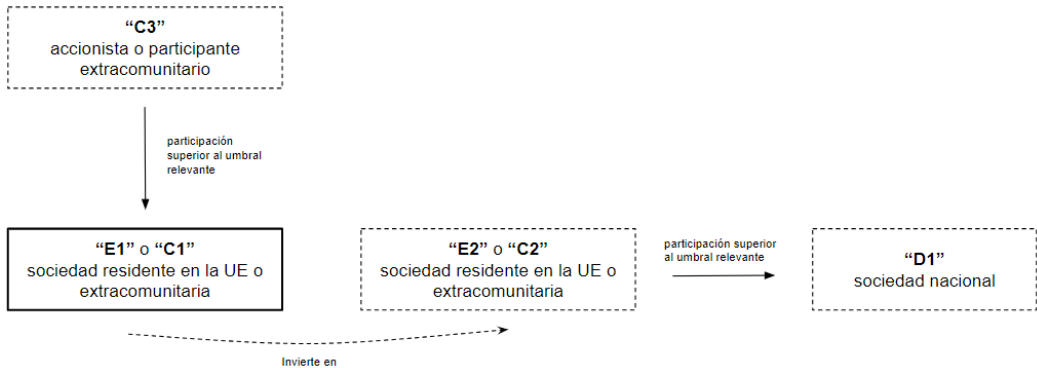
Fuente: Ilustración propia, basada en «Abbildung 1», SACHS, B. *et al.* [eds.], *Außenwirtschaftsrecht*, cit., § 55 AWW.

<sup>23</sup> Existen casos en los que el inversor también puede ser por un lado (solo) extranjero y por otro lado hay regímenes que incluyen también residentes de países de la Asociación Europea de Libre Comercio.

<sup>24</sup> Los umbrales relevantes vienen determinados por el régimen aplicable. En la mayoría de los casos empiezan a los 10% de derechos de votos, excepcionalmente 5%.

- Una sociedad residente en la Unión Europea (E1) o extracomunitaria (C1) invierte en otra sociedad residente (E2) o extracomunitaria (C2) que, a su vez, posee una participación en la sociedad objetivo nacional (D1) y tiene a su vez un socio extracomunitario (C3) por encima del umbral relevante.

Esquema 3



Fuente: Ilustración propia.

En términos abstractos, la inversión relevante en el primer supuesto tiene lugar en la cadena de sociedades, que sólo afecta *mediatamente* a la empresa nacional. En el segundo supuesto, la inversión relevante tiene lugar *inmediatamente* en la empresa nacional, pero el inversor extracomunitario sólo participa *mediatamente*. El tercer supuesto es una combinación del primero y del segundo, en la medida en que una inversión relevante tiene lugar en la cadena de participación y, al mismo tiempo, se produce una participación mediata del inversor en la sociedad objetivo nacional. Dependiendo de la legislación aplicable, todas estas constelaciones pueden entenderse como *share deals* y *asset deals*. La manera de tratar estos supuestos y cómo se solucionan algunos de los problemas que producen estos supuestos varía dependiendo de los regímenes nacionales aplicables. Debido al formato, un análisis profundo de diferentes regímenes nacionales no encaja aquí. Por eso, la discusión se centra en el sistema europeo.

### III. LA FUENTE DEL MALESTAR

Por lo que respecta al sistema europeo de control de las inversiones, los problemas que afectan (no en todos los casos exclusivamente) a las inversiones directas mediatas consisten en particular en la dificultad de comprender y, por tanto, de identificar los supuestos descritos debido a una mayor complejidad (1.), que a pesar de los primeros intentos no puede garantizarse realmente de forma óptima porque el sistema europeo sigue siendo permeable

(2.), lo que a su vez se debe a una falta de armonización (2.a) y a un ámbito de aplicación restringido y en algunos aspectos un diseño demasiado laxo del Reglamento Screening (2.b).

## 1. Complejidad aumentada

La descripción de algunos de los grupos de casos de inversión directa mediata ya ha indicado que esta puede ser más compleja per se que una inversión directa. Sin embargo, no existen límites a la imaginación cuando se trata de estructurar la constelación específica. El hecho de que el *UBO* sea decisivo y que la clasificación como tal –dependiendo del sistema jurídico aplicable– se asuma generalmente ya en un 25%<sup>25</sup> significa que puede haber varias *UBO* en el primer paso. Incluso con respecto a un único *UBO*, la identificación en una red de docenas o incluso cientos de sociedades puede resultar problemática. Si hay varios *UBO* y además tienen la intención de ocultar su posición<sup>26</sup>, la autoridad competente se enfrenta a graves problemas para determinar que existe una inversión auditable y con respecto a quién debe ser auditada.

Ahora el inversor también está sujeto a una obligación de notificación<sup>27</sup>, así como al riesgo de que la inversión se cancele con carácter retroactivo si no se notifica, lo que sin duda constituye una potente amenaza. Pero, ¿significan estos mecanismos que se puede confiar en que las inversiones se declaren en su totalidad?

Esta laguna en la obtención real de conocimientos se pretendía subsanar principalmente con el Reglamento Screening de la Unión Europea y su mecanismo de cooperación. Sin embargo, este falla en varios aspectos en este contexto<sup>28</sup>.

## 2. La permeabilidad del sistema europeo

Este fracaso, que se explicará con más detalle a continuación, conduce a la permeabilidad continua del sistema europeo de control de las inversiones. En todo el mundo, la economía está (cada vez más o todavía) muy interconectada. Esta interdependencia no sólo consiste en dependencias mutuas con respecto a las cadenas de suministro, las interacciones

---

<sup>25</sup> Refiriéndose al término usado en el Derecho de competencia.

<sup>26</sup> Por ejemplo, por adquisiciones paralelas y adicionales. Estos casos son aquellos en los que un fraccionamiento artificial de una operación de adquisición realmente uniforme se divide entre varias inversiones diferentes y/o personas jurídicas formalmente distintas, cada una de las cuales se mantiene por debajo del umbral respectivo.

<sup>27</sup> Este es sin duda el caso en la mayoría de los Estados miembros que ya cuentan con una legislación de control de las inversiones, entre ellos España y Alemania.

<sup>28</sup> Resulta algo difícil hablar de un fracaso basado en el objetivo del Reglamento Screening, ya que en este punto se esconde detrás del objetivo de «mejorar» el statu quo y establecer un marco para la cooperación. Sin duda, el Reglamento Screening ha supuesto una ligera mejora, lo que, sin embargo, no lleva a un statu quo bueno.

relacionadas con el mercado y la interacción de productos y servicios secundarios. Más bien, –sin querer evaluarlo en virtud del Derecho de competencia– se ha producido una integración vertical y/u horizontal en muchos ámbitos y en muchas empresas, lo que ha dado lugar a redes corporativas multinacionales. Esto es especialmente cierto en la Unión Europea. Aunque no forma un Estado común, ha creado vínculos muy estrechos entre las empresas de todos los Estados miembros a través de su mercado interior, que ya tiene más de 30 años.

Esto significa que las inversiones en una empresa con sede en el Estado miembro A afectan regularmente también a empresas con sede en los Estados miembros B, C, D, etc., porque la empresa del Estado miembro A posee acciones o participaciones en los demás. Si estas alcanzan un cierto nivel, la inversión puede quedar sujeta a la ley de control de inversiones debido al impacto potencial sobre la seguridad y el orden públicos. Esto significa que el sistema europeizado, que, como se ha descrito anteriormente, se basa decisivamente en los mecanismos de control de las inversiones de los Estados miembros y en el que el Reglamento Screening solo tiene un efecto coordinador, es sólo tan fuerte como su eslabón más débil.

El limitado espacio disponible no nos permite entrar en los detalles de los respectivos controles de inversiones nacionales. La evaluación puede variar en función de los umbrales, los sectores protegidos, los umbrales para la atribución del control y el inversor adecuado, así como de otros detalles.

#### A. *Falta de armonización*

El problema de la falta de armonización radica menos en la falta de uniformidad de los procesos y la terminología y, por tanto, de puntos de referencia (aunque esto también existe). El problema radica más bien en la falta de una armonización mínima<sup>29</sup>. Esto tiene la consecuencia particular de que todavía hay Estados miembros que no tienen ningún sistema de control de las inversiones o que lo tienen muy débil.

En el contexto de las inversiones directas mediatas, y en particular teniendo en cuenta la interconectividad de las empresas dentro de la Unión Europea descrita anteriormente, la ausencia de sistemas (eficaces) en los Estados miembros individuales conduce a la permeabilidad de todo el sistema europeo. Esto se debe al hecho de que si la inversión procede de otro Estado miembro (grupo de casos 1, vid. infra), o si no hay inversión en la empresa objetivo real, sino en una empresa intermediaria de otro Estado miembro (grupo de casos

---

<sup>29</sup> El art. 1.3 del Reglamento («Ninguna disposición del presente Reglamento podrá entenderse como limitación del derecho de cada Estado miembro a decidir si controla o no una determinada inversión extranjera directa en el marco del presente Reglamento.») y el art. 3.1 («[...]los Estados miembros podrán mantener, modificar o adoptar mecanismos para controlar [...] las inversiones extranjeras directas en su territorio.») estipulan obvedades en el sentido que los EEMM *pueden*, pero *no tienen que* adoptar mecanismos de control de inversiones extranjeras.

2, vid. infra), ya es difícil reconocerla como inversión *extranjera directa revisable*. Si imaginamos ahora una situación en la que un inversor extranjero invierte en una empresa croata, por ejemplo, y esta a su vez tiene una participación relevante (vid. infra) en una empresa de otro Estado miembro, entonces la inversión en la empresa croata puede afectar a la seguridad pública y al orden público del otro Estado miembro. Sin embargo, la inversión no tiene lugar inicialmente en el otro Estado miembro, sino en Croacia, por lo que el otro Estado miembro debe confiar realmente en que Croacia<sup>30</sup>, en primer lugar, examine esta inversión y, en segundo lugar, tome una decisión que proteja simultáneamente la seguridad pública y el orden público del otro Estado miembro.

Para ello, el Reglamento Screening establece un mecanismo de cooperación a través del cual los Estados miembros afectados pueden comunicarse entre sí<sup>31</sup>. El punto de partida del Reglamento Screening y, por tanto, también del mecanismo de cooperación es la revisión real de la inversión por parte del Estado miembro respectivo. Esto significa que en los casos en los que la inversión tiene lugar en el territorio de un Estado miembro que no tiene control de inversiones, el mecanismo de cooperación no se aplica en absoluto. Al mismo tiempo, sin embargo, el Reglamento Screening de la Unión Europea no establece la obligación de crear un sistema de control de las inversiones, lo que resulta difícil de entender en relación con el punto de partida, por un lado, y provoca peligrosas lagunas en el sistema europeo de control de las inversiones, por otro.

## *B. Debilidades del Reglamento-Screening*

Además del problema del punto de partida en relación con la falta de armonización mínima, el Reglamento Screening no puede ser plenamente eficaz aunque el Estado miembro en cuyo territorio tenga lugar la inversión disponga de su propio sistema de control de las inversiones. Esto se debe al ámbito de aplicación objetivamente limitado y a la comprensión de las inversiones extranjeras directas según la legislación europea y a las deficiencias del propio mecanismo de cooperación.

### *a. El ámbito de aplicación del Reglamento-Screening*

El Reglamento Screening, y por tanto su mecanismo de cooperación, se refiere a la inversión extranjera directa. Como ya se ha mencionado, la comprensión de este término varía en función del ordenamiento jurídico que se considere. Mientras que en la sección anterior se ha hecho referencia a la distinción entre inversiones directas e indirectas, así como

---

<sup>30</sup> El ejemplo de Croacia es adecuado para ilustrar este problema, ya que Croacia no tiene (todavía) una ley de control de las inversiones y, por lo tanto, no examinará una inversión de este tipo y, en consecuencia, ofrece una puerta de entrada a la UE para los inversores extranjeros.

<sup>31</sup> Art. 6 a 8 del Reglamento Screening.

indirectas y directas, en lo que respecta al ámbito de aplicación del Reglamento Screening, la atención se centra en la comprensión de «extranjero» según la legislación europea.

Las definiciones del art. 2 núm. 1 y 2 del Reglamento Screening son bastante claras en cuanto a su redacción. Las inversiones extranjeras directas son únicamente aquellas realizadas por un inversor extranjero (art. 2 núm. 1). Se consideran inversores extranjeros las personas físicas de un tercer país o una empresa de un tercer país (art. 2 núm. 2). Desde la perspectiva del derecho europeo, los terceros países son, por supuesto, todos los Estados miembros. Sin embargo, esta interpretación conllevaría el problema de que las inversiones directas mediatas en la constelación en la que el inversor directo está situado en otro Estado miembro ya no se clasificarían como inversiones directas *extranjeras*, aunque el inversor real<sup>32</sup> (*UBO*) esté situado en un tercer país. Aun así, estas constelaciones albergan la especial complejidad que hizo necesario en primer lugar el mecanismo de cooperación del Reglamento Screening de la Unión Europea (vid. *infra*).

Ahora es posible intentar una interpretación teleológica de estas disposiciones, como hizo la Abogada General Carpetta en el procedimiento *Xella* ante el TJUE<sup>33</sup>, en el sentido de que el objetivo del Reglamento es permitir la revisión de las inversiones extranjeras directas para determinar si una transacción supone una amenaza para la seguridad pública o el orden público. Este objetivo sólo podría alcanzarse si también se cubrieran las inversiones mediatas a través de sociedades europeas. Centrarse únicamente en el criterio formal del domicilio social de una sociedad y no tener en cuenta la adquisición mediata real del control (en este caso a través de una sociedad paraguas en las Bermudas) sería contrario al objetivo del Reglamento<sup>34</sup>. Este fue también el argumento de la Comisión Europea<sup>35</sup>.

Sin embargo, el TJUE era de otra opinión. Por lo que respecta al concepto de «inversión extranjera directa», entendió que la «[...] adquisición de que se trata en el litigio principal [...] tampoco está comprendida en dicho ámbito de aplicación [del Reglamento Screening]»<sup>36</sup>. Además, afirmó que «[E]l ámbito de aplicación del Reglamento 2019/452 se limita [...] a las inversiones en la Unión que realicen empresas constituidas u organizadas de otro modo con arreglo a las leyes de un tercer país»<sup>37</sup>. Así pues, el TJUE se atuvo estrictamente a la

---

<sup>32</sup> «Real», en el sentido de que este último es el que en última instancia obtiene el control en el sentido de la ley de control de inversiones.

<sup>33</sup> STJUE de 13 de julio de 2023, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568 - *Xella*. La sentencia *Xella* es la primera y todavía única sentencia del TJUE en el ámbito de control de inversiones extranjeras directas.

<sup>34</sup> ABOGADA GENERAL CÁRPETA, dictamen de 30 de marzo de 2023, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:267, apartados 45 y 49.

<sup>35</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Frequently asked questions on Regulation (EU) 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union», p. 8, pregunta 12 («What is the basis for considering an investment “foreign” under EU law»). Disponible en: <<https://circabc.europa.eu/rest/download/7c76619a-2fcd-48a4-8138-63a813182df2>>. [Consultado el: 27.09.2025].

<sup>36</sup> *Xella*, apartado 34.

<sup>37</sup> *Xella*, apartado 32.

redacción y, al mismo tiempo, utilizó una interpretación restrictiva del término «inversión extranjera directa»<sup>38</sup>.

Por lo tanto, la sentencia *Xella* confirma esta interpretación del Reglamento Screening y tiene la desastrosa consecuencia de que, en primer lugar, cuando se necesita urgentemente y, en segundo lugar, cuando en principio podría ser aplicado por los Estados miembros implicados si tienen su propio régimen de control de las inversiones, sin embargo sigue siendo inaplicable porque se autolimita en su propia concepción.

#### b. El mecanismo de cooperación

Aparte de la restricción del vínculo con la revisión real, mencionada en primer lugar, y por la restricción del ámbito de aplicación, mencionada en último lugar, una vez que se ha abierto realmente el ámbito de aplicación del Reglamento Screening, los problemas se ven agravados por las debilidades del propio mecanismo de cooperación.

Más que de un mecanismo de cooperación en singular, en realidad, se trata de diferentes mecanismos de cooperación que tienen diferentes procesos en función de la constelación o –si se quiere– de un mecanismo de cooperación con diferentes variantes. Estas variantes se regulan en los art. 6 a 9 del Reglamento Screening.

La finalidad del mecanismo (o mecanismos<sup>39</sup>) de cooperación es permitir una mejor cooperación y apoyo mutuo entre los Estados miembros<sup>40</sup>. A este respecto, se distinguen distintas variantes en los casos de las inversiones extranjeras directas sujetas a revisión (art. 6), las no sujetas a revisión (art. 7) y las que «puedan afectar a proyectos o programas de interés de la Unión» (art. 8). Las dos primeras siguen esencialmente la misma estructura.

La lectura de los arts. 6 y 7 del Reglamento Screening ya revela el primer punto débil de la norma. El hecho de que el ámbito de aplicación del Reglamento Screening se limite fundamentalmente a las inversiones extranjeras directas que se revisan realmente, es decir, las que entran en el ámbito de aplicación del régimen de control de las inversiones del Estado miembro de la sociedad objetiva produce una sensible laguna (vid. supra).

Esto conduce a la mencionada laguna en la identificación efectiva de las inversiones potencialmente peligrosas para la seguridad. Los apartados 2 y 3 del artículo 6 y el artículo 7 Reglamento Screening intentan resolver este problema concediendo a los demás Estados

---

<sup>38</sup> Hay que señalar que, al parecer, el TJUE sólo se refería a las inversiones directas mediatas «clásicas». Dado que no amplió explícitamente esta interpretación a aquellos casos en los que, aunque objetivamente exista un caso de inversión directa mediata clásica, se añade un elemento de intención de eludir a nivel subjetivo, cabe suponer –sobre todo teniendo en cuenta el considerando 10 del Reglamento Screening– que el Reglamento Screening se aplica no obstante en estos casos.

<sup>39</sup> En adelante se usa el singular para no confundir al lector, porque hablar del mecanismo de cooperación en singular es lo más común.

<sup>40</sup> Vid. el 16º considerando del Reglamento Screening.

miembros, así como a la Comisión, el derecho a formular observaciones y dictámenes incluso sin que se lo pida el Estado miembro que realiza la revisión (o que no la realiza en el caso del artículo 7). Sin embargo, es precisamente en este punto donde el mecanismo de cooperación es defectuoso. Aunque en teoría la Comisión y los demás Estados miembros pueden intervenir en el procedimiento, en la práctica las autoridades del Estado miembro afectado son las más próximas a los hechos, lo que significa que, desde una perspectiva práctica y empírica, los demás Estados miembros y la Comisión sólo pueden actuar de forma limitada a este respecto. Esto se debe a que las autoridades nacionales tienen el conocimiento específico necesario de las leyes locales, así como los recursos y la presencia en el territorio para llevar a cabo los procedimientos de manera más eficiente que los agentes supranacionales, debido a su acceso directo a la información pertinente y a su eficacia. Este arraigo explica que las autoridades competentes de un Estado miembro también pueden obtener conocimiento de las inversiones que merecen ser examinadas al margen del procedimiento de control de inversiones propiamente dicho, es decir, incluso sin notificación formal. Esto es, desde luego, menos probable en el caso de las autoridades de otros países. Esta constatación ya fue decisiva para la adopción del Reglamento Screening, en la medida en que el mecanismo de cooperación pretendía colmar esta laguna. De hecho, en el mejor de los casos la ha reducido algo, pero no la ha cerrado, como se demostrará ahora utilizando los aspectos individuales del mecanismo de cooperación.

No cabe aquí un análisis profundo de las deficiencias de cada aspecto del mecanismo de cooperación. Cabe señalar que, si bien se establecen claras obligaciones legales en materia de comunicación y notificación (art. 6.1: los Estados miembros «[...] comunicarán a la Comisión y a los demás Estados miembros toda inversión extranjera directa en su territorio que esté sometida a control [...]»), estos elementos sólo entran en juego si el Estado miembro en cuestión revisa realmente la inversión. Si no lo hace, el mecanismo de cooperación podría «activarse» de otra manera, es decir, a través de las observaciones de los Estados Miembros. Estas otorgan a los Estados miembros que consideren que su seguridad y orden público están amenazados el derecho a dirigirse a los Estados miembros en cuyo territorio se realiza la inversión («[...] podrá formular observaciones al Estado miembro [...]»), art. 6.2 y 7.1). El art. 7.1 se refiere explícitamente a las inversiones que no están sujetas a revisión. Se trata, por tanto, de un instrumento que permite a los Estados miembros afectados activar el mecanismo de cooperación, incluso si el Estado miembro en cuyo territorio se realiza la inversión no dispone de un derecho de control de las inversiones.

¿Pero entonces qué? En principio, los Estados miembros receptores están obligados a tener «debidamente en cuenta». Sin embargo, si el Estado miembro en cuestión no dispone de una ley de control de las inversiones ni de otros poderes extraordinarios de las instituciones estatales, tiene las manos atadas en lo que respecta al principio de reserva de ley, común a todos los Estados miembros.

Además, el Reglamento Screening no establece una verdadera obligación legal para que los Estados miembros receptores tengan en cuenta las observaciones. Lo mismo se aplica a los dictámenes de la Comisión (art. 6.3, 7.2, 8.1).

Más bien se remite al art. 4.3 del TUE. Las obligaciones resultantes son muy diversas<sup>41</sup>. En cuanto a los grupos de casos en el mecanismo de cooperación, sin embargo, dos perspectivas son particularmente relevantes: la obligación de los Estados miembros frente a la Unión Europea (art. 4.3 párrafo 2 y 3 TUE) y la de los Estados miembros entre sí (art. 4.3 párrafo 1 primera media frase TUE).

Tener en cuenta las observaciones entre los Estados miembros implicaría obligaciones mutuas<sup>42</sup>. Esta obligación tiene a su vez dos formas: la obligación de solidaridad mutua y cooperación en todos los ámbitos<sup>43</sup>, así como la cooperación en el marco de acuerdos mixtos<sup>44</sup>. La segunda alternativa es menos pertinente en este caso porque el Reglamento Screening es un reglamento europeo y no un acuerdo mixto. Sin embargo, la obligación de solidaridad mutua podría ser pertinente. Dependiendo de cómo se interpreten su ámbito de aplicación y sus características, podría obligar a los Estados miembros que reciban las observaciones a tenerlas en cuenta en parte o en su totalidad y cumplir así el concepto de la palabra «debidamente». A favor de ello hablaría la importancia de la solidaridad mutua entre los Estados miembros para el funcionamiento de la Unión Europea. Sin embargo, los mejores argumentos hablan en contra de una reducción tan rígida. Por un lado, hay que subrayar una vez más que los Estados miembros son responsables de salvaguardar sus propios intereses esenciales en materia de seguridad. Aunque estos puedan coincidir con los de otro Estado miembro, de no ser así, los Estados miembros deben salvaguardar ante todo su propia seguridad. Por otra parte, la expresión «tendrá debidamente en cuenta» se ha elegido deliberadamente para mantener cierta flexibilidad<sup>45</sup>.

Es cierto que esto no obliga al Estado receptor de las observaciones a realizar un control de inversiones ni a decidir en un sentido u otro. No obstante, se reduce el riesgo de que no se lleve a cabo un procedimiento por falta de conocimiento en los casos de inversión mediata. El problema sigue siendo que las comunicaciones, en su función de «indicaciones», sólo pueden tenerse en cuenta en el marco de una decisión discrecional de la autoridad competente. Si el régimen nacional de control de las inversiones impone límites a la autoridad competente que quedan fuera del ámbito de las decisiones discrecionales, entonces ni siquiera la voluntad de

---

<sup>41</sup> KAHL, W., «Art. 4 EUV», en CALLIESS, C. y RUFFERT, M. [eds.], *EUV AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit europäischer Grundrechtecharta*, 6ª ed., Múnich (C.H. Beck), 2022, marginal núm. 97; HATJE, A., *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, Baden-Baden (Nomos), 2001, p. 36 y ss.; KLAMMERT, M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford (Oxford University Press), 2014, p. 223 y ss.

<sup>42</sup> KAHL, W., «Art. 4 EUV», cit., marginal núm. 104.

<sup>43</sup> VEDDER, C., en VEDDER, C. y VON HEINEGG, W. H. [eds.], *Europäisches Unionsrecht EUV AEUV GRCh EAGV*, 2.ª ed., Baden-Baden (Nomos), 2018, p. 83, marginal núm. 31.

<sup>44</sup> TJUE, dictamen 1/94, OMC, Rec. 1994, I-5267, marginal núm. 108.

<sup>45</sup> En particular, los considerandos 16 y ss.

la autoridad competente cambia esto y, por lo tanto, una observación sigue siendo ineficaz en estos casos. Esta restricción comienza con el ámbito de aplicación del respectivo régimen de control de inversiones. Si la inversión específica no está cubierta y no existe una disposición general que conceda a las autoridades un derecho de revisión en casos excepcionales, entonces la inversión ya no puede prohibirse en virtud de la legislación de control de inversiones. También hay quien opina que en este caso deberían utilizarse instrumentos reguladores generales o el art. 346 del TFUE<sup>46</sup>. Sin embargo, esto es igualmente poco convincente en vista del efecto de un reglamento y del hecho de que no hay obligación de establecer un mecanismo separado.

En tal caso, sería al menos concebible que otro Estado miembro, si no se lleva a cabo una revisión después de haber presentado una observación al Estado miembro en el que tiene lugar directamente la inversión, disponga de sus propios instrumentos que puedan minimizar la situación de riesgo creada por la inversión. Puede tratarse de una ley de control de las inversiones, cuyo ámbito de aplicación se extienda más allá de su propio territorio, o de otros instrumentos de derecho público, como determinadas condiciones, pero también instrucciones, incluida la nacionalización de filiales situadas en su propio territorio.

En cualquier caso, el art. 4.3 TUE no conduce aquí a una interpretación obligatoria de la palabra «debidamente». Sigue siendo cierto que se trata de una cuestión individual y que puede existir una obligación de responder a las exigencias de una observación de otro Estado miembro en casos absolutamente individuales. Sin embargo, se puede observar que el alcance de las observaciones no es realmente lo suficientemente amplio como para remediar los problemas descritos anteriormente.

Lo mismo se aplica a los dictámenes de la Comisión: incluso si se quisiera asumir una obligación legal con respecto a los dictámenes de la Comisión<sup>47</sup>, esta consistiría en tener en cuenta los dictámenes. Para saber cómo debería ser esto exactamente, remítase a la explicación de la consideración de las observaciones de los Estados miembros. En consecuencia, aquí tampoco existe una obligación legal real e incluso si se quisiera ver una, sería bastante vacía.

### c. Resultado provisional

Las afirmaciones anteriores revelan las debilidades inherentes al Reglamento Screening. El ámbito de aplicación excesivamente limitado hace que las inversiones directas

---

<sup>46</sup> Vid. también BRÜGGEMANN, M., «Neuer Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der EU - zahnloser Tiger oder neuer Protektionismus aus Brüssel?», *Der Betrieb*, 72.<sup>a</sup> ed., 2019, p. 1131 y ss., p. 1135.

<sup>47</sup> Esta se podría derivar de institutos como la reducción de la discrecionalidad a cero (establecida por el tribunal administrativo federal alemán). Una reducción de la discrecionalidad a cero significa que la autoridad dispone en general de discrecionalidad para la consecuencia jurídica a elegir. En el caso concreto, sin embargo, sólo puede tomar una decisión correcta por determinadas razones, lo que significa que está vinculada en su determinación de las consecuencias jurídicas.

mediatas, especialmente difíciles de captar, queden excluidas en el caso de las inversiones intracomunitarias y que, por tanto, los Estados miembros tampoco puedan utilizar el mecanismo de cooperación.

Al mismo tiempo, las obligaciones de cooperación prácticamente vacías en el marco del mecanismo de cooperación hacen que, en los casos en los que sí se aplica el Reglamento Screening, el mecanismo de cooperación posibilite y exija una mejor comunicación, pero en ningún caso la garantice<sup>48</sup>.

#### **IV. NECESIDAD DE LA REVISIÓN DEL REGLAMENTO SCREENING Y NUEVA PROPUESTA**

##### **1. Necesidad de revisión y aspectos a mejorar**

Todas estas deficiencias conducen a la necesidad de revisar el Reglamento Screening. Como ya se ha mencionado, la Comisión Europea ya lo ha reconocido y ha publicado su nueva propuesta el 24 de enero de 2024 (vid. supra).

Naturalmente, estas lagunas también muestran los aspectos de la legislación europea de control de las inversiones que deben mejorarse. En el documento encargado por la Unión Europea, la OCDE reconoció la gran importancia del Reglamento Screening para la creación de una conciencia europea común, un intercambio intensivo entre los Estados miembros y una normalización de las condiciones de control dentro de la Unión Europea<sup>49</sup>.

Al mismo tiempo, sin embargo, está claro que es necesario adaptar puntos clave. Dejando a un lado consideraciones políticas y económicas, en primer lugar habría que completar los regímenes nacionales de control para una identificación más eficaz de las inversiones extranjeras directas mediatas, por ejemplo haciendo obligatorio el establecimiento de un régimen de este tipo, por ejemplo mediante una armonización mínima. El alcance incoherente de los controles de inversiones pertinentes debido a sus diferentes ámbitos de aplicación también tendría que armonizarse mediante una norma europea. Además, el mecanismo de cooperación debe reforzarse en lo que respecta a su falta de rigor y obligación de cooperar.

Aunque no es el tema de este trabajo, no debe olvidarse que, además del endurecimiento desde el punto de vista de cuestiones de seguridad y orden público, también debe tenerse en cuenta el atractivo para los inversores. Para garantizarlo, debe crearse una mayor transparencia, que podría incluir, por ejemplo, una obligación de publicación de las inver-

---

<sup>48</sup> Como se ha demostrado, el mecanismo de cooperación se basa en última instancia en la buena voluntad de los implicados. Si echamos un vistazo a Hungría o a Polonia hace dos años, rápidamente queda claro con qué facilidad los Estados individuales podrían echar al aire las ruedas.

<sup>49</sup> OECD, «Framework for Screening Foreign Direct Investment into the EU: Assessing effectiveness and efficiency», OECD Publishing, 2022. Disponible en: <<https://doi.org/10.1787/f75ec890-en>>. [Consultado el: 01/09/2024].

siones y procesos que actualmente no existe. Desde la perspectiva del inversor, también es sin duda deseable una mayor seguridad jurídica en lo que respecta a la apertura del criterio de revisión.

## 2. Contraste con la nueva propuesta

### A. *Introducción a la nueva propuesta*

La nueva propuesta de la Comisión Europea (vid. *infra*) forma parte de las cinco iniciativas<sup>50</sup> que desarrollan la Estrategia Europea de Seguridad Económica de la Unión Europea<sup>51</sup>. Con ella se pretende derogar el Reglamento Screening y crear un nuevo marco jurídico para la legislación europea en materia de control de las inversiones. Además del objetivo obvio de proteger mejor la seguridad y el orden público en la Unión Europea<sup>52</sup>, también es reconocible la legítima preocupación de que la Unión Europea debe seguir siendo un lugar atractivo para la inversión extranjera<sup>53</sup>. Por otra parte, la armonización de las diferencias nacionales en materia de control de inversiones debe garantizar unas mejores condiciones de competencia en toda la Unión Europea por lo que respecta a la inversión extranjera directa<sup>54</sup>. Para ello, se armonizarán diversos aspectos sustantivos y de procedimiento de los mecanismos nacionales de control de las inversiones y se seguirá desarrollando el mecanismo de cooperación ya introducido<sup>55</sup>. En última instancia, sin embargo, la reforma también pretende, en particular, subsanar los déficits de eficacia de la normativa actual y reducir la carga administrativa tanto para las partes de la transacción como para las autoridades nacionales<sup>56</sup>. El equilibrio entre las preocupaciones de seguridad y los aspectos económicos inherentes al control de inversiones se complica aún más en el contexto de la Unión por el hecho de que la seguridad nacional es competencia de los Estados miembros.

---

<sup>50</sup> COMISIÓN EUROPEA, «La Comisión ha adoptado cinco iniciativas para reforzar la seguridad económica de la UE en un momento de crecientes tensiones geopolíticas y profundos cambios tecnológicos. El paquete tiene como objetivo aumentar la seguridad económica de la UE, manteniendo al mismo tiempo la apertura del comercio, las inversiones y la investigación para la economía de la UE, en consonancia con la Estrategia Europea de Seguridad Económica, de junio de 2023», Comunicado de prensa, 24.01.2024. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_24\\_363](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_363)>. [Consultado el: 01/09/2024].

<sup>51</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Un enfoque de la UE para la mejora de la seguridad económica», Comunicado de prensa, 20.06.2023, Disponible en: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_23\\_3358](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_23_3358)>. [Consultado el: 01/09/2024].

<sup>52</sup> Vid. nueva propuesta, p. 1 y ss.

<sup>53</sup> Ibid. p. 2.

<sup>54</sup> Ibid. p. 12.

<sup>55</sup> Vid. el 8.º considerando de la nueva propuesta.

<sup>56</sup> Vid. el 6.º considerando de la nueva propuesta.

La propuesta de reforma está aún en sus inicios y actualmente se debate entre los Estados miembros<sup>57</sup> y las primeras instituciones europeas están tomando posición<sup>58</sup>.

### B. Puntos clave

La propuesta de reforma mantiene el marco básico del antiguo Reglamento Screening. A este respecto, el nuevo Reglamento sigue proporcionando únicamente el marco, que en particular organiza el mecanismo de cooperación y establece requisitos mínimos para los mecanismos nacionales de control de las inversiones. Los Estados miembros son libres de establecer normas más amplias o más estrictas<sup>59</sup>. Los elementos centrales de la propuesta son el reajuste del ámbito de aplicación<sup>60</sup> y la armonización de los mecanismos nacionales de control de las inversiones<sup>61</sup>. También prevé un mayor desarrollo del mecanismo de cooperación<sup>62</sup>.

### C. Cambios respecto de las inversiones mediatas

Los tres elementos básicos mencionados anteriormente también están relacionados con las inversiones mediatas. Ante todo, el ámbito de aplicación del nuevo reglamento europeo debería adaptarse en lo que respecta a la comprensión de la inversión extranjera directa. Tanto la evaluación<sup>63</sup> como la sentencia *Xella* han puesto de manifiesto las deficiencias señaladas previamente. La ampliación establece que ahora también están cubiertas

---

<sup>57</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS ITALIANA, «Opinion on the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality», 10335/24, 24.05.2024. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_10335\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10335_2024_INIT)>. [Consultado el: 27/09/2025]; CORTES GENERALES, «Opinion on the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality», 8903/24, 12.04.2024. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_8903\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8903_2024_INIT)>. [Consultado el: 27/09/2025].

<sup>58</sup> SECRETARIA GENERAL DEL CONSEJO, «Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council», 8210/24, 25.03.2024. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_8210\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8210_2024_INIT)>. [Consultado el: 27/09/2025]; SECRETARIA GENERAL DEL CONSEJO, «Opinion of the European Economic and Social Committee (EESC), Screening of foreign investments in the Union», 12273/24, 15.07.2024. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_12273\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_12273_2024_INIT)>. [Consultado el: 27/09/2025].

<sup>59</sup> Vid. el art. 4 de la nueva propuesta.

<sup>60</sup> Art. 2 de la nueva propuesta.

<sup>61</sup> Art. 4 de la nueva propuesta.

<sup>62</sup> Art. 3 de la nueva propuesta.

<sup>63</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Commission Staff Working Document. Evaluation of Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union. Accompanying the document “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council”», SWD(2017) 297 final, 13.09.2017,

las inversiones intracomunitarias<sup>64</sup> y las inversiones greenfield<sup>65</sup>. Aunque las inversiones intracomunitarias no son el principal problema en relación con el control de inversiones español y alemán (vid. supra I, 1. y 2), sino que han causado problemas en otros Estados miembros, los ajustes en relación con las inversiones greenfield también remediarían las lagunas existentes en Alemania y España. Se trataría de un ajuste positivo a la vista de los riesgos que las inversiones mediatas provocan en estos supuestos. La mayor armonización de la legislación europea en materia de control de las inversiones colma las mayores lagunas de las que adolecía. Esto es menos problemático en lo que respecta a Alemania y España, porque ambos tienen regímenes de control de las inversiones bastante elaborados. Pero la falta o el escaso desarrollo de los regímenes de control de las inversiones de algunos Estados miembros es uno de los mayores problemas del actual sistema europeo de control de las inversiones y aún en Alemania y España sigue habiendo problemas. Esta mayor armonización consiste en el desarrollo de una armonización mínima<sup>66</sup> con respecto al nivel de protección de los regímenes nacionales de control de las inversiones<sup>67</sup> y en el aumento de la eficacia y la mejora de la cooperación entre los Estados miembros<sup>68</sup>. De este modo, se reduce considerablemente la posibilidad de que los inversores extranjeros entren en el mercado interior europeo a través de Estados miembros con un bajo nivel de protección y, posteriormente, inviertan de forma mediata mucho más fácilmente en empresas objetivo con sede en otros Estados miembros.

La mencionada revisión del mecanismo de cooperación tiene en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, a veces se informaba de demasiadas inversiones a través del mecanismo de cooperación<sup>69</sup> y, en segundo lugar, los tipos de transacciones sensibles tam-

---

pp. 35 y 36. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024SC0024>>. [Consultado el: 27/09/2025].

<sup>64</sup> Se definen como inversiones que se realizan a través de una filial de un inversor de fuera de la UE con sede en la Unión con la intención de establecer o mantener vínculos duraderos y directos entre la empresa objetivo existente o por establecer y el inversor de fuera de la UE. A tal fin, el inversor no perteneciente a la Unión debe aportar capital a la empresa objetivo para llevar a cabo una actividad económica en un EM, vid. el art. 2, núm. 2, 3 y 7; Vid. también la nueva propuesta.

<sup>65</sup> Así se desprende de la redacción de los números 2 y 3 del art. 2: «[...] ya existente o todavía por establecer [...]» y «[...] vínculos duraderos y directos entre el inversor extranjero y un objetivo de la Unión ya existente o todavía por establecer [...]».

<sup>66</sup> La armonización mínima obliga a los EEMM establecer un marco normativa con un alcance mínimo, determinado por la norma europea. No pueden quedarse abajo de este alcance mínimo, pero sí pueden ir más allá. Cf. LORENZ, S., «§ 474», en SÄCKER, F.J. *et al.* [eds.], *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, 8.<sup>a</sup> ed., vol. 2, Múnich (C.H. Beck), 2019, marginal núm. 33.

<sup>67</sup> Vid. los considerandos 7 a 9 y el art. 4 de la nueva propuesta.

<sup>68</sup> El elemento central de esta armonización para una mejor cooperación es que las condiciones marco de los procedimientos nacionales de revisión se determinan de manera uniforme en el Derecho de la UE. Con ello se garantiza una mejora considerable, sobre todo en lo que respecta a los problemas en la obtención real de conocimientos por parte de las autoridades nacionales competentes, que se identificaron anteriormente como los problemas centrales causados por las inversiones mediatas, vid. el art. 4.2a de la nueva propuesta.

<sup>69</sup> En el periodo 2020-2022, la Comisión clasificó solo el 2% de los 886 casos notificados como de alto riesgo o tan críticos que emitió un dictamen. En cambio, clasificó el 68% de los casos como inofensivos debido a su

bién pasaban desapercibidos en la red de control de las inversiones de la Unión Europea. Estos puntos deben mejorarse introduciendo obligaciones de información diferenciadas<sup>70</sup>, creando la posibilidad de que los Estados miembros que no se ven directamente afectados hagan valer mejor sus preocupaciones<sup>71</sup> y, en este contexto, garantizando la responsabilidad mutua entre los Estados miembros y la Comisión<sup>72</sup> y, sobre todo, estableciendo normas de procedimiento detalladas para las transacciones transfronterizas problemáticas por su complejidad<sup>73</sup>. La responsabilidad mutua tiene en cuenta, en particular, el problema de la naturaleza jurídica de las comunicaciones y dictámenes descritos anteriormente.

## V. CONCLUSIÓN

Aunque tanto España y Alemania, así como otros Estados miembros también tienen un sistema bastante bien desarrollado de control de las inversiones extranjeras directas, mientras que otros se encuentran todavía en una fase de desarrollo prometedora, el actual Reglamento Screening necesita urgentemente una revisión para colmar las lagunas que los sistemas de los Estados miembros no pueden colmar.

En particular, el vínculo con la revisión real, junto con la falta de obligación de establecer un sistema, constituye un enorme obstáculo para la eficacia. La propuesta lo contrarrestaría eficazmente. Lo mismo cabe decir de la terminología normalizada. La nueva responsabilidad mutua, en particular, también reduciría en gran medida el riesgo de boicot del sistema europeo por parte de los Estados miembros que se oponen a él. Por supuesto, no excluye las perturbaciones, pero daría lugar a obligaciones exigibles por parte de cada uno de los Estados miembros.

---

bajo nivel de riesgo. El 30% restante ni siquiera debería haber sido tratado por el mecanismo de cooperación, ya que no entraba en su ámbito de aplicación, vid. VON RUMMEL, L. y BEISCHAU, S., «Der Vorschlag zur Reformierung der EU-FDI-Screening-Verordnung», *EuZW*, 11/2024, pp. 499 y ss, p. 503.

<sup>70</sup> Esto se conseguirá basando las nuevas obligaciones de información en el nivel de riesgo de la respectiva inversión de acuerdo con las normas de los correspondientes reglamentos europeos, vid. los arts. 4.4 y 5 de la nueva propuesta.

<sup>71</sup> A partir de ahora, los EEMM y la Comisión estarán autorizados a solicitar información sobre la transacción correspondiente al EM en cuyo territorio haya tenido o vaya a tener lugar la inversión extranjera hasta 15 meses después de la conclusión de una inversión no declarada, vid. art. 9 de la nueva propuesta.

<sup>72</sup> Por una parte, el EM revisor debe ahora tener en cuenta, en la medida de lo posible, las comunicaciones y dictámenes. Por otra parte, la propuesta de reforma prevé ahora también un diálogo obligatorio entre el EM o EEMM revisores y el o los EEMM que formulen observaciones y la Comisión. Como parte de este diálogo, se discutirán los riesgos identificados y las preocupaciones expresadas, así como las posibles soluciones. Estos cambios también pretenden flanquear la responsabilidad mutua concreta que se creará dentro del mecanismo de cooperación: El EM revisor deberá informar a la Comisión y a los demás EEMM de su decisión final de revisión y explicar en qué medida ha tenido en cuenta lo mejor posible sus puntos de vista o los ha contradicho, vid. los art. 7.5 a 7.8 de la nueva propuesta.

<sup>73</sup> En particular, se prevén nuevos requisitos de información para los inversores sujetos a obligaciones de información. Al mismo tiempo, se pretende hacer más eficaz la coordinación entre los EEMM y la Comisión, vid. art. 6 y 7 de la nueva propuesta.

En general, la nueva propuesta, si mantiene más o menos su estructura actual, es muy bienvenida. Especialmente con vistas a casos actuales de inversiones extranjeras que han causado preocupaciones como la inversión del fondo soberano árabe STC en la española Telefónica SA o el intento de adquirir el fabricante español de trenes Talgo por el consorcio húngaro *Magyar Vagon*<sup>74</sup>, así como la adquisición de partes del puerto alemán el *Hamburger Hafen* por el fondo chino COSCO<sup>75</sup> se ve aparte de la necesidad jurídica, la necesidad económica de mejorar este ámbito de derecho

## VI. DOCUMENTACIÓN

### 1. Bibliografía

BECKER, F. y SCHLADEBACH, M., «Die Verschärfung der Investitionskontrolle im deutschen und europäischen Außenwirtschaftsrecht», *NVwZ*, 2019, pp. 1076-1080.

BRÜGGEMANN, M., «Neuer Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der EU - zahnloser Tiger oder neuer Protektionismus aus Brüssel?», *Der Betrieb*, 72.a ed., 2019, pp. 1131-1135.

BUNGENBERG, M. y REINHOLD, P., *Investitionskontrollrecht*, Múnich (C.H. Beck), 2023.

ESPLUGUES MOTA, C., «La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del COVID-19», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, octubre 2020, pp. 372-413.

HATJE, A., *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, Baden-Baden (Nomos), 2001.

KAHL, W., «Art. 4 EUV», en CALLIESS, C. y RUFFERT, M. [eds.], *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit europäischer Grundrechtecharta*, 6ª ed., Múnich (C.H. Beck), 2022.

<sup>74</sup> MANAGER MAGAZIN, «Spanien blockiert endgültig den Verkauf des Bahnkonzerns Talgo», 27 de agosto de 2024. Disponible en: <<https://www.manager-magazin.de/unternehmen/industrie/talgo-spanische-regierung-blockiert-verkauf-an-ungarisches-konsortium-a-93363983-6b0e-42f9-aedb-5ded77125c09>>. [Consultado el 01/09/2024]; HERNANDEZ, M., «El portazo a Orban en Talgo deja su futuro en el aire y abre un frente judicial con Hungría y con accionistas», *El mundo*, 27 de agosto de 2024. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2024/08/27/66ce0b88fdddf9e0c8b4572.html>>. [Consultado el 01/09/2024].

<sup>75</sup> NEHRING-KÖPPL, J., «Chinesische Beteiligungen an kritischer Infrastruktur. Investitionskontrolle als politischer Spielball», *LTO*, 04 de noviembre de 2022. Disponible en: <<https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/investitionskontrolle-aussenwirtschaftsrecht-china-beteiligung-kritische-infrastruktur-hafen-hamburg-tollerort-cosco>>. [Consultado el 25/11/2024].

- KLAMMERT, M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford (Oxford University Press), 2014.
- LORENZ, S., «§ 474», en SÄCKER, F.J. *et al.* [eds.], *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, 8.<sup>a</sup> ed., vol. 2, Múnich (C.H. Beck), 2019.
- MANKOWSKI, P., «§ 15 AWG», en WOLFFGANG, H. M. *et al.* [eds.], *AWR-Kommentar*, Múnich (C.H. Beck), 2024.
- NEHRING-KÖPPL, J., *Paradigmenwechsel im Außenwirtschaftsrecht. Eine rechtliche Untersuchung der sektorübergreifenden Investitionskontrolle*, Berlin (Duncker & Humblot GmbH), 2022.
- SACHS, B. *et al.* [eds.], *Außenwirtschaftsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., Múnich (C.H. Beck), 2024.
- SÄCKER, F.J., «Grundlagen», en BIEN, F. *et al.* [eds.], *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed, vol. 1, Múnich (C.H. Beck), 2020.
- VEDDER, C., en VEDDER, C. y VON HEINEGG, W. H. [eds.], *Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV*, 2.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden (Nomos), 2018.
- VON RUMMEL, L. y BEISCHAU, S., «Der Vorschlag zur Reformierung der EU-FDI-Screening-Verordnung», *EuZW*, núm. 11, 2024, pp. 499-505.

## 2. Jurisprudencia

- STJUE de 13 de julio de 2023, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:568 - *Xella*.
- STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11, ECLI:EU:C:2012:707 - *Test Claimants in the FII Group Litigation II*.
- STJUE de 17 de septiembre 2009, C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559 - *Glaxo Wellcome*.
- STJUE de 21 de octubre 2010, C 81/09, ECLI:EU:C:2010:662 - *Idryma Typou*.
- STJUE de 26 de marzo de 2009, C- 326/07, ECLI:EU:C:2009:193 - *Comisión/Italia*.

## 3. Otra Documentación

- ABOGADA GENERAL CÁRPETA, dictamen de 30 de marzo de 2023, C-106/22, ECLI:EU:C:2023:267.
- CÁMARA DE DIPUTADOS ITALIANA, «Opinion on the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality», 10335/24, 24.05.2024. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_10335\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10335_2024_INIT)>. [Consultado el: 27/09/2025].

COMISIÓN EUROPEA, «Commission Staff Working Document. Evaluation of Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union. Accompanying the document “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council”», SWD(2017) 297 final, 13.09.2017. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024SC0024>>. [Consultado el: 27/09/2025].

COMISIÓN EUROPEA, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al control de las inversiones extranjeras en la Unión y por el que se deroga el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo», COM(2024) 23 final, 24.01.2024.

COMISIÓN EUROPEA, «Frequently asked questions on Regulation (EU) 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union». Disponible en: <https://circabc.europa.eu/rest/download/7c76619a-2fcd-48a4-8138-63a813182df2>>. [Consultado el: 27/09/2025].

COMISIÓN EUROPEA, «La Comisión ha adoptado cinco iniciativas para reforzar la seguridad económica de la UE en un momento de crecientes tensiones geopolíticas y profundos cambios tecnológicos. El paquete tiene como objetivo aumentar la seguridad económica de la UE, manteniendo al mismo tiempo la apertura del comercio, las inversiones y la investigación para la economía de la UE, en consonancia con la Estrategia Europea de Seguridad Económica, de junio de 2023», Comunicado de prensa, 24.01.2024. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_24\\_363](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_363)>. [Consultado el: 01/09/2024].

COMISIÓN EUROPEA, «Un enfoque de la UE para la mejora de la seguridad económica», Comunicado de prensa, 20.06.2023. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_23\\_3358](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_23_3358)>. [Consultado el: 01/09/2024].

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión, «Orientaciones dirigidas a los EEMM en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas)», DOUE C 99I/1, 26.03.2020. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0326\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0326(03))>. [Consultado el: 27/09/2025].

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión, «Orientaciones para los EEMM en relación con las inversiones extranjeras directas de Rusia y Bielorrusia en vista de la agresión militar contra Ucrania y las medidas restrictivas establecidas

en recientes Reglamentos del Consejo sobre sanciones», DOUE C 151/1, 06.04.2022. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0406\(08\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0406(08))>. [Consultado el: 27/09/2025].

COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. «Cuarto informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión», COM(2024) 464 final, 17.10.2024. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024DC0464>>. [Consultado el: 27/09/2025].

CORTES GENERALES, «Opinion on the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality», 8903/24, 12.04.2024. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_8903\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8903_2024_INIT)>. [Consultado el: 27/09/2025].

DER TAGESSPIEGEL v. 31.03.2019.

NEHRING-KÖPPL, J., «Chinesische Beteiligungen an kritischer Infrastruktur. Investitionskontrolle als politischer Spielball», *LTO*, 4 de noviembre de 2022. Disponible en: <<https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/investitions-kontrolle-aussenwirtschaftsrecht-china-beteiligung-kritische-infrastruktur-hafen-hamburg-tollerort-cosco>>. [Consultado el 25/11/2024].

HERNANDEZ, M., «El portazo a Orban en Talgo deja su futuro en el aire y abre un frente judicial con Hungría y con accionistas», *El mundo*, 27 de agosto de 2024. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2024/08/27/66ce0b88fddd9e0c8b4572.html>>. [Consultado el 01/09/2024].

MANAGER MAGAZIN, «Spanien blockiert endgültig den Verkauf des Bahnkonzerns Talgo», 27 de agosto de 2024. Disponible en: <<https://www.manager-magazin.de/unternehmen/industrie/talgo-spanische-regierung-blockiert-verkauf-an-ungarisch-es-konsortium-a-93363983-6b0e-42f9-aedb-5ded77125c09>>. [Consultado el 01/09/2024].

OECD, «Framework for Screening Foreign Direct Investment into the EU: Assessing effectiveness and efficiency», OECD Publishing, 2022. Disponible en: <<https://doi.org/10.1787/f75ec890-en>>. [Consultado el: 01/09/2024].

Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se establece un marco para la selección de las inversiones extranjeras directas en la UE, 21.03.2019, DOUE L 79/I/1.

SECRETARIA GENERAL DEL CONSEJO, «Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council»,

8210/24, 25.03.2024. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_8210\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8210_2024_INIT)>. [Consultado el: 27/09/2025].

SECRETARIA GENERAL DEL CONSEJO, «Opinion of the European Economic and Social Committee (EESC), Screening of foreign investments in the Union», 12273/24, 15.07.2024. Disponible en: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_12273\\_2024\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_12273_2024_INIT)>. [Consultado el: 27/09/2025].

TJUE, dictamen 1/94, OMC, Rec. 1994, I-5267.

# STC 44/2023: ¿SISTEMA DE PLAZOS PURO? LOS DEBERES POSITIVOS DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LA GESTANTE\*

STC 44/2023: A PURE TIME LIMIT SYSTEM? THE POSITIVE DUTIES OF THE STATE IN RELATION TO THE PROTECTION OF THE RIGHT TO LIFE AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION OF THE PREGNANT WOMAN

MARIE RUIZ CORBERA\*\*

**Resumen:** La STC 44/2023, matizada por la influencia alemana y ajustándose a los deberes positivos del Estado, confirma el sistema de plazos instaurado por la LO 2/2010 y crea, así, un «nuevo» derecho fundamental en relación con la autodeterminación de la mujer gestante, en línea con la reforma operada mediante la LO 1/2023, la cual, a su vez, no impide el pronunciamiento sobre el recurso planteado. No obstante, persiste la duda de saber si el Tribunal Constitucional ha «blindado» un sistema de plazos puro, o si, por el contrario, aún es posible una flexibilización del mismo a la luz de las nuevas reformas en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

**Palabras clave:** Aborto, interrupción voluntaria del embarazo, derecho a la autodeterminación de la gestante, vida prenatal, bien jurídico constitucionalmente protegido.

**Abstract:** The ruling of the Constitutional Court 44/2023, tainted by the German influence and in accordance with the positive duties of the State, confirms the system of time limits established by the organic law 2/2010 and thus creates a «new» fundamental right in relation to the self-determination of the pregnant woman, in line with the reform operated by the organic law 1/2023, which, at the same time, does not prevent a ruling on the appeal. However, the question remains as to whether the 2023 regulation on abortion has been definitively shielded or whether, on the contrary, the possibility of breach with the State's duties remains, given that the system in place is a pure time limit system.

**Keywords:** Abortion, voluntary interruption of pregnancy, right to self-determination of the pregnant woman, prenatal life, constitutionally protected legal right.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LOS BIENES CONSTITUCIONALES EN CONFLICTO EN MATERIA DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: LIBERTAD, DIGNIDAD, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL; 1. Los fundamentos del derecho de la mujer a la autodeterminación en

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2024.52.011>

Fecha de recepción: 26/12/2024

Fecha de aceptación: 16/05/2025

\*\* Abogada ejerciente del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Correo electrónico: marie.ruizcorbera@gmail.com.

materia de interrupción voluntaria del embarazo; 2. La vida prenatal: un bien constitucionalmente protegido y un límite a los derechos de la mujer vinculados a la interrupción voluntaria del embarazo; III. LOS DEBERES POSITIVOS DEL ESTADO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: LA AUTONOMÍA DE LA MUJER GESTANTE EN UN MARCO JURÍDICO LAICO; 1. Examen global del sistema de plazos; 2. Puntos de reflexión; IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La reciente y controvertida sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo (en adelante, STC 44/2023), resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en fecha 1 de junio de 2010, por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LO 2/2010) –reformada a su vez por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero (en adelante, LO 1/2023)–.

Cabe preguntarnos si el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), mediante la ponderación efectuada entre la vida del *nasciturus* como bien constitucionalmente protegido y los derechos de la gestante, ha validado definitivamente la reforma de 2023, o si, por el contrario, persiste un cierto margen de apreciación en relación con un posible incumplimiento de los deberes positivos del Estado, habida cuenta de que nos encontramos ante un sistema de plazos en sentido estricto, y no ante el modelo de plazos con asesoramiento.

Así, cabría entender por sistema de plazos puro aquel modelo de regulación del aborto en el que se reconoce a la mujer embarazada la libertad plena para decidir la interrupción voluntaria del embarazo durante un plazo determinado (en España, hasta la semana 14 de gestación), sin que sea necesario justificar esa decisión por ninguna causa externa, médica o social. En su configuración actual, consolidada tras la reforma operada mediante la LO 1/2023, el sistema deja atrás el requisito de asesoramiento obligatorio previsto en la LO 2/2010, y se centra en garantizar que la mujer haya recibido información previa (por ejemplo, mediante un sobre informativo y un periodo de reflexión de tres días), sin que haya que comprobar si esa información fue efectivamente leída o asumida. Por ello, se habla de un sistema de plazos «puro», en contraste con el modelo anterior, más condicionado o tutelado, o también llamado sistema de plazos con asesoramiento.

No sin desavenencia (dos votos particulares disidentes<sup>1</sup> y uno concurrente<sup>2</sup>), la mayoría del Tribunal llega a una doble conclusión en el extremo planteado. Por una parte, existe una pérdida sobrevenida del objeto del recurso de inconstitucionalidad en lo relativo al art.

<sup>1</sup> El primero de ellos formulado conjuntamente por los magistrados D. Ricardo Enríquez Sancho, D. Enrique Arnaldo Alcubilla y D. César Tolosa Tribiño, y, el segundo, formulado por la magistrada D<sup>a</sup>. Concepción Espejel Jorquera.

<sup>2</sup> Formulado por la magistrada D<sup>a</sup>. María Luisa Balaguer Callejón.

13.4 de la LO 2/2010<sup>3</sup>. Por otra parte, afirma la constitucionalidad de los restantes preceptos impugnados, sobrepasando así la barrera automática de que, la derogación de una norma, aunque implícita, supone la desaparición sobrevenida del objeto, y ello debido al innegable interés público suscitado por la cuestión analizada<sup>4</sup>, creando así un nuevo derecho fundamental (en adelante, DF) a la autodeterminación de la mujer en materia de interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE).

## II. LOS BIENES CONSTITUCIONALES EN CONFLICTO EN MATERIA DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: LIBERTAD, DIGNIDAD, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL

Los principios de dignidad humana y de libre desarrollo de la personalidad *ex art. 10.1* de la Constitución Española (en adelante, CE), en relación con el derecho a la integridad física y moral *ex art. 15 CE* –todo ello a su vez en relación con el derecho a la libertad *ex art. 1.1 CE*–, constituyen los fundamentos del derecho a la autodeterminación de la gestante (1). Sin embargo, no se puede obviar la concurrencia de otro factor, directamente ligado al derecho a la vida (art. 15 CE), la vida prenatal<sup>5</sup>, que, en opinión de la mayoría del Tribunal, sin ser considerado un DF, sí constituye un bien constitucionalmente protegido y, *ergo*, un límite a los derechos de la mujer en materia de aborto (2).

### 1. Los fundamentos del derecho de la mujer a la autodeterminación en materia de interrupción voluntaria del embarazo

La IVE goza de protección constitucional a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de los principios de dignidad y libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Asimismo, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del DF a la integridad física y moral (art. 15 CE), tanto en su dimensión negativa –«enunciada en términos de incolumidad o derecho de defensa»<sup>6</sup>–,

<sup>3</sup> Se suprime el apartado 4 del art. 13 por el art. 1 de la LO 11/2015, de 21 de septiembre. Ref. BOE-A-2015-10141.

<sup>4</sup> Máxime teniendo en cuenta que la LO 1/2023, modificadora parcial de la LO 2/2010 cuestionada constitucionalmente por los recurrentes en amparo, todavía podía ser recurrida en el momento en que se dictó la sentencia.

<sup>5</sup> Vida humana, entendida ya desde la STC 53/1985 (FJ 5) como aquel proceso continuo que se inicia con la gestación y culmina con la muerte. Durante este proceso, el ser humano experimenta transformaciones físicas y psíquicas que impactan su situación jurídica, tanto pública como privada. Desde la concepción, se forma una entidad distinta de la madre, aunque se desarrolle en su interior. El nacimiento representa un hito crucial, al marcar el paso de la vida intrauterina a la vida en sociedad. A su vez, es especialmente relevante el momento en que el *nasciturus* puede vivir de forma independiente, adquiriendo así plena individualidad como ser humano.

<sup>6</sup> STC 44/2023, de 9 de mayo.

como en su vertiente positiva<sup>7</sup>, en la que este DF presenta un «significado primordial como derecho de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo»<sup>8</sup>. Igualmente, el art. 15 CE integra la IVE tanto en su dimensión «corporal» como en su dimensión «moral o espiritual de la integridad personal».

Resulta válido considerar esta sentencia como una necesitada –y esperada– evolución en materia de regulación del aborto, en paralelo a la también reciente STC 19/2023 sobre la eutanasia<sup>9</sup>, por cuanto reconoce un nuevo DF a la autodeterminación durante la gestación, frente al cual el Estado tiene el deber de preservar la efectividad del mismo<sup>10</sup>.

Nos encontramos frente a un anclaje constitucional de un DF de la mujer, amparado sustancialmente en los arts. 10.1 y 15 de nuestra Constitución<sup>11</sup>. Anclaje que da respuesta a un cambio tanto social como jurídico en materia de gestación en donde se tiene cada vez más en consideración los principios básicos e imperativos de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, así como el DF a la integridad física y moral de la gestante<sup>12</sup>.

Constituye doctrina jurisprudencial del TC, relativa al derecho a la integridad física y al derecho a la vida, así como más específicamente a los valores constitucionales «dignidad» y «libre desarrollo de la personalidad», el entender el concepto de «dignidad» como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida»<sup>13</sup>. De esta definición constitucional se desprenden dos consecuencias de gran trascendencia. Por una parte, implica configurar la dignidad de la persona como «un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»<sup>14</sup>. Por otra parte, supone el reconocimiento a cada

<sup>7</sup> Que es aquella que tiene el derecho a la integridad física y moral «en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad» (por todas, STC 160/2007, de 2 de julio, FJ 2).

<sup>8</sup> Por todas, STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5.

<sup>9</sup> STC 19/2023, de 22 de marzo.

<sup>10</sup> Siguiendo con el paralelismo efectuado con la STC 19/2023, la misma reconoce a su vez el DF a la autodeterminación en contextos eutanásicos.

<sup>11</sup> LOMAS HERNÁNDEZ, V., «Claves de la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la interrupción voluntaria del embarazo», *Noticias Jurídicas y Actualidad, LEFEBVRE*, 29 de junio de 2023, Disponible en: <<https://elderecho.com/claves-de-la-stc-44-2023-de-9-de-mayo-sobre-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo>>. [Consultado el 23/05/2025].

<sup>12</sup> Sin embargo, dicho reconocimiento no ha sido avalado de forma unánime por el Tribunal. En efecto, en el primer voto particular, formulado conjuntamente por los magistrados Don Ricardo Enríquez Sancho, Don Enrique Arnaldo Alcubilla y Don César Tolosa Tribiño, consideran los mismos que la mayoría del Tribunal ha incurrido en un exceso de jurisdicción al calificar el aborto como derecho «fundamental».

<sup>13</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7.

<sup>14</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4.

persona de un espacio mínimo de autonomía, incluyendo en el mismo aquellas decisiones vinculadas al libre desarrollo de su personalidad, erigiéndose, así, como «un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida»<sup>15</sup>. Más concretamente, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, el TC viene reconociendo de forma reiterada y constante que la libertad de procreación es una de sus manifestaciones<sup>16</sup>, debiendo así el legislador inspirarse en el respeto del mismo a la hora de regular la IVE.

Conviene especificar, no obstante, que ni la dignidad ni el libre desarrollo de la personalidad, ni tampoco los derechos consagrados en el art. 43 CE, tienen la consideración de derechos fundamentales, es decir, aquellos comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de nuestra Constitución, y que gozan de la máxima protección jurisdiccional. La dignidad, *ex art.* 10.1 CE, se encuentra recogida como fundamento del orden político y de la paz social, tiene naturaleza de valor superior y principio estructurante del ordenamiento jurídico. En lo que respecta al libre desarrollo de la personalidad, el TC lo ha utilizado en su *praxis* judicial para fundamentar ciertas libertades personales (como por ejemplo la autodeterminación personal), pero no constituye por sí mismo un DF autónomo. Por su parte, el art. 43 CE establece un derecho de configuración legal y carácter prestacional, cuya eficacia depende del desarrollo normativo y presupuestario, sin quedar amparado por el sistema de garantías procesales reforzadas previsto para los derechos fundamentales *ex arts.* 53.2 y 161.1 a) CE.

La magistrada de opinión concurrente D<sup>a</sup>. María Luisa Balaguer Callejón, en lo relativo a la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo en un marco jurídico laico, expone que la sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad desde un planteamiento de conflicto de intereses, como ya hemos podido introducir, pero que, a su parecer, no habría derechos constitucionales en conflicto, en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer, titular plena de todos los derechos reconocidos en la Constitución. Parte de la doctrina comparte la misma opinión que la magistrada concurrente, por cuanto no estaríamos ante un conflicto entre derecho al aborto y derecho a la vida prenatal, sino, por el contrario, ante una definición de los límites del derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo<sup>17</sup>.

De modo distinto, en el tercer y último voto particular de la sentencia, formulado por la magistrada D<sup>a</sup>. Concepción Espejel Jorquera, pone de relieve que la mayoría del Tribunal crea *ex novo* un derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la IVE, aludiendo a

<sup>15</sup> STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8.

<sup>16</sup> STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4.

<sup>17</sup> Para Gómez Fernández, «la sentencia 44/2023 no inventa derecho alguno ni crea un inexistente derecho al aborto. La sentencia se limita a interpretar el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE) desde una perspectiva en que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del ejercicio de estos derechos que, obviamente, tienen reflejo constitucional expreso». GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023. Una jurisprudencia nueva sobre la interrupción voluntaria del embarazo», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, 2023, pp. 257-261.

que una limitación a dicho derecho comportaría una discriminación de la mujer que vulneraría el art. 14 CE. Lleva dicho razonamiento hasta sus últimas consecuencias destacando que se está «construyendo artificiosamente un DF a la autodeterminación de la mujer para la IVE, que cierra así la posibilidad de cualquier otra opción legislativa»<sup>18</sup>, dejando entrever que la regulación anterior podía haberse considerado contraria a la Constitución.

Merece ser realizado en este punto un pequeño inciso en relación a las distintas posiciones doctrinales sobre el propio concepto de «vida prenatal». Como ya hemos podido introducir *ut supra*, tal y como expuso el propio TC en su STC 53/1985, la vida humana comienza con la concepción, reconociendo así al *nasciturus* como un ser humano en desarrollo con identidad genética propia. Asimismo, como ya hemos podido también mencionar, aunque el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), el TC considera que su vida es un bien jurídico protegido por la Constitución, lo que implica una obligación estatal de tutela.

En España, la protección de la vida prenatal ha sido objeto de un extenso debate en la doctrina jurídica, con posturas tanto a favor como en contra, influenciadas por interpretaciones constitucionales, éticas y científicas, rebasando así el ámbito estrictamente penal. En efecto, parte de la doctrina española destaca la necesidad de otorgar una mayor protección al *nasciturus* desde diversas ramas del Derecho, incluyendo el Constitucional, Administrativo, Penal y Civil, así como desde la Filosofía y la Historia del Derecho<sup>19</sup>.

*A contrario*, otros autores, más críticos sobre la protección de la vida prenatal, centrándose en la filosofía del nacimiento y los derechos en la salud reproductiva y sexual de las mujeres, llegan a cuestionar la extensión de la protección jurídica al *nasciturus*, enfocándose en la autonomía y derechos reproductivos de las mujeres<sup>20</sup>.

La STC 44/2023 viene a contradecirse con la anterior jurisprudencia constitucional sobre la inexistencia de un contenido negativo en el derecho a la vida. En este sentido, el TC, tanto en la STC 120/1990, de 27 de junio (también conocida como la «Sentencia de los Grapo»)<sup>21</sup>, como en la STC 154/2002, de 18 de julio (el llamado «Caso Testigos de

<sup>18</sup> Voto particular que formula la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, §3.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., *La protección jurídica del nasciturus en el Derecho español y comparado*, Granada (Editorial Comares), 2018.

<sup>20</sup> VILLARMEA REQUEJO, S., «¿Cuándo pierde una mujer el derecho a decidir cuándo parir?», en: PARDO PRIETO, P.C. (coord.), *Amores y violencias: Género, Diversidad Sexual y Derecho*, León (Eolas ediciones), 2021, pp. 101-107.

<sup>21</sup> «Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter

Jehová»)<sup>22</sup>, estableció que el derecho a la vida, si bien implica una obligación positiva de protección por parte del Estado, no puede entenderse como un derecho de libertad que incluya el de morir, ni justificar la exigencia de apoyo público para su realización. Por consiguiente, asentó nuestro TC que, aunque una persona pueda disponer fácticamente de su vida, esta decisión no constituye un derecho subjetivo fundamental.

En suma, la STC 44/2023 reconoce el DF a la autodeterminación durante la gestación y la constitucionalidad del sistema de plazos, instaurado a partir de 2010 en relación con las 14 primeras semanas de gestación, dejando así atrás el sistema de indicaciones convalidado por la histórica STC 53/1985. Si bien es cierto que la sentencia del año 1985 no parecía descartar un sistema de plazos por cuanto imponía al Estado verificar la existencia de un determinado conflicto –que establecía legalmente– para aprobar la práctica del aborto, tampoco lo mencionaba expresamente. En consecuencia, desvinculándose de la misma, el TC, adoptando una interpretación sociológica o evolutiva («árbol vivo»<sup>23</sup>), instituye un nuevo DF de autodeterminación de la mujer respecto de la gestación.

Merece ser desarrollada en este punto, de manera sucinta, la doctrina del «árbol vivo» a la que recurre el TC en la sentencia comentada, por cuanto es a partir de dicha pauta interpretativa que justifica el pronunciamiento realizado en materia de aborto. En efecto, la meritada doctrina se basa en una interpretación evolutiva de la CE, permitiendo adaptarla a las nuevas realidades sociales y culturales contemporáneas. Con esta interpretación, el TC pretende evitar que la CE decaiga en una suerte de «letra muerta», al propio tiempo que asegura que sus principios se apliquen a nuevos supuestos y retos sociales no previstos originalmente.

El TC ya nos ha brindado, con anterioridad a esta ocasión, de numerosos ejemplos de aplicación de este enfoque evolutivo, como por ejemplo en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012, de 6 de noviembre)<sup>24</sup>. A su vez, el TC se alinea con la interpretación dinámica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>25</sup>. Por ejemplo, en materia de aborto, en la STEDH A. B. y C. c/ Irlanda, en la que los demandantes denunciaron la incompatibilidad de la regulación del aborto en derecho irlandés con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Gran Sala del TEDH se pronunció no solo en el ámbito del aborto, sino que se extendió también al análisis del margen

---

fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho» (FJ 7).

<sup>22</sup> «El reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto –como el ahora contemplado– que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable» (FJ 10).

<sup>23</sup> FJ 2 B) a).

<sup>24</sup> MATIA PORTILLA, F. J., «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo», *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 31, 2013, pp. 541-554.

<sup>25</sup> ÁLVAREZ, S., «A, B y C v. Irlanda: el derecho al aborto en Europa», *Discusiones*, vol. 17, núm. 1, 2016, pp. 133-163.

de apreciación nacional y al papel que desempeña el consenso europeo en su definición. Concretamente en este caso, si bien es cierto que el TEDH examina cómo se regula el aborto en los distintos Estados miembros del Consejo de Europa con el fin de establecer el margen de apreciación que corresponde a las autoridades irlandesas al equilibrar el derecho a la vida del *nasciturus* con el derecho a la vida privada de la mujer embarazada y reconoce la existencia del mismo en esta materia, el Tribunal decide no aplicar sus implicaciones, al considerar que dicho equilibrio implica pronunciarse sobre el inicio de la vida humana, una cuestión sobre la que no existe acuerdo entre los Estados<sup>26</sup>.

No obstante, el recurso a una interpretación flexible, dinámica y contextual de la CE, si bien permite la adaptación del texto constitucional a los desafíos y realidades de la sociedad actual, no queda exenta de riesgos, dado que puede acabar consistiendo en una interpretación más ideológica que no jurídica, permitiendo al TC resolver cuestiones que no podrían sostenerse con una argumentación estrictamente constitucional. Sobre esta cuestión, De Montalvo Jääskeläinen<sup>27</sup> expone que

«El recurso a la doctrina del árbol vivo carece de una coherencia desde la perspectiva de los antecedentes jurisprudenciales o del *stare decisis*. Se trata, más bien, de un mero recurso formal para permitir que el Tribunal Constitucional se salga de las cuatro esquinas de la propia Constitución y de las cuatro de su propia jurisprudencia sin necesidad de tener que exponer mayores razones que la mera cita a tal doctrina foránea. Nos encontramos, pues, ante una suerte de argumento a utilizar cuando no se dispone de verdadero final congruente, como mera estrategia interpretativa que le permite al Tribunal avanzar hacia donde ideológicamente quiere sin necesidad de esgrimir mayores argumentos para ello».

En consecuencia, nuestro TC ha recurrido a la técnica interpretativa del árbol vivo o *living tree*, utilizándola, no como mero *obiter dictum*, sino como verdadera *ratio decidendi*. Y ello, nada menos que para fundamentar el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental<sup>28</sup>.

Ahora la situación es radicalmente distinta: el Estado ya no tiene que ponderar los valores en conflicto y optar por el prevalimiento de uno u otro derecho, sino que ahora es

---

<sup>26</sup> MENA PARRAS, F.J., «La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un “punto de inflexión” en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, 2012, pp. 115-124.

<sup>27</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «La interpretación evolutiva de la constitución en manos del Tribunal Constitucional: ¿Una suerte de deus ex machina argumentativa?», *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 42, 2025, p. 33.

<sup>28</sup> REY MARTÍNEZ, F., «La interpretación de la constitución como “árbol vivo”: una metáfora especiosa», en: ARAGÓN REYES, M., SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J., REQUEJO PAGÉS, J.L. (dirs.), *El Estado constitucional democrático: Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo*, 2024, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 559-577.

un DF reconocido que colisiona contra un bien jurídico constitucionalmente protegido, que es la vida prenatal.

## 2. La vida prenatal: un bien constitucionalmente protegido y un límite a los derechos de la mujer vinculados a la interrupción voluntaria del embarazo

Es de notorio conocimiento que prácticamente ningún derecho tiene carácter absoluto, sino que, por el contrario, son derechos relativos, pudiendo ser objeto de limitaciones<sup>29</sup>. Consecuentemente, su ejercicio se encuentra limitado por otros derechos o bienes constitucionales con los que pueda entrar en conflicto.

El derecho a la vida se encuentra protegido *ex arts.* 15 CE y 2 CEDH (entre muchos otros textos internacionales). Junto a la igualdad, el derecho a la vida constituye un DF esencial, presupuesto ontológico de las restantes derechos, pero que se encuentra sometido a limitaciones<sup>30</sup>. Por consiguiente, la vida constituye, además de una fuente de DDFF subjetivos, una fuente de deberes negativos y positivos para el Estado<sup>31</sup>.

Ya en la STC 53/1985 el TC recordó que los DDFF no deben entenderse únicamente como derechos subjetivos que protegen a los individuos frente a posibles injerencias del Estado, es decir, como meras libertades negativas que solo exigen su abstención. También implican deberes positivos, es decir, obligaciones de actuación y prestación por parte del Estado en favor de los ciudadanos. En este sentido, el TC afirmó que «de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan»<sup>32</sup>.

Partiendo de las anteriores premisas teóricas, el Tribunal pondera los derechos constitucionales de la mujer embarazada (*arts.* 10.1 y 15 CE) y el deber del Estado de proteger la vida prenatal. Para ello, parte del siguiente presupuesto: la defensa de la vida prenatal entendida como bien constitucionalmente protegido.

En este sentido, el legislador no está constitucionalmente obligado a proteger siempre la vida humana mediante el Derecho penal<sup>33</sup>, no existiendo una prohibición de infra protección. Además, las necesidades de aseguramiento del derecho a la vida no deben llevarse al extremo, hasta el punto de sacrificar completamente otros DDFF que, even-

<sup>29</sup> A veces explícitas, otras implícitas, según la doctrina constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>30</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>31</sup> CHUECA RODRÍGUEZ, R., «Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia», *DS: Derecho y salud*, vol. 16, 2008, pp. 1-14.

<sup>32</sup> STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 4).

<sup>33</sup> STC 116/1999, de 17 de junio (FJ 5 a 12 y 16) y STEDH Vo c/ Francia.

tualmente, entraren en conflicto<sup>34</sup>. En lugar de ello, las limitaciones –correspondientes al margen de apreciación de cada Estado– deben ser sometidas a un control de proporcionalidad *in concreto*.

Sobre el alcance del control de constitucionalidad, proclama el TC que la CE no es un programa cerrado sino un texto abierto, *ex art. 1.1 CE*. Por consiguiente, la función del TC al realizar el juicio de constitucionalidad «consiste en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador y convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad»<sup>35</sup>. Todo ello derivado de su específica legitimidad democrática *ex art. 66 CE*.

Tal y como hemos introducido en el anterior ordinal del presente trabajo, esta proclamación de la CE como un texto abierto puede entrar directamente en contradicción con la creación *ex novo* de un nuevo DF, lo cual a su vez contravendría el principio de legitimidad democrática que ostenta nuestro legislador, así como vulneración del principio de separación de poderes, derivado del exceso de jurisdicción que puede implicar la creación de nuevos DDF.

Se trata de realizar un enfoque dinámico y evolutivo, siendo este también el adoptado por parte del TEDH a fin de que sus derechos sean prácticos y efectivos<sup>36</sup>. Así, será necesario atender, en opinión del Tribunal, a una interpretación sistemática y global de los preceptos constitucionales implicados, en aras a resolver el conflicto que según el Excmo. Tribunal se plantea. Por consiguiente, alejándose drásticamente de la doctrina anteriormente establecida en 1985, deduce el TC la necesidad de efectuar un cambio de su jurisprudencia en la materia<sup>37</sup>.

Ya hizo eco de ello el voto discrepante de la sentencia comentada, donde se enuncia un principio que autores como Fernando Rey<sup>38</sup> denominan de «máxima restricción de la función exegética del Juez constitucional», y es que,

«Si hay que reconocer nuevos derechos fundamentales, acúdase a la reforma constitucional. Todo lo demás es un exceso de jurisdicción. Hasta el punto de que: “No le corresponde al Tribunal Constitucional reescribir la Constitución para

---

<sup>34</sup> Por ejemplo, a propósito de la libertad religiosa, STC 154/2002, de 18 de julio.

<sup>35</sup> STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3.

<sup>36</sup> Destaca el TC su obligación de realizar sus juicios de constitucionalidad interpretando los derechos, principios y valores concernidos tomando en consideración el principio de unidad de la constitución (por todas, STC 113/1994, de 14 de abril, FJ 9).

<sup>37</sup> Expone en este sentido que «no solo no puede hacerse un traslado sin más de la doctrina vertida en la STC 53/1985 [...] sino que es preciso un cambio en la aproximación de este tribunal al problema constitucional planteado». FJ 2 C) e).

<sup>38</sup> REY MARTÍNEZ, F., «La interpretación de la constitución como “árbol vivo”: una metáfora especiosa», *cit.*, p. 569.

crear, descubrir o deducir nuevos derechos fundamentales, sustituyendo al poder constituyente permanente”».

Conviene no obstante matizar dicho punto, por cuanto, a pesar de sostener el TC haberse alejado por completo del precedente establecido mediante la STC 53/1985, y ello por no estar el mismo sometido a sus propios precedentes, podemos observar algunas similitudes entre ambos pronunciamientos, encontrándonos frente a una desvinculación únicamente parcial de dicha sentencia.

En efecto, razona el Excmo. Tribunal su distanciamiento en relación con la sentencia del año 1985 en base a que no puede considerarse parámetro de constitucionalidad de nuevas leyes, un pronunciamiento dictado hace más de tres décadas. Dicha deducción es correcta, pero no necesariamente el argumento empleado, por cuanto no era necesario vincularlo a ninguna ley en concreto, dado que nunca está sometido a sus propios precedentes (contrariamente a lo que sucede en aquellos países de tradición anglosajona). Sino que, únicamente, cuando decide dicho órgano colegial cambiar radicalmente su criterio de pensamiento, se le exige, por expreso mandato de la constitución (seguridad jurídica *ex art.* 9.3 CE y refuerzo de su propia legitimidad), justificar dicho cambio. En nuestro caso, el cambio de criterio devenido se produce a la vista de una sociedad cambiante, que busca a garantizar de manera efectiva la igualdad entre mujeres y hombres, junto a una creciente presencia del feminismo (de tercera ola)<sup>39</sup> en la esfera pública española.

En lo que se refiere a la disponibilidad del derecho a la vida, cabe mencionar la STC 11/1991<sup>40</sup>, por cuanto aborda el tema de la protección de la vida humana en formación, es decir, el *nasciturus*. Los no-nacidos (vida intrauterina) no son considerados en nuestro ordenamiento jurídico como titulares del derecho fundamental a la vida. Por lo tanto, el límite a los DDF de la mujer se encuentra en el deber del Estado de tutelar la vida prenatal, como bien constitucionalmente protegido<sup>41</sup>, dado que el derecho a la vida se encuentra marcado por el nacimiento<sup>42</sup>.

En efecto, si nuestra Constitución protege la vida como DF esencial, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso de desarrollo que es condición para la vida

---

<sup>39</sup> Dentro del feminismo de tercera ola, impulsado por Rebecca Walker, uno de los aspectos centrales ha sido la lucha por la justicia reproductiva. En este marco, las activistas no solo han reivindicado el derecho al aborto y el acceso a servicios de salud reproductiva, sino que también han denunciado cómo la falta de acceso en comunidades marginadas limita gravemente el ejercicio de estos derechos. Así, el feminismo de tercera ola, siguiendo la visión crítica e inclusiva de Walker, ha vinculado la autonomía reproductiva con la justicia social, reconociendo que el acceso efectivo a estos derechos depende de condiciones materiales y contextos desiguales. WALKER, R., «Becoming the Third Wave», *Ms. Magazine*, enero-febrero, 1992, pp. 39-41.

<sup>40</sup> STC 11/1991, de 17 de enero.

<sup>41</sup> STC 53/1985, de 11 de abril. Dicho de otro modo, el Estado tiene el deber de tutelar la vida prenatal, a la que se ha reconocido el carácter de bien constitucionalmente protegido.

<sup>42</sup> LOMAS HERNÁNDEZ, V., «Claves de la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la interrupción voluntaria del embarazo», cit., p. 4.

independiente, aunque no pueda considerarse la vida prenatal como un DF en sí mismo por ser este último únicamente aplicable a quienes han nacido y cuentan con personalidad jurídica plena<sup>43</sup>. Corresponde al legislador determinar el modo en que han de limitarse los derechos constitucionales de la mujer con el fin de tutelar la vida prenatal, optando aquí el TC para calificarlo como bien jurídico constitucionalmente protegido, sin que ello deba ser así necesariamente. En efecto, el legislador, mediante el empleo de su facultad de creación de leyes, podría optar por una regulación específica, mediante por ejemplo la creación de una ley especial, entorno a la tutela y protección de la vida prenatal. Con ello, podríamos sobrepasar el problema de legitimidad democrática que puede llegar a plantear el TC mediante la creación de un nuevo derecho «fundamental».

Todo ello además atendiendo a los criterios que fundamentan los límites a los DDF, es decir: (i) las medidas limitadoras necesarias para conseguir el fin perseguido<sup>44</sup>; (ii) la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone<sup>45</sup>; y (iii) el respeto del contenido esencial<sup>46</sup>.

La IVE es la manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y elegir libre y responsablemente. Forma parte del contenido constitucionalmente protegido del art. 15 CE de modo que los derechos positivos del Estado en aras de proteger la vida prenatal pueden limitar, hasta cierto punto, el DF, pero no pueden afectar, en ningún caso, su núcleo intangible. Sobre esta cuestión, autores como Silva Sánchez<sup>47</sup>, exponen que

«En la legislación española un ser humano concebido y no nacido puede ser abortado, sin esgrimir ninguna razón en particular, en el plazo de catorce semanas desde la gestación».

Por su parte, el Preámbulo de la LO 2/2010 expone que la «nueva regulación de la IVE [...] busca a garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y la vida prenatal»<sup>48</sup>. Así pues, el TC ha convalidado un sistema de tutela gradual a lo largo de la gestión que busca «la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la

---

<sup>43</sup> Este concepto de la vida prenatal se ajusta a los tratados internacionales ratificados por España, sin que se haya llegado a un consenso a nivel europeo (derivado de la interpretación del art. 2 CEDH), por lo que el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados.

<sup>44</sup> STC 69/1982, de 23 de noviembre, FJ 5.

<sup>45</sup> STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

<sup>46</sup> STC 11/1981, de 3 de abril, FJ 10.

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Las “personas con discapacidad” y la permanente tentación eugenésica», *Indret*, núm. 1, 2024.

<sup>48</sup> Preámbulo I de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Suponiendo ello que «los poderes públicos están obligados a no interferir en este tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información».

gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella»<sup>49</sup>. Es precisamente en este punto donde se justificaba el sistema de plazos, en que la mujer adoptará la decisión de manera informada, después de recibir la información y tras un periodo previo de 3 días de reflexión. No obstante, al haber desaparecido estas condiciones mediante la reforma operada a través de la LO 1/2023, cabe preguntarnos si dicha justificación se sigue sosteniendo.

En suma, sin entrar a valorar si la necesaria protección de la vida prenatal debía obligatoriamente articularse mediante los parámetros constitucionales, asume el TC en esta bienvenida sentencia que los deberes positivos del Estado en relación con el bien jurídico protegido de la vida intrauterina avalan una limitación gradual del derecho de autodeterminación de la gestante, siendo admisible, no obstante, un primer plazo sin indicaciones, fijado en nuestro ordenamiento jurídico a las 14 primeras semanas de gestación.

### III. LOS DEBERES POSITIVOS DEL ESTADO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: LA AUTONOMÍA DE LA MUJER GESTANTE EN UN MARCO JURÍDICO LAICO

Con el propósito de determinar si el TC ha «blindado» un sistema de plazos puro, o si, por el contrario, aún es posible una flexibilización del mismo a la luz de las nuevas reformas en materia de IVE, cabe realizar un sucinto examen del sistema de plazos en su conjunto (1) para luego dejar entreabiertas varias líneas de reflexión (2).

#### 1. Examen global del sistema de plazos

Con anterioridad a la LO 2/2010, la regulación era de indicaciones<sup>50</sup>. Aunque el no-nacido no tiene derecho al DF a la vida *ex art.* 15 CE, su vida es considerada como un bien jurídico protegido por este precepto, lo que significa que el Estado tiene el deber de establecer un sistema legal para proteger la vida prenatal. En caso de conflictos específicos inevitables con los derechos de la mujer, la protección puede disminuir, especialmente cuando afectan gravemente su vida, salud, dignidad y libre desarrollo de la personalidad<sup>51</sup>. Al respecto, pone de relieve la doctrina que

«No solo la denegación expresa del derecho, sino la inadecuada prestación del servicio sanitario vinculado a la IVE o la inobservancia de las previsiones legales

<sup>49</sup> Preámbulo II de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>50</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>51</sup> FELIP I SABORIT, D., «Tema 2: El aborto», en: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (dir.) RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. 9ª, Atelier, 2023, pp. 61-75.

que prevén su materialización, supone una vulneración del derecho a la integridad física y moral de la mujer»<sup>52</sup>.

En efecto, en relación con la garantía de acceso efectivo a la IVE, los poderes públicos no sólo tienen el deber de respetar y no lesionar los DDFF sino también la obligación positiva de garantizar su efectividad. La obligación de las administraciones públicas (en adelante, AAPP) de asegurar la prestación de la IVE deriva de ese deber<sup>53</sup>. Se establece así una regla de interpretación favorable a la efectividad de los derechos de la mujer<sup>54</sup>.

El sistema de plazos implantado por la LO 2/2010 distingue tres estadios. En la primera fase, durante las primeras catorce semanas de gestación, la tutela de la vida prenatal se articula mediante un sistema preventivo general<sup>55</sup>. Una segunda fase, desde la semana quince hasta el fin de la vigésimo segunda, se permite la práctica del aborto en caso de concurrencia de indicación terapéutica o embriopática. En este punto, la tutela de la vida prenatal se lleva a cabo *ex arts. 145 y 145 bis CP*. Finalmente, en una tercera fase, desde la vigésimo tercera semana –momento en que la LO 2/2010 sitúa el umbral de viabilidad fetal– en adelante, es el punto en el que la jurisprudencia constitucional y ordinaria entienden que se produce la modificación sustancial en el estatus jurídico de la vida potencial<sup>56</sup>.

Según el TC, el modelo de plazos previsto en LO 2/2010 constituye un sistema de «tutela gradual» de la vida del *nasciturus*, o, dicho de otro modo, de «limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal»<sup>57</sup>. A través de dicha regulación, el Tribunal establece que el Estado no renuncia a proteger la vida prenatal durante las catorce primeras semanas, sino que «se trata de compatibilizar dicha protección con la garantía de los derechos constitucionales de la mujer embarazada»<sup>58</sup>.

Como hemos podido introducir *ut supra*, el TC no se desvincula plenamente de la STC 53/1985 porque sigue partiendo de la misma premisa que por aquel entonces, esto es, la existencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, dicho punto de partida merece ser revisitado, por cuanto, a pesar de llegar

---

<sup>52</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023», cit., p. 4.

<sup>53</sup> En este sentido, por ejemplo, la STC 78/2023, de 3 de julio.

<sup>54</sup> Nota informativa nº 32/2023, «El pleno del TC afirma que la constitución reconoce a la mujer el derecho a decidir libremente sobre la continuación del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación», de 9 de mayo de 2023.

<sup>55</sup> Existe, además, una sanción penal de la interrupción del embarazo llevada a cabo sin el consentimiento informado de la mujer embarazada o sin cumplir con las exigencias legales (art. 144 CP).

<sup>56</sup> Por ello, únicamente se admiten dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo, también bajo la protección del art. 145 CP.

<sup>57</sup> FJ 4 c). Dicho sistema de plazos ha sido declarado conforme al CEDH en la STEDH H c/ Noruega, de 19 de mayo de 1992.

<sup>58</sup> LOMAS HERNÁNDEZ, V., «Claves de la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la interrupción voluntaria del embarazo», cit., p. 4.

finalmente a la misma conclusión, es decir, el reconocimiento de una cierta autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo en un marco jurídico laico, nunca se podrá llegar a consolidar un verdadero derecho al aborto, o, dicho de otro modo, un sistema de plazos puro.

*A contrario*, si no se partiera de un conflicto entre dos bienes jurídicos distintos, no cabría el deber positivo del Estado de equilibrar dichos bienes, sino que revertiría en los poderes públicos un deber de modulación de un único bien jurídico, el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, o, derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo. Esta autodeterminación se proyecta sobre diversos preceptos constitucionales. En primer lugar, sobre los DDFD de libertad personal (art. 17.1 CE), integridad física y moral (art. 15 CE) y derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE). En segundo lugar, también sobre la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y el derecho a la protección de la salud y a la salud sexual y reproductiva (art. 43 CE) que, como ya hemos podido mencionar, no constituyen DDFD.

En efecto, «la autodeterminación corporal protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decidir libre y voluntariamente por lo tanto la integridad personal de las mujeres resultará vulnerada en caso de mediatización y/o instrumentalización»<sup>59</sup>, siendo, pues, la decisión de la mujer la protagonista en el reconocimiento de su derecho a la integridad física y moral.

Sin embargo, afirmar esto puede suponer que el TC esté consolidando un sistema de plazos puro, en tanto cada vez más nos conformamos con menos información y menos limitaciones temporales a fin de que la gestante pueda abortar libremente, a la mayor premura posible, si así lo desea, durante las primeras 14 semanas del embarazo<sup>60</sup>.

Por todo lo anterior, puede ser reconsiderada la proclamación de la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido, de acuerdo con el criterio de la Excm. D<sup>a</sup>. María Luisa Balaguer Callejón, por cuanto,

«Sin negar que el *nasciturus* pueda ser considerado como un bien jurídico digno de protección penal [...] puede cuestionarse la cobertura constitucional de su protección, de modo que sea la libre disposición de la mujer embarazada

<sup>59</sup> TORRES DÍAZ, M.-C., «Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Sobre el derecho a la autodeterminación de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, 2023, pp. 252-256.

<sup>60</sup> Sobre este aspecto, la magistrada de opinión concurrente D<sup>a</sup>. María Luisa Balaguer Callejón pone de relieve que, «el límite temporal, el sistema de plazos en sí, se fundamenta en la protección del bien jurídico de la vida prenatal, se fija desde la convención legal de otorgar a la mujer un plazo o un espacio de decisión que se estipula como razonable, para disponer sobre la continuidad del embarazo en virtud de sus propias consideraciones morales, que se proyectan sobre la configuración autónoma de su proyecto vital, y seguramente también sobre la consideración moral que le merece el producto de la gestación».

el eje constitucional que marque la argumentación relativa al diseño legal de la interrupción voluntaria del embarazo»<sup>61</sup>.

No obstante, de seguir y asumir dicha línea argumental, podríamos llegar hasta el punto de admitir, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, la posibilidad de la despenalización total del aborto consentido.

## 2. Puntos de reflexión

La STC 44/2023 representa un avance jurisprudencial en el reconocimiento y protección del derecho de la mujer gestante a decidir sobre su propio cuerpo. Si bien el Tribunal parte formalmente de la doctrina establecida en la STC 53/1985, su razonamiento abandona progresivamente el marco de un conflicto irresoluble entre bienes constitucionales enfrentados, para desplazarse hacia la configuración de un derecho autónomo a la autodeterminación reproductiva, que adquiere una naturaleza cuasi fundamental, aunque no haya sido formalmente declarado como tal.

Esta evolución, tanto jurisprudencial como legislativa, se inspira del modelo alemán, donde podemos destacar en particular la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de fecha 28 de mayo de 1993<sup>62</sup>, por cuanto la LO 2/2010 pretendía instaurar un sistema de «plazo con asesoramiento» o de «indicaciones con decisión final de la mujer»<sup>63</sup>. Sin embargo, la LO 1/2023, al suprimir los requisitos del plazo de reflexión y la información obligatoria, ha acabado instituyendo un sistema de plazos prácticamente puro.

Así, el TC considera conforme al texto constitucional el sistema de plazos instaurado por la LO 2/2010 en la medida en que introduce una protección gradual de los derechos en función del estado gestacional.

Las conclusiones y puntos de reflexión expuestos en este apartado deben entenderse a la luz del marco dual establecido. Por una parte, la consolidación del derecho a la autodeterminación de la mujer gestante, que encuentra su fundamento en los principios de libertad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad. Y, por otra parte, la persistencia de la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido que, si bien no ostenta el rango de DF, sí actúa como límite legítimo a ese ejercicio de autonomía.

No obstante, esta consolidación no está exenta de ambigüedades ni de riesgos. El Tribunal no ha declarado expresamente que el sistema de plazos puro sea la única opción constitucionalmente legítima, ni tampoco ha excluido que puedan establecerse restriccio-

<sup>61</sup> STC 44/2023, de 9 de mayo, voto particular de D<sup>a</sup>. María Luisa Balaguer Callejón.

<sup>62</sup> DOMINGO OSLÉ, R., «El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993», *Revista chilena de derecho*, Vol. 21, núm. 2, 1994, pp. 273-281.

<sup>63</sup> Siguiendo el modelo alemán, introduciendo una obligación de información previa (§ 218a StGB, relativo a los casos de impunidad del aborto (Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs).

nes en futuras reformas, lo que deja un gran margen de interpretación. En consecuencia, el hecho de que el *nasciturus* siga siendo calificado como bien jurídico constitucionalmente protegido implica que el legislador puede seguir modulando el alcance del derecho a la IVE, especialmente a partir de fases avanzadas de gestación.

En lo que aquí nos interesa, cabe subrayar que la LO 2/2010 establece un modelo social, asistencial y sanitario de carácter preventivo<sup>64</sup>. Concretamente, en cuanto al análisis del art. 12 de la LO 2/2010 sobre la garantía de la IVE, el TC, tras reiterar una vez más que la ley articula un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación, dicho precepto contiene un «mandato dirigido a las AAPP de garantizar la prestación de la IVE en los términos y condiciones fijados por la propia ley»<sup>65</sup>. Modelo prestacional que se acomoda a la jurisprudencia del TEDH (art. 8 CEDH)<sup>66</sup>.

Así, la STC 44/2023 refuerza el enfoque de los deberes positivos del Estado al establecer que la IVE debe garantizarse como prestación sanitaria efectiva, vinculando directamente a los poderes públicos.

De esta manera, se acaba pues declarando la constitucionalidad de la perspectiva de género como enfoque metodológico<sup>67</sup>. En este punto, el TC se hace eco de la doctrina del Tribunal Supremo a la hora de integrar la perspectiva de género como metodología de análisis jurídico significa que la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico debe primar en la actuación de todos los poderes públicos<sup>68</sup>.

Si bien es cierto que dicho pronunciamiento constituye un novedoso y bienvenido avance en el estatus de la mujer en la sociedad contemporánea en la que vivimos, siguen encontrándose latentes numerosas problemáticas, como por ejemplo, el hecho de saber si hasta 2010 era inconstitucional el sistema de indicaciones que teníamos. Una posible respuesta es que el TC no está sometido a sus precedentes, sino únicamente a la CE. Entonces, solo estaría realizando una interpretación de la Constitución conforme a la realidad social.

---

<sup>64</sup> Por lo que «existe un cuerpo normativo inequívocamente orientado al cumplimiento del deber de protección de la vida prenatal también durante esta primera fase de la gestación. Un modelo preventivo y asistencial que [...] es más respetuoso con los derechos de la mujer embarazada que el exclusivo recurso a la sanción penal».

<sup>65</sup> Actuando así, «el legislador responde al reconocimiento del derecho a la maternidad libremente elegida (art. 3.2) con la correlativa creación de una obligación a cargo de las AAPP de garantizar una prestación pública de la IVE, que se configura como derecho público subjetivo de carácter prestacional».

<sup>66</sup> Este modelo avalado por la STC 44/2023, es similar al adoptado por la mayoría de los países del Consejo de Europa, como se reconoció también en la ya mencionada STEDH H. c. Noruega.

<sup>67</sup> No siendo este contrario al principio de seguridad jurídica ni afecta a la libertad ideológica ni a la formación moral y religiosa ni a la libertad de cátedra, constituyendo un enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal.

<sup>68</sup> TORRES DÍAZ, M.-C., «Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo», cit., p. 11.

Lo que viene a admitir el TC es que viene a adoptar una posición muy alejada del planteamiento de 1985, y acaba reconociendo un nuevo DF, como ha sucedido recientemente en Francia<sup>69</sup>, pero aquí a expensas de que en un futuro se vuelva a modificar por la propia composición del Tribunal. Por otro lado, la STC 78/2023 abre nuevas vías, mostrando que, en caso de obstaculización al ejercicio de un DF, como el reconocido mediante la STC 44/2023, incurrirá la Administración Pública en responsabilidad por su ejercicio anómalo<sup>70</sup>.

Tras la LO 1/2023, el sistema en materia de aborto se articula sobre un sistema de plazos durante las primeras semanas del embarazo, y de indicaciones en fases posteriores. Aunque se ha avanzado hacia una mayor liberalización y autonomía decisional de la mujer, no puede afirmarse con certeza que estemos ya ante un modelo cerrado, blindado o plenamente consolidado en términos constitucionales. La eventualidad de nuevas reformas legislativas o cambios interpretativos sigue siendo un factor latente.

En definitiva, «siguiendo la senda marcada por la STC 19/2023 en materia de eutanasia [...] se produce una [...] evolución en relación con la jurisprudencia precedente [...] permite mayor formalización y debilitamiento de los deberes estatales de protección de la vida prenatal»<sup>71</sup>. Por lo tanto, parece que con esta sentencia se estaría asegurando constitucionalmente la necesidad de un sistema de plazos, en el que incluso un sistema casi puro como el introducido por la LO 1/2023 sería aceptable.

Sin embargo, ¿estamos frente a una real evolución o simplemente frente a la imposibilidad de un consenso democrático? Parece que el TEDH y demás entidades internacionales optan por esta segunda posibilidad, dejando en manos de cada Estado, en virtud de su margen de apreciación, regular de la manera que estimen convenientes la materia de la IVE, asentando únicamente aquellos mínimos infranqueables. Creo necesario un análisis detenido del voto particular concurrente de la magistrada D<sup>a</sup>. María Luisa Balaguer en aras de trazar las líneas directrices pro-futuro. Repárese en los riesgos de involución siempre latentes para las mujeres cuando los derechos se articulan en base a la realidad corpórea y socio-sexual de las mismas.

En conclusión, de todo lo antedicho podemos efectivamente deducir que estamos ante un sistema mixto, compuesto en un primer momento de un sistema de plazos y, en un segundo, de indicaciones, sin llegar a encontrarnos, a pesar de la posterior reforma operada por la LO 1/2023, ante un sistema de plazos puro. Cabe no obstante preguntarnos asimismo si efectivamente sería lo idóneo un sistema de plazos puro, y ello a la vista de nuestra sociedad en constante evolución y cambio y sus consiguientes nuevas exigencias, convertidas

---

<sup>69</sup> Francia, el pasado día 4 de marzo de 2024, reconoció expresamente el derecho constitucional al aborto. En España, se ha llegado a idéntica conclusión, pero sin la explicitación en un artículo concreto.

<sup>70</sup> Si el Estado no garantiza la efectividad de ese derecho prestacional a la IVE, o no lo hace suficientemente, se entiende que se está vulnerando este DF, no necesariamente cometiendo un delito, pero sí cuanto menos generando responsabilidad patrimonial del Estado.

<sup>71</sup> FELIP I SABORIT, «Tema 2: El aborto», cit., p. 9.

en deberes positivos para un Estado Social y Democrático de Derecho, de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres.

En opinión de quien suscribe, tampoco sería la solución, porque, aun asumiendo que la vida prenatal no es en efecto un bien jurídico constitucionalmente protegido que deba entrar en conflicto con el derecho a la autodeterminación de la mujer, es innegable que, llegados a un determinado punto de la gestación, existe viabilidad de esta nueva vida en formación, aunque sea mínima, y no pueda considerarse independiente. Y todo ello a pesar de estar formándose dentro de un cuerpo libre y digno, con plena personalidad y desarrollo como es el de la mujer gestante.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, S., «A, B y C v. Irlanda: el derecho al aborto en Europa», *Discusiones*, vol. 17, núm. 1, 2016, pp. 133-163.
- CHUECARODRÍGUEZ, R., «Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia», *DS: Derecho y salud*, vol. 16, 2008, pp. 1-14.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «La interpretación evolutiva de la constitución en manos del Tribunal Constitucional: ¿Una suerte de deus ex machina argumentativa?», *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 42, 2025, pp. 141-188.
- DOMINGO OSLÉ, R., «El aborto y el Tribunal Constitucional alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993», *Revista chilena de derecho*, vol. 21, núm. 2, 1994, pp. 273-281.
- FELIP I SABORIT, D., «Tema 2: El aborto», en: SILVA SÁNCHEZ, J-M. (dir.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. 9ª, Atelier, 2023, pp. 61-75.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023. Una jurisprudencia nueva sobre la interrupción voluntaria del embarazo», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, 2023, pp. 257-261.
- LOMAS HERNÁNDEZ, V., «Claves de la STC 44/2023, de 9 de mayo, sobre la interrupción voluntaria del embarazo», *Noticias Jurídicas y Actualidad, LEFEBVRE*, 29 de junio de 2023. Disponible en: <<https://elderecho.com/claves-de-la-stc-44-2023-de-9-de-mayo-sobre-la-interrupcion-voluntaria-del-embarazo>>. [Consultado el 23/05/2025].

- MATIA PORTILLA, F. J., «Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo», *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 31, 2013, pp. 541-554.
- MENA PARRAS, F.J., «La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un “punto de inflexión” en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 8, 2012, pp. 115-124.
- REY MARTÍNEZ, F., «La interpretación de la constitución como “árbol vivo”: una metáfora especiosa», en: ARAGÓN REYES, M., SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J., REQUEJO PAGÉS, J.L. (dirs.), *El Estado constitucional democrático: Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo*, 2024, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 559-577.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., *La protección jurídica del nasciturus en el Derecho español y comparado*, Granada (Editorial Comares), 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M., «Las “personas con discapacidad” y la permanente tentación eugenésica», *Indret*, núm. 1, 2024.
- TORRES DÍAZ, M-C., «Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Sobre el derecho a la autodeterminación de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, 2023, pp. 252-256.
- VILLARMEA REQUEJO, S., «¿Cuándo pierde una mujer el derecho a decidir cuándo parir?», en: PARDO PRIETO, P.C. (coord.), *Amores y violencias: Género, Diversidad Sexual y Derecho*, León (Eolas ediciones), 2021, pp. 101-107.
- WALKER, R., «Becoming the Third Wave», *Ms. Magazine*, enero-febrero, 1992, pp. 39-41.

**Tabla de jurisprudencia**

Resolución	ECLI	Ponente
STC 44/2023	ECLI:ES:TC:2023:44	Inmaculada Montalbán Huertas
STC 160/2007	ECLI:ES:TC:2007:160	María Emilia Casas Baamonde
STC 19/2023	ECLI:ES:TC:2023:19	Ramón Sáez Valcárcel
STC 34/2008	ECLI:ES:TC:2008:34	María Emilia Casas Baamonde
STC 192/2003	ECLI:ES:TC:2003:192	María Emilia Casas Baamonde
STC 120/1990	ECLI:ES:TC:1990:120	Fernando García-Mon
STC 60/2010	ECLI:ES:TC:2010:60	Javier Delgado Barrio
STC 215/1994	ECLI:ES:TC:1994:215	Fernando García-Mon
STC 154/2002	ECLI:ES:TC:2002:154	Pablo Cachón Villar
STC 53/1985	ECLI:ES:TC:1985:53	Gloria Begué Cantón
STC 198/2012	ECLI:ES:TC:2012:198	Pablo Pérez Tremps
STC 116/1999	ECLI:ES:TC:1999:116	Pablo García Manzano
STC 4/1981	ECLI:ES:TC:1981:4	Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC 113/1994	ECLI:ES:TC:1994:113	Pedro Cruz Villalón
STC 11/1991	ECLI:ES:TC:1991:11	Fernando García-Mon
STC 69/1982	ECLI:ES:TC:1982:69	Francisco Tomás y Valiente
STC 37/1989	ECLI:ES:TC:1989:37	Francisco Rubio Llorente
STC 11/1981	ECLI:ES:TC:1981:11	Luis Díez-Picazo
STC 78/2023	ECLI:ES:TC:2023:78	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STEDH Vo c/ Francia	-	-
STEDH H c/ Noruega	-	-
STEDH A. B. y C. c/ Irlanda	-	-



## NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Las normas generales de publicación y edición de la RJUAM pueden descargarse en nuestra web ([www.uam.es/rjuam](http://www.uam.es/rjuam)) y en nuestro blog ([www.rjuam.wordpress.com](http://www.rjuam.wordpress.com)).

- **Lugar y modo de presentación**

Quienes deseen enviar algún texto para que sea publicado en la RJUAM (artículos, lecciones, comentarios de sentencias y reseñas), deberán dirigirse al Consejo de Redacción de la misma. Los textos deberán ser inéditos, si bien el Consejo de Redacción podrá evaluar la conveniencia de aceptar trabajos ya publicados, cuando se trate de traducciones o de artículos cuya difusión en España resulte de especial interés. Los trabajos se enviarán a la dirección de la RJUAM por correo electrónico a la dirección: [revista.juridica@uam.es](mailto:revista.juridica@uam.es). Los originales vendrán acompañados de un teléfono o dirección de contacto del autor, así como de su dirección de correo electrónico. Alternativamente, los trabajos podrán remitirse a través del Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid ([www.revistas.uam.es/revistajuridica](http://www.revistas.uam.es/revistajuridica)). El envío de trabajos requiere el registro como usuario mediante un sencillo y rápido procedimiento. Se recomienda el uso de esta segunda vía, pues agiliza y facilita el proceso de evaluación necesario para la publicación de cada trabajo.

- **Evaluación de los trabajos presentados**

Los trabajos presentados serán sometidos a un proceso anónimo de evaluación por parte de un miembro del Consejo de Redacción y un evaluador externo. Entre otros criterios, se valorarán: la originalidad del trabajo, la profundidad de la labor investigadora desarrollada y la actualidad e interés de la temática tratada. Dicho proceso concluirá en la aceptación o rechazo del trabajo, comunicándose el resultado del proceso al autor aproximadamente un mes antes de la publicación del número correspondiente. En caso de aceptación del trabajo, los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y separatas.

Además de lo anterior, la RJUAM somete todos los trabajos aceptados para publicación a una rigurosa revisión y corrección ortotipográfica y de estilo, con el fin de asegurar la calidad formal y la uniformidad metodológica en toda la revista.

- **Publicación**

La aceptación por el Consejo de Redacción de los trabajos presentados supondrá la cesión, del autor de los mismos a la Revista, de los derechos de reproducción,

distribución y comunicación pública, a efectos de publicarlos en formato papel, así como ponerlos a disposición del público a través de bases de datos electrónicas.

- **Extensión**

Los originales tendrán una extensión máxima de treinta folios (DIN A4), salvo las recensiones, que serán de cuatro folios. Excepcionalmente, el Consejo de Redacción podrá autorizar la publicación de trabajos de una extensión mayor.

- **Idioma de la presentación**

Los trabajos serán presentados en castellano. Excepcionalmente, el Consejo de Redacción podrá autorizar la publicación de trabajos redactados en otro idioma.

- **Estilo, tamaño de letra e interlineado**

El estilo de letra será Times New Roman de cuerpo 12, salvo las notas a pie de página, que tendrán cuerpo 10. El texto deberá estar justificado. El interlineado será de un espacio y medio, salvo en las notas a pie de página, en las que será sencillo. El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos.

- **División del Texto**

**Título:** Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en Times New Roman mayúsculas y negrita, cuerpo 14. Debajo, en Times New Roman minúsculas y negrita, cuerpo 10, se hará constar la traducción del título en inglés.

**Autor:** Debajo del título deberá ponerse el nombre y apellidos del autor, que irá centrado, en Times New Roman versales, cuerpo 12. En nota a pie de página (a la que se hará referencia con un asterisco: \*) se indicará la condición profesional (catedrático, profesor titular, becario de investigación, abogado, etc.) o el grado de estudios alcanzado (doctorando, estudiante de segundo ciclo, etc.), así como, cuando proceda, el área de conocimiento (Derecho civil, Derecho constitucional, etc.) y el organismo al que pertenece (Universidad, Colegio profesional...). En dicha nota al pie podrá incorporarse la dirección de correo electrónico de contacto, así como cualquier referencia a proyectos de investigación en los cuales se enmarque el trabajo presentado.

**Abstract y palabras claves:** Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y unas palabras clave/key words (máximo cinco). Tanto el abstract como las palabras clave deberán ir dentro de un cuadro de texto, justificado, interlineado sencillo y letra de estilo Times New Roman de cuerpo 10.

Sumario: A continuación se incluirá un sumario, que reproducirá los títulos de los apartados y subapartados del artículo, separados por punto y coma. El sumario irá en Times New Roman cuerpo 10, interlineado sencillo, sin negritas ni cursivas y con sangría francesa de 1,25 cm.

Títulos: Los títulos de los apartados irán en Times New Roman mayúsculas, negrita, cuerpo 12, precedidos de números romanos (estos irán seguidos de punto, sin guion, en igual tipo y tamaño de letra).

Epígrafes: Los epígrafes de los apartados irán en Times New Roman minúsculas, negrita, cuerpo 12 y precedidos de números árabes (estos irán seguidos de punto sin guion en igual tipo y tamaño de letra).

Sub-epígrafes: Los sub-epígrafes irán en Times New Roman minúsculas, cursiva, cuerpo 12, precedidos de letras (estos irán seguidos de punto sin guion en igual tipo y tamaño de letra).

En la redacción del texto no debe utilizarse negrita ni subrayado, salvo para los casos previstos en las indicaciones anteriores. Cuando se quiera subrayar o resaltar algún término o expresión se usará la cursiva.

- **Mención de autores y citas**

Cuando se mencione a un autor en el cuerpo del texto, solo la primera letra de sus apellidos irá en mayúsculas.

Las referencias bibliográficas de las citas realizadas en el texto, así como las citas que se hagan en nota al pie, deberán realizarse del siguiente modo:

Libros: autor (los apellidos en mayúsculas y la inicial del nombre), la obra (en cursiva), la edición, la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto en los millares) y la página o páginas a las que corresponda la cita (con la abreviatura p. o pp.).

Artículos o fragmentos de obras colectivas: autor (igual que en la anterior), la obra (entre comillas [«...»]), la revista u obra colectiva en la que aparezca (en cursiva), el número de la revista o la edición (en el caso de obras colectivas), la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto tras las unidades de millar) y la página o páginas donde se expresa la opinión (con la abreviatura p. o pp.).

Bibliografía: al final de los artículos y, en su caso, de los comentarios jurisprudenciales deberá constar una relación de la bibliografía citada por el autor.







**MANTÉNGASE INFORMADO  
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis  
al boletín informativo  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)**

**Y benefíciense de nuestras ofertas semanales**

# LECCIÓN

Antonio CIDONCHA MARTÍN, «Sobre la docencia y Bolonia: algunas reflexiones»

## ARTÍCULOS

Pau ALABAU PEREIRO, «La circunstancia de multirreincidencia en el delito de hurto: una cuestión no resuelta»

Adrián AGENJO AGUADO, «La financiación de crímenes internacionales como forma de complicidad: fundamentos y límites dogmáticos de la atribución causal y normativa de responsabilidad penal»

Alejandro ARAQUE GARCÍA, «Omisión de deberes precontractuales de información: presupuestos y remedios»

Carlos ASENSIO-WANDOSELL, «¿Deben los acreedores perdonar las deudas a sus deudores? A vueltas con la exoneración del pasivo insatisfecho»

Javier BLANCO VARGAS, «Tratamiento penal de las fugas de información en los servicios de inteligencia»

Rodrigo DE OÑATE CRUZ, «Propuestas para la definición y certificación del hidrógeno renovable»

Desirée GONZÁLEZ CUEVAS, «La naturaleza jurídica de los reglamentos de las administraciones independientes: ¿un ornitorrinco normativo en el derecho público?»

Gonzalo HERREROMEJÍAS, «El dies a quo del artículo 1301 del CC y los contratos coligados»

Rubèn LLORENS POBLADOR, «La brecha lingüística electoral en los sistemas de partidos del País Vasco y Cataluña. Entendiendo su evolución a partir de un nuevo indicador: el IDL»

Maximilian W. M. POHL, «La necesidad de reformar la legislación europea de control de inversiones extranjeras directas mediatas»

Marie RUIZ CORBERA, «STC 44/2023: ¿Sistema de plazos puro? Los deberes positivos del Estado en relación con la protección del derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación de la gestante».

