

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

Número 26, Época II, 2025

ISSN: 2340-4647



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

Número 26, Época II, 2025

ISSN: 2340-4647

Dykinson S.L.

CONSEJO EDITORIAL

-Dirección / Editor

Dr. D^o IGNACIO LLEDÓ BENITO

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

-Subdirección

Dra Dña MARÍA LUDOMIRA KUBICA

Profesora de Derecho Civil. UNED (Universidad Nacional a Distancia)

-Coordinación editorial

Dra. Dña CARMEN REQUEJO CONDE

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

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

Dr. D^o JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

Profesor Contratado Doctor (acred.) de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra. Doña TERESA AGUADO CORREA

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

-Dra. D^a MARÍA ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Valencia

Don IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado ICAM

Dra Dña VICTORIA GARCIA DEL BLANCO

Profesora Titular de Derecho penal. URJC

Dra Dña MYRIAM HERRERO MORENO

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

Directora Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Sevilla

-Dr. D. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

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

-Dr D. JAVIER LARENA BELDARRAÍN

Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad de Deusto.

Dra Dña MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla

-Dr Dº JUAN JOSÉ MEDINA ARIZA

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

-Dr Dº JOSE RICARDO PARDO GATO

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

Dr Dº ALBERT RUDA FERNÁNDEZ

Professor Agregat. Dret Civil. Universitat de Girona

PRESIDENCIA DE HONOR DE LA REVISTA REDS

-Dº FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático emérito de Derecho Civil. Universidad de Deusto

-Dº OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Deusto

MIEMBROS HONORÍFICOS *AD HONOREM*

-Dº CARMEN CHACÓN PIQUERAS

Ex Ministra de Defensa de España

Dº MANUEL MARÍA ZORILLA RUIZ

Ex Presidente del Tribunal de Justicia del País Vasco

Catedrático emérito de la Universidad de Deusto

Dº LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad de Granada

Ex Rector de la Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros del Comité:

Presidente

Dr. Dº BORJA MAPELLI CAFFARENA

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

Vocales:

PIERRE LUIGI MARIA DELL'OSSO
Fiscal Antimafia de la República de Italia.
(Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE
Director del Laboratorio de Sistemática
Humana
Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI
Doctor y ex Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Camerino, Catedrático de
Derecho Civil y miembro de la "Escuela
Civilística" que agrupa a los más prestigiosos
catedráticos de derecho civil italiano.
Universidad de Camerino (Italia)

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

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

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

JEAN-BERNARD AUBY
Ex decano de la Facultad de Derecho de la
Universidad de París XII. Profesor de
Derecho Público en la Universidad de
Sciences Po Paris y director de la Acción
mutaciones de l'Publique Pública Droit et du
(cambios en el Gobierno y Derecho Público,
MADP) de Sciences Po Paris.
Universidad de Sciences Po Paris

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

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR
Cónsul General de España en Brasil

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

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

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

ENRIQUE GADEA SOLER
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

LUZ MARTÍNEZ VALENCOSO
Catedrática de Derecho Civil Universidad de
Valencia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AGUSTÍN LUNA SERRANO
Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris
Causa de la Universidad de La Sapienza
(Roma) y Doctor Honoris Causa por la
Universidad de Almería.
Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS
Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTÁZAR Y
RUÍZ DE AGUIRRE
Catedrático de Historia. Director de la
Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO
Presidente Honorario y Fundador de la
Asociación de Abogados de Familia y Abogado
del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

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

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

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL
Catedrático de Derecho Civil
Universidad ICADE Madrid

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

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

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

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

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA
Doctor en Derecho y Catedrático emérito
Derecho Económico. Director del Instituto de
Estudios Cooperativos de la Facultad de
Derecho. Vocal del Consejo Superior de
Cooperativas de Euskadi.
Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS
Doctora en Derecho y Catedrática Derecho
Mercantil. Consejera académica en Baker
& McKenzie.
Universidad Carlos III de Madrid

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

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

ALEJANDRO MIGUEL GARRO
Doctor en Derecho, Investigador Senior de la
Escuela Parker de Derecho Extranjero y
Comparado.
Universidad Columbia Law School NY

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

GUILLERMO ALCOVER GARAU
Catedrático Derecho Mercantil.
Universidad Islas Baleares

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

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS
Profesor Titular de Derecho mercantil de la
Universidad de las Islas Baleares.
Universidad de las Islas Baleares

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

JAVIER VALLS PRIETO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

PEDRO MUNAR BERNAT
Catedrático Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

ANA HERRÁN ORTIZ
Profesora Titular de Derecho
Civil Universidad de Deusto

RAFAEL LINARES NOCI
Profesor Titular Derecho Civil
Universidad de Córdoba

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

JAVIER BATARRITA GAZTELU
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del
Señorío de Bizkaia

CONCEPCIÓN NIETO-MORALES
Doctora en Sociología. Trabajadora Social en
Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la
Administración de Justicia Junta de Andalucía
Universidad Pablo de Olavide

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

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid.
Presidente del Consejo General del Notariado

RAMÓN MÚGICA ALCORTA
Notario y Abogado del Estado

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO
Licenciado (1986), Master en Derecho (1991)
y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en
Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL
(1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL
(1987-2000). Profesor de Derecho penal en la
Nova School of Law de la Universidade Nova
de Lisboa

ASTOLFO DI AMATO
Licenciado en Derecho en La Sapienza
(Roma). Catedrático de Derecho Comercial en
la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado
de la Corte Constitucional.

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

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

MARIA JESUS CAVA
Catedrática de Historia Contemporánea.
Universidad de Deusto

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

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

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

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

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

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

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

CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Civil UCM.
Catedrática acreditada

MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ
Catedrática de Derecho penal UGR.
Directora del Instituto Andaluz
Interuniversitario de Criminología. Sección
Granada.

JAVIER VALLS PRIETO
Catedrático de Derecho penal UGR.
Ethics and Legal expert.

**SECCIONES PERMANENTES EN LA REVISTA: Derecho, Empresa y Sociedad
(REDS)**

Coordinador de Derecho Público, Sociedad Civil e Historia:

Dr Dº IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Coordinadora de Derecho Privado, Bioderecho, IA y Tecnologías disruptivas:

Dr. Dª MARÍA LUDOMIRA KUBICA

Profesora de Derecho Civil. UNED

Coordinadora de Criminología e Igualdad:

Dra. Dª BÁRBARA SORDI STOCK

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales

Universidad de Sevilla

Coordinador de las Relaciones Internacionales con Iberoamérica:

Sergio Alonso Garcia Long

Profesor Derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú

Coordinador de Nuevas formas de criminalidad y lucha contra la corrupción:

Dr Dº JESÚS MARTÍN MUÑOZ

Profesor de Derecho penal. UCM

Coordinadora de la sección de entrevistas en Derecho penal y Criminología:

Dra Dña Ana Belén Valverde Cano

Profesora Derecho penal UCM. Becaría Ramón y Cajal

Coordinadora de la Sección Jurisprudencial.

Dra Dña Mercedes Barragán López

Profesora de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Coordinadora Sección Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional

Dra Dña EMILIA Mª SANTANA RAMOS

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

Coordinador de Economía, Empresa, Estudios Financieros y Negocios

Dr. Dº JONATHAN TÉLLEZ TORRES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)

Compra directa a través de nuestra web: www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

REVISIÓN POR PARES

CONSIDERACIONES DE FUNCIONAMIENTO

1) PRIMERA FASE: REVISIÓN PRENSA

El secretario técnico presenta un informe de evaluación previa en el que justifica los criterios formales y sustantivos de aceptación para su publicación en la Revista

2) SEGUNDA FASE: EVALUACIÓN POR PARES

- El artículo se envía a dos evaluadores especialistas en a temática del autor del trabajo y que serán ajenos al centro universitario del autor del trabajo.
- Los evaluadores ad hoc examinarán la metodología, análisis, rigor dogmático sistemático, tratamiento bibliográfico, actualidad del tema y su aportación real a la trasferencia de conocimiento.
- Los evaluadores externos contarán un plazo de 4 semanas para enviar una plantilla de CRITERIO REDS para su análisis formal y material del trabajo presentado.
- La autoría de los informes no será revelada en ningún caso a los autores de los trabajos, ni estos conocerán la identidad de los informantes.
- Caso de divergencia o contradicción en el dictamen de los informantes decidirá el Consejo Asesor a propuesta del secretario técnico y responsable de la revisión de los evaluadores externos.
 - El Consejo asesor dilucidará con la mayor prontitud la idoneidad o no del trabajo objeto de publicación.

ÍNDICE

1. EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA COAUTORÍA.....17

Diego-M. Luzón Peña

2. EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO EN EL ALZAMIENTO DE BIENES37

José Antonio Posada Pérez.

3. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL PERUANA: LA PERSPECTIVA DE UN PENALISTA.....79

Víctor García Sandoval

4. EL DELITO DEL ESTUPRO. ESPECIAL RELEVANCIA EN LAS FIGURAS TÍPICAS DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.....93

Ricardo William Sánchez Rocha

5. LÍMITES ÉTICO-LEGALES EN LOS SISTEMAS DE VIGILANCIA: SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL CHINO.....121

Ricardo Torralba Luzzy - Alberto Pintado Alcázar

6. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS. REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR.....139

Iván Martín Gómez

7. ACUERDOS DE ÓRGANOS COLEGIADOS SOCIETARIOS COMO HECHOS O ACTOS JURÍDICOS, Y EL ACTA QUE LOS CONTIENE: SU EMISIÓN, VALIDEZ, EFICACIA E IMPUGNACIÓN EN EL PERÚ.....165

Max Salazar Gallegos

8. ANÁLISIS TEÓRICO DOCTRINAL DE LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJO. SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN CUBANA.....193

MSc. Ileana A. Díaz Kessell

| | |
|--|-----|
| 9. EL GESTOR CULTURAL EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO COMO HERRAMIENTA INNOVADORA | 203 |
|--|-----|

Manuel Recuero Astray - Borja del Campo Álvarez

| | |
|---|-----|
| 10. LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD MUSICAL MEDIANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y SU REGULACIÓN JURÍDICA: RETOS, TENSIONES Y PERSPECTIVAS MULTICISPLINARES..... | 211 |
|---|-----|

Javier Miranda Medina

RENCENSIÓN

| | |
|---|-----|
| RECENSIÓN A JAVIER GONZÁLEZ MARTIN: LOS ELEMENTOS FORMATIVOS DE LA HISTORIA TIEMPO, MITO, GENERACIÓN. ILUSTRACIÓN, PROGRESO, CRISIS Y BARBARIE. CÓRDOBA ALMUZARA. 2025..... | 233 |
|---|-----|

Julio César Muñoz Pérez

EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA COAUTORÍA*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal (emér.), Universidad de Alcalá, Madrid, España.

Presidente de honor de la FICP. contacto@ficp.es

<https://orcid.org/0000-0003-3251-237X>

<https://doi.org/10.14679/4861>

Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2025

Fecha de aceptación: 21 de noviembre de 2025

RESUMEN: Artículo dogmático de la parte general de Derecho penal que explica el comienzo de la ejecución de los coautores en supuestos problemáticos, explicando la solución global o conjunta donde el comienzo de la ejecución de cualquier coautor supone también el comienzo de la tentativa para todos los coautores y la solución individual donde el comienzo de la tentativa de cada coautor requiere el inicio de su propia ejecución. Explicación de la solución global o conjunta y la premisa errónea de la solución global y los argumentos que hacen preferible la solución individual.

ABSTRACT: This article presents a doctrinal explanation of the commencement of the execution of co-perpetrators in problematic cases. It outlines the global or joint solution, where the commencement of execution by any co-perpetrator also constitutes the commencement of the attempt for all co-perpetrators, and the individual solution, where the commencement of the attempt by each co-perpetrator requires the commencement of their own execution. The article explains the global or joint solution, the flawed premise of the global solution, and the arguments justifying the preference for the individual solution.

PALABRAS CLAVE: Coautoría, tentativa, solución global, solución individual, errores, premisa.

KEYWORDS: Coperpetrators, attempt, global solution, individual, errors, premise.

* El presente trabajo es un anticipo del apartado correspondiente del Cap. 33 sobre Tentativa y consumación de mi Tratado de DP, PG, en preparación. Publicado por primera vez en ForFICP 2024-1, pp. 39-64 (www.ficp.es).

Sumario. 1. COMIENZO DE EJECUCIÓN DE LOS COAUTORES. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS. 2. LA SOLUCIÓN GLOBAL O CONJUNTA Y LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL. A) Solución global o conjunta: el comienzo de ejecución de cualquier coautor supone también el comienzo de tentativa para todos los coautores. B) Solución individual: el comienzo de la tentativa de cada coautor requiere el inicio de su propia ejecución. C). Argumentos de la solución global o conjunta. 3. LA PREMISA ERRÓNEA DE LA SOLUCIÓN GLOBAL Y ARGUMENTOS QUE HACEN PREFERIBLE LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL. A) El error de la premisa de la solución global: el segundo sujeto que aún no ha actuado aún no es coautor y por eso no hay imputación recíproca. B) El sujeto concertado para la ejecución que aún no ha actuado no tiene dominio del hecho. C) El inconsistente argumento del azar o la casualidad D) Otros argumentos a favor de la solución individual. a. Desde la propia teoría de la tentativa. b. Argumentos adicionales desde la teoría de la autoría y participación.

1. COMIENZO DE EJECUCIÓN DE LOS COAUTORES. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

La coautoría, según la concepción restrictiva que me parece más correcta, es la realización conjunta y de común acuerdo del hecho (doloso, que es el que afecta a la tentativa, o también imprudente) por dos o más personas que por separado no lo realizan, determinan o dominan en su totalidad, sino que sólo la suma de sus actividades determina positivamente la producción del hecho¹. Pues bien, lo primero que hay que destacar, aunque no se suele hacer, es que la cuestión problemática en cuanto a cuándo comienza la ejecución y la tentativa de cada coautor surge cuando se trate, no de coautoría simultánea, o sea, cuando todos los intervinientes desde el principio ejecutan o comienzan a ejecutar el hecho –ya que en ese caso naturalmente no habría ningún problema especial–, sino de *coautoría sucesiva*², es decir, de *supuestos en que uno de los coautores interviene claramente antes que otro u otros, que actúa(n) después*, y concretamente fijándose en la hipótesis de que pese a su inicial conspiración el segundo sujeto por la razón que sea finalmente no puede intervenir tras el comienzo de ejecución del primero. Y se trata de saber cuándo se puede afirmar que comienza la tentativa este segundo sujeto o sujetos: si ya con el inicio de la intervención del primer coautor aunque el segundo aún no haya actuado³, o si únicamente con el comienzo de la propia intervención del siguiente (o siguientes). Pues si la intervención acorde de los coactuantes se va a producir simultáneamente y estando todos presentes en el lugar del hecho, p. ej. dando todos cuchilladas o golpes a la víctima para matarla, lesionarla gravemente o dejarla

¹ Así el concepto de coautor (requiriendo dominio positivo compartido o en la imprudencia determinación objetiva positiva del hecho compartida, concepto muy restrictivo frente al mayoritario del dominio funcional, que incluye el dominio meramente negativo y potencial de todos o al menos muchos cooperadores necesarios) que ya defendí esbozado, sobre todo para la coautoría imprudente, en LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss., 912 ss.; Curso PG I, 1996, 510, 507 ss., Lecc PG, 2.^a/3.^a 2012/2016, 18/51, 43 ss.; y más desarrollado junto con (y coincidiendo en lo sustancial) con mi discípulo M. Díaz en LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, FS-Roxin, 2001, (575 ss.), 591 ss. = Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, AFDUA (Anuario Fac. Der. Univ. Alcalá), núm. extraord. 2000, (53 ss.), 70 ss., y en DPCont (Bogotá) 2 2003, (89 ss.), 108 ss., recogido tb. en ForFICP 2023-2, (115 ss.), 131 ss.

² Este término, que no es frecuente encontrar manejado en este contexto, es acertadamente usado como peculiaridad de estos supuestos por VALDÁGUA (SANTANA VALDÁGUA), ZStW 98 1986, 846; RFDL 1988, 19. Sin usar el término, sí destacan que los problemas se plantean precisamente cuando tras el acuerdo varios sujetos van a intervenir uno a continuación del otro RUDOLPHI, SK, desde 2.^a 1977, 6.^a 1994, § 22/19 a; KÜHL, AT, 8.^a 2017, 20/123. Sobre la coautoría sucesiva en general cfr. ampliamente ROXIN, AT II, 2003 [PG II, 2014], § 25/219 ss.

³ Éste es el supuesto en el que se centra la discusión. En cambio, en la doctrina no se trata el supuesto de que el segundo concertado comience unos minutos después del primero (o primeros) su parte de la ejecución, pero no la complete; y ello a pesar de que también en esta constelación de supuestos se puede discutir si el segundo coautor comete una tentativa ya con el inicio de ejecución por parte del primer coautor o si por el contrario sólo incurre en tentativa después, con su propio comienzo de ejecución.

inconsciente para otro ulterior propósito, entonces no se plantea problema de cuándo comienza la tentativa de cada uno, sino que comenzará en todos al mismo tiempo, ya que, aunque pueda haber una mínima diferencia de segundos entre la actuación de cada uno, ocurrirá que en cuanto uno arranque, tal como se ha acordado, el otro u otros se disponen inmediatamente a actuar simultáneamente.

2. LA SOLUCIÓN GLOBAL O CONJUNTA Y LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL

Al respecto se han defendido dos posiciones:

A) Solución global o conjunta: el comienzo de ejecución de cualquier coautor supone también el comienzo de tentativa para todos los coautores.

La llamada solución global, conjunta o unitaria⁴, claramente dominante en Alemania, sostiene que la consecuencia necesaria de la división del trabajo acordada es que cada coautor responde de cualquier acto previsto realizado por cualquier otro y por eso en cuanto un coautor comienza su acto ya ha comenzado la tentativa también para el otro o los otros coautores que actuarán posteriormente⁵; ya antes de esta fundamentación se llegaba a esta

⁴ En alemán *Gesamtlösung*. Esa denominación se la da SCHILLING, *Der Verbrechensversuch des Mittäters*, 1975, 59, 104, así como la de *Einzellösung* o solución individual para la posición contraria: v. n. ¿?? [2 después], y tal terminología es utilizada ampliamente por la doc. posterior.

⁵ Así en la doc. alem., que desde los años 60-70 se pronuncia casi toda al respecto, la opinión totalmente dominante: MEZGER, LK, 6.^a 1944, 8.^a, 1957 § 47/7; MAURACH, AT, 2, 1.^a 1954, § 49 III 3 [PG, II, 1962, § 49 III 3, p. 346]; SCHRÖDER, Anmerkung zu BGH 11, 268, JR 1958, 426 s.; en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 17.^a 1974, § 47/1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, de 18.^a 1975 a 26.^a 2000, § 22/55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, de 18.^a 1975 a 26.^a 2000, § 22/61; BAUMANN, JuS 1963, 85 ss.; AT, 8.^a 1977, 570 s.; ROXIN en su primera etapa: Täterschaft u. Tatherrschaft, desde 1.^a 1963, 452 ss., 454, fundamentándolo en su posición en 277 ss. de que cada coautor es titular o poseedor del (co)dominio sobre todo el hecho [las 10 eds. de la obra reproducen en esas pp. la posición inicial, pero ROXIN la abandonó en la 5.^a ed. 1990, 645 y, como indica en n. 335, siguiendo a (SANTANA) VALDÁGUA, cambia a la solución individual]; LK, 10.^a 1978, § 25/139 ss.; JuS 1979, 13 [posteriormente ROXIN se pasa a la solución individual: v. n. sig.]; BUSCH, LK, 9.^a 1970, § 47/20, 26; JESCHECK, AT, 3.^a 1978, 4.^a 1988 [PG, 1981], § 63 IV 1; VOGLER, GA 1977, 63; LK, I, 10.^a 1985, § 22/88 ss.; ZStW 98 1986, 330, 341; DREHER/TRÖNDLE, StGB, de 38.^a 1978 a 48.^a 1997, § 22/18; KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, Heidelberg, Decker, 1978, 69 ss., passim; JZ 1979, 782, 785 ss.; STEINKE, *Krim (Kriminalistik)* 1979, 126 s.; OTTO, JA 1980, 641 ss., 646; AT, 7.^a 2004 [TG, 2017], § 21/125; MAIWALD, ZStW 93 1981, 883 ss. (pero con reservas en 884); STRATENWERTH, AT, 3.^a 1981, 237; 4.^a 2000, § 12/107 s.; GORES, *Der Rücktritt der Tatbeteiligten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, 125; KÜHL, JuS 1983, 180 s.; JA 2014, 673 s.; AT, 8.^a 2017, 20/123 ss.; SCHMIDHÄUSER, AT StB, 2.^a 1984, 281, 351; SAMSON, SK, 4.^a 1985, § 25/55; KÜPPER, GA 1986, 446 s.; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.^a 1989 [PG 2, 1995], § 49/100, p. 330; STOFFERS, MDR 1989, 213; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG 1997], 21/61 (pero en 21/118 para los delitos de infracc. de deber la soluc. individual); ERB, NStZ 1995, 424 ss.; HAUF, NStZ 1994, 263 ss.; JA 1995, 776 ss.; INGELFINGER, JZ 1995, 704 ss., 713; KÜPPER/MOSBACHER, JuS 1995, 488; ZIESCHANG, *Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium*, ZStW 107 1995, 361 ss.; AT, 6.^a 2020, nm. 512 ss.; AHRENS, JA 1996, 666; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 191 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996, § 63 IV 1; ROSSMÜLLER/ROHRER, MDR 1996, 988 ss.; KÖHLER, AT, 1997, 541, pero exigiendo mínima acción en el segundo como estar presente en el hecho; BUSER, *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, 16 ss., 83, 150 s.; KRACK, ZStW 110 1998, 611 ss., 621; WEBER, FS-Lenckner, 1998, 439 s.; RATH, JuS 1999, 144; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, de 49.^a 1999 a 54.^a 2007, § 22/21, 21a (FISCHER, StGB, desde 55.^a 2008); GORKA, *Der Versuchsbeginn des Mittäters*, Frankfurt, Haag, 2000, 135 ss. (pero en 153 para los delitos de infracc. de deber la soluc. individual); KREY, AT II, 1.^a 2001 a 3.^a 2008, nm. 439; BAUMANN/WEBER, AT, 11.^a 2003, § 29 IV 4 a; PRÜBNER, *Die von mehreren versuchte Tat*, Frankfurt/Bern, Lang, 2004, 147 ss., 169 ss., 189 s.; FAD, *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 90 ss.; HILLENKAMP, LK, 12.^a 2006/07, 13.^a 2019, § 22/173 s.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a 2010, 12/107 s.; WESSELS/BEULKE, AT, 40.^a 2010, nm. 611; BOSCH, Jura 2011, 909, 915; GEPPERT, Jura 2011, 30 ss.; HERZBERG/HOFFMANN-HOLLAND, MK, 1, 2.^a 2011, 3.^a 2017, § 22/139; HOFFMANN-HOLLAND, AT,

misma posición desde la teoría subjetiva de la autoría y participación⁶, que, dado que para ella lo único importante para la autoría es tener ánimo de autor y no de mero socio, lógicamente mantenía que todos los que han acordado obrar con *animus auctoris* en actos preparatorios o de auxilio responderán como coautores por tentativa en cuanto uno de los coautores comience un acto de ejecución⁷.

B) Solución individual: el comienzo de la tentativa de cada coautor requiere el inicio de su propia ejecución.

Frente a esto, la solución individual (*Einzellösung*) mantiene que sólo comienza la tentativa para cada coautor, por mucho que se haya acordado su intervención posterior, cuando él mismo inicia la realización de su acto de ejecución, y no basta que el primer coaligado haya comenzado su parte de ejecución⁸. No obstante, sus defensores destacan que el futuro

1.ª 2011 a 4.ª 2023, nm. 646; KREY/ESSER, AT II, 4.ª 2011 a 7.ª 2022, nm. 439; MYLONOPOULOS, GA 2011, 463 ss., 474, pero exigiendo que el 2.º sujeto, que responde de una omisión impropia (468 s.), esté presente y dispuesto a actuar; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 41.ª 2011 a 54.ª 2024, nm. 962 ss.; HOYER, SK, 8.ª 2012, § 25/147; HEGER, en Matt/Renzikowski, StGB, 2013, 2ª 2020, § 22/51; HILGENDORF/VALERIUS, AT, 1.ª 2013 a 3.ª 2022, § 10/45; RÖNNAU, JuS 2014 109 ss.; GROPP, AT 4.ª 2015, § 10/91; KASPAR, AT, 1.ª 2015 a 3.ª 2020, § 8/57; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, AT, 12.ª 2016, § 29/104; HEINRICH, AT I, 5.ª 2016, 6.ª 2019, nm. 740-742; KINDHÄUSER, AT, 8.ª 2017, § 40/15; ZACZYK, NK, 5.ª 2017, § 22/67 (aunque exige un mínimo de acción en el segundo: estar presente en la ejecución o reforzar al primer actuante); LACKNER/KÜHL, StGB, 29.ª 2018, § 22/9; KUDLICH/SCHUHR, en Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4.ª 2019, §§ 22/50; MURMANN, GK, 5.ª 2019, 28/94; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH, StGB, 30.ª 2019, § 22/55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, StGB, 30.ª 2019, § 25/61; JOECKS, en MK, 4.ª 2020, § 25/267 s.; RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 36/20, 22; AMBOS, en Dölling/Dutge/König/Rössner, GesStr: StGB, 5.ª 2021, § 22/34; CORNELIUS, en Heintschel/Heinegg, StGB, 4.ª 2021, § 22/61. Igualem. la jurisprud. mayoritaria: p.ej. RGSt 58, 279; RGSt 77, 172 s., 175; BGH NJW 1952, 430; BGHSt 11 [1958], 268 s.; BGH NStZ 1981, 99; BGHSt 36 [1989], 250; BGHSt 39 [1993], 236 ss., 237 s.; BGHSt 40 [1994], 301 s.; BGH NJW 1995, 142 ss.; BGH, StV 2001, 273; BGH NStZ-RR 2015, 372.

Fuera de la doc. alem., donde son muchos menos quienes tratan el tema, a favor de la solución global o conjunta: CORREIA, [Direito criminal: tentativa e frustração, participação criminosa, pena conjunta e pena unitaria](#), 1953, 136; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, DP fund II, 1989, 399 ss.; PG, 2012, 850 ss.; GONZÁLEZ RUS, CDJ 1994-39, 123; VILLAVICENCIO, PG, 2006, 489; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, 19/204 y n. 187 p. 246 (siguiendo –“convincentemente”– a Maurach/Gössel); REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct., 2014, 373 ss., 384 ss.; El delito de tentativa, 2016, 366 ss., 377 ss.; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 15/17. Aunque no trate expresamente el inicio de la tentativa del coautor, ha de estar a favor la solución global DONNA, PG V, 2009, 360 s., por sostener que por su dominio funcional es coautor “quien objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho”, lo que vale sobre todo para el jefe de la banda. En cambio, fuera de la escasa doc. no alemana no es tan numerosa la defensa de la solución global, pues proporcionalmente bastantes más voces defienden la solución individual: v. *infra* n. 8.

⁶ Sostenida al menos desde KÖSTLIN, System des deutschen Strafrechts, AT, 1855, §§ 93 s.; y sobre todo v. BURI, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860, passim; GA 17 1869, 233 ss., 305 ss.; GS 22 1870, 21 ss.; Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; y, como es sabido fue predilecta para la jurisprud. del RG y en inicio del BGH alemán. Cfr. ampliamente sobre la teoría subjetiva y quienes la han compartido ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, desde 1.ª 1963, a 11.ª 2022, 51 ss.; AT II, 2003 [PG, II, 2014], § 25/17 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 289 ss.

⁷ Así lo destaca, para criticarlo y rechazarlo, FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116.

⁸ En alemán *Einzellösung*, denominación que, igual que la de *Gesamtlösung* para la otra posición, le da SCHILLING, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Köln, Heymanns, 1975, 104. Comparten esta solución individual, ya antes de ese nombre FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116; después: SCHILLING, cit., 29 ss., passim (partiendo de una concepción puramente causal de la coautoría, aunque inclinándose a la teoría subjetiva para delimitar el comienzo de ejecución de cada uno y considerando por eso –112 ss.– que en algunos casos la mera participación en el acuerdo y plan común puede suponer ya comienzo de ejecución individual); RUDOLPHI, FS-Bockelmann, 1979, 369, 383 ss.; SK, desde 2.ª 1977, 6.ª desde 1994, § 22/19 a, considerando con razón inaceptable la amplitud con que Schilling quiere fijar el comienzo de ejecución de cada uno y exigiendo por eso una acción individual con comienzo

del dominio del hecho; MAIWALD, ZStW 93 1981, 884; GÜNTHER, GA 1983, 330, 332 s.; KRATZSCH, JA 1983, 420 ss., 587; Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1985; BLOY, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, 265 ss.; STEIN, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, 383 ss.; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 870 ss., 849 ss. (aquí firmando sin el 1.er apellido SANTANA, el menos importante en portugués); RFDL, 1988, 15 ss., passim; Início da tentativa do co-autor, Lisboa, Danúbio, 2.^a 1993, 73 ss., passim; ROXIN en una segunda etapa tras abandonar la soluc. global siguiendo a (Santana) Valdágua, en: Täterschaft, 5.^a 1990, 645 (n. 335) s.; LK, 11.^a 1993, § 25/198 ss.; FS-Odersky, 1996, 489 ss., 492; AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/297 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, Barcelona, PPU, 1991, 136 n. 324 (adhiriéndose a [Santana] Valdágua y sus argumentos), 656 n. 386, 693 s. y 694 s. n. 487; Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria, EJB, Civitas, 1995, 708; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 175; JAKOBS, AT, 2.^a 1991 [PG 1997], 21/118 para los delitos de infracc. de deber (pero en 21/61 para todos los demás delitos la soluc. global); BAUER, C., Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten), München, VVF, 1996, 189 ss.; GORKA, Der Versuchsbeginn des Mittäters, 2000, 153, para los delitos de infracc. de deber siguiendo a Jakobs (pero en 135 ss. para el resto la soluc. individual); OLMEDO CARDENETE, Arts. 27, 28 y 29, en Cobo (dir.), Coment CP III, 2000, 236 s.: el sujeto no debe permanecer en un estadio puramente preparatorio (que le conduciría a la calificación de cooperador necesario una vez comenzada la ejecución por el otro sujeto, sino que para ser coautor debe traspasar el umbral del mismo, dando comienzo a la ejecución; ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, Madrid, Edisofer, 2001, 256 ss., tras una amplia exposición y valoración de las posiciones en 210 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites, Valencia, Tirant, 2001, 522, 487 ss.; PUPPE, AT II, 2005, § 37/7, § 39 13, § 44/1; SCHÜNEMANN, LK, 12.^a 2006, § 25/204, 20/123: en cuanto comienza el primero, se le imputa al segundo “aunque él mediante su propio comportamiento aún no se haya dispuesto inmediatamente a la realización del tipo en el sentido del § 22” y “esté aún en el estadio de preparación”; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a 2007, 821 s.; PUTZKE, JuS 2009, 1083. 20/123: en cuanto comienza el primero, se le imputa al segundo “aunque él mediante su propio comportamiento aún no se haya dispuesto inmediatamente a la realización del tipo en el sentido del § 22” y “esté aún en el estadio de preparación”; LUZÓN PEÑA, GA 2021 (FG-Roxin 90. Gbtg.), (283 ss.), 285 ss.. En la doc. griega lo sostienen (cits. por MYLONOPOULOS, GA 2011, 462 s. n. 3) ANDROULAKIS, Poiniki Nomozesia, Genikó Méros (= DP, PG), II, 2.^a 2005, 174 ss.; DIMAKIS, Poinikós Kódikas, Sjoliásmós (= CP, Coment), 1993, Art. 45 nm. 2, 58; BITZILEKIS, Fainoménu tes symmetojís (= El fenómeno de la participación), 1990, 179, 182; SYMENOIDOU-KASTANIDOU, en Yperáspisi (revista), 1997, 143; CHRISTOPOULOS, Poiniki Dikaiosýni (= Justicia penal), 2008, 231 ss. Aunque no mencionan expresamente el inicio de la tentativa del coautor posterior, cabe interpretar que cuando ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, PG, 2.^a 2002, 787, sostienen que no hay autor que no sea causante y que no cabe “la atribución al coautor posterior de las conductas realizadas por otros coautores antes de su incorporación a la empresa común”, aquí encaja también el anterior comienzo de tentativa sólo por un coautor antes de que llegue a intervenir otro previsto coautor. Una posición intermedia en FRISTER, AT, 1.^a 2006 a 9.^a 2020, 29/8-14: el hecho común tiene que haber alcanzado ya el estadio de tentativa, pero desde entonces para cada coautor sólo comienza la tentativa con su respectiva actuación.

Sin mencionar expresamente los términos solución individual o global, muchos autores (PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA/PÉREZ ALONSO, PG, 2002, 740; VELÁSQUEZ, Manual PG, 4.^a 2010, 580; SÁNCHEZ LÁZARO, Cap. 11 en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 170 s.), sostienen que como coautor sólo puede responder quien intervenga en la fase de ejecución, desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación, pero no quien sólo ha intervenido en la fase preparatoria; pero con esa afirmación, corriente en la doc. dom., queda la duda, al no decirlo expresamente, de si asimismo sólo admiten comienzo de tentativa como coautor en el sujeto que actúa (inicia su acción) ya en fase de ejecución y lo excluyen para el que, aun habiendo acordado, no llega a intervenir, o si se refieren más bien al cointerviniente que sólo lo hace en la fase preparatoria y no se ha reservado actuación alguna en la fase de ejecución, negando que sea coautor, pero no al supuesto –que es el aquí debatido– de si para el sujeto que sí ha acordado intervenir en fase ejecutiva aunque no inicial, pero no llega a intervenir, el inicio de ejecución y por tanto de tentativa del primero de los otros sujetos lo convierte también en coautor de la tentativa.

interviniente que lo ha acordado pero no ha actuado no queda impune: puede responder como cooperador psíquico o moral⁹, frecuentemente necesario, a veces no necesario¹⁰, y en algunos delitos que la tipifican, podrá responder por conspiración o algún acto preparatorio (pluripersonal) punible¹¹.

C). Argumentos de la solución global o conjunta.

Prescindiendo del rechazable enfoque de la teoría subjetiva de la autoría y participación según el *animus auctoris* o *socii* con el que actúa el interviniente, hoy claramente superada, 1.º) el principal, cuando no el único, argumento manejado por la doc. dom. de la solución global o conjunta es que por la división acordada de funciones existe en la coautoría el principio de la *imputación recíproca* (*gegenseitige* o *wechselseitige Zurechnung*) o de la atribución de actividad (*Tätigkeitsanrechnung*) –sobreentendido: ajena, del otro–, o sea, que, como cada acto parcial de cada coautor no realiza la totalidad del hecho (del mismo modo que en la autoría única, cuando no basta un solo acto para producir el resultado, el sujeto tiene que realizar todos los actos parciales necesarios), sino que es la suma o unión acordada de actos parciales la que produce el hecho total, a cada acto parcial de un coautor jurídicamente se le imputan también como suyos el resto de actos parciales de otros coautores y cada acto parcial se imputa por tanto al resto; y por ello el inicio de actividad y tentativa de un coautor se imputa necesariamente al resto de sujetos puestos de acuerdo aunque aún no hayan actuado¹².

⁹ Así lo destacan, para advertir que el coaligado que no llega a intervenir no ha de quedar necesariamente impune, FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116 (hablando de su actividad de apoyo, sin especificar si es apoyo psíquico); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 656 n. 386, 694 s. n. 487; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 175: cooperación psíquica o moral en la tentativa del otro (en esta última precisa que la cooperación casi siempre será moral o psíquica); ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/297: cooperación psíquica; igual SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006, § 25/204. En la doc. griega (cits. por MYLONOPOULOS, GA 2011, 462 s. n. 3) lo sostienen ANDROULAKIS, DIMAKIS, BITZILEKIS, SYMENOIDOU-KASTANIDOU o CHRISTOPOULOS (v. *supra* n. 8).

¹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cit. en n. anter., en cuanto a esa posibilidad de calificarlo como cooperador en la tentativa de quien sí comenzó la ejecución, considera que en Derecho español –o, hay que añadir, en el de otros países, que tb. distinguen cooperación necesaria y no necesaria– podrá ser generalmente cooperación necesaria moral o psíquica en tentativa, sancionada con la misma pena que la coautoría. A mi juicio, si es necesaria o no esa cooperación dependerá de las circunstancias del caso concreto: ciertamente puede ser más frecuente –coincidiendo con Díaz– que sea una ayuda psíquica necesaria, porque la promesa de intervención final decisiva del segundo concertado completando la ejecución iniciada por el primero sea para éste un apoyo psíquico imprescindible para su actuación porque el segundo tenga medios de los que carece el primero y por eso se le ha encomendado la fase final de la ejecución; pero en otros casos en que el/los primer(os) actuante(s) cuente(n) con la posterior intervención del segundo concertado, pero sin considerarla totalmente imprescindible por tener la posibilidad de sustituirlo por otro si este segundo falla, entonces el acuerdo del segundo de intervenir será una cooperación psíquica no necesaria, una mera complicidad a la tentativa del primer(os) actuante(s).

¹¹ Así lo destacan, ya FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 656 n. 386, 694 s. n. 487; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 175; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/297.

¹² Formulándolo así con unas u otras palabras la mayoría de la doc. cit. *supra* n. 5 (excepto ROXIN, que rechazaba expresamente ese argumento: Täterschaft desde 1.ª 1963, 277 ss.): así p. ej. BUSCH, LK, 9.ª 1970, § 47/20, 26; MAURACH, AT 4.ª 1971, 662; SCHRÖDER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 11.ª 1974, § 47/1, 25; JESCHECK, AT, 3.ª 1978, 4.ª 1988 [PG, 1981], § 63 IV 1; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 63 IV 1; desarrollando especialmente esta fundamentación KÜPER, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, 44, 54 ss., 60 ss.; JZ 1979, 186 s.; MAIWALD, ZStW 93 1981, 884; STRATENWERTH, AT, 3.ª 1981, 231, 237; HAFT, AT, 2.ª 1984, 188, 213; KIENAPFEL, AT, 4.ª 1984, 554, 556; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 6.ª 1984, 266; SCHMIDHÄUSER, AT StB, 2.ª 1984, 281, 351; BAUMANN/WEBER, AT, 9.ª 1985, 526, 539; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, 22.ª 1985, § 25/61; VOGLER, LK, 10.ª 1985, § 22/88, 94; WESSELS, AT 15.ª 1985, 169; INGELFINGER, JZ 1995, 707 ss.; KREY, AT II, 1.ª 2001 a 3.ª 2008, nm. 439; HILLENKAMP, LK, 12.ª 2006/07, 13.ª 2019, § 22/173 (aunque en nm. 174 quiere limitarlo a casos en que el primer acto ejecutivo de otro coautor es el último paso inmediatamente

A este argumento decisivo y común a prácticamente todos los partidarios de esta posición agregan otros algún argumento adicional: 2.º) Así desde Roxin en su primera época se ha querido fundamentar ese comienzo de la tentativa de un coautor para todos los demás sucesivos en que todos poseen el *dominio del hecho en su totalidad*: Roxin considera que en virtud de lo que denominó por primera vez “dominio funcional del hecho”, que tiene todo el que en virtud de acuerdo y plan conjunto va a prestar una contribución necesaria indispensable a la ejecución sin la cual el hecho fracasa¹³, cada coautor responde no por el hecho de los demás, sino por su hecho propio: porque el coautor posee su propio co-dominio del hecho, sobre todo el hecho, sobre el hecho total o global, en su totalidad¹⁴, y por eso sostuvo que los sujetos hasta ahora inactivos, que tienen que ejercer su función sólo en un momento posterior, mantienen en todo momento el suceso en su mano como mínimo tanto como los otros, y por ello pueden tener posesión o titularidad del co-dominio incluso sin cualquier actividad externa¹⁵ y que, “como cada sujeto individual mediante su función en el marco del suceso co-domina toda la realización del tipo y consiguientemente también ha participado en cada acto individual como co-portador o cotitular del dominio del hecho, necesariamente el ‘disponerse’ de un sujeto individual a la ejecución también es una tentativa de todos”¹⁶. Sin hacer esa matización de que el futuro coautor es “titular” del dominio sobre todo el hecho, otros sostienen simplemente que por el plan y el reparto de papeles, en cuanto uno inicia la tentativa, el futuro interviniente tiene asimismo el mencionado “dominio funcional”¹⁷, el “dominio del hecho global, conjunto o común”¹⁸, afirmándolo por tanto de todos y cada uno de los coautores, hayan ya actuado o aún no. O, con una argumentación matizada, Küper sostiene que al dominio positivo parcial de cada coautor sobre su propia aportación al hecho se suma su dominio negativo sobre el hecho total o global¹⁹.

anterior a la posterior actuación que debería realizar otro sujeto); ZACZYK, NK, 5.ª 2017, § 22/67; REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct., 2014, 373 ss., 376, 384 ss.; El delito de tentativa, 2016, 366 ss., 370, 377 ss.; KÜHL, AT, 8.ª 2017, 20/123, 125; MURMANN, GK, 5.ª 2019, 28/94; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH, StGB, 30.ª 2019, § 22/55; RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 36/20. Tb. BGHSt 39, 238. JAKOBS, AT, 2.ª 1991 [PG 1997], 21/61 (y siguiéndole KÜHL, AT, 8.ª 2017, 20/124) lo explica con la imagen de una “persona imaginada” con muchas manos, pies y lenguas que realizara la conducta completa compuesta de las aportaciones individuales de los miembros.

¹³ ROXIN, Täterschaft, desde 1.ª 1963, 452 ss., 454, fundamentándolo en su posición en 277 ss. de que cada coautor es poseedor o titular del (co)dominio sobre todo el hecho; LK, 10.ª 1978, § 25/139 ss.; JuS 1979, 13.

¹⁴ En alemán: *die (Mit)Herrschaft über die gesamte Tat*; ROXIN, Täterschaft desde 1.ª 1963, 277 ss.; con ello rechaza expresamente la fundamentación de la imputación recíproca para los coautores, pues considera una extraña tesis no concordable con el principio de culpabilidad que alguien sea castigado como autor por lo que otro ha hecho con plena responsabilidad (277), sosteniendo por el contrario que el coautor responde no por el hecho de los demás, sino por su hecho propio: porque el coautor posee su propio co-dominio del hecho en su totalidad (pp. 287, 290); igual posición mantuvo luego en LK, 10.ª 1978, § 25/139 ss.; JuS 1979, 13.

¹⁵ ROXIN, Täterschaft desde 1.ª 1963, 454.

¹⁶ ROXIN, LK, 10.ª 1978, § 25/139; coincidente en JuS 1979, 13.

¹⁷ Así KÜHL, AT, 8.ª 2017, 20/123.

¹⁸ Así STRATENWERTH, AT 4.ª, 2000, § 12/107, pero en nm. 109 lo reconduce al aspecto subjetivo: “la responsabilidad por el comienzo de la tentativa ya es proporcionada o procurada por la resolución conjunta o común del hecho [*gemeinsamer Tatentschluss*], al que se reconduce aquél”. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 852 n. 75; RFDL 1988, 27, n. 75; Inicio da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 73 s., incluye junto con Stratenwerth en esta posición a JESCHECK; pero no está totalmente claro, ya que JESCHECK, AT, 3.ª 1978, 4.ª 1988 [PG, 1981], § 63 IV 1; JESCHECK/WEIGEND, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 63 IV 1, hablan realmente de que en virtud del reparto de papeles “los otros intervinientes hayan asumido aportaciones al hecho que les hubieran hecho participantes en el dominio del hecho”.

¹⁹ Así KÜPER, JZ 1979, 785 s., donde aclara que dominio positivo del hecho significa “poder sobre el transcurso” (*Ablaufsmacht*) del hecho y “poder de realización” (*Verwirklichungsmacht*), y que dominio negativo es “poder de inhibición” (o de impedimento, *Hemmungsmacht*). [SANTANA] VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 861 ss., 870 ss.; RFDL 1988, 40 ss., 52 ss.; Inicio da tentativa, 2.ª 1993, 147 ss., 93 s., comparte esa posición de Küper, pero la aplica precisamente a favor de la solución individual, afirmando que el

También se han ofrecido otros argumentos menos importantes o menos extendidos: 3.º) Así el argumento del azar, del acaso o de la casualidad²⁰: no es justo que, si opera el primer actuante, éste responda ya por tentativa y en cambio salga mejor parado el segundo interviniente comprometido, cuya actuación muchas veces será más importante o incluso la decisiva, porque, por alguna circunstancia como ser descubiertos antes, no ha podido hacerlo, lo que dependerá puramente del azar²¹. 4.º) O el de Maurach/Gössel, aduciendo que con el comienzo de tentativa de un coautor ya comienza el ataque al bien jurídico y esto rige para todos coautores²².

3. LA PREMISA ERRÓNEA DE LA SOLUCIÓN GLOBAL Y ARGUMENTOS QUE HACEN PREFERIBLE LA SOLUCIÓN INDIVIDUAL.²³

A) El error de la premisa de la solución global: el segundo sujeto que aún no ha actuado aún no es coautor y por eso no hay imputación recíproca.

A la solución global de la doc. mayoritaria le han opuesto una serie de objeciones y contraargumentos los defensores de la minoritaria solución individual, indicando que lo lógico es que para el comienzo de la tentativa de cada sujeto se requiera que él mismo, y no otro independiente, comience a actuar y que además ello lleva a resultados más justos, como a continuación expondré con más detalle. Pero esos argumentos por sí solos *no serían contundentes frente a la réplica que puede seguir dando la solución global (si en su premisa fuera correcta esa réplica)*: que no se trata de discutir si es más convincente o no que el comienzo de la tentativa deba comenzar con la propia actividad de cada sujeto, ya que en la coautoría, sea de un hecho consumado o sea de uno sólo intentado, hay *imputación recíproca de lo que hace cada coautor al resto*²⁴, y por ello el comienzo de la tentativa y con ello el inicio de la conducta típica intentada por un primer coautor necesariamente ha de imputarse también al (a los) siguiente(s) interviniente(s) antes de que haya(n) actuado conforme a lo acordado, de modo que en la fase de tentativa también sucede que, aunque en el plano fáctico el segundo sujeto que no ha podido actuar ciertamente no haya iniciado (o ciertamente no tenga dominio del hecho), sin embargo jurídicamente este coautor habrá iniciado ya la tentativa con la conducta del primero. Con la mayor claridad y rotundidad lo afirma así expresamente Mir Puig²⁵ al referirse así al “el principio de «imputación recíproca» que caracteriza a la verdadera coautoría. Según éste, la ejecución empieza y termina para todos

coautor tendrá dominio negativo sobre el hecho global, y dominio positivo sólo sobre su propia actuación, por tanto sólo si la realiza, y no tiene dominio negativo sobre la actuación de cada otro coautor.

²⁰ El denominado por los alemanes “Zufallsargument”.

²¹ Argumento esgrimido en su primera etapa por ROXIN, Täterschaft, 1963 (10.ª 2019), 453; LK, 10.ª 1978, § 25/139; JuS 1979, 13 (lo reproduce, pero para criticarlo, en AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/296; crítica en nm. 307); lo manejan tb. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, desde la 18.ª 1975, 30.ª 2019, § 22/55; KÜPER, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, 68, 70; JZ 1979, 187; STEINKE, Krim 1979, 126 s.; STRATENWERTH, AT, 3.ª 1981, 231; 4.ª 2000, § 12/108; GORES, Der Rücktritt, 1982, 125; VOGLER, LK, 10.ª 1983, § 22/89; HILLENKAMP, LK, 12.ª 2006/07, § 22/173; REYES ALVARADO, El delito de tentativa, tesis doct., 2014, 375, 386 s.; El delito de tentativa, 2016, 368, 379 s.

²² Así MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.ª 1989 [PG 2, 1995], § 49/100: la inmediatez legalmente requerida ha de referirse a la relación del autor con la respectiva forma de menoscabo típico del bien jurídico “y por ello en la coautoría al ataque o agresión al bien jurídico llevado a cabo actuando conjuntamente”, por lo que cada coautor responde de cada acción ejecutiva planeada del otro coautor como si la hubiera efectuado él.

²³ Un avance muy sintetizado —por limitaciones de espacio en ese n.º de GA— de la crítica que sigue a la solución global (en III.1) y de mi argumentación a favor de la individual lo expuse ya para los lectores del mundo germánico en mi artículo: LUZÓN PEÑA, Bemerkungen zum Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft, GA 2021-5: FG-Roxin 90. Gbgt., (283 ss.), 285 ss.

²⁴ Es más, hay que rebatir en primer lugar este argumento, porque, como destaca (SANTANA) VALDÁGUA, (ZStW 98 1986, 852; RFDL 1988, 27) el criterio de la atribución de la actividad ajena o imputación recíproca es en la doc. alemana actual el fundamento más frecuentemente aducido, y en la doc. antigua y jurisprud. alemanas es incluso el único alegado, para la solución global.

²⁵ MIR, PG, 10.ª 2015/2016, 15/17.

en cuanto uno de los coautores la empieza o culmina, de modo que cuando uno alcanza la tentativa o la consumación, ello vale para todos”. Lo que ocurre es que es incorrecta esta premisa básica de la que parte la solución global y dicho punto de partida es lo primero que hay que desmontar²⁶:

No es correcta, sino errónea la premisa de que, como el previsto interviniente posterior es coautor, en virtud de la imputación recíproca ha de imputársele ya la primera acción típica de inicio de tentativa del primer coautor. Y esa premisa es equivocada porque el sujeto que había acordado con el primero ser un interviniente posterior, pero que (aún) no ha actuado, aún no es coautor y por tanto no se le puede imputar ninguna actuación del primer actuante como coautor que inicia una tentativa, como es imposible imputar sus (aún) inexistentes acciones a otros que sí intervienen. En una palabra: el futuro coautor aún no es coautor. Como decía ya Frank: “la responsabilidad de las diversas personas como coautores comienza para cada una individual en el momento en el que precisamente ella emprende una acción de ejecución: pues sólo de ese modo ella se convierte en coautor”²⁷.

Es cierto que cuando varios, dos o más personas, intervienen de modo acordado realizando entre todos ellos el hecho, que cada uno realiza sólo parcialmente, no en su totalidad, sino que solamente la actuación conjunta es la que realiza totalmente el hecho (o para la formulación de la doc. dom. sólo la conjunción de actuaciones de los coautores tiene el condominio o dominio conjunto del hecho, y cada coautor tiene sólo dominio parcial del hecho²⁸),

²⁶ En cambio, otros partidarios de la solución individual exponen primero otros diversos argumentos contra la solución global y dejan para el final el acabar rechazando su premisa básica de que la obligada imputación ajena recíproca obliga a imputarle al concertado como coautor en un segundo momento el comienzo de tentativa de otro que actúa primero aunque el segundo no intervenga: así RUDOLPHI, SK, desde 2.ª 1977, § 22/19a; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 852-869; RFDL 1988, 27-51; ROXIN, (que en AT, II, 2003 con todo su peso ha cambiado, como ya he expuesto en notas anteriores, de la posición global o conjunta a la solución individual) AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/298-305; o JÄGER (realm. RUDOLPHI/JÄGER), SK, 9.ª 2017, § 22/35, dedican primero mucho espacio a dar otros argumentos tomados tanto de la teoría de la participación como de la propia tentativa a favor de la individual y contra la conjunta ([SANTANA] VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 854 s.; RFDL 1988, 30, al principio meramente apunta de pasada que sólo se podría hablar de imputación recíproca si el segundo coparticipante también hace a su vez algo que pueda ser imputado a los otros), y sólo después critican (RUDOLPHI, SK, desde 2.ª 1977, § 22/19a i.f.; [SANTANA] VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 870 ss.; RFDL 1988, 52 ss.; ROXIN, AT II/PG II, § 29/306; JÄGER –realm. RUDOLPHI/JÄGER–, SK, 9.ª 2017, § 22/35 i.f.), el argumento de la imputación o atribución de actividad al sujeto aún no interviniente (pero SANTANA VALDÁGUA ya da mucha más importancia a la crítica de este argumento en su monografía *Início da tentativa do co-autor*, 2.ª 1993, 73 ss., 142 ss., 164 ss., passim). A diferencia de éstos, el primer autor en defender una solución individual, FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, manejaba directamente como único y decisivo argumento frente a la tesis de la doc. dom. el de que el sujeto sólo se convierte en coautor si inicia su acción de ejecución: v. la cita *infra* en n. sig.

²⁷ FRANK, StGB, 18.ª 1931, § 47 V, p. 116.

²⁸ Esto naturalmente para la inmensa mayoría de tipos que no son exclusivamente delitos contra deber o de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), sino que pertenecen a la categoría denominada a partir de ROXIN (*Täterschaft*, 1963) “delitos de dominio”: *Herrschaftsdelikte*. Sin embargo, hay que matizar que, según la interpretación que sostengo, es solamente para los tipos o delitos puros de resultado para los que, si son dolosos, que es lo que nos ocupa en la tentativa, rige el criterio del dominio positivo sólo parcial del hecho en cada coautor, resultando el dominio positivo total o completo del hecho únicamente de la adición de los dominios parciales, y si son imprudentes, lo mismo pero sustituyendo “dominio positivo” por “determinación objetiva positiva” parcial o total del hecho; mientras que en los delitos de mera actividad o de resultado pero con actividades legalmente descritas, tipificadas, es más preciso formularlo diciendo que la forma de dominar o determinar objetivamente y positivamente el hecho es precisamente realizar la totalidad de la actividad o las actividades típicas legalmente descritas (y el criterio del dominio será únicamente un medio auxiliar y complementario para confirmar en caso de duda si se realiza la actividad típica requerida, concluyendo que, si el sujeto actúa con dominio –o determinación objetiva– del hecho sobre esa clase de conducta realmente está realizando la actividad o conducta típica específica), pero eso no lo hace por separado ninguno de los coautores, que cada uno realiza únicamente en todo o en parte un acto típico, cualquier acto típico, pero no la totalidad de la actuación típica, que se produce por la suma de actos de todos los coautores. Para otra opinión sólo la realización conjunta de actos típicos nucleares (no

es plenamente coherente interpretar y afirmar que por eso mismo rige y se produce la atribución o “imputación recíproca” de la actuación de cada coautor al otro u otros, ya que cada uno sólo realiza parcialmente (sólo domina o determina en parte) el hecho y no lo realiza (domina, determina) en su totalidad, pero sumando o uniendo su intervención, como se acuerda en el reparto de actuaciones, a la del otro u otros sí resulta la realización (dominio, determinación) plena del hecho típico, y por eso jurídicamente el hecho conjunto se imputa o atribuye a la conjunción de actuaciones parciales de todos y la actuación y contribución co-determinante de A se le imputa también –para completarla en lo que le falta– a la intervención asimismo parcialmente co-determinante de A, y viceversa. Esto rige para el delito consumado, pero también para el caso de que los dos o más autores hayan llevado a cabo sus actuaciones en fase de tentativa sin que se llegue (aún) a la consumación. Y hay que destacar que en cada coautor hay una intervención cuya aportación parcial codeterminante del hecho se le puede sumar y atribuir a la otra aportación parcial codeterminante y es una intervención parcial a la que a su vez se le puede sumar y atribuir la intervención parcial del otro.

Por el contrario, si dos personas A y B acuerdan, previamente o en el mismo momento de comenzar, efectuar cada uno actos parciales y sucesivos de realización del hecho típico, v.gr. de robo con fractura de la caja fuerte de una entidad o de violar atando a la víctima, y A realiza efectivamente el primer acto parcial, de abrir con un soplete la caja fuerte o de atar a la víctima dejándola inmóvil, pero el segundo, B, por una circunstancia imprevista (como ser detenido o sufrir un desmayo o un accidente grave de circulación) queda impedido y no puede entrar a realizar el segundo acto parcial necesario que intentaría la consumación, si en estos ejemplos B no puede sacar de la cámara acorazada ya abierta las barras de oro a un transporte especial²⁹, o no puede entrar a la entidad con los envases o bolsas especiales en los que guardarán el botín, o no puede ni acercarse a la víctima atada para tener acceso carnal, este segundo sujeto B no es coautor de nada (en nuestros ej., ni de robo con fractura ni de violación): *porque no realiza acto parcial codeterminante alguno que, sumándose al primer acto parcial de fractura de la caja o de violencia efectuado por A, pueda completar –o al menos intentarlo– el dominio positivo (doloso) del hecho por el primer sujeto y con ello pueda realizar, o intentar realizar, conjunta y totalmente el hecho típico* (por tanto B no realiza acto alguno cuyos efectos al menos de intento se puedan imputar al acto inicial de A³⁰), y porque *el segundo sujeto no realiza acto parcial alguno de carácter codeterminante (ni siquiera sin ese carácter) al que se le pueda agregar conforme a lo acordado y por ello imputar el acto típico que sí ha realizado el primero y de ese modo conjunto lograr o intentar el segundo dominar totalmente el curso del hecho y con ello realizar totalmente el hecho típico.*

bastando para ser coautor realizar algún acto típico periférico) produce el pleno dominio positivo del hecho propio de la coautoría: en nuestra doc. mantiene muy señaladamente esta opinión DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, desde su obra La autoría en DP, 1991, 513 ss., 532 ss. Pero esas diferentes posiciones ahora no tienen trascendencia para la cuestión que nos ocupa de si se le puede imputar la acción de comienzo de tentativa de otro sujeto como coautor tb. de tentativa al sujeto que había acordado intervenir en un segundo momento pero no llega a hacerlo.

²⁹ Ej. muy citado con ligeras variantes según los autores: así p ej. RUDOLPHI, FS-Bockelmann, 1979, 371; KRATZSCH, JA 1983, 587; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 842 s.; ROXIN, FS-Odersky, 1996, 491; AT II, 2003 [PG II, 2014], § 29/297; GUHRA, Das ...Verhalten beim beendeten Versuch, 2002, 154; HILLENKAMP, LK, 12.^a 2006/07, § 22/171 s.

³⁰ Al primer actuante A ciertamente no se le puede imputar un inexistente acto posterior de B, pero no obstante sí se le puede considerar por su actuación autor de una tentativa planificada como de coautoría, pero al final realizada en tentativa como autor unipersonal, en nuestros ejemplos autor de tentativa de robo con fractura o de violación: porque él sí ha dado comienzo a la ejecución del hecho, bien realizando el primer acto típicamente descrito o bien efectuando una acción con capacidad parcial de dominio positivo (o en la imprudencia, de determinación objetiva positiva) del curso del hecho, que puede completarse, o bien como está previsto con la segunda intervención de un coautor, en cuyo caso el primer actuante será ya coautor de tentativa, o bien, si la intervención ajena falla o no se llega a producir, a veces mediante su propia segunda actuación si le resultara factible, caso en el que será autor único inmediato de tentativa o incluso al final, autor único de delito consumado.

En una palabra: la imputación recíproca de la coautoría se da entre actuaciones o actos, con capacidades parciales equivalentes, que una se puede imputar a la otra para completar el hecho, pero no se da ni se puede dar entre un acto y un pensamiento o plan acordado de futuro acto que no llega a tener existencia real. Entre intervenciones reales equivalentes en capacidad (parcial) de producir el tipo sí puede haber imputación recíproca de una actuación a la otra porque efectivamente en la realidad cada una tiene la capacidad parcial de agregándose a la otra realizar totalmente el hecho típico: porque una realiza una de las acciones típicas y la otra intervención la otra acción típica que falta (en los ej. cits. un sujeto realiza la fuerza en las cosas o la violencia en la persona y el otro realiza, o intenta realizar, la segunda acción típica de apoderamiento del botín o de acceso carnal) o porque en delitos puros de resultado cada interviniente realiza un acto de dominio positivo parcial por sí solo aún insuficiente pero que sumándose al otro acto acordado logrará, o al menos intentará, el dominio total del hecho. En cambio, el plan de una futura segunda intervención de ejecución parcial que se sume a la primera, pero no puesto en práctica, no constituye jamás una actuación real que pueda realizar o intentar realizar la actividad típica descrita que falta –el apoderamiento del botín o el acceso carnal– o que pueda poseer el dominio parcial del hecho que se sume en lo que falta al dominio parcial del primer acto, para completar el tipo e imputársela a la primera actividad iniciada del primer coautor³¹; y precisamente por eso ese primer coautor lo es sólo de una tentativa inacabada, y no de una tentativa acabada ni de una consumación que se produciría solamente con la realización real de su parte de ejecución por el segundo coautor (que ahora sí sería coautor). Y por eso mismo, a la inversa, a ese plan o pensamiento de actuación no puesto en práctica tampoco puede imputársele el primer acto de inicio de ejecución sí efectuado para convertirlo de pensamiento en un acto de inicio de tentativa y para atribuirle unas cualidades y capacidades de dominio o realización parcial del hecho que no posee ni puede poseer mientras no se ponga en práctica³².

Lo que en el fondo *realmente están diciendo los defensores de la solución global*, con su argumentación de la imputación del comienzo de ejecución real de un coautor concertado al otro “coautor” comprometido a actuar posteriormente que no llega a hacerlo, es *que basta para ser coautor haber intervenido en la fase preparatoria en el plan común y en el acuerdo o concierto* (es decir, en una mera conspiración) para la ejecución aunque el sujeto no intervenga en ella³³, *y eso es totalmente inadmisibile*: Se podrá discutir, como hacen las

³¹ A éste se lo considera autor de tentativa porque ha iniciado la ejecución, y de tentativa de tal delito: robo con fractura o con violencia, violación, porque ese es el delito que con un posterior acto de ejecución pretende consumir, o bien realizando esa ejecución restante otro, que sería coautor, o bien él mismo, que sería autor único: v. n. 30.

³² Igualmente DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª 2007, 821 s. Tb. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 854 s.; RFDL 1988, 30, apunta que sólo se podría hablar de imputación recíproca si el segundo coparticipante también hace a su vez algo que pueda ser imputado a los otros; pero no señala la perspectiva inversa, que es la decisiva: que, si el segundo sujeto no llega iniciar su planeada ejecución parcial, no hay nada, no hay acto alguno al que recíprocamente se le pueda imputar el acto parcial del primero. En cambio, ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/306, maneja precisamente este último argumento al decir que “mientras alguien no ha aportado su propia contribución, falta ese presupuesto para el co-dominio del hecho y con ello el fundamento para una imputación en régimen de coautoría” (imputación de la actividad sí realizada por el otro), pero no menciona expresamente el primer aspecto indicado, el de que no hay una aportación suya que se le pueda imputar al otro actuante.

³³ Así, en efecto, aduce KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, 44, que es una cuestión abierta la de “qué requisitos de cualidad hay que plantear por principio a una aportación como coautor...: si para ello es necesaria la (planeada) coactuación en el estadio o fase de ejecución o si basta por ejemplo la intervención en el planeamiento y preparación” (similar en JZ 1979, 787), y responde (*Versuchsbeginn*, 1978, 60) que, como la imputación recíproca y atribución de la actividad (del otro), es el fundamento ineludible de la coautoría, no hay inconveniente en que “a todos los intervinientes que se han puesto de acuerdo en la ejecución común de un delito se les impute la contribución prestada por un coautor de modo acorde con ese plan, incluso si ella se plasma únicamente como tentativa”, es decir que basta haber participado en el plan y acuerdo común de intervenir después como coautores, o sea en un acto preparatorio de conspiración y planeamiento conjunto, para que, por la atribución recíproca de actividad ajena, la actuación de comienzo de ejecución e inicio de tentativa por uno se les impute igualmente a todos los

diversas concepciones, si para la coautoría es preciso realizar parcial y conjuntamente el tipo codominando (con dolo³⁴, que es de lo que se trata en la tentativa) positivamente el hecho – como sostiene la posición más correcta– o si es suficiente, como sostiene la teoría del dominio funcional, prestar en el reparto de funciones una colaboración necesaria, que supone el dominio meramente negativo del hecho porque la no prestación de la cooperación lo impide, y si basta que se realice esa colaboración imprescindible sea en la fase que sea o si ha de prestarse en la fase de ejecución y junto a la ejecución; pero en todo caso es absolutamente imprescindible para ser coautor que se haya realizado efectivamente esa actividad de codominio (positivo o negativo), y no se puede ser (co)autor de un hecho si solamente se ha planeado realizar esa actividad, pero no se realiza ni en su inicio. Como muy correctamente dice el art. 28, párr. 1.º CP esp. “son autores quienes realizan el hecho...”, los coautores “conjuntamente”, y por tanto (co) autor de tentativa sólo puede serlo quien realiza el hecho de la misma (ampliación de la tipicidad del delito consumado), o sea, quien (art. 16.1) “da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”, nunca quien ha planeado dar principio a la ejecución junto con otro(s): ese sólo realiza antes un acto preparatorio de planeamiento, que si es de común acuerdo con otros, será conspiración, que en la mayoría de los CP ni siquiera es punible en la mayoría de los delitos, y tras la conspiración sólo tiene el pensamiento, la voluntad de llevar a cabo su parte de intervención después del primer actuante. Y no haría ni falta mencionar que *en un Derecho penal del hecho el mero pensamiento no puesto en práctica no delinque* y por tanto *no puede ser comienzo de tentativa*³⁵, no hay en el segundo sujeto inicio de realización alguna parcial del hecho ni por ende (ya que autores son sólo quienes realizan el hecho: art. 28,1.º) puede ser (co)autor de nada: no ha realizado hecho alguno de principio de ejecución parcial al que se le pueda imputar el acto sí realizado de inicio de ejecución de otro sujeto.

Por eso tiene plena razón Roxin (en su segunda etapa) –como todas las voces que argumentan de ese modo– al exponer que, si bien es correcto, y lo confirma la regulación legal alemana, entender que a cada coautor le debe ser imputado el hecho en su totalidad y por lo tanto también la parte de los restantes, no realizada por él, “sin embargo, de ello naturalmente que no se puede deducir si alguien es o no coautor en un determinado momento de la ejecución. Así pues, inferir, a partir de la imputación recíproca de las contribuciones de los coautores, que deba hacerse valer la acción de tentativa de un tercero como propia, y en su contra, de alguien que aún no ha realizado ninguna aportación (o ninguna suficiente para la coautoría), constituye tan sólo una *petitio principii*. Esto presupondría su propia coautoría en la acción de tentativa, y para ello falta el co-dominio o dominio conjunto. Cuando, a resultas de un plan común, un delito es consumado mediante la cooperación y división del trabajo entre dos (o varios), el dominio conjunto del suceso justifica apreciar en cada uno coautoría e imputarle

meramente concertados. Por el contrario, rechazando que quien sólo actúa en la fase de preparación, de conspiración en su caso, pueda convertirse en coautor de tentativa por el inicio de ejecución de otro, RUDOLPHI, SK, 2.ª-6ª, 1977 ss., § 22/19a; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 855 s., 869; RFDL 1988, 30-33, 51; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 167; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/300, 304; SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006, § 25/204; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.ª 2007, 822. También por esa razón, ZACZYK, NK, 5.ª 2017, § 22/67, aunque defiende la solución global, rechaza que pueda haber tentativa “sin el elemento de la acción” y exige un mínimo de acción en el segundo sujeto: estar presente en la ejecución o reforzar al primer actuante que comienza la ejecución; ya antes en esa línea KÖHLER, AT, 1997, 541, o MYLONOPOULOS, GA 2011, 463 ss., 474.

³⁴ O co-determinando objetivamente si sólo hay imprudencia en caso de consumación; pero aquí sólo estamos tratando hechos dolosos y por tanto con dominio voluntario del hecho, dado que lo que nos ocupa es la tentativa, que sólo es dolosa.

³⁵ Así lo destaca (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 866, 869; RFDL 1988, 47, 51; sin embargo, en Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 166 s., dice (coincidiendo con KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, 69) que esta acusación de castigar por el pensamiento es exagerada, porque la solución global exige más que mero pensamiento un acuerdo con otros, que ya es un hecho, pero insuficiente, de preparación. V. mi crítica al respecto *infra* en n. 43.

el hecho en su conjunto. Pero mientras alguien no ha aportado su propia contribución, falta este presupuesto y con ello el fundamento para una imputación en régimen de coautoría”³⁶.

B) El sujeto concertado para la ejecución que aún no ha actuado no tiene dominio del hecho.

Como vimos *supra* (II.3, 2.^o), múltiples voces partidarias de la solución global la fundamentan también en que el sujeto concertado para actuar que tras la actuación de un primer coautor aún no ha intervenido tiene dominio del hecho en esa tentativa; generalmente se argumenta sin grandes explicaciones que ello se debe a haber intervenido en el acuerdo de voluntades y en el plan común o en que por ello el sujeto tiene “dominio funcional” del hecho, suficiente para considerarlo coautor³⁷. Otros han dado argumentaciones más detenidas:

Recordemos que Roxin en su primera etapa se conforma con el dato de que el coautor, aunque no ejerce material o físicamente todo el dominio (scil. positivo) sobre todo el hecho, según él es poseedor o titular, está en posesión o titularidad (*innehaben*) del dominio del hecho global: los coautores que sólo ejercerán su función en un momento posterior “pueden tener posesión o titularidad del co-dominio incluso sin cualquier actividad externa”³⁸ o, con otras palabras, le parece suficiente que sea “co-portador o co-titular” del dominio del hecho; y por eso afirma que “como... consiguientemente también ha participado en cada acto individual como co-portador o cotitular del dominio del hecho, necesariamente el ‘disponerse’ de un sujeto individual a la ejecución también es una tentativa de todos”³⁹. Küper indica que tiene dominio positivo sobre su propia aportación y dominio negativo sobre el hecho total⁴⁰. V. para más detalles *supra* II.3 2.^o).

Sin embargo, el sujeto que aún no ha actuado y no ha iniciado su ejecución parcial, por mucho que hubiera acordado y tenga el pensamiento de efectuarla, por eso mismo, por esa ausencia total de actuación no tiene en absoluto dominio del hecho⁴¹, ni siquiera dominio parcial y en su inicio.

Frente al argumento de que en virtud de la función esencial asignada en el plan conjunto *el futuro coactuante que aún no ha intervenido* adquiere por eso el dominio (funcional, que realmente es sólo dominio negativo) sobre el hecho total porque su no intervención lo impediría, se ha replicado con razón que es dominio negativo sólo lo tendría ese sujeto a lo sumo sobre la consumación del hecho, que es lo que su abstención podría evitar, pero *de ningún modo tiene dominio negativo del hecho sobre la tentativa iniciada por otro coautor concertado*, ya que el segundo no puede con su abstención evitar en absoluto que el primero

³⁶ ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/306. En este sentido, también BLOY, Die Beteiligungsform, 1985, 266: antes de la imputación el sujeto tiene que haberse mostrado como coautor; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 854 s.; RFDL 1988, 30 s.; Inicio da tentativa do co-autor, 2.^a 1993, 73 ss., 142 ss., 164 ss., *passim*.

³⁷ Así, además de ROXIN (cit. a continuación), STRATENWERTH, AT 4.^a, 2000, § 12/107; KÜHL, AT, 8.^a 2017, 20/123.

³⁸ ROXIN, Täterschaft desde 1.^a 1963, 452 ss., 454.

³⁹ ROXIN, LK, 10.^a 1978, § 25/139; coincidente en JuS 1979, 13.

⁴⁰ Así KÜPER, JZ 1979, 785 s., donde (como vimos *supra* n. 19) aclara que dominio positivo del hecho significa “poder sobre el transcurso” (*Ablaufsmacht*) del hecho y “poder de realización” (*Verwirklichungsmacht*), y que dominio negativo es “poder de inhibición” (o de impedimento, *Hemmungsmacht*).

⁴¹ Así desde RUDOLPHI, SK, 2.^a-6.^a, 1977 ss., § 22/19a; FS-Bockelmann, 1979, 369, 383 ss.; KRATZSCH, JA 1983, 587; BLOY, Die Beteiligungsform, 1985, 265 ss., 266; (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 861 ss.; RFDL 1988, 39 ss.; Inicio da tentativa do co-autor, 2.^a 1993, 150 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, La autoría, 1991, 136 n. 324 (adhiriéndose a [Santana] Valdágua y sus argumentos), 656 n. 386, 693 s. y 694 s. n. 487; EJB, 1995, 708; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 175; ALCÁCER, Tentativa y formas de autoría, 2001, 256 ss., tras una amplia exposición y valoración de las posiciones en 210 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Resp. penal del coautor, 2001, 522, 487 ss.; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/7 ss., 306; DE FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.^a 2007, 822.

inicie la tentativa⁴². Ahora bien, prescindiendo por un momento de que para ser (co)autor no basta nunca el dominio negativo del hecho (sino que hay que realizar el tipo con dominio positivo), hay que *añadir* que ese *futuro interviniente que no llega a actuar ni siquiera tiene dominio negativo sobre la consumación del hecho* (como sí admite la posición que acabamos de ver). En efecto, aunque fuera suficiente el dominio negativo del hecho, éste únicamente puede ejercerlo quien realiza un acto indispensable, totalmente necesario para la consumación del hecho, pero no quien sólo tiene el propósito de realizar ese acto y no lo pone en práctica.

Si se plantea un futuro acto, bien de clara co-ejecución de últimos actos típicos o bien solamente de cooperación necesaria, no de coejecución, que puede (y está pensando si hacerlo) realizar un sujeto si se suma a otro u otros que ya inicia(n) la tentativa, pero con posterioridad a ese inicio de la ejecución por el otro u otros (v. gr. si en un robo con fractura A y B ya han hecho un boquete que les ha dado acceso a la caja fuerte de un banco –comienzo de tentativa– y entonces antes de desvalijarla, o bien necesitan que un tercero C penetre con ellos en la caja para tener suficientes manos para apoderarse del dinero, o bien pensando en que antes de que abandonen el banco podría llegar la policía, alertada p.ej. por una alarma que ellos no hayan detectado, están esperando que un tercero C que no entra les preste un helicóptero del que carecen para poder, ya que uno sabe pilotar, huir rapidísimamente con el botín y apoderarse efectivamente del mismo), ello puede darse en dos supuestos: el de que el sujeto que aún no ha realizado su parte de ejecución o aún no ha prestado su colaboración necesaria haya acordado en un plan conjunto con otro u otros realizarla, o sea que haya sido parte de una conspiración (en nuestro ejemplo, entre A, B y C para el robo), o que no haya acordado nada en la previa conspiración, sino que tras el inicio de ejecución el otro u otros le pidan su intervención directa o su cooperación o ayuda que sería fundamental o necesaria para asegurar y este sujeto esté pensando en la posibilidad de prestar esa actividad, o bien dudando si darla o bien decidido ya a prestársela. Si se trata del segundo supuesto, el de que el posible ejecutor o posible colaborador no haya acordado nada en una previa conspiración, nadie afirmará que, como tiene la posibilidad de no intervenir en el apoderamiento o no prestar su ayuda necesaria y evitar así el éxito seguro de la consumación, ese potencial colaborador C tiene el dominio negativo del hecho del robo y, al haber ya un inicio de ejecución por A (o por A y B), es por ello coautor de la tentativa; y nadie lo afirmará si C duda aún y no ha decidido siquiera intervenir o ayudar (¡sólo faltaría si el sujeto no ha decidido delinquir!). Pero entonces tampoco se podrá afirmar ese dominio negativo del hecho y esa coautoría aunque el sujeto hubiera tomado la decisión de coejecutar o sólo colaborar (aquí o de entrar en la cámara para el apoderamiento o de prestarles el helicóptero o el vehículo especial), puesto que la situación objetiva de poder hacerlo o no es exactamente la misma y sólo variaría el que ahora el sujeto se ha inclinado a, tiene el pensamiento de colaborar, y evidentemente el simple pensamiento o voluntad que no se ha realizado no puede dar a nadie un dominio siquiera negativo del hecho ni convertirlo en coautor⁴³: *la posibilidad no ejercida de un futuro dominio negativo mediante una cooperación imprescindible no es aún dominio negativo real*.

Pues bien, siendo así es totalmente equivocada la posición de quienes sostienen que quienes han participado en el previo acuerdo y el plan común y van a prestar una colaboración esencial tienen por ello el dominio negativo sobre todo el hecho en cuanto otro sujeto comienza la tentativa y son por tanto coautores aunque aún no hayan actuado; y es errónea porque la única diferencia de este primer supuesto con el segundo (en la hipótesis de que sí piense

⁴² Así (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 862-864, 871 s.; RFDL 1988, 41-43, 52 s.

⁴³ KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, 69, y (SANTANA) VALDÁGUA, *Início da tentativa do co-autor*, (1986), 2.^a 1993, 166 s., sostienen (el primero compartiendo la solución global, la segunda pese a rechazarla) que no se le puede censurar a la solución global por llevar a aplicar una *poena cogitationis* (una pena por el pensamiento), ya que tal solución requiere, además de un acto de inicio de ejecución por algún participante, un acuerdo de ejecución del delito entre los diversos concertados. Pero no tienen en cuenta todo lo que señalo en el texto (antes y a continuación de esta n.), o sea que, además del pensamiento o voluntad de delinquir (que sí sería dato diferencial, por lo que explico en el texto), el anterior acuerdo o concierto de voluntades por sí solo no se puede convertir en decisivo para castigar como coautor al aún no actuante, ya que no cambia la única situación objetiva existente: la mera posibilidad de actuación con un futuro dominio negativo (o positivo), que aún no es dominio del hecho alguno (ni siquiera negativo).

colaborar) es que el sujeto tomó parte en el acuerdo conjunto, en la conspiración, y ello podrá dar lugar a responsabilidad penal distinta en los contados casos en que algunos códigos castigan ese acto preparatorio pluripersonal, pero en lo demás es idéntica la situación objetiva de poder prestar el sujeto una aportación esencial sin la que el hecho puede no consumarse o no consumarse así, pero no haberla prestado aún. Y no puede ser que la sola participación en el acuerdo previo sea lo que convierta en dominio negativo del hecho y en coautoría una mera posibilidad de ejecución o de ayuda no puesta en práctica; ello no es sino coincidir con la criticable teoría jurisprudencial del acuerdo previo como base de la co-autoría. Que el sujeto ha ejercido dominio positivo o al menos negativo sobre el hecho sólo se podrá afirmar si y cuando haya puesto realmente en práctica –no antes– una colaboración esencial para el autor o autores sin la cual la consumación del hecho no se habría producido o no así y en ese momento. Y de todos modos, para la hipótesis de la posible mera cooperación sin ejecución, aunque sí la llegara a prestar el sujeto C, como ya he anticipado reiteradamente, al no haber realización del tipo (doloso de la tentativa) con dominio positivo, siquiera parcial, del hecho, ello es cooperación necesaria, una forma muy importante de participación, pero no coautoría.

Pero en todo caso, para ser coautor tanto de un delito doloso consumado como de la tentativa del mismo, no basta en absoluto el dominio negativo ni potencial, sino que es preciso realizar parcialmente el hecho típico –su inicio en caso de tentativa– y dominio positivo parcial del hecho. Como se explica en la teoría general de la autoría, esta supone “realizar el hecho” (como reconoce el art. 28, 1.º CP esp.), aunque sea conjuntamente con otros como en la coautoría, y ello a su vez requiere en el delito doloso, como es por definición la tentativa, dominio positivo del hecho⁴⁴, o sea que la conducta decida y determine forzosamente que se produzca el hecho, cuándo y cómo, y no basta el mero dominio potencial no efectuado ni el negativo sí operado con una cooperación necesaria, porque con ese meramente posible o potencial dominio positivo parcial de un futuro coautor aún no se ha realizado acción alguna que efectivamente posea tal dominio (y menos aún si lo que el futuro interviniente fuera a realizar es una simple colaboración necesaria, que de realizarse sólo supondría insuficiente dominio negativo). Y esa circunstancia totalmente insuficiente de un potencial y futuro dominio positivo no puesto en práctica (o incluso de un potencial futuro dominio meramente negativo para quienes se conforman con una acordada futura colaboración necesaria) es la única que concurre en los supuestos que nos ocupan del sujeto que ha prometido pero aún no realizado su intervención posterior a la del inicio de ejecución de un primer coautor, por lo que él no puede ser coautor en una tentativa que no realiza ni domina.

C) El inconsistente argumento del azar o la casualidad.

Frente a la contundencia y fuerza de las objeciones expuestas contra la solución global (o sea, que por muy concertado que esté un sujeto, si luego no interviene, no inicia coautoría alguna ni tiene dominio del hecho alguno) y a los argumentos adicionales que a continuación veremos a favor de la individual, no puede tener peso suficiente la argumentación del azar, el acaso o la causalidad: que no es justo que, si opera el primer actuante, éste responda ya por tentativa y en cambio salga mejor parado el segundo interviniente comprometido, cuya actuación muchas veces será más importante o incluso la decisiva, porque por alguna circunstancia no ha podido hacerlo, lo que dependerá puramente del azar. Además es una argumentación inconsistente por muchas razones: 1) Como se ha señalado con acierto, en nuestro Derecho penal del hecho no cuentan las solas malas intenciones si no se transforman en hechos y aunque a veces el que no se hayan plasmado en actos con la consecuencia de impunidad pueda depender en parte de la casualidad, el acaso o el azar, ello no es rechazable cuando opera *in bonam partem*⁴⁵, es decir, para que no se responda penalmente. 2) Nuestro Derecho penal se

⁴⁴ Recuérdese lo aclarado en n. 28 sobre cómo en los delitos puros de resultado el dominio positivo del hecho (o determinación objetiva si no hay dolo) es el único criterio para concretar quién realiza el tipo, y cómo opera ese criterio de modo complementario en los delitos de mera actividad o de resultado con formas de actividad descritas.

⁴⁵ Así (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 865 s.; RFDL 1988, 46 s.; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 158.

opone en efecto a que se pueda establecer una responsabilidad criminal derivada (de causar un resultado obra) de la casualidad o azar imprevisible e incontrolable, y por eso se ha creado la categoría de la imputación objetiva para que de entrada sólo se responda de resultados que sean obra precisamente de la peligrosidad *ex ante* y adecuación de la acción, y se destierra de las legislaciones la responsabilidad puramente objetiva o por el resultado. Pero nada hay que objetar a que la causalidad a veces se oponga a las malas intenciones del agente y evite la consumación pese a su intento o incluso evite que actúe para intentarlo: como no se ha producido el desvalor del resultado o incluso no se ha llegado a producir siquiera el desvalor objetivo de la acción, es justo y no injusto que no tenga tanta responsabilidad o incluso ninguna responsabilidad como autor, mientras que sí tengan esa responsabilidad básica o agravada quienes, a diferencia suya, sí han intervenido en la ejecución del delito, o han conseguido consumarlo (lo que no excluye, como ya hemos visto, que a veces la prometida actuación de quien finalmente no interviene pueda dar lugar a participación como cooperador moral de quienes sí intervienen, o a que en algunos delitos graves pudiera responder por previa conspiración punible en tales delitos). 3) Además la actuación de quien iba a intervenir en último lugar, pero no lo hace, muchas veces no será la principal ni decisiva, pero en todo caso si no se ha realizado, no puede generar responsabilidad por una coautoría que no se ha producido. 4) Finalmente, que el concertado no llegue a intervenir, frecuentemente no se deberá al puro azar o acaso, sino a su falta de habilidad, de eficacia o a su escasa planificación para evitar obstáculos o imprevistos; y entonces ello demostrará que no era tan valioso como codelincuente como creyeron él y el otro u otros concertados, con la consecuencia de no poder ser calificado de coautor.

D) Otros argumentos a favor de la solución individual.

Cabe añadir aún otros diversos argumentos que refuerzan la solución individual y el rechazo de la conjunta:

a. Desde la propia teoría de la tentativa.

Partiendo de la propia teoría de la tentativa ⁴⁶ se puede aducir:

1) Que los diversos *conceptos legales de tentativa requieren que el propio sujeto agente comience directamente la ejecución* (que ya sabemos que es inmediatamente anterior a la realización del primer acto típico) *y la practique él*, y no basta que la inicie otro cualquiera: así el art. 16 CP españ. declara inequívocamente que “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos ...”, de modo muy similar a la fórmula del art. 3 de todos los anteriores CP españoles: “hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores ...”; igual que en el § 22 StGB alem. se define así la “tentativa. (In)tentando un hecho punible quien conforme a su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo”, y lo propio ocurre en muchas otras definiciones legales de otros CP ⁴⁷. De modo que si el sujeto, por muy concertado que

⁴⁶ Así ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/303-305, considera los que se exponen a continuación “argumentos derivados o a partir de la teoría de la tentativa”.

⁴⁷ Otros muchos Códigos Penales requieren igualmente en su redacción el inicio de ejecución por el propio sujeto: con redacción similar a los CP españoles, art 7 CP chil.: “Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos”; art. 28 c) CP nicar.: “c) Hay tentativa cuando el sujeto, con la voluntad de realizar un delito, da principio a su ejecución directamente por hechos exteriores”. Pero tb. con otras redacciones, como el art. 56 CP ital.: “quien cumple (efectúa) actos idóneos, directos en modo no equívoco para cometer un delito”; CP franc. art. 121-4: “Es autor de la infracción la persona que... 2º (in)tentando cometer un crimen o... un delito”, en relación con lo que ha de entenderse la definición del 121-5: “La tentativa está constituida desde que, manifestada por un comienzo de ejecución, ...de la voluntad de su autor”; § 15, 2 StGB austr.: “El hecho es (in)tentado tan pronto como el autor pone en práctica (o activa) su resolución... mediante una acción inmediatamente precedente a la ejecución”; CP suiz. art. 22 Tentativa. 1: “Si el autor, después de que él ha comenzado con la ejecución de un crimen o de un delito, no lleva a su fin la actividad punible...”; art. 22 CP port.: “Hay tentativa cuando

estuviera, no lo hace, no hay tentativa suya por mucho que otro concertado inicie la ejecución⁴⁸.

2) Que castigar por comienzo de tentativa al concertado aún no actuante porque otro la inicia sería una contradicción inexplicable con lo que rige en caso de consumación, en la que nadie sostiene que responda como coautor a un previamente concertado pero que no lleva a intervenir en absoluto. En efecto, si en una conspiración para un delito, luego lo ejecutan la mayoría de los concertados pero uno no llega a hacerlo, v. gr. si cinco sujetos se concertan para atracar un banco y el día convenido cuatro de ellos lo asaltan, dos amenazando con armas al personal y dos metiendo en bolsas el dinero o las barras de oro, pero no aparece el último sujeto que tenía que llevar aún más recipientes y el vehículo para salir con el botín⁴⁹ –y exactamente igual si se tratara de cometer otro delito, como un secuestro, una paliza o varias muertes o una agresión sexual–, este último no interviniente, pese a que en la fase preparatoria se hubiera concertado con los demás y hubiera prometido su intervención y por mucho que los otros coautores lo hayan realizado, no responde en absoluto como coautor del delito consumado, es decir, que no se le atribuye en virtud de imputación recíproca la ejecución de los coautores actuantes⁵⁰. Pero entonces es totalmente contradictorio que al

el agente praticare actos de ejecución de un crimen que decidió cometer...”; art. 26 CP parag.: Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que...”; art. 42 CP arg.: Tentativa. “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución,...”; art. 27 CP colomb.: “Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación”; art. 8 CP boliv.: “(Tentativa). El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad...”; art. 16 CP per.: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer,...”; art. 39 CP ecuat.: “Tentativa es la ejecución que no logra consumarse ... por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos ...”; art.12.2 CP cub.: “Se considera tentativa si el agente ha comenzado la ejecución de un delito...”; art. 5 CP urug.: “De la tentativa... Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos ...”; art. 80, 2.º CP venez.: “Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario...”; art. 35 CP portorr.: “Existe tentativa cuando la persona actúa con el propósito de producir el delito o con conocimiento de que se producirá el delito, y la persona realiza acciones inequívoca e inmediatamente dirigidas a la consumación...”; etc.

Minoritariamente el CP bras. en su art. 14 II sobre tentativa parece conformarse con que sea “iniciada la ejecución” de modo impersonal, pero al decir que hay crimen “-(in) tentado, cuando, iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente”, esta última referencia a su voluntad indica que es también el propio agente quien ha iniciado la ejecución; casi igual art. 14 CP guat.: “Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”, art.24 CP costarr.: “Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente”, art. 48 CP panam.: “Hay tentativa cuando se inicia la ejecución del delito mediante actos idóneos dirigidos a su consumación, pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente” y art. 15 CP hond.: “Hay tentativa cuando, con la intención de cometer un delito determinado, se realizan actos inequívocos de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”. Lo propio ocurre en el art. 51 CP belg.: “Hay tentativa desde que la resolución de cometer un crimen o un delito ha sido manifestada por actos exteriores que forman un comienzo de ejecución” y no se consuma “más que por circunstancias independientes de la voluntad del autor”.

⁴⁸ Así lo destaca conforme a la exigencia literal del tenor del § 22 StGB ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/303; igual, conforme al art. 22 CP port., SANTANA VALDAGUA, Início da tentativa do co-autor, (1986), 2.ª 1993, 103 ss.

⁴⁹ Ej. manejado con alguna variante –modificando un ej. de RUDOLPHI, FS-Bockelmann, 1979, 371, de varios coautores de un robo a un banco en que todos realizan su parte– por (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 855 s.; RFDL 1988, 31 s.; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/300, 304.

⁵⁰ Que pueda responder o no en virtud de su acuerdo con los otros para delinquir por conspiración, dependerá de si está tipificada como punible para el delito preparado. Y que pueda responder o no como cómplice moral en el delito consumado de los demás coejecutores, dependerá de si a éstos les ayudaba psíquicamente al principio para su resolución de delinquir el contar con que iba a coejecutar quien luego

idénticamente no actuante se le impute el comienzo de ejecución de otro(s) coautor(es) en la simple tentativa y se le haga responder de ésta⁵¹.

Ciertamente que, para salvar esa contradicción, se podría sostener que al concertado no interviniente en caso de consumación se le podría imputar, no la ejecución/consumación de los otros coautores, pero sí el comienzo de tentativa de cualquiera de ellos (que realmente es lo coherente aplicando la solución global a la fase de tentativa) y hacerle responder a éste por tentativa y en cambio a los demás por delito consumado; solución esta que sería coherente, pero no alcanzo a ver que alguien la mantenga. Pero si se trata de atribuir, en atención al reparto de funciones y papeles, a cualquiera que haya acordado en el plan conjunto su intervención (al menos con un papel importante, esencial, si se quiere imponer ese requisito para apreciar la llamada coautoría funcional, que cuando sólo supone dominio negativo no es sin cooperación necesaria) la actuación de los demás acordados en virtud de la imputación recíproca de la actividad ajena, entonces *lo auténticamente consecuente sería, si se llega a la consumación, imputarle al antes concertado pero luego no interviniente* en la ejecución, no el inicio del *iter*, la tentativa de los otros coautores, sino precisamente todo lo que los otros han hecho, es decir, *la ejecución completa y consumación por parte de los otros y calificarlo de coautor del delito consumado*.

Sin embargo, *nadie se atreve a sustentar esta posición*: porque, por mucho que un sujeto hubiera concertado antes con otros –en la conspiración– en el reparto de papeles y funciones su intervención en la ejecución, o como realizador de una parte del hecho o al menos como cooperador imprescindible, y por mucho que mantenga su voluntad de realizar esa función cuando algún otro(s) haya iniciado la tentativa, si luego por cualquier causa no puede intervenir en absoluto y hacer nada en la fase de ejecución, en un Derecho penal del hecho y no de la intención o el pensamiento ni aquella ya lejana participación en la fase preparatoria –*ni la concertación o acuerdo previo*– con otros *aceptando una función relevante ni mantener su pensamiento o propósito* de efectivamente delinquir una vez iniciada por otros la ejecución *podrían justificar* en absoluto *que a quien no ha hecho ni aportado absolutamente nada en la ejecución* –aunque sea contra su voluntad– *se le atribuya* responsabilidad como *coautor nada menos que un delito consumado* realizado total y absolutamente por otros y al que ni siquiera ha podido aportar a los otros una colaboración imprescindible sin la que no podrían haberlo efectuado (al menos en esa forma y momento). Como una vez en la ejecución no ha realizado acto alguno, ni acto de realización parcial del tipo ni siquiera de colaboración, no cabe imputación recíproca alguna, no hay acto o actividad a la que se le pueda imputar la actividad de ejecución parcial de los demás ni acto o actividad suya que se pueda imputar recíprocamente a los demás, que al iniciar la ejecución aún podían esperar ciertamente la actividad del sujeto, pero que al finalizar ya ven que éste no interviene para nada y realizan ellos solos completa la ejecución; y al no haber actividad de intervención alguna del previamente concertado, éste evidentemente carece por completo de dominio, ni positivo ni negativo y por tanto no realiza en absoluto el tipo ni siquiera en parte. Por esa razón nadie sostiene que un sujeto así sea coautor de un delito consumado.

Pero entonces, como ya he anticipado, esto que rige para negar la coautoría en la consumación, ha de regir exactamente igual en cuanto al inicio de la tentativa, puesto que los argumentos realmente son idénticos: Por mucho que el sujeto hubiera participado en un acuerdo previo o conspiración con reparto de funciones y que al iniciar algún otro la ejecución siga pensando en intervenir él en la fase final de la ejecución, si luego no puede hacerlo, *no hay acto suyo alguno al que se le pueda imputar el acto –ese sí– de inicio de ejecución por otro sujeto*, ya que un acto típico *no se le puede imputar al mero pensamiento o propósito*

no lo hizo (desde luego esa ayuda psíquica se plantearía como simple complicidad no necesaria para ellos, que se sentían en condiciones de actuar).

⁵¹ Argumento de (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 855 s., 869; RFDL 1988, 30-33, 50, que destaca que es indiferente que haya sido involuntaria o voluntaria la no comparecencia del último, e invoca la decisión en la sent. RGSt 9, 3 ss. (6); tb. en su Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 142 ss., 167 ss., 172; siguiéndola ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/299 s., 304 (en nm. 299 s. lo trata como argumento derivado de la teoría de la participación, mientras que en 304 ya lo incluye entre los argumentos a partir de la teoría de la tentativa).

*actual de intervenir no puesto en práctica*⁵² (*ni menos a un anterior acto preparatorio de conspiración*⁵³ cuando ahora se trata de imputar recíprocamente actos de ejecución); al no actuar, ese sujeto no realiza ningún acto de realización parcial del tipo y no posee en absoluto dominio, ni aun parcial, del hecho, ni desde luego positivo, ni siquiera negativo porque no realiza acto alguno de colaboración imprescindible sin la que el hecho habría fracasado; por ello no es en absoluto coautor de tentativa, y sólo lo es quien(es) sí ha iniciado la ejecución, el cual, al ver a continuación que no va a intervenir el otro concertado, o bien realiza él mismo o logra que otro(s) realice(n) el resto de ejecución, o verá fracasar su tentativa.

3) *Argumento derivado del desistimiento*. Se ha aducido además con razón que la solución global trata a efectos de la exención por desistimiento absurda e injustamente peor al sujeto concertado (C en el ejemplo del atraco al banco) que aún no ha actuado que al otro coautor A que sí ha iniciado la ejecución, p. ej. la irrupción en el banco para el atraco de la caja fuerte: ya que, si al que aún no ha actuado se le considera ya coautor de una tentativa comenzada en cuanto actúa el primero, el aún no actuante C para poder desistir voluntariamente con efecto eximente tendrá que impedir la consumación no realizando su aportación (el apoderamiento y transporte de las barras de oro), pero si el primero A decidiera en cualquier estadio de la ejecución desistir y p.ej. avisa telefónicamente a C que abandona y por tanto C ya no tiene que esforzarse, este último ya no podrá desistir, porque ahora su tentativa es una tentativa fracasada, ni por tanto eximirse de pena, a pesar de que aún no ha hecho nada, mientras que el primero habrá tenido todo el tiempo disponible para desistir. Esa contradicción valorativa e injusticia sólo se evita si se considera con la solución individual que el último no comienza la tentativa hasta que él mismo va a actuar inmediatamente⁵⁴.

b. Argumentos adicionales desde la teoría de la autoría y participación.

Atendiendo a la teoría de la codelinquencia, a todas las consideraciones ya efectuadas sobre lo que se requiere para ser coautor, cabe añadir otros argumentos a favor de la solución individual. Así se aduce que, si en el delito consumado, con su resultado lesivo, los coautores han de dominar conjuntamente la fase de ejecución al menos con una aportación esencial a la misma, no puede ser de otro modo en la tentativa, también el sujeto habrá de realizar esa aportación positiva esencial para ser coautor en la fase de tentativa –con simple puesta en peligro–, pues no cabe alegar que el concertado en la fase preparatoria que aún no ha actuado tiene co-dominio del hecho porque para la consumación será esencial, incluso decisiva su aportación al final de la ejecución y por tanto tiene poder de impedir y dominio negativo del hecho; perspectiva –añade esta crítica– que es equivocada, ya que su no intervención no tiene dominio negativo de la tentativa, no puede impedir para nada el surgimiento de la tentativa con la actuación del primer coautor, que es independiente de si él actúa después o no, y sólo adquirirá dominio negativo para la consumación precisamente si el segundo realiza su aportación esencial que de no prestarse podría impedir la consumación⁵⁵, al menos de esa manera. Pero además hay que precisar e insistir en que desde la perspectiva correcta, para la autoría, y por consiguiente para la coautoría, ni siquiera basta (en un delito doloso) el dominio negativo del hecho o poder de impedirlo, sino que es preciso realizar –al menos

⁵² Así lo destaca (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 866, 869; RFDL 1988, 47, 51.

⁵³ Así tb. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 855 s., 869; RFDL 1988, 30-33, 51; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 167; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/300, 304.

⁵⁴ Así tb. (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 856-858, 869; RFDL 1988, 33 s., 50 s.; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 143 s., 167 ss.; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/305. En cambio KRACK, ZStW 100 1998, 618 s., aunque reconoce esta injusticia, le quita importancia por afirmar que en la regulación jurídica del desistimiento muchas conclusiones dependen en gran medida del azar. Más sorprendente aún es que (como señala [SANTANA] VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 845 s; RFDL 1988, 18) MEZGER, LK, 6.ª 1944, 8.ª 1951, § 47/7, ya destacó por primera vez este diferente trato a efectos de desistimiento para el primer actuante, que puede desistir y quedar impune, y para el segundo aún no actuante, que entonces ya no puede, pero le parecía perfectamente justificable por deber imputársele al segundo la actividad del primero.

⁵⁵ Así (SANTANA) VALDÁGUA, ZStW 98 1986, 862 ss.; RFDL 1988, 42 s.; Início da tentativa do co-autor, 2.ª 1993, 150-152; ROXIN, AT, II, 2003 [PG, II, 2014], § 29/299.

parcialmente– el hecho típico y para ello tener, al menos en parte, dominio o control positivo del hecho decidiendo y determinando que su curso se ponga en marcha y se efectúe en un determinado momento y modo, y en la fase de tentativa el concertado aún no actuante no podrá tener ese dominio positivo parcial mientras no realice él su acto de ejecución.

EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* EN EL ALZAMIENTO DE BIENES

José Antonio Posada Pérez
Doctor en Derecho. Docente e investigador en Derecho penal
Universidad Internacional de la Rioja
Universidad de Sevilla
ORCID: 0000-0001-6882-7352

<https://doi.org/10.14679/4862>

Fecha de recepción: 16/12/2025
Fecha de aceptación: 20/01/2026

RESUMEN: Este artículo analiza la problemática del nacimiento y extensión de la responsabilidad civil *ex delicto* en el delito de alzamiento de bienes. Partiendo de una delimitación conceptual del injusto y del marco normativo de la responsabilidad civil derivada del delito, se confronta la postura tradicional, que limita el resarcimiento a la restitución de los bienes alzados y excluye la indemnización por el importe del crédito previo como norma general, con una posición innovadora que propone integrar el total del crédito frustrado como daño indemnizable. El trabajo pone de relieve las insuficiencias dogmáticas y prácticas de ambas posiciones, destacando la falta de una delimitación clara del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en el Derecho positivo español. Desde una concepción sistemática de esta institución como un mecanismo de responsabilidad privada inserto en el orden penal, el autor sostiene que el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* exige la concurrencia ordenada de un ilícito penal y un ilícito civil, sin confundir sus planos. Finalmente, se defiende una solución prudente y estructuralmente coherente, que permita el resarcimiento del daño efectivamente causado por el alzamiento, decantándose por la solución tradicional a causa de su solidez y operatividad.

ABSTRACT: This article analyses the problem of the emergence and scope of civil liability *ex delicto* in the offence of fraudulent conveyance. Starting from a conceptual delimitation of the wrongful act and the normative framework governing civil liability arising from criminal offences, it contrasts the traditional approach—which limits compensation to the restitution of the assets fraudulently transferred and, as a general rule, excludes indemnification for the amount of the pre-existing credit—with an innovative position that proposes incorporating the full amount of the frustrated credit as compensable damage. The paper highlights the doctrinal and practical shortcomings of both approaches, emphasizing the lack of a clear delimitation of the emergence of civil liability *ex delicto* in Spanish positive law. From a systematic conception of this institution as a mechanism of private liability embedded within the criminal legal order, the author argues that the emergence of civil liability *ex delicto* requires the ordered concurrence of a criminal and a civil wrongdoing, without conflating their respective legal planes. Finally, the article defends a prudent and structurally coherent solution that allows for compensation of the damage, ultimately favoring the traditional approach due to its solidity and operability.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil ex delicto, alzamiento de bienes, frustración de la ejecución, indemnización

KEYWORDS: Ex delicto civil liability, asset concealment, frustration of execution, damage compensation.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. UNAS PALABRAS PREVIAS 2. PLANTEAMIENTO 3. NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES A) El alzamiento genérico, art. 257.1 1º CP B) El alzamiento procesal o procedimental, art. 257.1 2º CP C) El alzamiento con finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito, art. 257.2 CP D) Los tipos agravados, arts. 257.3 y 4 CP. Independencia de la acción y proceso penal, art. 257.5 CP 4. EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* A) La postura tradicional B) El posicionamiento innovador 5. REFLEXIONES PERSONALES A) La estructura de la norma *ex delicto* como necesario punto de partida B) Desarrollos y ulteriores argumentos sobre la problemática a. Sobre la postura tradicionalista b. Sobre la postura innovadora c. Toma de postura d. Dudas e interrogantes 6. CONCLUSIONES 7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN. UNAS PALABRAS PREVIAS

Quisiera comenzar este modesto artículo reflejando abiertamente mi relación personal con su contenido. Ante todo, quisiera confesarle al lector que el resarcimiento del daño derivado de delito ha ocupado la mayor parte de mi incipiente trayectoria investigadora. A esta particular problemática no sólo le dediqué la Tesis Doctoral, sino también algunas contribuciones en diversos formatos que pueden encontrarse en los distintos buscadores y repositorios. A pesar de la apreciable vocación un tanto enciclopedista que impregna la primera de las dos monografías sobre la materia, tengo que admitir que siguen existiendo importantes lagunas en mi concepción del instituto. Más de las que me gustaría reconocer. Efectivamente, son ya varios años los que le he dedicado al estudio de la responsabilidad civil derivada del delito y, a pesar de ello, existe aún un buen número de problemáticas relacionadas de una forma u otra con esta cuestión sobre las que aún no cuento con una opinión totalmente formada. El nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* dentro del ámbito de los delitos de alzamiento de bienes es una de ellas a causa de su especificidad y, especialmente, al estado de la ciencia.

Es muy probable que esta singular confesión contraste con el interés ya demostrado respecto a la problemática del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* como categoría o cuestión concreta de la misma con carácter general, a la que ya dedicamos una sección de la primera monografía y una ampliación posterior a través de un artículo.¹ Sin embargo, aunque se ha presentado una teoría propia sobre el nacimiento, por motivos de transparencia intelectual deben también reconocerse, cuando menos, las fronteras problemáticas, las cuales se aprecian naturalmente en algunos casos concretos – al igual que en cualquier tipo de teoría o concepto. Con ocasión de una conferencia, el maestro MIR PUIG expuso que quien verdaderamente domina una materia es aquella persona que es capaz de interrelacionar los principios fundamentales más abstractos e intangibles con las cuestiones más particulares, determinadas y específicas. Tanto de un lado a otro de la ecuación, como del otro al uno.

¹ J. A. POSADA PÉREZ, *La responsabilidad civil ex delicto*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 196 y ss.; e *Id.*, “El nacimiento de la responsabilidad civil derivada de delito”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 69, 2023, *passim*.

Ciertamente, no podía ser otra persona quien, a través de una contribución respecto a un caso muy particular, el alzamiento de bienes, desafiase mis tan asentadas convicciones sobre la generalidad del nacimiento del instituto, obligándome a repensar cómo aplicar esta doctrina general a este caso concreto. Tras algunos años de reflexión y profundización, creo haber encontrado ya el suficiente autoconvencimiento y madurez académicas como para poder exponer mi punto de vista sobre esta problemática tan específica y tan controvertida. Sirva este artículo como homenaje a quienes nos iluminan con su maestría, en especial a aquellos que nos hacen pensar y desafían nuestras creencias. Sólo ellos se merecen nuestra atención y crítica académica.

2. PLANTEAMIENTO Y MÉTODO

Como adelantábamos, esta contribución tiene por objeto examinar la problemática del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* (arts. 109 y ss. CP) en el ámbito de los delitos de alzamiento de bienes (art. 257 CP) dentro del ordenamiento jurídico español.

Sobre esta cuestión, tenemos que hacer una serie de puntualizaciones metodológicas con carácter preliminar. En primer lugar, debemos resaltar que no se pretende analizar todo cuanto esté relacionado con el delito de alzamiento de bienes, sino únicamente la cuestión relativa a la responsabilidad civil *ex delicto*, en particular su nacimiento y extensión. En consecuencia, y por un lado, partiremos del estado de la ciencia respecto a este delito concreto, tomando como referencia únicamente aquello que viene considerado como doctrina mayoritariamente aceptada. Todo ello sin perjuicio de que se hagan oportunas referencias a debates y críticas puntuales a la misma. Partimos por tanto de un delito consumado y generador de responsabilidad penal sin adentrarnos en problemáticas especiales como la autoría o las formas imperfectas de ejecución. Por otro lado, quedan expresamente excluidas de nuestro objeto las menciones o contrastes con otros delitos que suelen traerse a colación cuando se estudian y denuncian aspectos problemáticos o incongruencias sistemáticas del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en nuestro ordenamiento, particularmente el impago de prestaciones económicas en favor del cónyuge e hijos (art. 227 CP), las insolvencias punibles (arts. 259 y ss. CP), los delitos tributarios (arts. 305 y ss. CP) y los delitos contra la Seguridad Social (arts. 307 y ss. CP). En segundo lugar, nos ocuparemos únicamente de la responsabilidad civil por hecho propio, descartando de modo expreso abarcar la responsabilidad civil por hecho ajeno. Finalmente, y en tercer lugar, debemos resaltar que nuestro objeto abarca únicamente el Derecho penal sustantivo, por lo que apartaremos las cuestiones procesales para poder así centrarnos en el fondo del asunto.

En este orden de cosas, la exposición será realizada en el siguiente orden. Primero, y con carácter introductorio, realizaremos unos lineamientos acerca de las nociones fundamentales del contenido de los delitos de alzamiento de bienes, pues, como es bien sabido, es necesario partir del delito concreto para posteriormente poder analizar la responsabilidad civil que deriva de éste. Segundo, nos adentraremos ya en la problemática de nuestro interés, el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en el marco del delito anteriormente indicado. En este apartado contrastaremos dos puntos de vista contrapuestos, de una parte, la postura tradicional y mayoritaria en el tratamiento de la cuestión y, de otra, el novedoso posicionamiento de un sector minoritario en doctrina y jurisprudencia. Tras esta relación, procederemos a aportar nuestro punto de vista, examinando detenidamente los argumentos de uno y otro sector para finalmente poder tomar una postura personal sobre la problemática. Por último, aportaremos nuestras conclusiones.

3. NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

Como es bien sabido, la responsabilidad civil derivada del delito se enmarca *lato sensu* dentro del ámbito propio de cada figura delictiva (vid. arts. 109.1 y 116.1 CP). Partimos por tanto de unos hechos penalmente relevantes, ya previamente determinados, que nos servirán ahora para analizarlos desde el punto de vista de nuestra institución resarcitoria. En lo que respecta a los delitos de alzamiento de bienes, regulados actualmente en el artículo 257 CP, debe resaltarse que no han sufrido casi ninguna modificación importante desde la aprobación

del Código Penal de 1995.² Con anterioridad, en el CP 1973 se contemplaba esta figura (art. 519 CP 1973) junto a la “*quiebra, concurso e insolvencia punibles*” en una sección específica dentro del capítulo de las defraudaciones, acompañada de otras secciones dedicadas a la estafa y otros engaños, infracciones del derecho de autor y propiedad industrial, apropiación indebida y defraudaciones de fluido eléctrico y análogos. Así pues, el legislador de 1995 agrupó los alzamientos y las llamadas “quiebras” en un mismo Capítulo VII denominado “De las insolvencias punibles”, deslindándolas así de las demás figuras.³ No obstante, a la versión original del texto de 1995 se presentaron dos reformas que conviene destacar. Primero, con la Ley Orgánica 5/2010, se introdujeron tipos cualificados en los apartados 3 y 4 del art. 257 CP y, posteriormente, a través de la Ley Orgánica 1/2015, se modificó la nomenclatura del Capítulo VII que ahora se denomina “Frustración de la ejecución” y se creó, asimismo, un nuevo Capítulo VII bis “De las insolvencias punibles”. A propósito de esta última Ley Orgánica, con ella se cristalizó una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible, separando normativamente las “*conductas de obstaculización o frustración de la ejecución (...) y los delitos de insolvencia o bancarrota*” (EEMM LO 1/2015).⁴

En cualquier caso, resulta llamativo cómo el Código Penal no incorpora una definición de qué es exactamente un “alzamiento de bienes” o de en qué consiste la conducta de “alzarse”. Aunque no existe una definición legal de la conducta, se conoce que el término ha sufrido variaciones y desarrollos conceptuales a lo largo del tiempo, pero que, como una primera definición genérica en la actualidad puede indicarse que “*comete alzamiento de bienes el que los oculta o los hace desaparecer hasta crear una situación de insolvencia, que puede ser real o ficticia (...) con la intención manifiesta de frustrar los derechos de crédito que existan contra su patrimonio por parte de los acreedores*”.⁵ Por tanto, lo realmente característico de estos delitos es la situación de insolvencia generada por el deudor que acaba haciendo imposible, o dificultando en gran medida, las expectativas de cobro por parte del acreedor. En este sentido, tienen razón aquellas voces doctrinales que resaltan la vinculación entre la normativa mercantil y esta materia, lo que ciertamente explica las referencias en el Código Penal al concurso, su declaración y su procedimiento. El elemento central de los delitos de frustración de la ejecución, y por tanto, especialmente del alzamiento en sí mismo, es el concepto de “insolvencia”. Acudiendo al artículo 2.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, se señala que esta insolvencia puede ser “*actual o inminente*”. Y añade: “*Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*”. Por tanto, está en situación de insolvencia quien no puede hacerse cargo de sus obligaciones, ya vencidas, pero también quien no va a poder cumplir con las obligaciones contraídas pero aún no vencidas.⁶ En definitiva, esta

² Sobre la figura delictiva de nuestro interés, *vid.* la creativa aproximación realizada en E. GUTIÉRREZ PÉREZ, “La acción pauliana vs. el delito de alzamiento de bienes: ¿una cuestión de ‘indignación’ del acreedor?”, en *InDret* [Recurso electrónico], n.º 1, 2024, *passim.*, donde no sólo se desarrollan los caracteres esenciales del alzamiento, sino que se relacionan con los de las acciones pauliana, por simulación absoluta y de nulidad al ser una crítica frecuente el considerar que esta figura delictiva no representa más que una vulneración del principio de intervención mínima –siendo una suerte de criminalización de comportamientos que, se defiende, bien podrían tutelarse fuera de las fronteras del Derecho penal–. Por su parte, termina concluyendo la autora que no todo supuesto de acción pauliana constituiría un alzamiento de bienes, aunque, por el contrario y con varios matices importantes, todo delito de alzamiento de bienes tendría acomodo en la acción pauliana de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia civil (*Ibid.*, pp. 28-29).

³ Por su parte, asegura C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 24, 2004, p. 448 que en el terreno de la técnica legislativa, el actual Código Penal llevó a cabo una profunda modificación modernizando las conductas típicas, cuya redacción permaneció inalterada desde el Código Penal de 1870.

⁴ N. J. DE LA MATA BARRANCO, “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en *Id. et alt. Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2024, p. 353.

⁵ *Vid.* F. PÉREZ FERRER, “Sobre el delito de alzamiento de bienes en casos de crisis matrimoniales y parejas de hecho”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 30, 2023, pp. 3 y ss, así como las múltiples referencias doctrinales y jurisprudenciales que se aportan al respecto.

⁶ N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 354.

insolvencia penalmente relevante viene entendida como un estado de desequilibrio patrimonial entre valores realizables y prestaciones exigibles, buscado expresamente por el deudor, de tal manera que el acreedor no encuentra medios a su disposición para poder satisfacer su crédito frente al patrimonio del deudor.⁷ Naturalmente, no se admite jurídicamente cualquier tipo de insolvencia por parte del deudor, excluyéndose la insolvencia fortuita o imprudente a efectos del delito de alzamiento de bienes. Esta situación de insolvencia penalmente relevante debe ser dolosa y posterior a la asunción de la deuda, aunque sobre esto último nos ocuparemos más tarde. Por el momento, centrémonos en puntualizar el concepto de insolvencia.

En primer lugar, debemos distinguir entre insolvencia e insuficiencia o falta de liquidez. Este último concepto refleja una realidad económica en la que el deudor tiene más bienes que deudas, mayor activo que pasivo contable, pero desafortunadamente se trata de un activo que no se puede convertir fácilmente en dinero – por ejemplo, bienes inmuebles. A esta realidad podría sumarse la eventual posibilidad de recibir bienes futuros líquidos (p.ej., intereses, rentas, nuevos cobros, etc.), aunque insistimos, en función del caso concreto. Sin embargo, en tal sentido, debemos resaltar que no existe una relación completamente cerrada entre el incumplimiento de obligaciones y el estado de insolvencia. La llamada “insolvencia provisional” no integra el concepto de insolvencia que define nuestro delito. Por tanto, y esto es lo importante, no toda incapacidad momentánea para satisfacer las deudas existentes constituye insolvencia penalmente relevante, sólo la incapacidad definitiva entre los valores realizables y las prestaciones exigibles.⁸ De ahí que se apunte a que la distinción entre insolvencia definitiva y provisional es irrelevante. O bien se está en condiciones de cumplir con las obligaciones ostentando suficiente activo o no se está. Ciertamente, otra cosa es, como decíamos, la mera iliquidez temporal, que no afecta en nada a la realización de un activo para poder cubrir así la deuda. No toda incapacidad temporal para cumplir las obligaciones exigibles implica necesariamente insolvencia penalmente relevante.⁹ De hecho, téngase presente que el concepto básico en el ámbito de estos delitos es el de “insolvencia”, no el de suspensión/cesación de pagos o incumplimiento de obligaciones –si bien es cierto que, desde el punto de vista fenomenológico, generalmente la insolvencia como tal suele aparecer oculta y tiende a manifestarse a través de incumplimientos–.

En segundo lugar, resulta irrelevante la distinción entre insolvencia total e insolvencia parcial como apuntan algunos sectores doctrinales.¹⁰ En el fondo, o se es insolvente, entendido como incapacitado regularmente para hacer frente a las deudas propias exigibles (art. 2.3 Ley Concursal), o no se es. Es decir, resulta irrelevante que el deudor pueda hacer frente a unas deudas y a otras no. La insolvencia penalmente relevante es un concepto absoluto, que no admite graduación.¹¹ Ambos estados permitirían aplicar el delito, ya que es necesario garantizar la igualdad de trato entre los acreedores o *par conditio creditorum*, sin que unos tengan ventajas sobre otros a la hora de recuperar sus créditos.¹²

En tercer lugar, se puntualiza que diferenciar entre la insolvencia real y aparente (o ficticia) es indiferente. No tiene interés penal conocer si ya no existen bienes en el patrimonio del deudor con los que hacer frente a las deudas o si los mismos existen, pero se ocultan a los acreedores. Ambas situaciones, insolvencia real y aparente, posibilitan la admisión de una insolvencia penalmente relevante. Basta por tanto la insolvencia aparente o ficticia. Lo realmente importante, a efectos de nuestro delito, es saber si los acreedores pueden encontrar suficiente patrimonio del deudor con el que hacer frente a sus derechos de cobro. En caso

⁷ Se asegura que anteriormente la doctrina entendía ajenos al concepto de insolvencia las situaciones de crisis económica o la cesación de pagos, el favorecimiento de acreedores preferentes o la dilación de la eficacia de un procedimiento ejecutivo. A día de hoy, sin embargo, todos estos supuestos podemos encontrarlos en los arts. 259, 260 y 257.1.2.º CP. Vid. F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento práctico penal* [Versión electrónica], Francis Lefebvre, 2025, § 11450.

⁸ *Ibidem*, § 11451.

⁹ Vid. N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 355.

¹⁰ Así lo declara abiertamente, por todos, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *cit.*, p. 454.

¹¹ B. DEL ROSAL BLASCO, “Las insolvencias punibles a través del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 47, fasc. 2, 1994, pp. 10-11.

¹² N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 355.

negativo, puede plantearse la insolvencia penalmente relevante, en caso positivo, no.¹³ Por ello, no se entenderá cometido el delito si se verifica la existencia de otros bienes, ocultos o conocidos, con los que el deudor pueda satisfacer sus créditos. También en este sentido, en cuarto lugar, se insiste en que la distinción entre insolvencia jurídica e insolvencia fáctica no tiene importancia, ya que a efectos penales es irrelevante si la insolvencia se ha alcanzado a través de negocios jurídicos (p.ej. venta, donación, etc.) o a través de un comportamiento físico (p.ej. destrucción de bienes, ocultación, etc.).¹⁴

En esta línea, si el elemento central del delito de alzamiento de bienes es la insolvencia penalmente relevante, debe reconocerse que la existencia de deudas previas, como adelantábamos, es el requisito primero o antecedente para poder valorar después si existe o no insolvencia. Efectivamente, para poder apreciar el delito de nuestro interés, resulta imprescindible contar con deudas anteriores a la insolvencia generada frente a algún acreedor. Estas obligaciones crediticias deben ser jurídicamente válidas y es indiferente si éstas están vencidas o no, es decir, si son ya exigibles o no lo son. El delito subsiste a pesar de que la obligación no sea aún exigible.¹⁵ Lo más importante en cuanto a este aspecto del alzamiento es que la obligación haya sido legalmente constituida, con independencia de su génesis. En tal sentido, como nos recuerda el primer párrafo del art. 257.3 CP, es asimismo indiferente la naturaleza u origen de la obligación, y también si el acreedor es persona física o jurídica, pública o privada.¹⁶ Hilando la puntualización de este párrafo con la del anterior, debemos resaltar que la simple verificación de que un acreedor, o varios, no hayan podido satisfacer su crédito sin que el deudor haya realizado una conducta subsumible al concepto penal de insolvencia (*rectius*, insolventarse) no permite la aplicación del delito. Para que pueda apreciarse el delito, es necesario, por tanto, la existencia de obligaciones crediticias válidas además de una conducta de materialización de la insolvencia que esté, a su vez, dirigida a imposibilitar la satisfacción de éstas por parte del deudor. Analizados los dos elementos más representativos del delito de alzamiento, pasemos a delimitar someramente sus modalidades concretas.

¹³ Por todos, F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11452. Sin embargo, esta indiferencia típica entre la insolvencia real y aparente no es compartida de forma unánime por toda la doctrina. Aproximación de interés la realizada en M. BUSTOS RUBIO, *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores*, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 172-175, donde se defiende que después de la reforma de 2015 el legislador otorgó un tratamiento diferenciado a los delitos de frustración de la ejecución frente a los relativos a las insolvencias punibles. Según este autor, los delitos de frustración de la ejecución aluden a situaciones de insolvencia aparente, ficticia o simulada en las que el deudor se coloca con el objetivo de eludir sus responsabilidades crediticias con sus acreedores. El bien jurídico, en tal sentido, estaría identificado en el derecho particular del acreedor a la satisfacción del crédito del patrimonio del deudor, que se menoscaba directamente con la ejecución del comportamiento fraudulento por parte del sujeto deudor. Por otro lado, los delitos de insolvencias punibles (arts. 259 a 261 bis CP), se dirigen a sancionar conductas de un deudor que planean sobre un estado de insolvencia real, no figurada ni simulada fraudulentamente. Estos últimos delitos, a su juicio, tutelarían la intangibilidad del correcto o normal funcionamiento del sistema crediticio, como bien jurídico colectivo o supraindividual.

¹⁴ N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 355.

¹⁵ Por todos, *vid.* F. PÉREZ FERRER, *cit.*, p. 7. Con anterioridad, parece que la jurisprudencia exigía que la deuda fuera líquida y exigible, *vid.* F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11473. Sin embargo, identifica N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, pp. 359-360 una línea jurisprudencial clara que entiende que el delito también se ejecuta cuando la conducta de despatrimonialización o insolvencia surge antes de que la deuda, ya existente, venza –a pesar de que al mismo tiempo la propia jurisprudencia acostumbra a indicar que la deuda ha de ser “vencida, líquida y exigible”–.

¹⁶ Sobre la cuestión, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, pp. 360-361 expone un debate doctrinal concerniente a si se entienden aquí incluidas las sanciones administrativas o incluso penales. Por su parte, este autor entiende que no debería haber problema en considerar la elusión fraudulenta de multas y sanciones como alzamiento, ya que el contenido del art. 281.1. 4.º Ley Concursal incluye entre los créditos subordinados de la masa las multas y demás sanciones pecuniarias.

A) El alzamiento genérico, art. 257.1 1º CP

Si observamos, el art. 257 CP contempla un total de 4 modalidades de alzamiento de bienes, con ciertos matices entre ellas que indicaremos a continuación.¹⁷ No obstante, puede ya apreciarse cómo el tipo general más simple, consistente en *alzarse* (art. 257.1. 1.ª CP) es de estructura abierta. Cabe cualquier comportamiento que genere una *insolvencia penalmente relevante*. Recordemos que es posible su comisión a través de cualquier tipo de negocio jurídico (p.ej. donaciones o enajenaciones, pero también creación de hipotecas, etc.) e igualmente por medio de actos materiales como la ocultación o destrucción de bienes.¹⁸ El delito se consuma, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, en el momento en el que el sujeto se coloca en posición de insolvencia, ya sea creándola por completo o agravando una insolvencia fortuita inicial aumentando el pasivo o disminuyendo el activo. De ahí que se trate de un delito de mera actividad.¹⁹ A pesar de ello, ¿qué ocurre con la expresión “*en perjuicio de sus acreedores*”? Se ha interpretado que este matiz, ampliamente discutido en doctrina, no exige un perjuicio real y efectivo a los mismos, sino la intención del deudor que quiere poner a salvo su patrimonio impidiendo que los acreedores ejerzan su derecho de crédito. O lo que es lo mismo, materializar la insolvencia con la intención de perjudicar el cobro. Sin embargo, no se exige el perjuicio efectivo, pues se entiende que ello corresponde al agotamiento del delito, no a su ejecución formal.²⁰ En la jurisprudencia, se habla de perjuicio

¹⁷ Vid. el tenor literal actual art. 257 CP:

“1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:
1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2.º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.

3. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada. No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250.”

¹⁸ Vid. la múltiple casuística jurisprudencial al respecto en F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11475.

¹⁹ *Ibidem*, § 11495. Aunque algunos autores han indicado que en realidad el resultado del delito, con el que se consuma, es la insolvencia que genera el alzamiento en sí mismo – materializando así el perjuicio exigido por el tipo. De ahí que, según esta postura, pueda inferirse que el tipo sea de lesión y no de puesta en peligro, pues el alzamiento hace que el derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito valga menos de lo que valía antes de la ejecución del delito. Ello sería fácilmente comprobable si se pretende ceder el crédito a terceros. Ciertamente puede hacerse, pero a un precio menor. En consecuencia, el perjuicio ocasionado al derecho de crédito (y, por tanto, al patrimonio del acreedor) resultaría, desde este punto de vista, evidente. En esta línea, se aclara que el hecho de que finalmente el acreedor cobre o no cobre es indiferente para apreciar el tipo. Asimismo, en opinión de este sector esta postura se refuerza al considerar el tipo agravado del art. 257.4 CP (defraudación en importe superior a cincuenta mil euros), que obliga a cuantificar el perjuicio y a inferir la construcción del delito como de resultado de lesión. Así, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, pp. 363-364.

²⁰ F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11495. También en F. PÉREZ FERRER, *cit.*, p. 10, *vid.* las referencias jurisprudenciales en su nota al pie 37. Sin embargo, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *cit.*, pp. 473 y ss., quien puede identificarse como uno de los mayores representantes de una posición crítica a esta lectura mayoritaria del artículo, entiende que la expresión indicada en el texto no sólo forma parte del dolo (*Id.*, p. 473), sino que exige un resultado lesivo para el acreedor (*Id.*, pp. 475-476). Desde su punto de vista, la expresión “*en perjuicio de*” debe ser interpretada como un verdadero resultado material lesivo, consistente en el efectivo menoscabo patrimonial irrogado al acreedor por haberse frustrado completamente su derecho de crédito, lo cual conlleva considerar este momento para fijar en él la consumación del delito –que a su vez exige y presupone la existencia de un crédito previo ya vencido

para las posibilidades de satisfacción del crédito de terceros contra el deudor.²¹ De cualquier forma, y como se comprueba de la literalidad del precepto, el delito de alzamiento de bienes sólo puede cometerse a través del dolo. Se requiere que la conducta se realice “*en perjuicio de sus acreedores*” y con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones. Quedan excluidas del alzamiento, como ya adelantábamos, todas aquellas conductas relativas a gestiones arriesgadas, mala administración, valoraciones equivocadas, cálculos erróneos etc., que bien podrían llegar a ser castigadas como insolvencias punibles imprudentes (art. 259.3 CP).²² Ciertamente, el dolo no siempre puede acreditarse de una forma cristalina, pero puede inferirse a partir de ciertas circunstancias que rodeen la conducta. Se admite, en definitiva, la prueba indirecta o indiciaria.²³

Es conocido que la discusión en torno al bien jurídico protegido ha sido acalorada. Existen múltiples perspectivas y planteamientos, tanto en doctrina como en jurisprudencia, aunque pueden reconducirse a dos líneas principales. Se ha defendido un bien jurídico de carácter patrimonial, concretizado en el derecho de los acreedores a que sus créditos vengan satisfechos en el patrimonio del autor, con evidente cariz patrimonialista, y también un bien jurídico colectivo o supraindividual, que tutelaría el correcto funcionamiento del sistema crediticio, de impronta socioeconómica. Por su parte, la jurisprudencia más actual pareciera no terminar de posicionarse claramente entre una y otra postura. Es cierto que una de las resoluciones más recientes parece identificar un bien jurídico protegido más en línea con el primer planteamiento que con el segundo, aunque también se observa que pasa por la problemática muy por encima. En cualquier caso, puede comprobarse que la perspectiva socioeconómica no deja de estar presente en múltiples resoluciones. Especialmente, cuando se examina la modalidad de alzamiento contemplada en el artículo 267.1. 2.º CP. Así expresamente, respecto a la primera posición, STS 371/2025, de 30 de enero, Fundamento de Derecho II, 2.2: “*En estos casos el bien jurídico protegido por el delito de alzamiento de bienes, esto es, el derecho de los acreedores a la satisfacción de su crédito, (...)*”²⁴ En cambio, sobre la segunda, STS 620/2021, de 12 de febrero, Fundamento de Derecho IV, 4.2: “*Es cierto que el bien jurídico protegido por el delito de alzamiento no es tanto el derecho de crédito que nace de una concreta relación jurídica o contractual, sino la propia seguridad del tráfico jurídico mediante el fortalecimiento del principio de responsabilidad universal para el cumplimiento de las obligaciones que se consagra en el art. 1911 CC*”²⁵. No obstante lo anterior, se asegura

y exigible (*Id.*, p. 479). Entiende también que estamos ante un delito de resultado, N. CASTELLÓN NICAS, “El delito de alzamiento de bienes del artículo 257.2 del Código penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo): naturaleza jurídica y exigencia de declaración de responsabilidad civil en sentencia condenatoria previa”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 115, 2015, pp. 18-19.

²¹ Por todas las sentencias más recientes, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo 589/2020, de 10 de noviembre. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI:ES:TS:2020:3651 [Fundamento de Derecho 1.6]. Con anterioridad, ya en Sentencia del Tribunal Supremo 756/2014, de 28 de octubre. Ponente: Luciano Varela Castro. ECLI:ES:TS:2014:4687 [Fundamento de Derecho V – 3].

²² Importante puntualización en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 363.

²³ F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11485. Sobre los requisitos concretos para su apreciación así como una relación de indicios en tal sentido, *vid.* la amplia reseña jurisprudencial recogida en F. PÉREZ FERRER, *cit.*, p. 14-15. Someramente, como indicios de esta intención defraudatoria, pueden citarse la proximidad cronológica o inmediatez de las actuaciones y también la falta de racionalidad económica de la operación concreta.

²⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo 371/2025, de 30 de enero. Ponente: Pablo Llarena Conde. ECLI:ES:TS:2025:371.

²⁵ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo 620/2021, de 12 de febrero. Ponente: Javier Hernández García. ECLI:ES:TS:2021:620, que respecto al art. 257.1. 2º CP resaltaría: “*El subtipo del artículo 257.1. 2º CP protege no solo el genérico mandato de responsabilidad universal del artículo 1911 CC que beneficia a todos los acreedores sino también, insistimos, la eficacia inmediata de los instrumentos públicos puestos al servicio de la ordenada ejecución crediticia, lo que sugiere, con claridad, el carácter pluriofensivo de la acción. De ahí que la naturaleza del delito sea de mera actividad y que la lesión, o no, del crédito en concreto quede fuera de la descripción típica.*” En esta línea, y haciendo suyo el pasaje de esta resolución entrecomillado en el texto, Sentencia del Tribunal Supremo 3300/2023, de 13 de julio. Ponente: Susana Polo García. ECLI:ES:TS:2023:3300 [Fundamento de Derecho III – 3.2]; Sentencia del Tribunal Supremo 497/2023, de 14 de junio. Ponente: Leopoldo Puente Segura. ECLI:ES:TS:2023:2594 [Fundamento de Derecho III]; Sentencia del Tribunal Supremo 2901/2023, de 22 de junio. Ponente: Susana Polo García. ECLI:ES:TS:2023:2901 [Fundamento de Derecho I – 1.3] y Sentencia del Tribunal

que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se mostraba anteriormente, y de una manera más nítida, a favor de considerar que estamos ante un delito pluriofensivo, como postura intermedia entre ambas tesis.²⁶

De cualquier manera, encontramos un importante matiz al respecto, que debemos resaltar. El delito no tutela en ningún caso el derecho del acreedor al cumplimiento de la obligación, sino el derecho de éste a satisfacer sus créditos en el patrimonio del deudor por las obligaciones contraídas previamente.²⁷ En consecuencia, no se castiga el simple incumplimiento, sino las conductas que demuestren una asunción o agravamiento fraudulentos de la situación de insolvencia, a través de la cual el deudor pretende frustrar el derecho de los acreedores a satisfacerse en el patrimonio del primero. Recuérdese que el principio de responsabilidad patrimonial universal obliga a todo deudor a responder con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC). Entonces, ¿este ámbito de punición se plantea, o debe plantearse, desde un contenido más patrimonialista o más socioeconómico? Realmente, y a la luz de la ciencia, pareciera que ambos están siempre presentes, aunque quizás tenga mayor aceptación el tinte más patrimonialista que socioeconómico, por las necesidades de concreción. Con todo ello, y como bien apunta DE LA MATA BARRANCO, queda claro que la perspectiva socioeconómica, en un sentido amplio, que no estricto, está presente en la previsión, regulación y entendimiento de estos delitos, aunque ello es su referente mediato. La perturbación del orden socioeconómico es algo consustancial.²⁸ Más allá de la delimitación más o menos perfilada del bien jurídico, y como ya referíamos anteriormente, insiste en cualquier caso la jurisprudencia que nos encontramos ante un delito de mera actividad y de peligro, no de lesión, consistente en el riesgo en el que se coloca al acreedor respecto al cobro de su crédito.

El sujeto activo, es evidente, sería el deudor, quien tiene una relación crediticia previa con el acreedor, calificando así el delito como especial propio. Sin embargo, sobre ello se ha matizado que por deudor hay que entender no sólo el obligado propiamente dicho, sino también los obligados subsidiariamente, como los avalistas, fiadores y responsables civiles subsidiarios.²⁹ Igualmente, se prevé de forma expresa en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de la persona jurídica (*vid.* art. 258 ter CP). El sujeto pasivo será el acreedor, siendo indiferente que sea uno o varios (*cf.* art. 257.1 1^a CP: “*en perjuicio de sus acreedores*”).³⁰ Asimismo, el objeto material del delito estará compuesto por aquellos bienes y derechos que son titularidad del deudor y que están sujetos al cumplimiento de sus obligaciones. Se excluyen expresamente los bienes inembargables ya que son ineficaces frente a ellos los procedimientos ejecutivos. No son, en consecuencia, valores realizables.³¹

En definitiva, recapitulando todo lo que hemos visto hasta ahora, y conectándolo en particular con el tipo genérico del alzamiento de bienes (art. 257.1 1^o CP), para la consumación de este delito se requiere: la existencia de, al menos, un crédito contra el sujeto activo; que el deudor proceda a insolventarse en el sentido ya mencionado *supra*; y, finalmente, que todo ello se haya realizado con el propósito de defraudar las expectativas del cobro de deudas.³² Por ello, y en tal sentido, ¿qué ocurre cuando un deudor, después de haberse insolventado dolosamente para frustrar la ejecución de créditos contra su patrimonio

Supremo 3322/2024, de 24 de mayo. Ponente: Andrés Palomo del Arco. ECLI:ES:TS:2024:3322 [Fundamento de Derecho IX].

²⁶ *Vid.* F. PÉREZ FERRER, *cit.*, p. 7 y las referencias jurisprudenciales ahí contenidas.

²⁷ F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11460.

²⁸ N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 357, quien en consecuencia plantea una visión más patrimonialista del delito, con los matices expresados en el texto.

²⁹ F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11465. Exponiendo el estado de la ciencia actual respecto a los problemas de autoría, F. PÉREZ FERRER, *cit.*, p. 7-9.

³⁰ N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, pp. 357-358 y 361.

³¹ *Ibid.*, pp. 357-358 y F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11479.

³² *Amplius*, con numerosas referencias jurisprudenciales y doctrinales, sobre los mencionados requisitos del tipo del art. 257.1 1^o CP, *vid.* F. PÉREZ FERRER, *cit.*, pp. 10-16.

procede a abonar las deudas burladas o bien a prestar fianza? Sobre ello se ha indicado que tal comportamiento, al ser posterior a la consumación resulta indiferente.³³

B) El alzamiento procesal o procedimental, art. 257.1 2º CP

En cuanto al alzamiento procesal o procedimental (art. 257.1 2º CP), la simple lectura de su enunciado nos demuestra que estamos ante un delito muy similar al anteriormente analizado, aunque con algunos pequeños matices que explicarían su especificidad. Sobre este subtipo, encontramos que no ha sufrido cambios desde su incorporación al CP 1995.

En primer lugar, debemos indicar que el sujeto activo es el mismo que el de la modalidad genérica, el deudor, aunque no venga expresamente mencionado, pues sólo él puede realizar las conductas descritas.³⁴ Lo que nos lleva a inferir que el sujeto pasivo también será el mismo, el acreedor. De igual manera se puede extraer que el objeto material del delito serán aquellos bienes y derechos titularidad del deudor, sujetos al cumplimiento de sus obligaciones y que, por tanto, son susceptibles de embargo, ejecución y/o apremio.³⁵ Respecto al bien jurídico, se postula jurisprudencialmente la tutela pluriofensiva del tipo, en el mismo sentido de la modalidad genérica, pero aquí matizado a través de la tutela a “*la eficacia inmediata de los instrumentos públicos puestos al servicio de la ordenada ejecución crediticia*”.³⁶ El comportamiento viene descrito en la norma como la realización de “*cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones (...)*”. Esta verdadera cláusula de estilo parece hacer referencia, según el estado de la ciencia en torno a esta modalidad, a las mismas conductas que las contempladas en la modalidad genérica, es decir, alzarse, insolventarse.³⁷ Sobre este comportamiento, se indica en oración subordinada adjetiva “*(...) que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación*”. Nuevamente, este matiz resulta un tanto polémico en doctrina y, hasta donde tiene constancia quien aquí escribe, la jurisprudencia lo interpreta de la misma manera que el inciso “*en perjuicio de sus acreedores*” de la modalidad de alzamiento genérica del art. 257.1 1º CP. La literalidad del precepto, ciertamente, parece hacer entender (o al menos eso mismo inferimos nosotros) que es necesario que la maniobra del sujeto activo haya efectivamente dilatado, dificultado o

³³ F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11495. Frente a esta respuesta, y de forma congruente con su postura ya expuesta anteriormente, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *cit.*, pp. 477-478 entiende aplicable la figura del desistimiento. Del mismo modo, si llegado el momento del vencimiento de la deuda el deudor insolventado terminara satisfaciéndola, considera que razones de prevención general, especial y utilitarias aconsejarían exonerar completamente de pena a ese sujeto.

³⁴ Por todos, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 364.

³⁵ Profundizando en este sentido, se plantea doctrinalmente si aquí es necesario que las deudas estén vencidas o no. En la modalidad básica ya veíamos que tal cuestión era indiferente de acuerdo con el estado jurisprudencial de la cuestión. Al respecto, indica expresamente que las deudas deben ser vencidas F. PÉREZ FERRER, *cit.*, p. 16: “*(...) se hace con la finalidad de dilatar, dificultar, o impedir la eficacia de un embargo, por lo que se trata claramente de deudas vencidas.*” Cfr. N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 365: “*Sobre si la deuda ha de estar vencida o no, hay que estar a lo que se ha dicho al definir el concepto de insolvencia. Es cierto que un embargo o un procedimiento ejecutivo o de apremio solo serán posibles cuando la deuda sea exigible, pero la insolvencia puede ser previa y lo que se sanciona es la disposición patrimonial que la causa. Más aún, el precepto indica que el embargo o procedimiento ejecutivo han de haberse ya iniciado o ser de previsible iniciación (sea porque la deuda ha quedado impagada, sea porque va a quedarlo).*” En un sentido similar a esta problemática, aunque sobre la nota de la ejecutividad, F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11510: “*sin que, por otra parte, se exija la nota de ejecutividad del crédito, porque el tipo que se comenta ni siquiera exige su iniciación, bastando que sea de «previsible iniciación».*”

³⁶ Vid. nota al pie 25.

³⁷ Expresamente, F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11510: “*la acción es idéntica a la del delito básico de alzamiento, consistente en alzarse, o sea, insolventarse mediante actos de disposición o generadores de obligaciones (...)* pese a que el precepto describe la conducta como acto de disposición o generador de obligaciones”. En el mismo sentido, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 364: “*Estos (actos de despatrimonialización descritos en art. 257.1 2º CP) hacen referencia a las mismas conductas que definen lo que es la insolvencia del alzamiento genérico. Cualquier comportamiento que implique desaparición jurídica o fáctica de bienes.*”

impedido el embargo o procedimiento ejecutivo o de apremio. En definitiva, que se obstaculice o haga fracasar el procedimiento mencionado. Sin embargo, como decíamos, la jurisprudencia parece indicar que no es necesario que se materialice la dilatación, dificultad o impedimento del procedimiento, sino que basta con que se extraiga de los hechos que ello es la intención del sujeto activo. Es suficiente que la satisfacción de los créditos en el marco de un procedimiento de tales características, iniciado o de previsible iniciación, se vea seriamente dificultada o comprometida. Se postula, por tanto, una lectura sistemática del precepto, en contraste con su literalidad.³⁸ Lo que parece exigirse, de acuerdo con la literalidad de algunas sentencias, es el “*perjuicio para las posibilidades de satisfacción del crédito contra el deudor*” (Fundamento Jurídico VI STS 3322/2024, de 24 de mayo), no el perjuicio efectivo a la satisfacción del crédito, materializado, como decíamos, en la obstaculización o frustración real de los referidos procedimientos. Lo cual, ciertamente, es algo consustancial a los actos de despatrimonialización que llevan a la insolvencia exigida en este tipo penal.³⁹ La conducta, por lo demás, es dolosa y requiere una finalidad específica: debe realizarse con el fin de perjudicar a los acreedores y con la intención, una vez más, de dilatar, dificultar o impedir un embargo o procedimiento ejecutivo.⁴⁰

Un elemento diferenciador es, como puede comprobarse, la presencia o previsión de un constreñimiento jurídico de pago. Por su parte, tanto el embargo como el procedimiento ejecutivo o de apremio son elementos normativos que dependerán de la norma jurídica que los regule. También se incluye el embargo preventivo. A todo ello, en efecto, debe sumarse una duda importante, relativa al momento en el cual debe entenderse realizada la acción prohibida en el marco de éstos. Es evidente que el procedimiento iniciado no comporta problemas, pero ¿y el de previsible iniciación? Algunos autores han cuestionado la legitimidad de este inciso, al tener dudas sobre su posible vulneración del principio de legalidad.⁴¹ Otros, sin embargo, han definido que la previsible iniciación se refiere a la posibilidad cierta de que objetivamente se inicie la ejecución independientemente de la eficacia del título que contenga la obligación específica, lo cual parece vincularse tanto a obligaciones ya exigibles como a otras sujetas a un plazo.⁴² No se requiere por tanto que el deudor tenga conocimiento oficial o formal de que el proceso en cuestión se ha iniciado o se va a iniciar, sino más bien que su sustanciación sea probable a tenor de las circunstancias que rodean el cumplimiento de la obligación en cuestión.

A raíz de todo lo anteriormente descrito, puede fácilmente comprobarse que, a pesar de la literalidad del precepto, lo cierto es que el ámbito de aplicación de este delito, a causa de su lectura jurisprudencial, resulta muy similar al de la modalidad genérica del alzamiento. Sobre esta segunda modalidad, la jurisprudencia ha indicado expresamente que ésta ha sido

³⁸ En tal sentido, *vid.* por todas, Fundamento de Derecho III STS (Sala 2ª, Sección 1ª), n.º 2901/2023, de 22 de junio, *cit.*: “*señala este Tribunal en Sentencia 559/2022, de 8 de junio, con cita de la sentencia 699/2000 de 12 Abr. 2000, que: “Debe tenerse en cuenta que el delito por el que han sido condenados, de insolvencia punible previsto y penado en el art. 257-1-2.º del Código Penal se articula por la conjunción de los siguientes elementos: (...) d) La concurrencia como hilo conductor que encauza y da sentido a todas las operaciones, de un dolo específico de causar perjuicio a los acreedores, que actúa como elemento subjetivo tendencial, debiéndose recordar que el delito de alzamiento está concebido como mera actividad --o si se quiere de resultado en cuanto a la ocultación-- en la medida que no requiere la real causación del perjuicio a los acreedores, por ello puede decirse que se consume con la realidad del alzamiento de los bienes a través de su ocultación, pero no es un delito de lesión, porque no exige la realidad del perjuicio (sic.) que se buscaba.”* A pesar de todo, parece que no es una opinión unánime. Existen voces que parecen posicionarse, a juzgar por la literalidad de sus escritos, en favor de requerir el resultado mencionado en el texto. Por todos, *Cfr.* F. PÉREZ FERRER, *cit.*, p. 18: “*A tal efecto, debe existir un nexo causal entre el comportamiento y el resultado. Este último aspecto es lo que diferencia este delito del anterior, ya que se exige la efectiva obstaculización de los embargos o procedimientos ejecutivos o de apremio existentes o que posiblemente puedan iniciarse, siendo necesario el resultado expuesto para el delito se consume.*”

³⁹ N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 364.

⁴⁰ F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11510. Finalidad que, por otra parte, deberá inferirse a partir de pruebas indiciarias como ya comentábamos anteriormente. *Vid.* nota al pie 23.

⁴¹ Así, E. M. SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 380.

⁴² En tal sentido, F. CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, Iustel, 2008, pp. 234 y ss.

“reclamada ampliamente por la doctrina especializada”⁴³, aunque lo cierto es que se plantean dudas sobre su necesidad, debido a que se observa cómo no se añade ninguna conducta que no se pueda entender ya castigada por el inciso anterior del 257.1 CP.⁴⁴

C) El alzamiento con finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito, art. 257.2 CP

En el artículo 257.2 CP encontramos la figura del alzamiento realizado con la finalidad de eludir la responsabilidad civil derivada de un delito. Nos encontramos, en definitiva, ante otra modalidad específica de alzamiento de bienes; la cual encuentra su origen en el CP 1995, pero que ha sufrido una modificación importante con la reforma de 2015. La razón de su inclusión en el Código Penal se debe, según la jurisprudencia, a la cristalización de la respuesta normativa a un debate doctrinal previo acerca de si la insolvencia provocada en el marco de una probable condena resarcitoria *ex delicto* constituye efectivamente un alzamiento o no. En este sentido, la respuesta del ordenamiento es clara: quien se insolvente con el objeto de evitar el cumplimiento de este tipo de obligaciones incurre en un delito de alzamiento de bienes.⁴⁵ Nuevamente, esta segunda subespecie es prácticamente idéntica a la modalidad general, con algunos matices que indicaremos a continuación.

La especificidad de esta modalidad, evidentemente, reside en la particularidad de que el alzamiento se realiza para eludir la responsabilidad civil derivada de un delito previamente materializado. Con la reforma de 2015, como decíamos, se modifican una serie de cuestiones que rodeaban a este subtipo. En primer lugar, se hace ahora mención expresa a “*un delito que hubiere cometido o del que debiera responder*”, reflejando así que el sujeto activo de esta modalidad es el responsable civil *ex delicto*, no el responsable penal. En tal sentido, el legislador está haciendo referencia, a través de la fórmula indicada, a todos los responsables civiles *ex delicto*: al responsable penalmente, autor o partícipe; al responsable civil directo; al responsable civil subsidiario; a los aseguradores; al partícipe a título lucrativo, etc. La condena o responsabilidad penal como tal no es vinculante a efectos de este subtipo. Lo que realmente importa aquí para ser considerado sujeto activo es ser responsable civil *ex delicto*.⁴⁶ En segundo lugar, se adopta una fórmula abierta de ejecución en línea con la modalidad general, suprimiendo referencias normativas anteriores a que el sujeto se hiciera total o parcialmente insolvente. En este sentido, se hace aquí expresa referencia a la ocultación de su patrimonio a través de cualquier medio, lo cual, en el fondo, no es más que otra forma de insolventarse –al igual que en el resto de modalidades anteriormente indicadas–.⁴⁷ En tercer lugar, se suprime la exigencia anterior de que la conducta se realice después de la comisión del hecho delictivo. Ciertamente, esta modificación podría dar a entender que cabe el alzamiento previo al delito generador de responsabilidad civil. Sin embargo, parece haber

⁴³ Por todas, *vid.* Fundamento de Derecho III STS 497/2023, de 14 de junio, *cit.*

⁴⁴ Así, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 365: “*Hay quien justifica el precepto entendiendo que en él no estamos ante supuestos de insolvencia sino de mera obstaculización al cobro. Pero, los actos que refiere causan una disminución patrimonial que es la que impide el cobro. En realidad, el precepto no añade ninguna conducta que no contemple ya el art. 257.1. 1º y solo la especificidad y frecuencia del supuesto explican su presencia entre estos delitos*”. Posicionándose expresamente en contra de su necesidad, E. M. SOUTO GARCÍA, “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss)” en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 796.

⁴⁵ Por todos, *vid.* F. PÉREZ FERRER, *cit.*, pp. 19-20 con cita expresa de resoluciones judiciales en este sentido.

⁴⁶ N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 365.

⁴⁷ Expresamente, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 366: “*Las conductas son las mismas que las de los dos tipos precedentes*.” De hecho, se aduce que la cierta concreción indicada en el artículo de nuestro interés, es decir, la referencia expresa a los “*actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio*”, no es más que otra manera de hacer referencia al tipo básico del alzamiento, que consiste en despatrimonializarse. Ello, según se apunta, en nada restringe la amplitud del comportamiento sancionado. Esta amplitud no parece poder restringirse, como indica F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11513, ni siquiera por haber omitido la mención a los actos materiales en la literalidad del precepto.

acuerdo doctrinal en que ello no sería posible al ir en contra de la esencia misma del delito de alzamiento de bienes. Tal comportamiento sería atípico.⁴⁸

En cualquier caso, es doctrina consolidada el hecho de que la obligación resarcitoria *ex delicto* nace en el momento del evento criminal, no en el momento de la sentencia (*vid.* arts. 1089 y 1092 CC).⁴⁹ No obstante, es cierto que esta sentencia será la resolución judicial declaratoria de la condición de responsable civil *ex delicto*, de si se es responsable solidario, directo o subsidiario y naturalmente del importe concreto. Con todo, y a pesar de existir el delito entendiéndose éste como consumado, no se podrá procesar al sujeto hasta esta sentencia. De hecho, se ha indicado que en la praxis será irrelevante la constatación o no de actos de despatrimonialización previos a la sentencia condenatoria de responsabilidad civil *ex delicto*, porque si el responsable civil procede a su satisfacción una vez dictada ésta, no habrá procesamiento. Se matiza en tal sentido, con razón, que no es que ello sea una condición objetiva de punibilidad, sino que hasta tal momento la existencia del delito no se podrá concretar con precisión.⁵⁰ Por lo demás, se trata de un tipo doloso que exige igualmente el dolo específico de evitar el pago de las responsabilidades civiles *ex delicto*.⁵¹

Del mismo modo, y en consecuencia con todo lo expuesto, nuevamente se plantea la necesidad de este subtipo concreto, ya que en realidad esta responsabilidad civil es una deuda con un origen concreto.⁵²

D) Los tipos agravados, arts. 257.3 y 4 CP. Independencia de la acción y proceso penal, art. 257.5 CP

A continuación encontramos los dos tipos agravados, arts. 257.3 y 257.4 CP. Respecto al primer caso, ya indicábamos que el primer párrafo del artículo 257.3 CP reflejaba la indiferencia a efectos penales de la naturaleza u origen de la obligación, así como de la clasificación del deudor como persona o entidad. Sin embargo, el segundo párrafo de este mismo artículo introduce un tipo agravado para el caso de que la deuda u obligación que se pretenda evitar con el alzamiento sea de naturaleza pública y su acreedora sea una persona jurídica del mismo carácter. También se incluyen aquellas obligaciones pecuniarias que tengan como objeto la previa comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Este tipo agravado fue introducido con la reforma de 2010 y se completó con la de 2015. Sobre él, algunos autores han mostrado su sorpresa ante tal protección del crédito público, en contraste con el privado, ya que, por un lado, la pena prevista puede llegar a ser mayor que la contemplada por la propia defraudación tributaria o contra la Seguridad Social y consideran que su única justificación es la voluntad del legislador de aumentar los plazos de prescripción del delito cuando se procede a tutelar el interés público.⁵³

Por otra parte, respecto al segundo artículo, el 257.4 CP, se prevé aquí una agravación en virtud de las siguientes circunstancias: primero, que el valor de la defraudación supere los 50.000 €, cantidad que se define como objetiva y aparece referida al perjuicio total ocasionado a uno o varios acreedores;⁵⁴ segundo, que afecte a un elevado número de personas, fórmula indeterminada y que habrá que concretar judicialmente caso por caso; y tercero, que se cometa abusando de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o bien se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional.

⁴⁸ Así lo asegura N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 366.

⁴⁹ Por todos, F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *cit.*, § 11513. De otra opinión, N. CASTELLÓ NICAS, *cit.*, pp. 32-33.

⁵⁰ N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, pp. 366-367.

⁵¹ *Ibidem*, p. 366.

⁵² *Ibidem*, pp. 366-367.

⁵³ N. J. DE LA MATA BARRANCO, *cit.*, p. 367.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 367-368. Puntualiza F. PÉREZ FERRER, *cit.*, p. 21, basándose en la jurisprudencia, que esta cantidad se corresponde con el perjuicio efectivamente causado, no con el importe de la deuda. La cifra que se tiene en cuenta para su aplicación corresponde al valor de los bienes y derechos que se extrajeron indebidamente del alcance de los acreedores, no con la cantidad adeudada.

Finalmente, el artículo 257.5 CP establece la independencia de la acción y proceso penal frente al procedimiento concursal.

4. EL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*.

Habiendo delimitado someramente las figuras delictivas de nuestro interés, pasamos ahora al eje central de nuestro trabajo, el estudio del nacimiento de la responsabilidad civil derivada de estos delitos. Como adelantábamos en el epígrafe correspondiente, contrastaremos las dos posiciones fundamentales sobre esta problemática.

A) La postura tradicional

La postura tradicional y mayoritaria parte de una declaración tajante según la cual la responsabilidad civil *ex delicto* (arts. 109 y ss. CP) en supuestos de alzamiento de bienes no abarca el total de la deuda eludida a través de los actos de despatrimonialización. En tal sentido, se distingue entre la responsabilidad civil *ex delicto* propiamente dicha, esto es, la regulada en el Código Penal, y la responsabilidad contractual o relación jurídica que vincula al acreedor y al deudor. Esta última, se defiende, tiene un origen anterior o preexistente al delito mismo y, por tanto, no queda alterada por la acción del alzamiento. De acuerdo con esta posición, el objeto de la responsabilidad civil *ex delicto* derivado del alzamiento no es el importe de los créditos defraudados, sino el de los daños ocasionados por el acto defraudatorio –la ejecución del ilícito penal–. Por ello, para que pueda apreciarse responsabilidad civil *ex delicto*, será necesario probar que la ejecución de este delito ha derivado en algún daño nuevo, diferente al “incobro” (*sic.*) del crédito correspondiente.⁵⁵ Así pues, en esta línea, de lo expuesto se desprende que en estos casos procede, como regla general, la restitución del orden jurídico alterado por la comisión del delito.⁵⁶

La reparación del daño causado, por lo tanto, se consigue reintegrando al patrimonio del deudor los bienes que indebidamente salieron del mismo. Con tal fin, y siguiendo la relación establecida en el artículo 110 CP, se procederá a declarar la nulidad de los actos jurídicos elusivos o fraudulentos realizados por el sujeto activo a través de la aplicación de la modalidad de “restitución” (art. 111 CP) del sistema de responsabilidad civil *ex delicto*.^{57 58}

⁵⁵ C. CLIMENT DURÁN, “Sobre la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, en *Revista General de Derecho*, n.º 570, 1992, pp. 1173-1174, citando expresamente “*la mayor dilación temporal experimentada para el cobro del crédito o los mayores gastos habidos para tal menester, y en general cualquier daño sufrido a causa de la comisión del delito de alzamiento. La acreditación de este mayor perjuicio incumbe al acreedor defraudado, y si no logra probarlo, no obtendrá indemnización ninguna.*”.

⁵⁶ M. ALCORTA PASCUAL, “La responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 26, 2006, p. 70.

⁵⁷ Por todos, con cita de jurisprudencia reciente, F. J. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *Aspectos jurídico-dogmáticos y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil ex delicto*, Dykinson, 2023, pp. 215 y ss. Igualmente, como prueba del arraigo temporal de esta doctrina en nuestra jurisprudencia, puede consultarse la extensa relación jurisprudencial en S. MIR PUIG, “Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 18, 2009, pp. 18-23, quien identifica dos resoluciones, SSTS de 4 de noviembre de 1981 y de 30 de diciembre de 1983 como algunas de las primeras que consolidaron esta línea jurisprudencial. *Amplius*, sobre la declaración de nulidad del título fraudulento, *vid.* M. ROIG TORRES, *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 131 y ss. A pesar de todo ello, por nuestra parte entendemos correctas las declaraciones de C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 16-17 cuando indica que la restitución, en puridad, excede del campo de la responsabilidad civil correctamente entendida. Es por ello que en el texto hacemos mención en numerosas ocasiones al “sistema” *ex delicto*, por un lado, por respeto a la literalidad del instituto regulado en el Código Penal y, por otro, para diferenciarlo de la responsabilidad civil propiamente dicha, prevista en el Código Civil y leyes especiales. Sobre los motivos que nos llevan a realizar esta diferenciación terminológica *vid.*, J. A. POSADA PÉREZ, *La responsabilidad...*, *cit.*, 2022, pp. 165-167.

⁵⁸ Igualmente, también se plantea si, de conformidad con el Derecho civil, lo que procede en estos casos es decretar la nulidad y no la rescisión, pues ello tiene importantes efectos prácticos de cara a la

De tal forma, y de acuerdo con esta doctrina, se repondrían así los bienes que han sido objeto material del delito a la situación jurídica preexistente al mismo, declarando la nulidad de los negocios jurídicos otorgados y cancelando, en su caso, las inscripciones correspondientes en el Registro de la Propiedad.⁵⁹ Ello permitiría, en un proceso posterior, que el acreedor pueda dirigirse contra el patrimonio del deudor para satisfacer correctamente sus deudas. A pesar de la aplicación de una fórmula tan clara y tajante, lo cierto es que la misma no está exenta de matices. En efecto, si se examina el art. 111 CP se encontrará que el ámbito de aplicación del precepto cuenta con un importante límite y éste es la excepción de irreivindicabilidad del art. 111.2 CP.⁶⁰ En este sentido, resulta evidente que, al declarar la nulidad de un acto jurídico, se afectarán muy probablemente los derechos de terceros ajenos al proceso y acción penal propiamente dichos. Sobre esta cuestión, el art. 111.1 CP es nuevamente tajante sobre la aplicabilidad de la restitución, la cual “(...) *tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe (...)*”. A pesar de ello, en la misma disposición normativa se le reconoce a este tercero “(...) *su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.*”⁶¹ Por todo ello, y desde el prisma procesal, se exige la citación de todas aquellas personas que puedan verse afectadas por la nulidad, con el fin de que puedan defenderse en el procedimiento y alegar lo que a su derecho convenga.⁶² De cualquier forma, y a modo de resumen, puede claramente observarse que el ámbito de aplicación de la restitución, como tal, resulta bastante amplio, pues debe venir materializada aunque ésta afecte a derechos de terceros.

posterior ejecución del crédito. Vid. M. YZQUIERDO TOLSADA, “Querellas chantajistas y derecho civil light”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 15, 2005, p.14. También en *Idem*, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 57, 2006, pp. 272-276. Desde el punto de vista penal, declarando abiertamente que los hechos que pueden desembocar en un delito de alzamiento de bienes podrían a su vez fundamentar las acciones de nulidad por causa falsa o por causa ilícita así como la de rescisión por fraude de acreedores, E. GUTIÉRREZ PÉREZ, *cit.*, p. 17. De hecho, y en este mismo sentido, esta autora llega a preguntarse qué resultaría realmente aconsejable para el acreedor, si reservarse la acción civil y solicitar la nulidad, rescisión o interponer la acción pauliana, o bien ejercitarla. La respuesta parece depender de cómo se haya insolventado el deudor. O lo que es lo mismo, de cómo se haya cometido el delito.

⁵⁹ A pesar de tan consolidada línea jurisprudencial en nuestro ordenamiento, lo cierto es que algunos sectores doctrinales han negado que el Juez penal pueda o deba declarar la nulidad de contratos e inscripciones en registros públicos en el proceso punitivo, ya que ello es un pronunciamiento civil que excede el ámbito de las modalidades de resarcimiento *ex delicto*: restitución, reparación e indemnización, y no queda clara la atribución de tal competencia. Así, por todos, M. A. PARRA LUCÁN, “El tercero obligado a restituir la cosa”. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños (A propósito de la STC 278/1994, de 17 de octubre), en *Derecho privado y Constitución*, n.º 5, 1995, pp. 307 y ss. Con matices sobre esta posición tan tajante, M. YZQUIERDO TOLSADA, *cit.*, 2006, pp. 267-272.

⁶⁰ *Vid.*, art. 111 CP:

“1. *Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.*
2. *Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.*”

⁶¹ Ampliamente y con múltiples referencias jurisprudenciales, sobre la posición jurídica del tercero perjudicado, quien puede ejercer en el propio proceso penal el derecho indemnizatorio reconocido, *vid.* M. ROIG TORRES, *cit.*, pp. 161 y ss. También sobre la cuestión de la posición jurídica del tercero de buena fe obligado a restituir la cosa, M. YZQUIERDO TOLSADA, *cit.*, 2005, p. 15 refiere que éstos son considerados responsables civiles del delito y a su vez perjudicados por el mismo, cuando en realidad su perjuicio no “deriva” del delito, sino de la sentencia que les obliga a restituir aquello que obra en su poder. El problema de esta solución, nos aclara, es que ciertamente tiene derecho a ser indemnizado por el responsable civil del delito, pero no a los frutos, a las costas, a los gastos del contrato, o a daños o gastos que compongan las partidas del saneamiento de la cosa por evicción del art. 1478 CC. La jurisprudencia penal, por su parte, “*prefiere utilizar un concepto de restitución de la paz, del orden alterado, pretendidamente plasmado en esos preceptos que ordenan, globalmente, la restitución de la cosa y la indemnización de los daños y perjuicios*”.

⁶² F. J. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *cit.*, pp. 217-218. Igualmente, sobre este litisconsorcio pasivo necesario, C. CLIMENT DURÁN, *cit.*, p. 1184.

Sin embargo, y esto configura un importante obstáculo de viabilidad de esta opción, no es posible aplicar la restitución si se ha obtenido el bien de tal manera que resulta irreivindicable de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico.

En congruencia con lo expuesto, la jurisprudencia advierte algunos casos que no permiten la restitución del bien, por imposibilidad jurídica.⁶³ En tales supuestos, categorizados como excepciones a la regla general indicada, se reconoce la posibilidad de acudir al resto de modalidades del sistema de responsabilidad civil *ex delicto*. Concretamente, conceder una indemnización (art. 113 CP). Esta posibilidad ha sido gratamente acogida por la doctrina en tanto en cuanto contribuye a simplificar el resarcimiento del daño, individualizado fundamentalmente en la (in)satisfacción del crédito eludido por el deudor —con los matices que a continuación indicaremos—. Así, SOTO NIETO, al comentar dos sentencias recientes en el momento (STS de 15 de octubre de 2003 y de 15 de noviembre de 2002) reflejó expresamente que *“la jurisprudencia ha mostrado un impulso imaginativo y creador, que le ha llevado a las soluciones más óptimas a fin de que aquel anhelo del acreedor defraudado pueda obtener adecuada y plena respuesta en la resolución penal ultimadora.”*⁶⁴ Igualmente, se ha reconocido *a sensu contrario* que si no se admitiera la indemnización en estos casos y se mantuviera la restitución como única vía resarcitoria, ello supondría una mera declaración de intenciones, sin eficacia alguna, inaceptable para quien ya ha visto burladas sus legítimas pretensiones en la vía correspondiente.⁶⁵ Ahora bien, se especifica expresamente que la cuantificación de dicha indemnización será la correspondiente al daño específicamente causado por el delito. Todo ello en línea con la declaración general de no identificación del montante resarcitorio con la totalidad de los créditos burlados.⁶⁶ Así pues, cuando no sea posible acordar la restitución, podrá imponerse una indemnización hasta la cuantía de la deuda exigible, con el límite del valor de los bienes ilícitamente extraídos del patrimonio del deudor.⁶⁷ Por ello, la cuantificación de la indemnización vendrá determinada fundamentalmente por el valor del bien alzado, cuyo desplazamiento se identifica como el principal perjuicio ocasionado por el delito en sí mismo. El daño ocasionado, por tanto, no se corresponde con el total de la deuda eludida, sino que se acude a este último criterio de forma secundaria o complementaria respecto al valor del bien alzado. A ello, naturalmente podrían añadirse otro tipo de perjuicios como por ejemplo aquellos gastos en los que se incurran para poder satisfacer la deuda.⁶⁸ Por lo demás, es sabido que la determinación de los perjuicios civiles causados, o lo que es lo mismo, la cuantificación exacta de la indemnización, puede realizarse tanto en la propia sentencia como en la ejecución de la misma (*vid.* art. 115 CP).

Examinados entonces los caracteres generales de esta doctrina de corte tradicionalista, debemos aquí reseñar que efectivamente existen algunas resoluciones, muy escasas, que conceden una indemnización equivalente al valor total del crédito defraudado. Ya durante la vigencia del Código Penal anterior, CLIMENT DURÁN identificó una sentencia en este sentido, la STS de 14 de julio de 1986, que estableció: (...) *si el crédito preexistente al delito de alzamiento era líquido y exigible hasta el punto de haberse así declarado en vía civil, sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor, es obvio que en tal caso las fuentes de la obligación —ex contractu y ex delicto— se yuxtaponen y puede decretarse la total indemnización en vía penal, lo mismo que sucede con todo delito*

⁶³ M. ALCORTA PASCUAL, *cit.*, pp. 71-72, quien en este sentido refleja que, más allá de la imposibilidad de la restitución en supuestos de irreivindicabilidad, *“hay también algún caso en la jurisprudencia en el que, dada la ineficacia reparadora de la posible restitución del orden jurídico alterado con el delito de alzamiento de bienes, se estima la procedencia de la indemnización* (p. 72). Por ello, en realidad, la pretendida “imposibilidad jurídica”, que pareciera identificarse únicamente con la irreivindicabilidad del bien, debe entenderse en un sentido amplio como imposibilidad material o jurídica —propriadamente dicha—.

⁶⁴ F. SOTO NIETO, “Peculiaridades de la responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes. Función creativa de la jurisprudencia”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 2003, p. 1636.

⁶⁵ M. ALCORTA PASCUAL, *cit.*, p. 76. De acuerdo con esta autora, esta posibilidad no contradice la regla general, sino que la confirma. (*Ibidem*, pp. 72 y 76).

⁶⁶ C. CLIMENT DURÁN, *cit.*, p. 1182.

⁶⁷ Por todos, M. ROIG TORRES, *cit.*, pp. 130-131.

⁶⁸ F. J. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *cit.*, pp. 74 y 219.

no ya consumado, sino agotado".⁶⁹ Igualmente, en este sentido, SOTO NIETO volvería a identificar nuevas resoluciones herederas de esta línea jurisprudencial. De acuerdo con esta corriente, y de nuevo como excepción, una vez que se tiene constancia de un crédito preexistente líquido y exigible, se admite la condena indemnizatoria de responsabilidad civil *ex delicto* comprensiva del importe total del crédito defraudado al formar parte de la "perjudicialidad acusable". En estos casos, se indica, las fuentes de la obligación, *ex contractu* y *ex delicto*, se yuxtaponen y puede decretarse la total indemnización en vía penal. La resolución anotada por este último autor es la STS de 29 de diciembre de 2000, la más actualizada de esta doctrina al momento de publicarse la contribución de este autor. Esta sentencia afirma que la restitución sigue siendo la vía primera de reparación en delitos contra el patrimonio, pero no es la única. Cuando esta modalidad fracasa, cabe una indemnización cuando el crédito preexistente al delito se ha perjudicado irreparablemente y es "líquido y exigible hasta el punto de haberse declarado en vía civil sin que la ejecución pudiera llevarse adelante precisamente por el alzamiento del deudor". Según la doctrina jurisprudencial anotada, van también en esta línea las SSTs de 14 de julio de 1986; 16 de marzo y de 12 de junio de 1992; y de 12 de julio de 1996.⁷⁰

B) El posicionamiento innovador

Esta doctrina jurisprudencial consolidada, como decíamos, no está exenta de críticas. En particular, existe un sector doctrinal que le ha dedicado su atención. Ante todo, suele partirse de la constatación de dos aproximaciones distintas a la hora de valorar la responsabilidad civil *ex delicto* en supuestos de alzamiento de bienes y de insolvencia punible.⁷¹ El punto central, en el fondo, es la incongruencia que a juicio de estos autores presenta el diferente tratamiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en los "delitos de insolvencia" (*sic.*): el alzamiento de bienes y el delito de quiebra. Estas contribuciones, realizadas algunas antes de la reforma de 2015, hacen referencia a la nomenclatura anterior de estos delitos, debiendo ahora diferenciarse, como indicábamos anteriormente, entre delitos de frustración de la ejecución, los alzamientos (Capítulo VII – Título XIII), y delitos de insolvencias punibles (Capítulo VII bis – Título XII). Por respeto a la literalidad de la obra de los diferentes autores, y a pesar de que, en puridad, hacemos una mención asimilable, utilizaremos los términos empleados por ellos. Así pues, se precisa que mientras en el alzamiento de bienes se niega el importe de la deuda al considerarla previa al delito, en el delito de quiebra se admite la solución contraria. Respecto al alzamiento, los argumentos jurisprudenciales de la preexistencia de la deuda y de la diversa estructura del delito, no justificarían tal diferenciación a juicio de los autores. De hecho, se resaltan las consecuencias del planteamiento para la víctima del delito: por un lado, no siempre podrán recuperarse los bienes desviados y, por otro, que incluso cuando ello sea posible, será necesario acudir a otro proceso civil, con el correspondiente menoscabo del principio de economía procesal.⁷²

⁶⁹ C. CLIMENT DURÁN, *cit.*, p. 1184.

⁷⁰ F. SOTO NIETO, "La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, 2001, pp. 2186-2188.

⁷¹ También suele hacerse referencia a los casos de responsabilidad civil *ex delicto* derivada del impago de prestaciones, de los delitos contra Hacienda y contra la Seguridad Social, cuyo tratamiento contrasta diametral e injustificadamente con la respuesta en delitos de alzamiento de bienes. Así claramente, por todos, *vid.* J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, "La responsabilidad civil en los delitos de elusión de deudas", en *Diario La Ley*, n.º 6593, 2006, *passim*. Acentuando asimismo la disparidad de criterios en estos casos, J. M. SILVA SÁNCHEZ, "¿Ex delicto? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal" en *InDret* [Recurso electrónico], n.º 3, 2001, pp. 8-9. Igualmente, desde la óptica civilista, muestra su disconformidad con dicha disparidad, M. YZQUIERDO TOLSADA, *cit.*, 2006, pp. 281-284.

⁷² S. MIR PUIG, y J. I. GALLEGU SOLER, "Responsabilidad civil derivada de los delitos de alzamiento", en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coords.) *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, 2004, pp. 1077-1080. En una contribución posterior, no obstante, parece retirarse la referencia al segundo argumento jurisprudencial, relativo éste a la estructura del delito, y sustituirse por la mención a su afectación al bien jurídico. Así, sobre los motivos jurisprudenciales para negar la íntegra resarcibilidad *ex delicto* del crédito eludido, *vid. Ibidem*, p. 1080

Hechas estas aclaraciones iniciales, se procede ahora a diferenciar entre el resultado típico y el concepto de daño o perjuicio como presupuesto de la responsabilidad civil *ex delicto*. Efectivamente, el resultado típico es un elemento propio del Derecho penal que afecta a la estructura del delito en cuestión. Es, por tanto, un concepto estrictamente penal. Ahora bien, el concepto de daño o perjuicio, como elemento iusprivatista, es un concepto de Derecho civil que resulta ajeno a la estructura del tipo. Sobre ello se insiste en que ni todo delito de resultado genera necesariamente un daño o perjuicio civil ni cabe afirmar que los delitos de mera actividad no causen uno. De hecho, se precisa, ni siquiera es necesaria la consumación del delito, porque la tentativa puede ocasionar daños civiles. El fundamento de la responsabilidad civil *ex delicto* es el resarcimiento del daño o perjuicio económicamente evaluable. La declaración del art. 109 CP de que la “*ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar (...) los daños y perjuicios por él causados*” no se limita a los delitos de resultado ni a los delitos consumados, sino a toda clase de hechos típicos, siempre que causen daños.⁷³ En este orden de cosas, se argumenta que la discusión sobre la estructura del tipo es irrelevante. El debate debe plantearse en el sentido de dilucidar primero si el delito causa un perjuicio económico, y segundo, si se puede incluir en él el montante correspondiente al crédito impagado. Profundizando en la cuestión se indica que tanto en el delito de quiebra como en el de alzamiento las obligaciones incumplidas preceden al delito, y ello afecta al principio de igualdad. En este orden de cosas, se plantea la siguiente cuestión, ¿cuál de los dos criterios debe extenderse a ambos casos, el de negar la inclusión del pago de los créditos impagados, como se hace en el delito de alzamiento de bienes, o el de afirmar dicha inclusión, como se admite en el delito de quiebra?⁷⁴

Así pues, si la obligación era pagar determinada cantidad, el perjuicio causado por el incumplimiento consiste, ante todo, en la falta de cobro del pago debido. Igualmente, si la tesis actual de la jurisprudencia respecto a la consumación del delito de alzamiento de bienes no requiere la exigibilidad actual de la obligación, en contraste con la jurisprudencia anterior, de ello se extrae que lo que constituye el injusto del delito es efectivamente provocar aquella insolvencia que impedirá la realización del crédito en los bienes del deudor. De hecho, se incide en la idea de que el delito de alzamiento no presupone necesariamente el incumplimiento de la obligación precedente. A continuación, se precisa que la ejecución del delito genera un perjuicio económico distinto y más grave que el simple incumplimiento o su posibilidad. El perjuicio derivado del delito de alzamiento de bienes en este caso consiste en la pérdida de valor económico que supone la imposibilidad total o parcial de la ejecución del crédito. Desde esta perspectiva, esta pérdida del valor económico del crédito sí sería efectivamente generada por el alzamiento. Por tanto, el delito de alzamiento de bienes no sólo produce el perjuicio, generalmente aducido, correspondiente al incumplimiento de una obligación anterior, sino también el perjuicio consistente en la provocación de la insolvencia, la cual impacta en la ejecutividad del valor económico del crédito.⁷⁵ Resulta imprescindible resaltar, para la correcta comprensión de esta postura, que el crédito viene entendido aquí como activo contable, no como obligación jurídica que debe cumplirse. Ciertamente la afectación a un activo contable, que es presente, puede entenderse directamente vinculada al delito cometido y por tanto encuadrable en su ejecución. Por el contrario, si se hace referencia a la obligación jurídica como tal y a su relación con la ejecución del tipo, ésta siempre será

“*La primera es que el deber de pagar tales créditos nace con anterioridad al alzamiento, al contraer las obligaciones civiles correspondientes. La segunda es que el delito de alzamiento de bienes es de mera actividad y no requiere resultado, (...) cfr. S. MIR PUIG, cit., pp. 18-19 (Los dos argumentos que con frecuencia suelen esgrimirse por las sentencias que siguen esta línea: a) «que esta obligación no nace del delito», y b) que el delito de alzamiento de bienes no es un delito de lesión, sino un delito de peligro.*) Del mismo modo en *Ibidem*, p. 33 (“*En cuanto a las razones dogmáticas, hay que empezar por discutir las dos que, como se ha visto, ha venido alegando la jurisprudencia tradicional aún vigente: a) que la obligación de satisfacer el importe del crédito eludido no procede del delito de alzamiento de bienes, sino de un título (p. ej., un contrato) anterior; y b) que el delito de alzamiento de bienes no es un delito de lesión, sino de peligro, que no requiere como resultado un perjuicio.*”)

⁷³ S. MIR PUIG y J. I. GALLEGU SOLER, *cit.*, pp. 1080-1081. También en S. MIR PUIG, *cit.*, pp. 33-34.

⁷⁴ S. MIR PUIG y J. I. GALLEGU SOLER, *cit.*, pp. 1081-1082.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 1083-1085. También en S. MIR PUIG, *cit.*, pp. 34-35.

considerada anterior a la materialización del delito. En un sentido muy aclarador se expresó SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO sobre esta doctrina:

“El daño específico del alzamiento no reside en el impago de la deuda, sino en la insuficiencia patrimonial provocada dolosamente, que impide la ejecución de los créditos. Y la responsabilidad civil (...), se orientará aquí a paliar los efectos de un delito tendente a imposibilitar el cobro de los créditos. En efecto, incluso desde el punto de vista contable, un crédito no satisfecho sigue constando en el activo en tanto que sea cobrable, mientras que no puede ya figurar el crédito incobrable o con una alta incertidumbre judicial, con posterioridad al alzamiento. Un crédito incobrable no pasa de ser una mera expectativa que ya ha perdido su significación económica.”⁷⁶

En definitiva, la provocación de la insolvencia genera para este grupo de autores, tanto en el alzamiento de bienes como en la quiebra, un perjuicio adicional que corresponde al importe no cobrable, el cual puede ser total. Provocar una insolvencia, se aduce, puede ocasionar un perjuicio mayor que el simple incumplimiento. Por su parte, es posible que el crédito meramente impagado pueda seguir teniendo valor económico siempre y cuando siga siendo cobrable. En este caso, lógicamente, puede y debe figurar como un activo contable del acreedor. Por el contrario, si el alzamiento ha impedido realizar el crédito, al ser este último ahora incobrable, no puede seguir constando en el activo contable del acreedor. Proceder de otra manera infringiría las normas que rigen la contabilidad, en tanto en cuanto presentaría una apariencia irreal de activo frente a terceros. En esta línea, sobre estas puntualizaciones se puede concluir que no todo delito de alzamiento de bienes da lugar necesariamente a una responsabilidad civil consistente en el pago de lo debido, sino que esta responsabilidad civil nacerá cuando el alzamiento provoque la imposibilidad de realización del crédito. De hecho, se incide en la idea de que la pérdida de valor del crédito puede ser total o parcial, en función de esta (im)posibilidad de realización del mismo, lo cual depende de la irreversibilidad de la maniobra realizada sobre los elementos patrimoniales del deudor.⁷⁷ En tal sentido, será posible materializar esta realización del crédito cuando las cosas objeto del contrato no se hallaren legalmente en poder de terceros obrantes en buena fe, es decir, cuando no fuesen irreivindicables. En estos casos la responsabilidad civil derivada del delito consistirá primero en la “rescisión/nulidad” (*sic.*) del negocio por el que se enajenó fraudulentamente el bien alzado, que acordará el juez penal como resarcimiento del daño.⁷⁸ Igualmente, es posible que el alzamiento produzca una insolvencia de tipo parcial y/o la imposibilidad parcial de materialización del crédito. En este caso, el perjuicio causado por el delito se contraerá a la parte del crédito realizable de acuerdo con la totalidad del montante de los bienes sustraídos del patrimonio del deudor. Así, el contenido del pronunciamiento de la condena civil debería alcanzar solamente a la parte del crédito no satisfecha a causa del alzamiento.⁷⁹

Por lo demás, y finalmente, este sector doctrinal reconoce que existen resoluciones judiciales que, en determinados supuestos excepcionales, acuerdan en vía penal la indemnización total de la obligación principal impagada. Sobre ello, decíamos, es necesario que se acredite en la causa penal la existencia de una deuda líquida y exigible así como que no sea factible la restitución –fundamentalmente en los supuestos de irreivindicabilidad–.⁸⁰ En tal sentido muestran su acuerdo con el fondo de tal decisión, pero recalcan su creencia de que existen reparos político-criminales en la plena admisibilidad de su fundamentación, ya que, si el alzamiento se consuma con la insolvencia y no con la efectiva frustración de la ejecución, no se entiende por qué solamente en estos casos de previa frustración de la ejecución en vía civil

⁷⁶ J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *cit.*, p. 3.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁷⁸ S. MIR PUIG y J. I. GALLEGU SOLER, *cit.*, pp. 1085-1086 y S. MIR PUIG, *cit.*, p. 35. Además de las referencias indicadas en nuestra nota al pie 58, sobre la nulidad/rescisión de los contratos empleados para cometer el alzamiento de bienes, C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *cit.*, pp. 133-134, y 147-150.

⁷⁹ S. MIR PUIG y J. I. GALLEGU SOLER, *cit.*, pp. 1086-1087 y S. MIR PUIG, *cit.*, pp. 35-36. También en esta línea, entre otros y con ligeros matices entre ellos, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *Op Cit.*, pp. 372-373, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *cit.*, pp. 502-503, y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Op. Cit.*, p. 3.

⁸⁰ S. MIR PUIG y J. I. GALLEGU SOLER, *cit.*, p. 1091. Por su parte, reconociendo que se trata de una corriente jurisprudencial en expansión, S. MIR PUIG, *cit.*, pp. 24-26.

se procede a la indemnización total. Tampoco en casos de reserva de la acción civil, pues cuando el acreedor inste el procedimiento correspondiente se obligará al deudor a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato siempre que ello sea posible, así como, en su caso, a la indemnización de perjuicios. Si ello es así, se aduce, ¿será de peor condición procesal quien no reserva la acción civil y pretende que se resuelva tal pretensión en el proceso penal? Si el juez penal tiene competencias para resolver la cuestión civil que va unida al resarcimiento, no parece que exista ninguna razón para no permitir que este mismo juez pueda conceder en el proceso penal directamente una indemnización por el perjuicio real ocasionado al acreedor.⁸¹

5. REFLEXIONES PERSONALES

A) La estructura de la norma *ex delicto* como necesario punto de partida

Planteado así el debate de nuestro interés, pasaremos ahora a ocuparnos de la exposición de nuestra postura. Ciertamente, la problemática debe enfocarse, antes de tratar el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en el alzamiento de bienes, partiendo de su génesis en sí misma considerada, como institución jurídica de nuestro ordenamiento. La justificación de la imperiosa necesidad de este marco conceptual resulta evidente: si se discute sobre el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* en un delito determinado, obviamente debemos delimitar primero los caracteres generales de ésta antes de poder aplicarlos al supuesto que nos interesa. No obstante, a pesar de tal obviedad, nos encontramos con un importante obstáculo en el inicio de nuestra formulación teórica, pues de un lado resulta que el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* es una cuestión que, a día de hoy, no aparece claramente resuelta en nuestro Derecho positivo, ya que en la actualidad encontramos hasta 4 disposiciones normativas vigentes que se ocupan de la cuestión, a saber, el artículo 1092 CC, los artículos 109.1 y 116.1 CP; y el artículo 100 LECRIM.⁸² Igualmente, y de otro lado, se destaca la ausencia de trabajos doctrinales especializados en esta problemática concreta, siendo un ámbito que no ha recibido, desafortunadamente, suficiente atención y desarrollo doctrinal. Por nuestra parte, y como decíamos en la introducción, tenemos que indicar que le hemos dedicado a esta cuestión buena parte de nuestro interés investigador, el cual se ha plasmado en diversas publicaciones al fin de poder contribuir a aclarar la problemática de partida y fomentar la atención doctrinal al instituto.⁸³ Por tanto, remitimos al lector interesado en profundizar en la materia a la consulta de dichas obras. En lo que respecta entonces al objeto investigador de esta contribución, aquí realizaremos un breve resumen de nuestra posición para no apartarnos del asunto principal. Ciertamente, la cuestión en sí misma nos resulta bastante compleja, abstracta y también alejada de la concreción que requiere su aplicabilidad específica en el supuesto del delito de alzamiento de bienes. Por este motivo, aquí simplemente referenciaremos los principales puntos de partida que son, a su vez, las conclusiones obtenidas a partir de estos estudios previos. En ellos encontrará el lector los motivos que nos llevan a tomar las correspondientes referencias conceptuales como premisa.

Someramente, podemos resaltar que la solución en Derecho positivo no es convincente, debido a que los diferentes textos normativos no terminan de delimitar con precisión el contenido

⁸¹ S. MIR PUIG y J. I. GALLEGU SOLER, *cit.*, p. 1092.

⁸² Transcribimos aquí la literalidad de los preceptos citados:

1092 CC: “*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.*”

109.1. CP: “*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.*”

Artículo 116.1 CP: “*Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.*”

Artículo 100 LECRIM: “*De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.*”

⁸³ *Vid.* nuestra nota al pie 1.

real de la norma jurídica.⁸⁴ En el fondo, la responsabilidad civil *ex delicto* es un sistema de responsabilidad privada que se contempla en el Código Penal, esto es, estamos ante un elenco de consecuencias jurídicas de carácter privado que se ha adaptado a las exigencias del sistema penal. Esta norma jurídica (*cf.* “texto normativo”) interrelaciona dos órdenes legales, el penal y el privado. Para ello, parte de la ejecución formal de un delito, es decir, de la ejecución del tipo penal en su vertiente objetiva, para posteriormente posibilitar la constatación de daños civiles encuadrables en este marco. En esta línea, la norma civil *ex delicto* requiere para el nacimiento de esta responsabilidad privada en vía punitiva la constatación de dos ilícitos: primero, un ilícito penal y segundo, un ilícito civil –los cuales se ubican en sus correspondientes planos jurídicos sin que puedan entremezclarse—. De la misma manera, ni el ilícito penal ni el ilícito civil pueden generar por sí solos el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, sino que es necesaria su apreciación conjunta y en este estricto orden. Asimismo, debemos resaltar que el ilícito civil “puro”, esto es, el que se encuentra regulado en el Código Civil y demás normas privadas, por su lado, puede generar responsabilidad civil de acuerdo con el contenido de estas normas y sus correspondientes ámbitos y reglas de aplicación en vía privada, pero no conforme a las exigencias del sistema resarcitorio *ex delicto* contemplado en el Código Penal.

Por todo ello, y especialmente para el caso que aquí nos ocupa, nos resulta de vital importancia resaltar que la estructura de la norma *ex delicto*, en particular respecto a la segunda exigencia, la del ilícito civil, no ostenta la estructura abierta del ilícito civil “puro”, el de la vía exclusivamente privada. Esto es, que respecto a la amplitud del artículo 1902 CC, piedra angular del resarcimiento del daño en vía privada, la norma jurídica *ex delicto* resulta mucho más limitada, en el sentido de que el daño resarcible de acuerdo con esta segunda debe ser reconducido forzosa y exclusivamente al *factum* que integra la ejecución formal del delito. Por tanto, y en palabras de ZENO-ZENCOVICH, podemos decir que la norma contenida en el Código Civil es una cláusula general, mientras que la contenida en el Código Penal es una norma o cláusula secundaria, siendo una adaptación de la primera a las particularidades del sistema penal. En consecuencia, existe una importante diferencia en la estructura y en el ámbito de aplicabilidad de uno y otro precepto. La norma de responsabilidad civil derivada de delito es “típica”, como decíamos, en el sentido de que ésta viene reconducida y reducida al evento material o fenomenológico constitutivo del delito en un sentido estricto, mientras que la responsabilidad civil “pura” es atípica, de conformidad con el ilícito civil propiamente dicho – es decir, el que se tutela en vía privada. Existe por tanto una remarcable variación del daño resarcible entre ambas, ya que en el caso de la norma *ex delicto* nos encontramos ante una previa individualización del interés lesionado (realizada por el legislador penal), añadiendo ahora una respuesta civil a una violación anteriormente constatada por la ejecución del delito.⁸⁵ En consecuencia, y desde esta perspectiva, todo evento reconducible a la idea de daño o ilícito civil acontecido antes y/o después de la ejecución del delito propiamente dicha, que no tenga una estrecha vinculación de causalidad directa con ésta, no sería resarcible de acuerdo con la estructura de la norma civil *ex delicto*, pues se encontraría fuera de su ámbito de aplicación. En otras palabras, que no será posible resarcir ni reclamar aquellos daños que se hayan causado antes o después de los hechos objeto del proceso penal, *rectius*, de aquellos que constituyan la ejecución formal del tipo. Se trata, en el fondo, de una interpretación muy restrictiva de las reglas de causalidad.

⁸⁴ Cabe resaltar aquí que, a pesar de todo, las disposiciones contenidas en el actual Código Penal, los arts. 109.1 y 116.1 CP constituyen una innovadora fórmula incorporada por el legislador en 1995, pues al momento de su entrada en vigor superaba los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil *ex delicto*, según los cuales el nacimiento estaba condicionado, como regla general, a la previa declaración de responsabilidad penal. Requisito que, como puede imaginarse, conllevaba importantes problemas interpretativos. En este sentido, con el nuevo Código se adelantaría el primer presupuesto para entrar a valorar la responsabilidad civil *ex delicto* en el caso concreto. Cuestionando la imprecisión jurídica del nacimiento de esta institución en la jurisprudencia del momento, basada en el anterior art. 19 CP 1973, por todos, A. F. PANTALEÓN PRIETO, “Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de trabajo”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 8, 1985, p. 2621.

⁸⁵ V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, CEDAM, 1989, pp. 22 y ss.

En este orden de cosas, por un lado, el ilícito penal exigido por la estructura de la norma *ex delicto* se configura como un requisito normativo previo para, posteriormente, entrar a valorar si en los hechos penalmente relevantes pueden constatarse los elementos constitutivos del ilícito civil. Sobre ello, esto no quiere decir que la responsabilidad civil *ex delicto* derive del delito ni que sea necesaria la previa concurrencia de responsabilidad penal para apreciar esta segunda. Nos encontramos, como adelantábamos, ante planos jurídicos diferenciados, el penal y el civil, con sus correspondientes supuestos de hecho y consecuencias jurídicas aplicables tras la constatación de éstos. En este sentido, tanto la responsabilidad civil “pura” como la responsabilidad civil *ex delicto* son, en el fondo, consecuencias jurídicas. Lo que hace el sistema de responsabilidad civil *ex delicto* es, nuevamente, adaptar esta consecuencia jurídico-privada al sentido del proceso penal, que no es otro que la verificación de hechos delictivos para posteriormente aplicar, en su caso, las consecuencias jurídicas penales de acuerdo con el sistema de atribución de responsabilidad penal. En lo que respecta al sistema de responsabilidad civil *ex delicto*, se trata de un sistema resarcitorio que se ejecuta en vía punitiva basado en la acumulación de acciones, la penal y la civil, en un mismo proceso. De aquí se extrae la necesidad de este prerrequisito normativo, una exigencia derivada de un compromiso social mínimo en la tutela del interés público, el propio del Derecho punitivo, el cual, siendo o no generador de responsabilidad penal, necesita constatar previamente la ejecución de un delito en sentido formal para después analizar la concurrencia de los elementos que generarían esta responsabilidad privada. Profundizando en esta cuestión, debemos resaltar que no nos resulta nada razonable suprimir el mencionado prerrequisito, pues ello nos llevaría forzosamente a una excesiva privatización del Derecho penal y su proceso. Al constatar el ilícito penal, se produce un salto de un plano jurídico a otro, donde ahora las normas, conceptos y caracteres propios del primer plano, el penal, no vincularán en absoluto a este segundo orden, el civil. Simplemente tendrán como común denominador unos hechos probados, un *factum* compartido, pero nuevamente los supuestos de hecho de las respectivas normas y sus correspondientes consecuencias jurídicas no serán entremezcladas.

Entonces, constatado el ilícito penal, pasaremos a analizar estos mismos hechos desde el plano jurídico-privado. En tal sentido, sabemos que el objeto de nuestro examen será ahora la constatación de los elementos constitutivos del ilícito civil en el *factum*. Así, el elemento central de tal supuesto de hecho, generador de responsabilidad privada al constatarse todos sus elementos, es el daño civil,⁸⁶ con sus correspondientes caracteres iusprivatistas: efectividad o certeza, determinación o determinabilidad, personalidad, causalidad directa y antijuricidad. En resumidas cuentas sobre este trascendental elemento, se exige que el daño sea real y no una mera hipótesis o conjetura; que sea cuantificable; que sea individualizable en la persona perjudicada; que sea consecuencia inmediata del comportamiento dañoso del causante y que el sujeto agraviado no tenga el deber jurídico de soportar. Realizada entonces una brevísima aproximación a nuestro marco conceptual, nos ocuparemos en los siguientes apartados de plasmar una visión crítica de las dos perspectivas ya expuestas, analizando sus diferentes argumentos y valorándolos según la plausibilidad que nos merezcan. Planteadas entonces nuestras consideraciones críticas a una y otra postura, procederemos después a la exposición de nuestra posición personal, basada esencialmente en el contraste entre ambas y en la búsqueda de posibles puntos de conciliación.

B) Desarrollos y ulteriores argumentos sobre la problemática

a. Sobre la postura tradicionalista

Comenzando por el examen de la postura de corte tradicionalista, iniciaremos su crítica en este epígrafe a partir de sus razonamientos y postulados para después incidir en las impresiones que nos generan. En primer lugar, distinguir entre responsabilidad civil *ex*

⁸⁶ Como se da a entender en el texto, el daño no es el único elemento constitutivo del ilícito civil, supuesto de hecho de la responsabilidad privada. Junto a él deberán analizarse igualmente el resto de elementos: la causalidad, la imputación y la acción u omisión. Por todos, *vid.* E. ROCA TRÍAS y M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 111 y ss.; sobre el daño como elemento del ilícito civil, *Ibidem*, pp. 233 y ss.

delicto y responsabilidad civil contractual como relación jurídica que vincula al acreedor y al deudor nos resulta conceptualmente correcto. Discernir entre las obligaciones jurídico-privadas que vinculan a las partes y el resarcimiento que correspondería apreciar en vía penal permite poder iniciar la aproximación a la materia partiendo de un marco que, a su vez, posibilitaría después individualizar qué cabe esperar del resarcimiento en vía punitiva – con un margen de entrada ciertamente difuso vista la generalidad de ambos conceptos. En tal sentido, es cierto que tanto el sistema de responsabilidad civil “puro”, contractual y/o extracontractual, y el sistema *ex delicto* comparten una naturaleza íntegramente privada,⁸⁷ pero también es cierto que ambos sistemas de responsabilidad difieren en muchos aspectos. En particular, interesa al penalista delimitar qué tipo de cuestiones deben resolverse en vía penal, con qué contenido y con qué objetivos; por tanto, este punto de partida, si bien genérico, nos resulta apropiado. Debe ahora desarrollarse y matizarse. Entonces, a partir de esta premisa, y aun dejando al lado nuestra posición sobre el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, es posible inferir una conclusión clara que creemos que todo jurista aceptará: no es función del proceso penal dilucidar todo tipo de cuestiones privadas entre las partes, sino que el contenido del resarcimiento del daño que puede obtenerse en vía punitiva sólo debe vincularse con la reparación *lato sensu* del daño reconducible al delito. Para todo lo demás, existen ya en el ordenamiento otros mecanismos de tutela. En tal sentido, realizada dicha afirmación básica, nos viene la siguiente pregunta consecuentemente: ¿qué debe formar parte del resarcimiento del daño en supuestos de alzamiento de bienes? La respuesta de la jurisprudencia tradicional, como decíamos, resulta tajante: el objeto de la responsabilidad civil *ex delicto* en estos casos no es el importe de los créditos defraudados, sino el de los daños ocasionados por la ejecución del ilícito penal, ya que aquéllos anteceden a la ejecución del delito. Ciertamente, y de acuerdo con los elementos del tipo, la relación jurídica previa es un prerequisite para la posterior constatación de los elementos integrantes del ilícito penal. En una línea temporal se entienden ubicados antes del acto defraudatorio en sí mismo considerado, es decir, el que es constitutivo del alzamiento. Consecuentemente, no forman parte, en puridad, del comportamiento tipificado por el legislador penal, el cual, recordemos, consiste *lato sensu* en insolventarse frente a las deudas válidas anteriormente contraídas. Esta posición, en efecto, resulta coherente *prima facie* con nuestra postura sobre el nacimiento de la obligación civil *ex delicto*, ya que ni siquiera integra el primero de los requisitos para su apreciación: formar parte del comportamiento que materializa la ejecución del ilícito penal. Téngase presente que el delito de nuestro interés, de acuerdo con su interpretación actual, no consiste en contraer deudas y alzarse, sino en alzarse teniendo deudas previas.

Así pues, la regla general en estos casos es reintegrar al patrimonio del deudor los bienes que indebidamente salieron del mismo a través de la restitución de la cosa (art. 111 CP). Sobre la aplicación de esta norma, debemos resaltar el ligero matiz que realiza la jurisprudencia en estos supuestos. En efecto, si bien es cierto que lo lógico sería suponer que el bien debería restituirse al perjudicado civil como regla general de esta modalidad, ya que tradicionalmente se ha venido entendiendo que la misma está fundamentalmente ideada para aplicarse en supuestos de despatrimonialización como el hurto o el robo,⁸⁸ en este caso lo que se hace es acordar la reincorporación del bien a la masa patrimonial del reo para que el ofendido pueda después ejecutar satisfactoriamente su derecho de crédito contra dicha masa. Realmente, la vaga redacción del artículo 111 CP nada indica sobre a quién o dónde debe restituirse el bien. Únicamente expresa que “*Deberá restituirse (...) el mismo bien*”. Por tanto, en una

⁸⁷ *Amplius*, J. A. POSADA PÉREZ, *La responsabilidad...*, *cit.*, 2022, pp. 179 y ss.

⁸⁸ M. ROIG TORRES, *cit.*, pp. 126-127, con cita de múltiples penalistas decimonónicos en su nota al pie 66. Igualmente, este replanteamiento jurisprudencial del sentido tradicional del instituto también ha sido advertida por S. MIR PUIG, *cit.*, pp. 25-26, en su nota al pie 9: “*Este uso del término legal «restitución» lo amplía respecto a su sentido tradicional, que se refiere a la restitución de las cosas sustraídas a la víctima (como en el hurto la cosa tomada)*”. Añadiendo, “*Por ello, la STS 4 noviembre 1981 (...) se opuso a la posibilidad de hablar de «restitución» en el alzamiento de bienes. Otras sentencias prefieren calificar la reintegración de los bienes alzados al patrimonio del deudor como «reparación civil»*”. Con todo, no parece oponerse al planteamiento y aproximación jurisprudencial actual para el caso del alzamiento: “*En particular, es importante que pueda aplicarse, aunque sea por analogía, lo que dispone el artículo 111 CP para la restitución cuando el bien haya pasado a terceros*”.

interpretación amplia, o incluso analógica del precepto, factible de acuerdo con el carácter civil del mismo, bien podría sostenerse esta posibilidad.⁸⁹ También en esta línea, y precisamente a causa de la declaración de la reintegración/restitución como norma general del resarcimiento del daño, se aduce con frecuencia el pretendido carácter preferente de la restitución como modalidad resarcitoria *ex delicto*. Así es. Diversas resoluciones jurisprudenciales, al igual que algunos sectores doctrinales, han defendido la necesidad de que la restitución se aplique obligatoriamente siempre que ello sea posible. En su defecto, y sólo subsidiariamente, sería posible recurrir a la reparación (art. 112 CP) o a la indemnización (art. 113 CP). En definitiva, y según este punto de vista, siempre que se pueda materializar la restitución, ésta debe acordarse.⁹⁰ De otra parte, y hasta donde nos alcanza nuestro limitado conocimiento, no existe una declaración análoga o asimilable en Derecho civil, ya que el perjudicado en tal vía contaría, en principio, con la facultad de poder elegir entre la reparación *in natura*, el resarcimiento por equivalente o el resto de los mecanismos de tutela del interés privado que ofrece el Derecho patrimonial.⁹¹ Frente a todo ello debe argumentarse que, a pesar de que la responsabilidad civil *ex delicto* no se identifique, en realidad, con la responsabilidad civil “pura”, no deja de ser una institución privada. Por ello, si efectivamente es una institución privada debería regir el principio rogatorio o dispositivo en su aplicación, centrándose por tanto el órgano judicial correspondiente en resolver el asunto en base a las peticiones de las partes y no apoyándose en una pretendida obligatoriedad de aplicación de la restitución con carácter preferente. Desde nuestro punto de vista, no tiene mucho sentido que se le imponga al perjudicado la solución jurídica en el conflicto de sus intereses privados. En el ámbito comparado, cabe señalar que, aunque el Código Penal italiano, que al igual que el español también regula el resarcimiento del daño derivado de delito, guarda silencio sobre esta cuestión, el Código Civil italiano prevé la facultad de elección del perjudicado en su artículo 2058. Por ello, si se admite efectivamente que la responsabilidad civil *ex delicto* es una institución civil, regulada por las disposiciones de esta clase, debemos forzosamente reconocer que la solución a esta controversia no debería fundamentarse sólo y exclusivamente considerando las normas previstas en el Código Penal, sino también las fuentes del Derecho y proceso civil, las cuales integrarían el canon básico de su interpretación y aplicación. Por tanto, y aunque la responsabilidad civil *ex delicto* venga regulada en el Código Penal, sus disposiciones deberían interpretarse de conformidad con el Derecho privado, integrándose con ellas y permitiendo libertad de elección.⁹² El argumento jurisprudencial, por su parte, se basa exclusivamente en la puntualización entre comas ubicada en el artículo 111.1 CP: “*Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien*”.⁹³ Se trata, desde nuestro punto de vista, de un débil argumento exclusivamente normativista, muy apegado a la literalidad del texto contemplado en el Código Penal. Desde una aproximación de corte sistemático, respetuosa del carácter jurídico-privado del instituto y más concretamente de la modalidad de restitución, por nuestra parte creemos que tal matiz no hace referencia al pretendido carácter preferente, sino más bien al requisito de la identidad del bien sustraído como elemento central de la restitución.⁹⁴ Cuestión distinta, a pesar de que entendamos que se deba admitir la posibilidad de solicitar y conceder expresamente una indemnización, es naturalmente la cuantificación de ésta. Aunque sobre ello volveremos más adelante.

⁸⁹ Posibilidad que se materializa a través del recurso a la necesidad de “restauración del orden jurídico alterado por el delito”, concepto ciertamente abstracto y que permite, a su vez, una amplia y creativa aplicación de la restitución (art. 111 CP) en muy diversos supuestos más allá del alzamiento. Sobre la cuestión, *vid.* J. A. POSADA PÉREZ, *La responsabilidad...*, *cit.*, 2022, pp. 229 y ss. Críticamente, en tanto en cuanto entiende que ello no encaja en los mecanismos de la técnica jurídica, por todos, M. YZQUIERDO TOLSADA, *cit.*, 2006, pp. 274-275.

⁹⁰ Por todos, con cita de jurisprudencia actualizada, F. J. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *cit.*, pp.66-67.

⁹¹ Por todos, V. MÚRTULA LAFUENTE, “Artículo 110”, en M. COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, p. 230.

⁹² *Ibidem*, p. 124. Sobre la cuestión, con cita de resoluciones judiciales contradictorias en uno y otro sentido, M. ROIG TORRES, *cit.*, pp. 115-118.

⁹³ Por todos, con cita de jurisprudencia actual, F. J. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *cit.*, pp. 66-67.

⁹⁴ J. A. POSADA PÉREZ, *La responsabilidad...*, *cit.*, 2022, pp.125-129.

Por todo lo demás, y como bien ha puntualizado la postura tradicionalista y también la innovadora, lo cierto es que el extenso ámbito de aplicación de la modalidad de restitución cuenta con importantes límites: por un lado, la imposibilidad material por irrecuperabilidad fáctica del bien, y por otro lado, la imposibilidad jurídica, por la declaración de irreivindicabilidad del mismo (art. 111.2 CP). Es por ello, y no por otra razón, por la que subsidiariamente se reconoce la posibilidad de acordar una indemnización, sólo para aquellos casos en los que no sea posible aplicar la restitución. Ahora bien, nuevamente, nos encontramos con el problema de la cuantificación. Al respecto, se nos dice expresamente que ésta vendrá determinada por el daño específicamente causado por el delito, el cual se corresponde, como regla general, con el valor del bien alzado fundamentalmente, hasta el máximo de la cuantía de la deuda exigible. A este daño principal pueden sumarse, como indicábamos, otro tipo de perjuicios como por ejemplo los gastos incurridos para satisfacer la deuda, la mora correspondiente, etc.

Sobre esta importante aclaración que nos realiza la jurisprudencia tradicionalista, debemos mencionar que este criterio de valoración del daño nos resulta esencialmente correcto y enteramente congruente consigo mismo, ya que, si entendemos que el delito consiste en alzar los bienes sujetos al cumplimiento de obligaciones previas (y no, por tanto, en haber frustrado completamente la ejecución del crédito), el daño ocasionado no se cuantificaría en el valor de las deudas, sino en el del patrimonio alzado –en tanto en cuanto se impide el acceso al mismo–. Es decir, que si se debe 10 y se alza un total de 5, el contenido de la indemnización deberá ser 5. Del mismo modo, si se debe 5 y se alza 10, el contenido de la indemnización será, en este caso, 5. Lo importante aquí es el impedimento al acceso al bien despatrimonializado, con el límite en la deuda anteriormente adquirida como norma general – sin perjuicio, como decíamos, de otro tipo de conceptos indemnizables como costes de ejecución, etc. Sin embargo, debe asimismo reconocerse que este planteamiento no es el único posible ni necesariamente suficiente en todos los supuestos. En efecto, tomar como referencia primera el valor del bien alzado en el delito de alzamiento de bienes puede resultar lógico de entrada porque se refleja el núcleo de la conducta sancionada, una despatrimonialización fraudulenta. Este criterio ciertamente está en línea con los postulados más básicos de la postura tradicional: no cabe indemnizar por el total de la deuda previamente contraída sino por aquellos daños civiles causados y reconducibles a la ejecución del delito en sentido estricto. Con ello, además de respetar la estructura y contenidos del delito de alzamiento de bienes, se pretende evitar que el perjudicado quede en peor situación de la que estaría si no pudiera ejercitar la acción civil en el proceso penal. Todo ello a pesar de que, naturalmente, se trate de una respuesta que no está exenta de importantes críticas, como por ejemplo el hecho de tener que iniciar un posterior proceso civil para satisfacer su deuda o parte de ella.

Por lo demás, a este criterio se le puede recriminar la ausencia de consideración de la pérdida de oportunidad de cobro. Tiene razón la postura innovadora cuando indica que el alzamiento no sólo sustrae un bien concreto, sino que impide el acceso al patrimonio del deudor. Se argumenta en tal sentido que el daño puede llegar a superar el valor del bien alzado y alcanzar el importe del crédito efectivamente frustrado, aunque sobre ello volveremos más adelante cuando examinemos los argumentos de esta segunda postura. Del mismo modo, cabe criticarle a este criterio cuantificador de corte tradicionalista su remarcado hermetismo, porque a nuestro parecer cabe seriamente considerar que el valor del bien en cuestión puede variar considerablemente entre el momento de su alzamiento y el de la sentencia o su ejecución (art. 115 CP). Tanto al alza como a la baja. Profundizando en esta puntualización, ¿resultaría entonces más razonable valorar el bien respecto al momento del hecho, o respecto a su valor a la hora de dictar sentencia? En tal sentido, se sabe que una indemnización adecuada deberá considerar el valor actual del daño como regla general, no el valor histórico, ya que al momento de dictar la sentencia es cuando mejor se puede evaluar su extensión.⁹⁵ Sin embargo, existen importantes excepciones a esta regla general, como por ejemplo que la ley especial establezca expresamente que dicha valoración se deba hacer en el momento del

⁹⁵ Se declara repetidamente que la deuda indemnizatoria es una deuda de valor, *vid.*, por todos, S. CAVANILLAS MÚGICA, “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, en QUINTERO OLIVARES, G., CAVANILLAS MÚGICA, S. y DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *La Responsabilidad civil “ex delicto”*, 2002, Aranzadi, pp. 67-68.

hecho, en casos de accidentes de tráfico entre otros.⁹⁶ O simplemente que el bien ahora valga menos por la razón que sea. ¿Podría entonces perjudicarse el interés del acreedor cuando se toma dicha referencia actual si ahora los bienes despatrimonializados valen menos que cuando se alzaron? Entendemos que en tales supuestos lo más razonable sería defender la prevalencia del valor en el momento del hecho dañoso para evitar un enriquecimiento injusto del deudor como excepción a la regla general, ya que tras la condena éste contaría con un pasivo menor que el valor del bien cuando se alzó. El criterio mencionado no debería entenderse como una regla completamente rígida, especialmente en aquellos casos en los que hubiera una depreciación posterior que perjudicara al acreedor. Asimismo, sobre los costes o perjuicios “indirectos” que se hayan generado para satisfacer la deuda, y que se pueden sumar al principal de ésta, se puede hacer referencia individual a los gastos de investigaciones y peritajes para localizar los bienes ocultados o despatrimonializados, así como naturalmente a los honorarios de abogados y demás costes del proceso de ejecución de la deuda. También en esta línea, ¿qué ocurre con el perjuicio socioeconómico adicional a la solvencia previa del acreedor, ocasionado por la pérdida de liquidez generada por el delito, que ha impedido o limitado el cumplimiento de sus obligaciones propias frente a terceros? Se trata de un perjuicio bastante complejo de probar y, por qué no decirlo, también nos genera cierto escepticismo el admitir las facilidades que podría llegar a conceder la jurisprudencia para reconocérselo al acreedor e imputarlo al deudor, al haber causado este último con su conducta una reacción económica en cadena. Aquí habría que acudir a las reglas de causalidad e imputación objetiva en sede iusprivatista, que revisten un tratamiento algo más flexible si se contrastan con la rigurosidad propia del Derecho penal en este ámbito. Finalmente, sobre este criterio reconocido por la jurisprudencia penal en la cuantificación del daño, hasta ahora hemos visto supuestos simples en los que hay un deudor y un acreedor, pero ¿y en los casos de pluralidad de acreedores? En estos supuestos, el perjuicio habría de repartirse y, por tanto, no debería limitarse a un acreedor individual, sino atender a la afectación global del patrimonio total afectado –compuesto por los correspondientes patrimonios individuales–. De cualquier forma, y a nuestro parecer, este criterio de valoración del daño admitido por la jurisprudencia puede llegar a resultar razonable como regla de base, pero puede y debe ser flexibilizado a través de una lectura conjunta con otros elementos.

Por último, sobre los razonamientos de la postura tradicionalista de la jurisprudencia, debemos hacer mención a aquellas resoluciones que terminan concediendo una indemnización equivalente al importe del crédito defraudado. En estos casos se argumenta jurisprudencialmente, como veíamos, que se produce una yuxtaposición de fuentes de la obligación resarcitoria, *ex contractu* y *ex delicto*. Tal yuxtaposición se origina cuando, siendo el crédito preexistente al delito de alzamiento líquido y exigible, así se ha declarado en vía civil sin que la ejecución se haya podido llevar a cabo precisamente a causa del delito que, en este caso concreto, se encuentra no ya en fase de consumación, sino en fase de agotamiento. Sobre esta excepción de la excepción cabe destacar tanto aspectos positivos como negativos. El primero de ellos, es que no se obliga al acreedor a iniciar un nuevo proceso en vía civil. Resulta por tanto una decisión con importantes efectos pragmáticos para este último. El segundo es que, a través de la declaración de yuxtaposición de las fuentes, evita la fragmentación de las mismas porque entiende que el alzamiento ha transformado al crédito previo en completamente incobrable tras haberse procedido a su ejecución. Aquí el tratamiento del delito ha pasado a ser considerado un injusto de mera actividad agotado que, a su vez, ha ocasionado un resultado patrimonial indiscutible: la imposibilidad real de cobrar un crédito ejecutable. En tal sentido, y como tercer aspecto, es que se reconoce e identifica el perjuicio real del acreedor en el total del crédito burlado, como pretende la postura innovadora. Indirectamente parece poder deducirse que en estos casos el daño real

⁹⁶ *Vid.* art. 40.1 Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación: “La cuantía de las partidas resarcitorias será la correspondiente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente, con la actualización correspondiente al año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o por resolución judicial.”

ocasionado al derecho de crédito previo no es remoto, teórico ni hipotético, sino plenamente directo, material y efectivo.

No obstante todo lo anterior, lo cierto es que esta postura también conlleva importantes problemas. Así pues, y en primer lugar, esta yuxtaposición de las fuentes resarcitorias nos enmarca la problemática de tal forma que se corre el riesgo de confundir los dos planos jurídicos cuya distinción resulta siempre trascendental: el incumplimiento contractual y la maniobra fraudulenta penalmente relevante. Aquí reconocemos que el límite entre lo civil y lo penal viene presentado por la jurisprudencia de manera un tanto difuminada. De hecho, si se profundiza en este concepto de “yuxtaposición” y se tienen presente las diferencias entre “hecho típico” y “daño civil”, creemos que puede llegar a verificarse la dificultad intrínseca de demostrar que la imposibilidad de cobro del acreedor/actor como sujeto individualizado derive sólo y exclusivamente del alzamiento, y no de otras circunstancias ajenas al mismo. Citemos por ejemplo una insolvencia natural previa del deudor (anterior por tanto al alzamiento y que ya ha colocado su solvencia/liquidez en una posición muy comprometida para la satisfacción de sus créditos), o un pasivo ya notoriamente superior al activo en el patrimonio de este deudor. En segundo lugar, admitiendo esta posibilidad se pueden producir importantes tensiones privatizadoras de la vía penal al utilizarse ésta para la satisfacción de deudas civiles ordinarias. El Derecho penal, por su parte, ni es ni debería convertirse en un mecanismo privilegiado de cobro de créditos. Sin embargo, y muy a nuestro pesar, debemos admitir que en ocasiones el sistema *ex delicto* lo permite a causa de sus planteamientos fundamentales. Ciertamente, ésta es una de las mayores críticas a nuestro modelo resarcitorio en vía penal, ya que, al posibilitar la obtención de pretensiones privadas en vía punitiva, se permite su uso con tal fin. Al respecto, son bien conocidos los abusos que se hacen de la acción privada en el proceso penal en este sentido, donde se obliga al causante a cumplir con sus obligaciones civiles bajo la amenaza de la respuesta penal del ordenamiento.⁹⁷ Entonces, contextualizada esta teoría y sus consecuencias en el marco del sistema resarcitorio *ex delicto*, ¿permitiendo la completa satisfacción del crédito previo en vía punitiva se contribuye a fomentar los ya de por sí frecuentes abusos de la acción civil en el proceso penal? Por nuestra parte, creemos que éste es uno de los puntos más sensibles del debate. Si contextualizamos esta pretensión dentro del sistema resarcitorio *ex delicto*, estimamos necesario analizar sus ventajas y sus riesgos; tanto para el perjudicado como para el sistema penal y resarcitorio en su conjunto. En este sentido, y constatada que es la principal pretensión de la posición innovadora, dejaremos aquí apuntada la cuestión para poder resolverla debidamente después de realizar nuestra crítica a esta segunda posición.

b. Sobre la postura innovadora

En lo que respecta al análisis y crítica personal de esta segunda postura, será realizado de igual forma que la primera: basándonos en sus razonamientos y postulados para después manifestar las impresiones que nos suscitan. Ante todo, ya decíamos que esta posición crítica parte de la constatación de distintas aproximaciones a la hora de valorar la responsabilidad civil *ex delicto*, particularmente en supuestos de alzamiento de bienes e insolvencias punibles. A continuación, se procede a declarar la inadecuación de los dos argumentos jurisprudenciales para negar que la indemnización pueda abarcar el total de la deuda como regla general: la preexistencia de la misma y la estructura del delito. Pasemos a examinar pormenorizadamente sus razonamientos para rechazar el mencionado argumentario. Así pues, se incide con detenimiento en la idea de diferenciar entre el resultado típico y el

⁹⁷ Ampliamente, desde el punto de vista del Derecho civil, M. YZQUIERDO TOLSADA, *cit.*, 2005, *passim.*, particularmente pp. 7-13. En esta línea, señalando que es el Derecho penal el que se convierte en instrumento de política civil, E. RAMÓN RIBAS, “La responsabilidad civil derivada de delito ¿Una herramienta de política criminal o invasión del Derecho civil?”, en J. L. COLLANTES GONZÁLEZ (Coord.), *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Normales Legales, 2004, pp. 77-94. Del mismo modo se puede argumentar respecto a la distorsión que en ocasiones se hace del proceso penal, que cada vez es más disponible para las partes. Sobre estas cuestiones, G. QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, en G. QUINTERO OLIVARES, S. CAVANILLAS MÚGICA y E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad civil “ex delicto”*, Aranzadi, 2002, pp. 29 y 32-33.

concepto de daño como presupuesto de la responsabilidad civil *ex delicto*. Se trata de una aproximación correctamente planteada. Se separan aquí con gran claridad los correspondientes planos jurídicos dedicándoles una pausada atención y, en congruencia, se distingue adecuadamente entre algunos de los presupuestos generadores de la responsabilidad en uno y otro sentido: resultado típico, delito de resultado, consumación del delito *versus* daño/perjuicio y resarcimiento. Lo mismo puede decirse de la acertada declaración de que el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* no se limita a los delitos de resultado ni a los delitos consumados, sino a toda clase de hechos típicos, siempre que “causen” daños. Tiene razón esta postura igualmente cuando afirma que la estructura del tipo resulta irrelevante de cara al nacimiento de la institución de nuestro interés. Sin embargo, debemos confesar que más allá de lo expuesto, lo cierto es que estas mismas declaraciones nos resultan un tanto incompletas a causa de su indeterminación y simplicidad. Primero, porque el artículo 109 CP no es la única disposición relativa al nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en nuestro ordenamiento, como hemos podido comprobar anteriormente. Ni siquiera es la única en nuestro Código Penal, *vid.* art. 116.1 CP. Es más, no se justifica expresamente porqué se toma aquella referencia en defecto de ésta o la del artículo 100 LECRIM. Segundo, porque a pesar de que se identifica correctamente la ejecución del delito o ilícito penal en sentido formal como un primer paso de la construcción jurídica, no se delimita con mucha precisión la totalidad de elementos constitutivos del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. Sólo se hace una somera referencia a la ejecución del delito y al daño o perjuicio, obviando el resto de elementos integradores, sin incidir en sus caracteres constitutivos.

Aunque la aproximación realizada por este sector doctrinal nos resulta más acertada que la mayoría de planteamientos sobre la materia, debemos confesar que a pesar de ello ésta nos sigue generando cierto sentimiento de inconclusión. Creemos que haría falta mayor desarrollo en la delimitación de la génesis de la responsabilidad civil *ex delicto* para poder fundamentar la postura con solidez. En concreto, y como decíamos, es cierto que la discusión sobre la estructura del tipo (delito de resultado *versus* de mera actividad) no tiene ninguna relevancia para la problemática de nuestro interés. Sin embargo, y de acuerdo con nuestra postura sobre el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, entendemos que la discusión sí que debe versar, por el contrario, sobre los elementos constitutivos del delito. En este sentido, queremos profundizar en la importante diferencia conceptual en la que ahora incidimos entre la “estructura del tipo”, que viene referida a la modalidad en la que el Derecho penal enmarca y categoriza la acción prohibida, es decir, si consiste en una simple realización de la conducta descrita o si por el contrario exige un resultado externo imputable a ésta; y los “elementos del delito”, como actuaciones concretas del autor que deben poder apreciarse en los hechos para constatar la tipicidad, esto es, los comportamientos precisos exigidos por el tipo al autor para verificar que la conducta analizada encaja en él. En el fondo, bien podemos decir que, a través de esta distinción conceptual a la que acudimos, se están contrastando dos prismas distintos de la tipicidad penal, el primero en cuanto a la organización o clasificación del injusto en base a su estructura, y el segundo respecto a su contenido, análisis y descripción ontológica. Por lo demás, centrarnos en los elementos del delito y no en la clasificación de su estructura se justifica por una simple razón, el ilícito penal es el primer requisito para el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* y es su ejecución lo que predetermina el marco que permitirá poder examinar después la concurrencia del ilícito civil –segundo requisito de la misma–. Por tanto, resulta irrelevante su clasificación y estructura jurídico-penal en tanto en cuanto la misma no vincula al Derecho civil, pero no lo es su contenido material, ya que éste vendrá posteriormente examinado desde el punto de vista jurídico-privado. Entonces, aunque la estructura del tipo en sí misma es efectivamente irrelevante por las razones ya expuestas, sí estimamos que es necesario conocer en profundidad los elementos que lo componen de cara al nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*.

Por todo ello, en tal sentido puede expresarse de forma aún más precisa su ya de por sí correcta puntualización de que el debate deberá plantearse, en primer lugar, dilucidando si el delito causa un perjuicio económico; por, *rectius*, comprobando si en los hechos que ponen de manifiesto su ejecución pueden verificarse los elementos constitutivos del ilícito civil conforme a la estructura de la norma *ex delicto*. Una vez dilucidada esta cuestión, a la que naturalmente se le dará una respuesta positiva como norma general para el caso concreto

que nos interesa, el del alzamiento de bienes, puede analizarse con posterioridad si cabe incluir en él el montante correspondiente al crédito impagado. De esta manera, habiendo ya realizado nuestras consideraciones a los planteamientos básicos, preliminares de esta postura, podemos ahora profundizar en el núcleo fundamental de la misma. La pregunta que este sector doctrinal se hace y que pretende responder resulta perfectamente delimitada a pesar de las referidas carencias en las aproximaciones iniciales a la misma: ¿debe negarse la inclusión de los créditos impagados o afirmarse su consideración en el *quantum* indemnizatorio? Por nuestra parte, ya hemos indicado que el argumento jurisprudencial relativo a la preexistencia de los créditos, en sí mismos considerados, respecto la ejecución del delito propiamente dicha, resulta coherente con nuestra postura sobre el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* y la estructura de su norma. En tal sentido, para poder incluir los referidos créditos de acuerdo con esta tesis, y con carácter general, sería necesario que el perfeccionamiento o contracción de las deudas formase parte del comportamiento previsto en el tipo penal.⁹⁸ Recordemos una vez más que el alzamiento no consiste en contraer deudas y alzarse, sino en alzarse contando con deudas previas. Sin embargo, aquí introduce la posición innovadora lo que para nosotros constituye un replanteamiento magistral de la cuestión: el daño o perjuicio derivado del delito y que impacta en el acreedor no es el incumplimiento de la obligación previa en sí misma, sino la imposibilidad de acceder al patrimonio del deudor y, más concretamente, la pérdida de valor económico que supone la imposibilidad total o parcial de la ejecución del crédito contra éste. En efecto, y como ya adelantábamos, desde este prisma la pérdida del valor económico del crédito sí sería efectivamente generada por el alzamiento siempre y cuando el mismo se entienda como activo contable real y actual del acreedor, presente al momento de la ejecución del delito. Como se decía, si se hace referencia a la obligación jurídica como tal y a su relación con la ejecución del tipo, ésta siempre será considerada anterior a la realización del delito. Sin embargo, y siempre desde este punto de vista, entendemos que no hay ninguna duda de que el comportamiento típico realizado por el deudor impacta sobre el mencionado activo y, por tanto, puede cuantificarse el monto indemnizable con el total del crédito frustrado siempre que el valor de los bienes alzados sea igual o superior a la deuda pendiente.

No obstante, aquí es donde empiezan los matices y puntualizaciones que, entendemos, debilitan esta postura considerablemente. El primero de la lista viene ofrecido por este mismo sector doctrinal, y es que se afirma que la responsabilidad civil *ex delicto* nacerá cuando el alzamiento provoque la imposibilidad de realización del crédito, sea ésta total o parcial. Así, se declara, el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* deberá alcanzar solamente a la parte del crédito no satisfecha. Por nuestra parte, tenemos importantes reservas frente a dicho criterio. En primer lugar, es cierto que si se introduce el criterio del daño *ex delicto* individualizado en el crédito como activo contable presente se posibilitaría, en todo caso, la inclusión del importe total de esta deuda impagada como parte del monto indemnizable de conformidad con la estructura del nacimiento de la responsabilidad civil derivada de delito. Sin embargo, también es cierto que su consideración como activo contable, o no, depende de su posibilidad real de cobro, y es aquí donde comienzan las incertidumbres con este punto de vista. ¿Cómo pueden constatarse estas posibilidades judicialmente? Ciertamente, no ofrece dudas el supuesto ya examinado de que se haya frustrado completamente la ejecución del crédito en vía civil a causa del alzamiento, pero fuera de este supuesto debemos reconocer que todo son conjeturas –con mayor o menor grado de admisibilidad–. De hecho, en el fondo creemos que el juez penal no cuenta con suficientes instrumentos, ni siquiera los aportados por las partes, para determinar con certeza y precisión si el crédito sigue siendo (in)cobrible por otras vías alternativas (p.ej. con bienes ocultos, con futuros ingresos, con una eventual solvencia, etc.). Lo que sí puede constatar es la conducta típica: la despatrimonialización fraudulenta y/o el ocultamiento de bienes, así como el valor del bien alzado. Este criterio genera cierta inseguridad sobre cómo llegar a cuantificar con precisión la responsabilidad

⁹⁸ O bien que se entienda, como propone C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *cit.*, pp. 483 y 502-503, que el delito se consuma cuando el crédito está vencible y es exigido. En tal sentido, la consumación del delito comportaría la efectiva frustración del derecho de crédito, lesionando efectivamente el bien jurídico de naturaleza estrictamente patrimonial, y articulándose en consecuencia como un delito de resultado. De tal forma, asumiendo esta tesis, el total de la deuda previa formaría parte del importe de la indemnización.

civil derivada de estos delitos. Igualmente, si se sigue este criterio innovador de forma estricta se convierte al juez penal en una suerte de corroborador de la viabilidad de la ejecución civil; verificando solvencias, patrimonio oculto, posibilidades de cobro, etc. Creemos que ello podría llegar a desbordar el ámbito competencial del juez penal con cuestiones de índole jurídico-privada. Por el contrario, si se entiende que la cuantificación de la responsabilidad civil *ex delicto* no depende de las posibilidades reales de satisfacción del crédito, sino esencialmente del valor del bien alzado como criterio interpretable a través de una lectura conjunta con otros elementos externos a las posibilidades de cobro de la deuda como activo contable en sí mismo, la cuestión se simplifica, y en gran medida, para el juez penal.

A todo ello, y precisamente con motivo de estas cuestiones jurídico-privadas entre las partes, debemos admitir que, al igual que cuando mencionábamos las críticas que hicimos a la yuxtaposición de las fuentes en la postura tradicionalista, son aquí extrapolables buena parte de las mismas. En particular, resulta positivo el hecho de que no se obliga al acreedor a iniciar un nuevo proceso en vía civil para conseguir satisfacer su crédito. Pero también resulta criticable, una vez más, que la apertura a una protección más amplia pueda fomentar indirectamente un mayor recurso a la vía penal para satisfacer deudas privadas y contribuir así a acrecentar la ya consolidada práctica de abuso del proceso penal, más concretamente, de la acción civil *ex delicto* para satisfacer pretensiones privadas.⁹⁹ El riesgo de aumento de las tensiones privatizadoras del proceso punitivo está claramente presente al aceptar de lleno esta postura. Puede parecer un argumento un tanto superficial, ya que es evidente que si se recibe mayor tutela del sistema lo lógico es recurrir a él. Desde luego, no parece tener ningún sentido rechazar una posibilidad jurídica en base a lo altamente probable que sea la frecuencia de su empleo por parte de los ciudadanos. El argumento, por su lado, ni puede ni debe reducirse a la amplitud del número de tutelas que van a realizarse, aunque ciertamente el componente fenomenológico del Derecho, en especial respecto a la capacidad real del sistema judicial para hacer frente a los diferentes casos, es a nuestro parecer un argumento muy válido. También debería discutirse, y muy seriamente, sobre las capacidades y eficiencia del sistema judicial en su conjunto, así como las maneras concretas de mejorarlas. Pero todo ello es otro argumento.

Por el contrario, esta crítica que mencionamos debe precisarse en el sentido de que la aceptación de esta tesis podría contribuir a fomentar el abuso del proceso penal y del sistema *ex delicto* para obtener pretensiones civiles. A pesar de ello, ya adelantábamos que el sistema, de acuerdo con sus planteamientos fundamentales, permitía el abuso de la acción civil en el proceso penal. Lo que naturalmente no quiere decir que toda aquella persona que emplee el sistema esté abusando de él. Al contrario, que debemos ser cautos en reconocer las posibilidades que el ordenamiento debería permitir para evitar un uso torticero del mismo. Tanto en sus planteamientos fundamentales como en su aplicabilidad al supuesto concreto. Es más, creemos que puede apreciarse claramente cómo en el caso del alzamiento de bienes este abuso del proceso penal no sólo se ve agravado por la acción civil en sí misma, sino también por la interpretación del delito de alzamiento de bienes en su lectura de acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia. Efectivamente, si se entiende que estamos ante un delito de mera actividad y de resultado cortado o de peligro abstracto frente al polémico bien jurídico, de una forma u otra estamos adelantando la barrera de protección penal respecto a la efectiva y completa frustración del crédito previo. Todo ello con independencia, por un lado y como veíamos, de la exigibilidad o incumplimiento de la deuda como elemento del delito y, por otro, de la tutela jurídico-privada *ex delicto* del hecho. En este orden de cosas, pueden reconocerse importantes efectos para el acreedor, porque se le permite acudir a la vía penal para tutelar el riesgo que para su crédito ha ocasionado la conducta del deudor alzado, al margen de la imposibilidad más o menos real para su cobro. La puesta en peligro del correcto funcionamiento del sistema crediticio como bien jurídico supraindividual penal, en forma pluriofensiva junto al patrimonio o en su tesis de único bien jurídico, así se lo permite. En tal

⁹⁹ De hecho, recuerda M. YZQUIERDO TOLSADA, *cit.*, 2005, pp. 9-10, este abuso no consiste sólo en “la constante utilización bastarda de la justicia penal con el único propósito de exigir el resarcimiento en el proceso criminal”, sino también en “el recurso a esta jurisdicción para encontrar unas pruebas (...) difíciles de encontrar de manera pacífica en sede civil”.

contexto, ¿tiene sentido entonces admitir la tesis que propone la postura innovadora, aun conociendo los caracteres fundamentales del sistema y atreviéndonos a entrever los efectos de su adopción? ¿Soluciona esta postura más problemas de los que ocasionaría? ¿Su admisión supone verdaderamente un avance? De cualquier forma, la duda que antes expresábamos en el apartado crítico de la postura tradicionalista sobre si al permitir la entera satisfacción del crédito previo se contribuye a fomentar los frecuentes abusos de la acción civil en el proceso penal, quizás debería replantearse por si realmente estaría justificada tal ampliación del ámbito de tutela *ex delicto* para el alzamiento de bienes en base a sus ventajas y riesgos, tanto para el perjudicado como para el sistema penal y resarcitorio considerados simultáneamente. Téngase en cuenta que esta postura innovadora tiene un remarcado carácter victimológico, pues se ha centrado esencialmente en los puntos negativos de la doctrina tradicional para el perjudicado, planteando así una doctrina favorable a su interés, y ha omitido por completo cualquier referencia a los planteamientos del sistema y las consecuencias que sobre el mismo derivarían de aceptarse su tesis.

Finalmente, sobre los postulados de la tesis innovadora, hemos tenido ocasión de comprobar cómo esta posición crítica de la doctrina tradicional ha mostrado su acuerdo con el fondo decisorio que concedía en vía penal una indemnización por el importe de la obligación principal impagada. Aunque, recordemos, no con sus razonamientos ni con su carácter subsidiario, basado en el supuesto de que se “yuxtapongan” las fuentes de la obligación *ex contracto* y *ex delicto*. Sobre tales supuestos verdaderamente excepcionales se aduce que no se entiende por qué solamente en estos casos de frustración previa de la ejecución en vía civil se concede la indemnización total. Desde nuestro punto de vista, y obviando la necesidad de repetir nuestra crítica a tal doctrina, simplemente resaltaremos aquí la congruencia interna del hilo del discurso que da pie a esta posibilidad subsidiaria. Se basa, en definitiva, en que en estos casos se evidencia de forma indiscutible que el crédito ha sido efectivamente frustrado en su totalidad y que, en consecuencia, el perjuicio al acreedor puede conectarse causalmente con el alzamiento y puede asimismo cuantificarse en el total de la deuda eludida respetando la estructura de la norma *ex delicto*. Asimismo, hemos dejado conscientemente para el final unas cuestiones que, aunque vienen separadas en el discurso de la posición innovadora, nosotros las creemos íntimamente conectadas. Por motivos expositivos las trataremos conjuntamente. En esta línea, y por un lado, recordemos que este discurso crítico comenzaba enumerando las consecuencias del planteamiento tradicional para la víctima del delito, a la que se le obliga a acudir a otro proceso civil para la satisfacción total de su crédito –entendemos, tanto en casos de aplicación de la restitución como en supuestos de concesión de una indemnización no comprensiva de la integridad de la deuda–. Ello, y por otro lado, se aduce, menoscaba el principio de economía procesal e igualmente coloca en peor posición procesal a quien no reserva la acción civil frente a quien lo hace.

Frente a tales manifestaciones es oportuno hacer valer algunas consideraciones. En primer lugar, que es conveniente tener presente la importante diferencia existente entre el ámbito de aplicación de la responsabilidad civil “pura” frente al de la responsabilidad civil *ex delicto*, ya que, como decíamos en el apartado correspondiente, la primera es atípica, siendo de una estructura mucho más amplia que la segunda. En segundo lugar, como es sabido, que no es misión de la responsabilidad civil *ex delicto* la total satisfacción de los créditos y/o deudas civiles entre las partes como regla general, mientras que sí lo es del Derecho de obligaciones –del cual, ciertamente el sistema *ex delicto* es una parte mínima–. Por ello, y en segundo lugar, aunque el juez penal tiene competencias para resolver la cuestión civil unida al resarcimiento del daño *ex delicto*, uno de los mayores obstáculos a salvar y punto cardinal del debate es, efectivamente, hasta dónde alcanza esta competencia o, mejor dicho, ¿qué pretensiones deben entenderse contenidas dentro de las fronteras de este marco competencial y cuáles no? ¿Dónde se delimita el marco que permite al juez adentrarse en tales peticiones? La respuesta, desde nuestro punto de vista, se obtiene partiendo de la estructura y contenidos del sistema *ex delicto*, que es la única institución resarcitoria contemplada en nuestro ordenamiento que pueden aplicar los órganos jurisdiccionales del orden penal.¹⁰⁰ En este

¹⁰⁰ Puntualización que, más allá de querer demostrar la evidente diferencia de condición procesal ente el actor civil en vía privada y el actor *ex delicto* en vía punitiva, en el fondo reconocemos un tanto superficial e insatisfactoria ya que, desafortunadamente, nos remite ante todo a la compleja

sentido, puede igualmente contestarse a la crítica sobre la peor condición procesal del actor civil en vía penal frente a quien se reserva la acción privada y la ejecuta en vía civil, y es que el orden jurisdiccional privado ofrece siempre (o, al menos, debería ofrecer como norma general) un mayor y más flexible número de opciones para la satisfacción de sus pretensiones privadas. Todo ello de acuerdo con la naturaleza, sentido y caracteres esenciales de tal sector del ordenamiento. Está planteado con tal fin. En cambio, el orden penal no. Este segundo orden incorpora efectivamente la posibilidad de ejercitar en él pretensiones privadas exclusivamente por motivos de economía procesal,¹⁰¹ aunque ello es una cuestión accesorias respecto a su naturaleza, sentido y caracteres esenciales. Aun así y con todo ello, ¿es razonable entender que los créditos deben ser considerados parte del monto indemnizatorio cuando se ejercita la acción privada *ex delicto* en supuestos de alzamiento de bienes? Nuevamente, dejaremos esta cuestión apuntada para resolverla en el próximo epígrafe cuando valoremos conjuntamente todos y cada uno de los argumentos respecto a una y otra posición. Aquí nos hemos centrado únicamente en la crítica a la postura innovadora. Ante todo, nos llama poderosamente la atención cómo, a pesar del interés de esta segunda postura en fundamentar la posibilidad de que la víctima o perjudicado civil del alzamiento obtenga la completa satisfacción de su crédito en vía penal, no se hace referencia a lo que entendemos que es el mayor obstáculo que tal pretensión enfrenta. Este trascendental problema no es otro que el pretendido carácter preferente de la restitución. Sobre ella, únicamente se centran en exponer las consecuencias de su aplicación para la víctima, que deberá ir a otro proceso, que no siempre se podrán recuperar los bienes desviados, etc., pero no en criticar los fundamentos que obligan a acordarla para poder sobrepasarlos. Este argumento, digamos *ad consequentiam*, resulta un tanto superficial cuando existe una doctrina jurisprudencial más o menos consolidada (con matices como veíamos) que entiende el carácter preferente de su aplicación como regla general. En el fondo, consideramos que debería primero atacarse esta pretendida obligatoriedad en base a argumentos materiales sobre el fondo decisorio, no sólo sobre sus consecuencias para la víctima.

c. Toma de postura

En este apartado procederemos a exponer cómo entendemos que debería tratarse la responsabilidad civil *ex delicto* en supuestos de delitos de alzamiento, basándonos en los postulados básicos de las posturas examinadas. Para ello, y como ya adelantábamos, nos basaremos en ambas posiciones tomando partido e indicando qué argumentos nos resultan más convincentes. La crítica a cada una de las tesis ha sido ya realizada en los apartados anteriores. Ante todo, creemos que el punto de partida correcto es, efectivamente, partir de la estructura de la norma *ex delicto* y, por tanto, de la génesis de esta responsabilidad. Debemos consecuentemente distinguir entre los diferentes planos jurídicos. Sobre ello debemos reconocer que se trata de un primer punto de partida que adecuadamente asume una y otra postura. Por un lado, la postura tradicional distingue, como veíamos, entre la responsabilidad contractual, o relación jurídica previa entre acreedor y deudor, y la responsabilidad civil *ex delicto* propiamente dicha. De otro lado, la postura innovadora,

problemática del contenido de la modalidad restitución (art. 111 CP), cuestión además agravada por su creativa aplicación en sede penal. *Vid.* nuestras notas al pie 58, 59 y 89.

¹⁰¹ Aunque la razón de tratar la responsabilidad civil *ex delicto* en el proceso penal no es una cuestión pacífica, plantean su fundamento en razones de economía procesal, A. F. PANTALEÓN PRIETO, “Comentario al artículo 1902” en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ (Dir.), *Comentario del Código Civil*, vol. 2, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1973, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *cit.*, p. 3 y A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 154. Por nuestra parte, ya declaramos que compartimos este parecer mayoritario. La responsabilidad civil *ex delicto* se fundamenta en razones utilitarias y de economía procesal, *vid.* J. A. POSADA PÉREZ, “Acerca de los modelos político-criminales de reparación a la víctima: la responsabilidad civil *ex delicto* versus la reparación penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 138, 2022, p. 212. De otra opinión, por todos, defendiendo la importancia de incluir la reparación de forma explícita entre los objetivos político-criminales del sistema, G. QUINTERO OLIVARES, “La llamada privatización del derecho penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 6, 2001, pp. 20-21.

diferencia correctamente entre diversos conceptos pertenecientes a uno y otro plano jurídico, a saber: estructura del tipo, resultado típico, delito de mera actividad, delito de resultado *versus* el daño o perjuicio civil y el resarcimiento. En este sentido, tiene razón esta segunda postura cuando declara que la estructura del tipo, por sí sola y como veíamos, es irrelevante frente al nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. Igualmente, se identifica con acierto la ejecución del delito o ilícito penal en un sentido formal como prerrequisito para su génesis.

Sin embargo, y a pesar de este correcto punto de partida, consideramos que su delimitación no se realiza de una forma completamente satisfactoria por parte de ninguna postura. En primer lugar, debe observarse con detenimiento la conducta sancionada por la norma penal, ello constituye el primer requisito para el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. De nuevo, está en lo cierto la postura innovadora cuando refiere que la discusión sobre la estructura del tipo es indiferente para este nacimiento. Sin embargo, no termina de precisar cómo el discurso sobre los elementos objetivos del ilícito penal asume este papel central. En efecto, si el primer requisito es la ejecución del ilícito penal, lo importante no será aquí su clasificación, sino su contenido, ya que éste será el marco básico a partir del cual analizaremos civilmente el hecho. A continuación, acudiremos a elementos y contenidos iusprivatistas, al ilícito civil, para justificar el nacimiento y la extensión de la responsabilidad civil *ex delicto*. Todo ello siempre dentro del marco del primer requisito, que se configura como un límite infranqueable. La consecuencia directa es que todo evento causalmente conectado a la génesis de esta responsabilidad debe estar contemplado por la ejecución del tipo. En otras palabras, todo comportamiento integrante del *factum* que genera responsabilidad civil *ex delicto* debe estar abarcado por el tipo penal o bien encontrarse en una relación de estrecha causalidad directa con la ejecución del mismo. A partir de aquí, puede plantearse adecuadamente la cuestión objeto de esta contribución, cosa que realiza perfectamente la postura innovadora. Primero, ¿qué debe formar parte del resarcimiento del daño en supuestos de alzamiento de bienes? Y segundo, ¿es razonable entender que los créditos previos sean considerados parte del monto indemnizatorio?

Pues bien, ya hemos tenido ocasión de comprobar cómo ninguna de las tesis expuestas se encuentra exenta de importantes críticas y límites de aplicabilidad. No obstante, debemos reconocer, existen algunos puntos en común entre ambas. En primer lugar, las dos posiciones parten correctamente de que el delito de nuestro interés, de acuerdo con su interpretación actual, no consiste en contraer deudas y alzarse, sino en alzarse contando con deudas previas. Se configura como un delito de mera actividad y de peligro. De nuevo, ambas comparten la idea de que el alzamiento ocasionaría, con carácter general, un menoscabo patrimonialmente relevante, y que el fundamento de la intervención del sistema de responsabilidad civil *ex delicto* es el restablecimiento patrimonial. Sin embargo, aquí es donde comienzan las diferencias. Por un lado, la postura tradicional mide este menoscabo en base al bien despatrimonializado, y aunque ello no implicaría automáticamente el reconocimiento de un daño civil, se identificaría subsidiariamente un límite indemnizable fundado en la cuantía de la deuda exigible. Por otro lado, la postura innovadora calcula este menoscabo patrimonial desde el punto de vista del crédito frustrado como activo contable y, por tanto, afectando directamente al patrimonio del acreedor. Así, admitiendo que el alzamiento transformaría un crédito en incobrable, considera consecuentemente que la conducta delictiva habría impedido la ejecución del crédito impactando en este patrimonio del acreedor y generaría por tanto un perjuicio civil resarcible identificado en éste. Planteados estos contrastes iniciales, pasemos entonces ahora a responder a las cuestiones objeto de esta contribución.

Iniciemos por la restitución. Sobre esta modalidad del sistema *ex delicto*, ya hemos mencionado la interpretación y aplicación que de la misma hace la jurisprudencia penal. En cualquier caso, su presupuesto de aplicabilidad puede inferirse a raíz de todo lo expuesto anteriormente: no es el daño propiamente dicho, sino la desposesión o despatrimonialización en sentido amplio y según el caso, de acuerdo con los matices correspondientes respecto a cada figura delictiva. Asimismo, hemos destacado que su contenido es controvertido a causa de esta indeterminación, lo cual permite que se pueda recurrir a ella en multitud de ocasiones argumentando la necesidad de “restablecer el orden jurídico alterado por el delito”. Desafortunadamente, no parece ser una modalidad completamente acorde, respetuosa o

congruente con los contenidos jurídico-privados que vincularían a los distintos intervinientes en los hechos. No ya respecto al alzamiento, sino también frente a otro tipo de delitos en los que viene aplicada. A pesar de todo lo anterior, lo cierto es que hay que reconocer que la posibilidad de recurrir a esta institución simplifica enormemente la cuestión para el juez penal. Se acuerda que vuelvan las cosas donde deberían estar y con ello se da por resuelta la cuestión civil —a pesar de que, como decíamos, ésta puede llegar a ser realmente compleja y la solución adoptada en vía penal podría complicarla aún más—. El recurso a esta solución va en línea con un contexto procesal en el que, como es ampliamente conocido, la cuestión civil es secundaria o accesorio respecto a la principal, que no es otra que el análisis del *factum delictivo* y el examen de responsabilidad penal. Es por ello que algún autor ha llegado a indicar que los jueces penales no prestan mucha atención a la responsabilidad civil *ex delicto*, sino que están más centrados en el análisis de la cuestión principal del proceso. Es más, este proceso no se construye o articula en torno a la causación de daños civiles, sino en torno al esclarecimiento de los hechos que darían lugar a responsabilidades penales. Además, debemos añadir que nuestro sistema obliga en todo caso al juez penal a pronunciarse sobre la responsabilidad civil siempre que la víctima no se haya reservado la acción privada o haya renunciado a la misma (art. 112 LECRIM). O en otras palabras, que esta acción civil se da siempre por interpuesta cuando haya acción penal. De hecho, incluso el propio Ministerio Fiscal está obligado a interponerla salvo reserva o renuncia por parte del ofendido (art. 108 LECRIM).¹⁰² A todo ello se suma el ya criticado “carácter preferente” de la restitución que presenta, a nuestro juicio y como ya indicábamos *supra*, una débil fundamentación jurídica, debiéndose conceder al perjudicado libertad de elección en la resolución de sus intereses privados. A pesar de todo ello, lo cierto es que la operatividad real o pragmática del Derecho pareciera imponerse. No deberíamos engañarnos: los operadores del Derecho (Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, abogados, etc) persiguen y defienden en su interés instrumentos legales sencillos, claros y, ante todo, que presenten un alto grado de seguridad jurídica para realizar su tarea. Ello les simplifica su día a día.

En segundo lugar, sobre la aplicación y los contenidos de la indemnización, hemos tenido ocasión de examinar que las posturas expuestas presentan puntos de vista irreconciliables. La postura tradicional se basa en un recurso accesorio o secundario a la indemnización, así como en una cuantificación basada en el bien objeto del alzamiento, con el límite en el importe del crédito previo. A lo que permite añadir otro tipo de gastos, investigaciones y peritajes para localizar los bienes, los referentes a la ejecución frustrada, intereses de mora, etc. Por otro lado, la postura innovadora se centra en la pérdida del valor del crédito como activo contable, que puede haberse extinguido o reducido a causa del alzamiento. Igualmente, esta segunda postura también contempla la posibilidad de añadir daños accesorios. En este orden de cosas, analizados los argumentos a favor y en contra de cada una de las posturas, examinados en los dos epígrafes inmediatamente anteriores, consideramos que la postura tradicionalista resulta más sólida, sencilla, operativa y segura que la posición innovadora. La razón fundamental es que la primera se centra en un daño claro y directamente atribuible al delito, el bien alzado con carácter general, proponiendo una relación casi automática entre alzamiento y responsabilidad civil *ex delicto*. Por el contrario, es cierto que la postura innovadora puede considerarse más sofisticada y económicamente realista, ya que conecta la cuantificación del perjuicio a la afectación o pérdida del derecho de cobro, pero complica las funciones del juez penal y genera cierta inseguridad jurídica al dificultar la precisa cuantificación de la indemnización en la práctica. En este sentido, uno de los argumentos en contra de la postura innovadora que, desde nuestro punto de vista, le resta mucha solidez como doctrina es la crítica de trasladar al proceso penal un razonamiento propio del campo de la contabilidad, exigiendo al juez valorar si el crédito es todavía realizable o no. Algo que, como ya advertíamos, consideramos que excede del ámbito penal. Desde nuestro punto de vista, este criterio ocasiona una cierta inseguridad jurídica sobre cómo cuantificar con

¹⁰² Por todos, M. YZQUIERDO TOLSADA, *cit.*, pp. 7-8. “*el juez penal no es que pueda, sino que debe pronunciarse sobre la responsabilidad civil cada vez que (...) la víctima no se haya reservado la acción civil para ejercitarla en un procedimiento civil posterior o haya renunciado a la misma (art. 112 LECRIM.). Un sistema, pues, ultraprotector (el más protector de los imaginables), en el que al perjudicado le basta con guardar silencio para que alguien (el Ministerio Fiscal) pida para él una reparación del daño sufrido.*”

adecuada precisión la responsabilidad civil derivada del alzamiento. Todo ello, entendemos, a pesar de que en ciertos casos la imposibilidad de realización del crédito resulte evidente, incluso para quienes somos ajenos a las reglas de la contabilidad, y considerando la necesidad de que sea el propio perjudicado quien deba acreditar que su deuda es incobrable ante el juez –al ser una cuestión civil–. El problema fundamental que entendemos que conlleva la aceptación de este criterio es que se introducen matices de “cobrabilidad” que deberán ser tenidos en cuenta para determinar el importe de la indemnización. No sólo entendida ésta en sentido absoluto, sino también en sentido relativo. Es decir, que se debe tener en consideración no ya que el crédito sea o no cobrable, sino incluso si lo es una parte del mismo. En este último caso, si se estima que una parte del total es cobrable, la que sea, ésta es la que deberá determinar el monto indemnizatorio. Se trata, a nuestro modo de ver, de una amplia zona de penumbras hipotéticas en la que es difícil ubicarse y obligaría al juez y a las partes a pronunciarse sobre cuestiones muy abstractas en este marco. Manifestamos aquí nuestra más completa ignorancia sobre cómo puede determinarse con cierta precisión que es cobrable una parte del crédito pero la otra no. De hecho, y atendiendo la lectura actual del delito de alzamiento, si la deuda no está vencida o aún no es exigible, la aceptación de la postura innovadora puede generar un solapamiento con situaciones en las que el impago todavía no existe jurídicamente.

Por el contrario, y en contraste con todo lo anterior, lo que sí puede constatar con bastante precisión el juez penal es la comisión de un delito de alzamiento junto al valor del bien alzado como criterio general para la indemnización, aun con los matices y las críticas ya vertidas. Decíamos anteriormente, no obstante, que la postura innovadora tiene razón cuando refiere que el alzamiento no sólo sustrae un bien concreto, sino que impide acceder al patrimonio del deudor. En el fondo, y como ya adelantábamos, identificar como regla general el valor económico del bien alzado como daño principal, con el límite de la deuda previa, es un criterio que nos resulta esencialmente correcto, en tanto en cuanto se refiere a la parte no ejecutable del patrimonio del deudor que es la que se ha visto directamente afectada por el delito. La clave aquí es, una vez más, el haber impedido el acceso en vía ejecutiva a los bienes despatrimonializados que a su vez constituyen el objeto material del delito, el cual se ha visto sustraído de su legítima ubicación. Todo ello con correcta diferenciación frente al valor del crédito previamente concertado y sin perjuicio de otras partidas indemnizables. En este orden de cosas, si se toman dos criterios como base para establecer la indemnización, primero, el valor de la cosa alzada, y segundo, hasta el máximo del valor de la deuda previa, deberíamos ahora examinar, al menos someramente, los distintos escenarios en los que podríamos encontrarnos. Primero, ¿qué ocurre si el valor de la deuda supera al valor del bien alzado? En tal sentido, la indemnización *ex delicto* deberá entonces limitarse al valor del bien alzado. Sobre ello y en base a los fundamentos del planteamiento tradicionalista, lo cierto es que nos genera cierta perplejidad, como ha llegado a insinuar la posición innovadora, el hecho de que la indemnización pudiera llegar a superar el valor del bien alzado y alcanzar el importe del crédito efectivamente frustrado –entendiendo todo esto como una única partida o concepto de la indemnización y sin añadirle otros daños más allá del ocasionado “propiamente” por el delito, es decir, el causado sólo por el alzamiento–. No consideramos que sea posible generar un daño, y en consecuencia indemnizar, más de lo que se impide o se pretende impedir ejecutar como consecuencia del alzamiento. Sobre esta cuestión creemos que se ha expresado con gran corrección la Sentencia 97/2021, de 29 de marzo, de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de las Palmas de Gran Canaria, indicando:

“Es por ello que la imposibilidad de la restitución por encontrarse esos bienes en poder de terceros de buena fe podría propiciar la condena al reintegro como forma sustitutiva de reparar el daño, en el bien entendido supuesto de que lo que habría de reintegrarse es el tope de ese valor aunque la deuda o deudas dejadas de abonar sean de importe superior, pues la condena penal no puede crear un ilimitado derecho al cobro si el activo es inferior al pasivo.”

*De la misma manera que la condena penal no puede crear un derecho preferente de cobro en favor del acusador particular frente a otros posibles acreedores que por diversas circunstancias no hayan acudido a la vía penal.*¹⁰³

Segundo, ¿qué ocurre si el valor del bien es mayor que el de la deuda? En este caso entendemos que la indemnización a conceder tendría aquí el límite de la deuda previa. Habiendo examinado la escasa jurisprudencia que concede una indemnización correspondiente al total de la deuda eludida (cit. *supra*), hemos podido comprobar, salvo error u omisión por nuestra parte, que ninguna de las referidas resoluciones hace mención al valor de los bienes alzados –aunque en alguna de las cuales se puede llegar a intuir que el valor de éstos pareciera superar al de la deuda originaria–. También en este sentido, relacionado precisamente con la concesión de una indemnización comprensiva del total del crédito previo, si partimos de la necesidad de una causalidad directa y estricta entre el daño civil y la ejecución del delito como manifestación del primer requisito para el nacimiento de la obligación *ex delicto*, ¿por qué se permite la inclusión del total de la deuda cuando se alcanza el “agotamiento” del delito o, en palabras de la jurisprudencia, la “yuxtaposición” de las fuentes de obligación *ex contractu* y *ex delicto*? Entendemos en primer lugar, salvo error u omisión por nuestra parte, que en estos casos pareciera que estamos ante supuestos en los que el valor del bien alzado es superior al de la deuda eludida. En este supuesto, como ya decíamos, pareciera igualmente evidenciarse de una manera indiscutible que el crédito ha sido efectivamente frustrado en su totalidad a causa de la ejecución del delito y que, por tanto y especialmente en estos casos, el perjuicio real al crédito previo puede conectarse causalmente con el alzamiento y que además puede cuantificarse en el total de la deuda eludida respetando la estructura de la norma *ex delicto*. Todo ello debido a que se ha impedido finalmente acceder al patrimonio contra el que habría sido ejecutado el crédito y frente al que se habría solventado esta deuda previa.

Sin embargo, lo cierto es que nos llama poderosamente la atención cómo no se justifica la concurrencia de una institución iuscivilista como el llamado “daño futuro” o “pérdida de oportunidad” a la hora de proponer la inclusión del total de la deuda en el montante indemnizatorio *ex delicto* –con independencia del valor del bien alzado, del agotamiento del delito y ya sea tanto por los jueces como por las defensas letradas–. En efecto, si bien es cierto que se parte del carácter “real” o “efectivo” del daño indemnizable de acuerdo con el ilícito civil, se requiere que éste sea cierto y no una mera hipótesis o conjetura. Sin embargo, algunas voces doctrinales como VICENTE DOMINGO han puntualizado expresamente la posibilidad de que el daño indemnizable sea “futuro”, pues la certeza del mismo puede quedar diferida en el tiempo sin que ello sea un problema de cara a su toma en consideración. No obstante, en todo caso se exige que sea incuestionable que el daño vaya a producirse, o siga produciéndose en supuestos de daños continuados. Por el contrario, no se permite la reparación del llamado daño “eventual”, que sería aquel menoscabo futuro y, además, incierto.¹⁰⁴ De cualquier forma, y en lo que respecta al daño futuro, se incluyen en él aquellos menoscabos reconducibles a la llamada “pérdida de oportunidad” o desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida de la ocasión de obtener una ganancia.¹⁰⁵ En este sentido, y como bien puede comprobarse, aun respetando la estructura de la norma *ex delicto* en lo que a la génesis de la responsabilidad civil se refiere, lo cierto es que, si se ha cometido un alzamiento, puede fácilmente sostenerse que la posible ejecución de los créditos previos se vería seriamente afectada o frustrada por el delito. No obstante, aquí ciertamente puede llegar a debatirse sobre la indiscutible “certeza” de esta afirmación, en tanto en cuanto

¹⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Las Palmas de Gran Canaria, n.º 97/2021, de 29 de marzo. Ponente: Secundino Alemán Almeida. ECLI:ES:APGC:2021:162 [Fundamento de Derecho X].

¹⁰⁴ E. VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. F. REGLERO CAMPOS y J. M. BUSTO LAGO (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, t. 1, 5.ª ed., 2014, pp. 330-332.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 332-336. Definida también por la jurisprudencia civil como “frustración de derechos, intereses y expectativas”, *Ibid.*, p. 325. También en M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, 6.ª ed., 2020, p. 194, quien señala “la pérdida de oportunidad constituye una nueva categoría de daño, distinta individualmente del daño emergente que no se ha evitado, distinta del lucro cesante o ventaja o beneficio final esperado, y distinta del daño moral y distinta también del daño material”.

los créditos podrían venir satisfechos en cualquier momento y, por ello, no es completamente innegable su posible o eventual satisfacción en un momento dado. Con todo ello, por nuestra parte entendemos que lo lógico sería afirmar que, si un sujeto comete un delito de alzamiento “*en perjuicio de sus acreedores*”, esto es, de acuerdo con la lectura actual del delito, con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, perjudicar a sus acreedores, etc., lo natural será que éste lo acabe consiguiendo. Especialmente si, de acuerdo con el tipo objetivo, la maniobra empleada para el alzamiento es idónea a tal fin, y todo ello a pesar de que la consecución de la efectiva frustración no constituya un elemento del tipo sino que forme parte del agotamiento del delito. Sin embargo, claro está, no se exige el efectivo perjuicio de acuerdo con la interpretación actual del alzamiento, por lo que, si bien el incumplimiento o frustración efectiva del crédito se presenta en este sentido como el escenario más probable a la vista del delito, el eventual (y sorpresivo) cumplimiento no parece una opción completamente descartable. De cualquier forma, y aunque no tenemos constancia del examen de “daños futuros” en sede *ex delicto*, mucho nos atrevemos a aventurar que la jurisprudencia penal no parece ser totalmente proclive a su admisión, como mínimo en lo que al alzamiento se refiere. Los argumentos reales para su inadmisión, más allá de todo lo expuesto en este extenso párrafo tanto a favor como en contra de su toma en consideración y, parecieran poder relacionarse más bien con el contenido del segundo párrafo de la SAP de las Palmas de Gran Canaria citada *supra*.

d. Dudas e interrogantes

En consecuencia con todo lo expuesto en el apartado anterior, y por motivos de transparencia académica e intelectual, nos vemos obligados a concluir este trabajo con una serie de dudas e interrogantes que nuestra posición sobre la problemática nos genera. En primer lugar, y aunque ello no pareciera haber sido declarado expresamente por la jurisprudencia como motivo de inadmisión, las declaraciones relativas a impedir que la condena penal genere un derecho preferente de cobro en favor del acusador particular nos llevan a la ya mencionada cuestión de los abusos del sistema *ex delicto* para conseguir pretensiones civiles. Sobre este punto, ya adelantábamos que debía replantearse si la ampliación del marco de tutela *ex delicto* para el alzamiento de bienes estaría justificada sobre la base de sus ventajas y riesgos. Esta cuestión, de acuerdo con nuestra postura, no ha sido empleada como un argumento en contra de la adopción de la tesis innovadora. Sí en cambio su limitada operatividad/calidad técnica e inseguridad jurídica que nos genera. Por ello, y en este sentido, más allá de la solidez que presenta el argumentario jurídico ya vertido sobre la congruencia interna de la sistemática tradicional, ¿puede considerarse que el fomento o la llamada al Derecho penal como mecanismo privilegiado de cobros es una razón latente en la jurisprudencia, aunque no expresada, para negar la completa satisfacción del crédito en vía punitiva como norma general? Ciertamente las consecuencias positivas de tal admisión, independientemente de su base jurídica, son muy beneficiosas: por un lado, la tutela efectiva del acreedor y, por otro, la eficiencia procesal; evitando duplicidades y fomentando una reparación integral. Por otro lado, son claramente perniciosos los riesgos de tal admisión: expansión del proceso penal como vía privilegiada de cobro, erosión del principio de *ultima ratio*, sobrecarga judicial, riesgo de desigualdad procesal, etc. Se trata de un debate presente, más allá de las razones concretas para la (in)admisión del total del crédito previo en la partida indemnizatoria.

En segundo lugar, y muy probablemente con ello estemos poniendo de manifiesto nuestra ignorancia, nos genera muchas dudas la practicidad real de una declaración de responsabilidad civil *ex delicto* frente a un sujeto que ya se ha mostrado fraudulentamente insolvente. Si el acreedor ya contaba con una deuda previa, plasmada en el título correspondiente, haya sido ésta efectivamente frustrada o no, ¿realmente va a poder cobrar nuestro acreedor en algún momento? Y, en cualquier caso, ¿para qué sirve ahora que la declaración de la indemnización incluya o no la cantidad adeudada? Es cierto que, aunque el cobro inmediato sea poco probable, esta declaración *ex delicto* convierte la deuda privada en una derivada de delito, lo cual refuerza la posición jurídica del deudor, permitiendo *e. gr.* la posibilidad de decomiso de bienes para satisfacerla. Ello es una posibilidad que no existe en la vía civil. Sin embargo, es sabido que no es una solución completamente satisfactoria ni parece garantizar en todo caso el cobro inmediato o relativamente cercano en el tiempo.

Igualmente, esta declaración se tendrá en cuenta en caso de que en el futuro el deudor adquiriera nuevos bienes o se descubriera patrimonio oculto. Todo ello facilitaría enormemente la ejecución de la deuda al no ser ya necesario un nuevo juicio declarativo. En cualquier caso, la "practicidad real" puede ser cuestionable a corto plazo, aunque se reconoce que la declaración *ex delicto* es una herramienta estratégica que puede dar sus frutos a medio o largo plazo, especialmente si se combina con una investigación decidida y exhaustiva.

6. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo razonado en este trabajo, podemos afirmar una serie de conclusiones fruto de la exposición.

1.- En primer lugar, el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* no está correctamente delimitado en nuestro Derecho positivo, debido a la coexistencia de varias normas (CC, CP y LECRIM) en nuestro ordenamiento. Ello genera importantes lagunas respecto a su aplicabilidad en tipos delictivos concretos, como por ejemplo en el supuesto del alzamiento de bienes.

2.- Existen dos posturas enfrentadas en lo que se refiere al nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en el delito de alzamiento. De un lado, la postura tradicional, acogida por nuestra jurisprudencia, que excluye como norma general el importe del crédito previo en el contenido indemnizatorio y prioriza la restitución. Subsidiariamente, en supuestos de imposibilidad, se permite conceder una indemnización teniendo como base el valor del bien alzado y, como máximo, hasta la cuantía de la deuda contraída. A ello se le permite sumar otros conceptos de daños, como gastos por ejecución previa, etc. De otro lado, la postura innovadora, identifica el crédito frustrado como el daño indemnizable, en tanto en cuanto se considera un activo contable que se ha visto directamente afectado por el delito.

3.- Desde una concepción sistemática de esta institución como un mecanismo de responsabilidad privada inserto en el orden penal, la estructura de la norma del nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* exige la concurrencia ordenada de un ilícito penal y un ilícito civil, sin confundir sus planos. En los supuestos de alzamiento de bienes, el criterio central para el resarcimiento debe vincularse a la conducta típica ejecutada y a los efectos patrimoniales directamente conectados con ella.

4.- Finalmente, aquí se defiende una solución prudente y estructuralmente coherente, que permita el resarcimiento del daño efectivamente causado por el alzamiento, decantándonos en términos generales por la respuesta tradicional a causa de su solidez y operatividad. También en relación con el punto anterior, y en contraste con esta doctrina, se estima que la modalidad de restitución no tiene por qué aplicarse con carácter preferente. Por el contrario, debería regir el principio dispositivo y rogatorio propio del Derecho privado, permitiéndole al agraviado solicitar al juez la aplicación de la solución jurídica que más convenga a sus intereses.

7. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

M. ALCORTA PASCUAL, "La responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes", en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 26, 2006, pp. 69-77.

M. BUSTOS RUBIO, *El delito de favorecimiento ilícito de acreedores*, Tirant lo Blanch, 2024.

F. CABALLERO BRUN, *Insolvencias punibles*, Iustel, 2008.

N. CASTELLÓ NICAS, "El delito de alzamiento de bienes del artículo 257.2 del Código penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo): naturaleza jurídica y exigencia de declaración de

responsabilidad civil en sentencia condenatoria previa”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 115, 2015, pp. 5-34.

S. CAVANILLAS MÚGICA, “Efectos de la responsabilidad civil ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales”, en G. QUINTERO OLIVARES, S. CAVANILLAS MÚGICA y E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad civil “ex delicto”*, 2002, Aranzadi, pp. 67-124.

C. CLIMENT DURÁN, “Sobre la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, en *Revista General de Derecho*, n.º 570, 1992, pp. 1173-1185.

N. J. DE LA MATA BARRANCO, “Delitos de frustración de la ejecución y delitos de insolvencia”, en *Id. et alt. Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2024, pp. 351-391.

B. DEL ROSAL BLASCO, “Las insolvencias punibles a través del delito de alzamiento de bienes en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 47, fasc. 2, 1994, pp. 5-32.

A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

E. GUTIÉRREZ PÉREZ, “La acción pauliana vs. el delito de alzamiento de bienes: ¿una cuestión de ‘indignación’ del acreedor?”, en *InDret* [Recurso electrónico], n.º 1, 2024, pp. 1-35.

C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Tirant lo Blanch, 1997.

C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 24, 2004, p. 443-516.

S. MIR PUIG, “Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 18, 2009, pp. 15-36.

S. MIR PUIG y J. I. GALLEGU SOLER, “Responsabilidad civil derivada de los delitos de alzamiento”, en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coords.) *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, 2004, pp. 1077-1094.

F. MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento práctico penal* [Versión electrónica], Francis Lefebvre, 2025.

V. MÚRTULA LAFUENTE, “Artículo 110”, en M. COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. 4, Edersa, 2000, p. 230.

A. F. PANTALEÓN PRIETO, “Comentario al artículo 1902” en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ (Dir.), *Comentario del Código Civil*, vol. 2, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1971-2003.

A. F. PANTALEÓN PRIETO, “Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de trabajo”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 8, 1985, pp. 2609-2624.

M. A. PARRA LUCÁN, “El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños (A propósito de la STC 278/1994, de 17 de octubre)”, en *Derecho privado y Constitución*, n.º 5, 1995, pp. 307-328.

F. PÉREZ FERRER, “Sobre el delito de alzamiento de bienes en casos de crisis matrimoniales y parejas de hecho”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 30, 2023, pp. 1-28.

- J. A. POSADA PÉREZ, “El nacimiento de la responsabilidad civil derivada de delito”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 69, 2023, pp. 55-85.
- J. A. POSADA PÉREZ, *La responsabilidad civil ex delicto*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- J. A. POSADA PÉREZ, “Acerca de los modelos político-criminales de reparación a la víctima: la responsabilidad civil *ex delicto* versus la reparación penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 138, 2022, pp. 181-222.
- G. QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, en G. QUINTERO OLIVARES, S. CAVANILLAS MÚGICA y E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *La Responsabilidad civil “ex delicto”*, Aranzadi, 2002, pp. 19-50.
- G. QUINTERO OLIVARES, “La llamada privatización del derecho penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 6, 2001, pp. 13-21.
- E. RAMÓN RIBAS, “La responsabilidad civil derivada de delito ¿Una herramienta de política criminal o invasión del Derecho civil?”, en J. L. COLLANTES GONZÁLEZ (Coord.), *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Normales Legales, 2004, pp. 69-98.
- E. ROCA TRÍAS y M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, 2020.
- F. J. RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *Aspectos jurídico-dogmáticos y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil ex delicto*, Dykinson, 2023.
- M. ROIG TORRES, *La responsabilidad civil derivada de los delitos*, Tirant lo Blanch, 2010.
- J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La responsabilidad civil en los delitos de elusión de deudas”, en *Diario La Ley*, n.º 6593, 2006, pp. 1-7.
- J. M. SILVA SÁNCHEZ, “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal” en *InDret* [Recurso electrónico], n.º 3, 2001.
- F. SOTO NIETO, “Peculiaridades de la responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes. Función creativa de la jurisprudencia”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 2003, pp. 1636-1639.
- F. SOTO NIETO, “La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, 2001, pp. 2186-2188.
- E. M. SOUTO GARCÍA, “Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss)” en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 785-824.
- E. M. SOUTO GARCÍA, *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 2009.
- E. VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. F. REGLERO CAMPOS y J. M. BUSTO LAGO (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, t. 1, 5.ª ed., 2014, pp. 318-453.
- M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, 6.ª ed., 2020.

M. YZQUIERDO TOLSADA, “La querrela por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza”, en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 57, 2006, pp. 265-290.

M. YZQUIERDO TOLSADA, “Querellas chantajistas y derecho civil light”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 15, 2005, pp. 7-21.

V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, CEDAM, 1989.

Fuentes jurisprudenciales

Sentencia del Tribunal Supremo 371/2025, de 30 de enero. Ponente: Pablo Llarena Conde. ECLI:ES:TS:2025:371.

Sentencia del Tribunal Supremo 3322/2024, de 24 de mayo. Ponente: Andrés Palomo del Arco. ECLI:ES:TS:2024:3322.

Sentencia del Tribunal Supremo 497/2023, de 14 de junio. Ponente: Leopoldo Puente Segura. ECLI:ES:TS:2023:2594.

Sentencia del Tribunal Supremo 2901/2023, de 22 de junio. Ponente: Susana Polo García. ECLI:ES:TS:2023:2901.

Sentencia del Tribunal Supremo 3300/2023, de 13 de julio. Ponente: Susana Polo García. ECLI:ES:TS:2023:3300.

Sentencia del Tribunal Supremo 620/2021, de 12 de febrero. Ponente: Javier Hernández García. ECLI:ES:TS:2021:620.

Sentencia del Tribunal Supremo 589/2020, de 10 de noviembre. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI:ES:TS:2020:3651.

Sentencia del Tribunal Supremo 756/2014, de 28 de octubre. Ponente: Luciano Varela Castro. ECLI:ES:TS:2014:4687.

Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Las Palmas de Gran Canaria, n.º 97/2021, de 29 de marzo. Ponente: Secundino Alemán Almeida. ECLI:ES:APGC:2021:162.

LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL PERUANA: LA PERSPECTIVA DE UN PENALISTA

Víctor García Sandoval
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
Universidad Privada de Tacna

<https://doi.org/10.14679/4863>

Fecha de recepción: 2 de enero de 2025
Fecha de aceptación: 30 de enero de 2026

RESUMEN: La discusión en torno al daño moral es uno interminable, y ahora retoma relevancia en el derecho peruano con ocasión de la Casación N.º 3977-2023/Cusco, por la cual, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú convocó *amicus curiae* para informar a la corte en la búsqueda de criterios estándares para la resolución de conflictos sobre daño moral en temas civiles, penales, laborales y otros. En esta oportunidad, se ofrece la perspectiva de un penalista para discutir sobre diversos temas, entre ellos, los tipos de daños bajo la ley peruana, las funciones del derecho moral, la sucesión del daño moral, la prueba, entre otros aspectos relevantes.

ABSTRACT: The debate surrounding moral damages is endless, and it has now regained relevance in Peruvian law with Cassation N.º 3977-2023/Cusco, whereby the Transitional Civil Chamber of the Supreme Court of Justice of Peru convened *amicus curiae* to inform the court in the search for standard criteria for the resolution of conflicts over moral damages in civil, criminal, labor, and other matters. On this occasion, a criminal lawyer's perspective is offered to discuss various topics, including the types of damages under Peruvian law, the functions of moral damages, the succession of moral damages, evidence, among other relevant aspects.

PALABRAS CLAVE: indemnización, daño moral, litigio, Corte Suprema

KEYWORDS: compensation, moral damages, litigation, Supreme Court

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El concepto de daño moral. 3. El concepto de daño a la persona y el proyecto de vida. 4. Tipos de daño moral. 5. La sucesión del daño moral. 6. La prueba del daño moral como evento. 7. La prueba del daño moral como indemnización. 8. El daño moral punitivo. 9. ¿Criterios uniformes sobre el daño moral? 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Resultando bien conocido que Estados Unidos es una república federal que agrupa a ¿Por qué nuevamente sobre el daño moral? El daño moral es uno de los temas que se debaten de manera eterna en la responsabilidad civil en Perú, y en esta oportunidad, el tema se vuelve a tocar con ocasión de la convocatoria de *amicus curiae* por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia para que profesores de derecho informen sobre el daño moral. El 24 de septiembre de 2025 se presentaron los profesores Gastón Fernández Cruz, Juan Espinoza Espinoza, Ronald Cárdenas Krenz, Wilder Tuesta Silva, Jorge Beltrán Pacheco y Leysser León Hilario, con el fin de informar a la Corte Suprema, para que esta pueda cumplir con el tema de agenda de definir criterios jurídicos sobre la indemnización del daño moral, con ocasión de la Casación N.º 3977-2023/Cusco relacionada a una demanda de indemnización por daños y perjuicios por concepto de daño moral donde se solicitó el pago de S/ 10'000,000.

Sobre todo, en el anuncio de la participación de los *amicus curiae*, se indica que la Corte Suprema quiere definir criterios que puedan servir para los casos civiles, pero también para los penales y laborales donde se discuta el pago de una indemnización por daño moral¹. En el Perú, el Código Penal hace referencia a una “reparación civil”, que si bien tiene algunas particularidades², en general se rige por el Código Civil, que es el cuerpo normativo que regula la responsabilidad civil extracontractual³, que permite el pago de daños no pecuniarios, específicamente, el daño moral y el daño a la persona (esta última, una particularidad del derecho peruano que tiene su propia historia y discusión doctrinaria⁴).

Por lo anterior, resulta relevante desarrollar el debate que se está llevando en la Corte Suprema desde la perspectiva de un experto en derecho penal, para aclarar conceptos que usualmente no son de dominio de los penalistas y para reflexionar si el derecho civil de la responsabilidad extracontractual en torno al daño moral debe ser usada, tal y como lo entienden los civilistas, en un proceso penal, o si es necesario ajustar algunas consideraciones.

El presente trabajo se estructura de la siguiente manera. La Sección 2 está dedicada al debate en torno al concepto de daño moral, mientras que la Sección 3 se enfoca en el “daño a la persona” y el proyecto de vida bajo el derecho peruano. Las siguientes secciones tratan temas específicos sobre el daño moral. La Sección 4 explica los tipos de daño moral, la Sección 5 desarrolla la problemática de la sucesión del daño moral, mientras que las Secciones 6 y 7 tratan sobre la probanza del daño moral como evento y cuantía, respectivamente. La Sección 8 se enfoca en el eterno debate sobre la eventual función punitiva del daño moral. La Sección 9 discute sobre la deseabilidad de contar con criterios uniformes para otorga daño moral en diferentes casos según materias. Finalmente, la Sección 10 concluye.

¹ Véase, por ejemplo, véase el anuncio del Diario Oficial “El Peruano” (https://elperuano.pe/noticia/279728-jueces-de-la-sala-civil-transitoria-suprema-definen-criterios-juridicos-sobre-indemnizacion-por-dano-moral?fbclid=IwY2xjawNbfIVleHRuA2FlbQIxMQBicmlkETF1cXB3dWc1RXFUaWNBO2xEAR7DZv4hZEnAu-c_77UCVOHeIS2bvLF_LiVWIh9I9mUCOss8GSvFAd6tkZWLFg_aem_8ThtwN2ihwJqKP3Ibv4gCA), del Estado Peruano (<https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/1253907-jueces-y-juezas-de-sala-civil-transitoria-suprema-definen-criterios-juridicos-sobre-indemnizacion-por-dano-moral>), y de una plataforma jurídica conocida en el medio peruano (<https://lpderecho.pe/audiencia-vista-de-la-causa-indemnizacion-danos-perjuicios-dano-moral-casacion-3977-2023-cusco/>).

² Véase los artículos 92-101 del Código Penal peruano.

³ Véase V. GARCÍA SANDOVAL, “La reparación civil en el proceso penal: algunas reflexiones”, *Revista Derecho*, Vol. 16, No. 16, 2025, p. 101-123.

⁴ Véase C. CALDERÓN PUERTAS, *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano*, Montivensa, 2014.

2. EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Existen dos formas de ver el concepto de daño moral: (a) la tradicional francesa, y (b) la contemporánea.

La perspectiva francesa consideraba al concepto de “daño moral” de manera amplia, similar al concepto de “daño patrimonial” o “daño no pecuniario”, lo cual significa que cualquier afectación que vaya más allá del patrimonio de la víctima, esto es, *damnum emergens* (daño emergente) y *lucrum cessans* (lucro cesante), puede ser compensada a través del amplio concepto de “daño moral”.

La perspectiva contemporánea, que corresponde a la evolución observada en diversas jurisdicciones, prefiere por reconocer daños no pecuniarios específicos, como el daño biológico (*danno biologico*), daño a la salud (*danno alla salute*)⁵, el daño existencial (*danno esistenziale*)⁶, el daño al proyecto de vida, el daño por pérdida de comodidades (*loss of amenity*), el daño por pérdida y sufrimiento (*loss and suffering*), entre otros conceptos de daño no pecuniarios que pueden encontrarse en el derecho comparado⁷. Algo que se puede observar de los daños específicos no pecuniarios, es que algunos se enfocan en afectaciones al cuerpo, otros en el dolor y sufrimiento, e incluso algunos en aspectos más abstractos como capacidades, proyectos y similares.

La distinción de perspectivas es relevante desde la discusión legal y teórica. Por un lado, según la ley aplicable en cada jurisdicción, en una demanda por indemnización de daños y perjuicios el demandante debe reconducir cada tipo de daño efectivo en alguna de las categorías legales de daños. Por ejemplo, en el Perú el Código Civil reconoce –en general– el “daño emergente” y “lucro cesante” como daños pecuniarios, y el “daño moral” y “daño a la persona” como daños no pecuniarios. Este marco normativo es relevante porque demuestra lo que se puede pedir en cada jurisdicción y lo que no se puede pedir pero que existe en otro lado.

Una precisión importante sobre lo anterior es que el “daño moral” es permitido ante el incumplimiento contractual (artículo 1322 del Código Civil peruano) y para la responsabilidad extracontractual (artículo 1984 del Código Civil peruano), mientras que el “daño a la persona” solo está en la sección para la responsabilidad extracontractual (artículo 1985 del Código Civil peruano). Ciertamente, acá me interesa la responsabilidad extracontractual derivada del delito, o “reparación civil” bajo la denominación del Código Penal peruano⁸.

Por otro lado, sin perjuicio de la ley aplicable, la discusión doctrinaria suele complementar lo que dice la ley aplicable. Algunos se limitan a promover la necesidad de modificar la ley para incluir un nuevo concepto de daños, mientras que otros, más astutos, argumentan que ciertos conceptos de daños, no reconocidos legalmente bajo la ley aplicable, podrían ser invocados a través de los conceptos de daños sí reconocidos. Por ejemplo, en el Perú se ha discutido sobre la posibilidad de compensar el daño al proyecto de vida a través de la categoría legal del daño

⁵ Véase D. A. PARRA SEPÚLVEDA, “El *danno alla salute* y el llamado *danno biologico* a la luz de los daños corporales”, *Ars Boni et Aequi*, Vol. 9, No. 1, 2013, p. 173-184.

⁶ Véase L. LEÓN HILARIO, “El daño existencial. ¿Una idea valiosa o solo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?”, *Ius et Veritas*, No. 22, 2001, p. 36-52.

⁷ Para una visión general, puede revisarse B. WINIGER, H. KOZIOL, B. A. KOCH y R. ZIMMERMANN (eds), *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases on Damage*, Berlin/Boston, de Gruyter, 2011, donde diversos expertos nacionales reportan sobre el derecho de la responsabilidad civil de su país, incluyendo los tipos de daños compensables.

⁸ Esto está relacionado con la discusión sobre la unificación de la responsabilidad civil. Véase en el Perú a J. ESPINOZA ESPINOZA, “Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, *Revista de Derecho UNMSM*, Vol. 48, No. 1, 1990-1991, p. 157-169; F. DE TRAZEGNIES GRANDA, “¿Igualando lo desigual?”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, No. 1, 2011, p. 17-35.

a la persona, o de la pérdida de la oportunidad a través de las categorías del daño emergente o lucro cesante, según la perspectiva del comentarista⁹.

¿Cuál es la perspectiva adoptada en Perú? ¿La tradicional o la contemporánea? Esto es parte de los debates entre civilistas peruanos¹⁰. Antes de la entrada en vigencia del Código Civil peruano de 1984, se tenía codificado al daño moral, el cual podía servir como concepto omnicompreensivo. Sin embargo, la actual ley civilista peruana tiene los artículos 1984 y 1985 que, junto al daño moral, ahora tiene el daño a la persona.

Artículo 1984. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Entonces, se observa que el Perú se ha inclinado por la perspectiva contemporánea, que considera útil reconocer distintos tipos de daños no pecuniarios. Sin embargo, el problema creado –aún no resuelto– es cómo entender la relación entre ambos conceptos. Se discute la relación de género-especie de ambos tipos de daños no pecuniarios, esto es, si el daño moral es el género del daño a la persona o a la inversa. Si consideramos que la perspectiva contemporánea es la que prima en Perú, tal vez la discusión debería ir por otro lado. Acá parece que los civilistas han enfocado mal el debate ya que no debería discutirse al daño moral y daño a la persona como conceptos que necesariamente deben verse desde una relación género-especie. Por el contrario, cada concepto es distinto y pensado para regular una afectación no pecuniaria particular. Seguramente podría ser que se confundan y solapen en su formulación práctica, sin embargo, es necesario que puedan ser diferenciados como conceptos autónomos y distintos.

Una referencia útil es la propuesta del profesor Gastón FERNÁNDEZ CRUZ¹¹. Aunque tal autor aún ve al daño moral y daño a la persona desde una relación de género y especie (el daño a la persona el género y el daño moral un supuesto específico de daño a la persona), al menos propone características que ayuden a distinguir los conceptos de daño moral y daño a la persona. En consecuencia:

- El daño a la persona es una afectación (a) al cuerpo o a la mente, y (b) que puede ser de carácter permanente y temporal.
- El daño moral es una afectación (a) psicológica (a la mente), y (b) de carácter temporal. Si el daño moral se vuelve permanente, deja de ser daño moral y se convierte en un daño a la persona.

Lo anterior puede servir de guía para que los jueces penales sepan cómo distinguir correctamente ambos conceptos cuando sean solicitados como parte de una reparación civil. Usualmente, se solicita el pago del daño moral y el daño a la persona, cada uno con su propia cuantificación, esto es, se pide el pago de dos montos distintos. Entonces, es importante que el demandante distinga correctamente ambos conceptos en la probanza fáctica del daño y en la cuantificación de la indemnización. A su vez, el juez penal deberá analizar la acción para concluir si se ha distinguido correctamente ambos tipos de daños, o si se trata solo de una repetición. Sobre todo, no se puede pedir un monto global por daño moral y daño a la persona, ya que cada voz/categoría de daño debe estar individualizada.

⁹ Véase F. BENATTI y S. GARCÍA LONG, “La reparación extrapatrimonial del daño por frustración al proyecto de vida”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 80, 2020, p. 123-163.

¹⁰ Véase G. FERNÁNDEZ CRUZ, *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

¹¹ FERNÁNDEZ CRUZ, *Introducción a la responsabilidad civil*, Op. Cit.

3. EL CONCEPTO DE DAÑO A LA PERSONA Y EL PROYECTO DE VIDA

Una discusión particular en la academia peruana, que toma como referencia en Europa a Italia y en Latino América a Argentina, es el “daño al proyecto de vida”¹². Este concepto, ya conocido en el derecho comparado se hizo popular en casos donde la víctima, que había sufrido, por ejemplo, un daño que le generó una discapacidad permanente, solicitaba una indemnización por el “daño al proyecto de vida” por la imposibilidad de seguir su proyecto personal, el cual se habría frustrado por el daño. Este concepto luego fue evolucionando en otros supuestos específicos de daño al proyecto de vida, como el daño al proyecto de vida laboral (cuando no se puede seguir trabajando) o matrimonial (cuando se frustra la vida en matrimonio).

Estos casos se hicieron conocidos porque muchos de ellos llegaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹³, donde la discusión fue enfocada, en primer lugar, en analizar si se podía pedir el daño al proyecto de vida, y en segundo lugar, sobre cómo debería repararse el mismo. La jurisprudencia actual reconoce el daño al proyecto de vida pero que sea reparado a través de medidas no pecuniarias. Esto es posible debido al amplio concepto de “reparación” que maneja la CIDH, y que hace posible imponer una indemnización dineraria como otras formas de satisfacción no pecuniaria¹⁴.

En Perú, la discusión específica está en la posibilidad de invocar el daño al proyecto de vida a través de la categoría legal del daño a la persona, y de cómo el mismo podría cuantificarse¹⁵. Acá vemos un doble problema. Para empezar, el daño al proyecto de vida no está codificado, sin embargo, se considera que es un daño a la persona específico, tal vez el más grave que se pueda infringir a la persona. Sin embargo, el principal problema es su cuantificación. En Perú se mantiene aún el limitado concepto de “indemnización” que consiste en una obligación de dar una suma de dinero. Como tal, no existe el amplio concepto de “reparación” ni mucho menos la posibilidad de solicitar medidas no pecuniarias. Esta es una tendencia de los derechos nacionales, que con el paso de los años va generando discusión, sobre todo tomando como inspiración al derecho internacional de los derechos humanos.

Entender lo anterior es importante porque la cuestión en los derechos nacionales es más complicada que aquella que pueda presentarse ante una corte internacional. Un juez peruano suele ver casos de litigios donde se solicita un monto dinerario por daño al proyecto de vida y se suele pedir montos dinerarios altos. Ciertamente esto genera una inflación de las indemnizaciones. Sobre todo, en el fondo se observan problemas prácticos, entre ellos, que a veces se solicitan tres montos dinerarios, y no dos como corresponderían conforme al derecho peruano. Solo están reconocidos legalmente el daño moral y el daño a la persona, y si alguien pide el daño al proyecto de vida, debería solicitarlo como parte del daño a la persona, de manera que el daño al proyecto de vida sería un criterio de cuantificación del daño a la persona. Sin embargo, en la práctica se pide el daño al proyecto de vida como si fuese un concepto codificado, junto al daño moral y al daño a la persona. Ante tal escenario, será labor del juez civil, laboral o penal, resolver el caso bajo la premisa de que el daño al proyecto de vida no está vigente bajo la ley peruana.

El esquema anterior es particularmente relevante para los penalistas, ya que usualmente los casos de daños que puedan afectar al proyecto de vida, son aquellos que incluyen la comisión de algún delito como lesiones, secuestro, tortura, entre otros. En tales casos, la víctima puede ir al proceso penal para pedir una pena privativa de la libertad por el crimen cometido, y luego acudir al juez civil para pedir una indemnización, o puede solicitar, ante el juez penal,

¹² Véase C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Daño al proyecto de vida”, *Derecho PUCP*, Vol. 50, 1996, p. 47-97; R. BURGOS OSVALDO, *Daños al Proyecto de Vida*, Astrea, 2012.

¹³ Véase O. WOOLCOTT OYAGUE y D. MONJE MAYORCA, “El daño al proyecto de vida: Noción, estructura y protección jurídica según los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 23, No. 2, 2018, p. 128-137.

¹⁴ BENATTI y GARCÍA LONG, “La reparación extrapatrimonial del daño por frustración al proyecto de vida”, Op. Cit.

¹⁵ Véase C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual”, *Themis*, No. 38, 1998, p. 179-209.

la pena privativa por el crimen más la reparación civil que incluya el daño moral y daño a la persona. Por eficiencia económica, se asume que la víctima preferirá un solo juicio que dos. Entonces, es de esperar, y de hecho es común, que los jueces penales vean casos donde se pide daño moral, daño a la persona y daño al proyecto de vida, como si fuesen tres conceptos distintos, lo cual es una práctica indeseable.

4. TIPOS DE DAÑO MORAL

Si pensamos en el daño moral de manera específica, es necesario distinguir entre: (a) el daño moral personal, y (b) el daño moral reflejo¹⁶.

El daño moral personal es aquél que sufre la víctima directa del daño. Por ejemplo, si alguien sufre de *bullying*, es el legitimado para solicitar el daño moral. Por el contrario, si alguien sufre la pérdida de un ser querido, también podrá solicitar un daño moral directo pero que lo sufre de reflejo, porque existe una víctima primaria que es la persona fallecida, lo cual, a su vez, genera una víctima secundaria, que es un pariente cercano, que sufre un daño personal y directo. Incluso ambos casos podrían presentarse de manera conjunta. Si alguien sufre un accidente automovilístico, la víctima del accidente sufrirá afectaciones no pecuniarias que podrían habilitarlo a solicitar un daño moral personal y directo, pero también los familiares cercanos podrían sufrir un daño moral reflejo y propio por el sufrimiento de la víctima directa.

Lo anterior es importante para definir quién puede invocar un daño moral en un litigio. Fíjese que, en ambos casos, sea por un daño moral personal o reflejo, ambas víctimas sufren un daño directo. Como regla, los daños indirectos no son compensables bajo la responsabilidad civil porque no habría relación de causalidad según el tipo aplicable bajo la ley nacional; hay un daño directo cuando existe el vínculo que conecta al hecho generador y el daño, de manera que legalmente se entiende que hay una relación causa-efecto entre ambos. Este es un dato importante para que el juez penal pueda determinar quién está legitimado para pedir un daño moral, lo cual va de la mano con la carga de la prueba.

5. LA SUCESIÓN DEL DAÑO MORAL

Junto con la distinción entre daño moral personal y de reflejo, está la discusión sobre la sucesión del daño moral¹⁷, que es un tema central en el caso que deberá resolver la Corte Suprema peruana. Un menor de edad, estudiante de un colegio en Cusco, fue torturado y asesinado por dos de sus compañeros. Los padres demandaron a los padres de los asesinos y al colegio. Una discusión doctrinaria al respecto es qué daño pueden solicitar los padres de la víctima. Evidentemente, los padres podrán solicitar un daño moral propio por el sufrimiento de saber que su hijo fue torturado y luego asesinado. Pero, ¿qué pasa con las afectaciones no pecuniarias sufridas por la víctima mientras estuvo en vida? ¿Qué pasa con ese daño moral y daño a la persona sufrido por la propia víctima que luego fallece? ¿Podría también considerarse, de alguna manera, el daño al proyecto de vida?

¹⁶ Véase M. del S. RUEDA FONSECA, “Las vertientes doctrinarias del daño moral o pretium doloris”, *Revista Boliviana de Derecho*, No. 4, 2007, p. 21-58; P. RODRÍGUEZ GREZ, “Daño moral: un laberinto jurídico”, *Revista Actualidad Jurídica*, No. 12, 2012, p. 83-172.

¹⁷ Véase R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, No. 3, 2004, p. 493-514; G. A. OROZCO GADEA, “Transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral”, *Revista de Derecho*, No. 17, 2014, p. 27-74; S. ESPADA MALLORQUÍN y A. PINO EMHART, “La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida: análisis del caso chileno”, *Vniversitas*, Vol. 69, 2020, p. 1-20; M. TORRES MORAGA, “Transmisibilidad de la acción por daño moral en materia de accidentes de trabajo”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, No. 37, 2020, p. 67-86; R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Acción por daño moral y continuación del proceso por sus herederos. Comentario a la sentencia de la corte suprema, Rol 13.853-2022”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Vol. 92, No. 256, 2024, p. 233-240.

Hay dos enfoques al respecto¹⁸. Uno restrictivo, que considera que las afectaciones no pecuniarias son personalísimas, de manera que solo pueden ser solicitadas por la propia víctima. Si la víctima llega a morir, el derecho desaparece. El otro enfoque considera que la indemnización por daños no pecuniarios, como cualquier activo, se transmite a los herederos de la víctima, de manera que la muerte solo genera un efecto traslativo y de cambio de legitimidad. En consecuencia, si la víctima es un hijo que fallece, la indemnización que le hubiera correspondido a la víctima, se transmite vía sucesión a sus padres, por ejemplo. Esto significa que los padres podrían solicitar la indemnización como un activo vía sucesión, sin perjuicio del daño moral reflejo.

La discusión anterior, evidentemente, tiene grandes consecuencias prácticas en los litigios. No es lo mismo concluir que los padres solo podrán solicitar el daño moral reflejo, a que también puedan solicitar el daño moral y otra pérdida no pecuniaria sufrida por la víctima mientras estuvo con vida. La cuantía total de la indemnización sería mayor.

Sobre todo, otro dato importante es la procedencia del daño al proyecto de vida. Si se admite que el daño al proyecto de vida puede solicitarse vía sucesión, esto significaría incluso una mayor inflación de la indemnización en favor de los padres, sea que el daño al proyecto de vida pueda solicitarse de manera autónoma como concepto de daño o como criterio de cuantificación del daño moral o el daño a la persona, según corresponda la posición doctrinaria.

Como he señalado, hay un gran número de casos sobre solicitudes de daño al proyecto de vida ante jueces penales por la comisión de delitos. En tal contexto, es relevante que los jueces penales tengan en cuenta el problema de la sucesión del daño moral y cualquier otro daño no pecuniario, esto es, si los padres de un hijo que sufrió tortura y luego fue asesinado, puede solo pedir el daño moral reflejo, o si también puede solicitar la indemnización que hubiera solicitado la víctima, incluyendo –o no– el daño al proyecto de vida.

6. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL COMO EVENTO

La regla general en el derecho procesal, y en el derecho sustantivo de la responsabilidad civil, es que quien alega un daño debe probarlo, tanto en su ocurrencia fáctica como en su cuantía dineraria. Se habla del “daño-evento” y “daño-consecuencia”¹⁹. Esto significa que la víctima, o sus herederos según corresponda, deben probar la ocurrencia del daño como evento fáctico para así identificar al autor del daño, y luego deberá probar la cuantificación dineraria del daño, lo cual pedirá como indemnización.

En relación al daño como evento, se suele discutir sobre algunas particularidades en temas probatorios para el daño moral u otros daños no pecuniarios. En el Civil Law se considera que el daño moral es un daño *in re ipsa* (“por la cosa misma”), lo cual significa que el daño como acontecimiento de la realidad, bajo ciertas circunstancias, no necesita de una prueba directa e irrefutable, sino que bastaría con indicios de prueba²⁰. Por ejemplo, los padres que sufren la pérdida de un hijo, cumplirían con la prueba sobre la ocurrencia del daño moral por la sola prueba de ser padres de la víctima, de haber mantenido el vínculo familiar hasta la fecha del daño y que efectivamente la víctima fue asesinada, por ejemplo. Con ello bastaría para entender que hay un daño moral reflejo. Se asume que no sería necesario que los padres

¹⁸ Véase S. GARCÍA LONG y K. VILLANUEVA, “El costo de la vida: la responsabilidad extracontractual por muerte. Con ocasión de la Casación N° 3824-2013-ICA” en *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial*, Instituto Pacífico, 2020, p. 600–657.

¹⁹ Véase P. SIRENA, “Tres tesis sobre la distinción entre daño-evento y daño-consecuencia” en S. GARCÍA LONG (eds), *Ideas disruptivas de la responsabilidad extracontractual*, Grijley, 2026, p. 119-128.

²⁰ Véase H. A. CÁRDENAS VILLARREAL y P. V. GONZÁLEZ VERGARA, “Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37, No. 106, 2007, p. 213-237; D. LINARES AVILEZ, “El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal”, *Derecho & Sociedad*, No. 38, 2012, p. 76-87; N. E. MARTÍNEZ BENAVIDES, “Análisis de la presunción de daño moral que beneficia a ciertas víctimas indirectas en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, No. 42, 2019, p. 181-210.

prueben efectivamente estar sufriendo o padeciendo dolor y llanto, y por ende, no sería necesario presentar certificados médicos u otro documento de valor psicológico, sin perjuicio que puedan hacerlo. Ciertamente, el supuesto autor del daño podría defenderse aportando prueba para demostrar lo contrario, por ejemplo, que se trata de padres que estuvieron ausentes y que solo aparecieron ahora con ocasión del fallecimiento del hijo y con un claro propósito lucrativo. Ello se podría hacer para desvirtuar la presunción en favor del daño moral según las circunstancias del caso.

En el Common Law existe una figura similar conocida como *res ipsa loquitur* (“la cosa habla por sí misma”). Esta teoría significa que no es necesario probar todos los hechos involucrados para demostrar que alguien ha sido negligente por la ocurrencia de un daño²¹. Por ejemplo, si una persona pasa por una construcción y cae encima de ella un ladrillo, se considera que no es necesario superar una alta carga probatoria para demostrar que alguien fue responsable de que el ladrillo caiga, ya que el ladrillo “no cae del cielo” sino porque alguien no tomó las medidas de precaución necesarias. Entonces, corresponde al supuesto autor demostrar que no fue negligente. Si bien esta doctrina está enfocada en la probanza de la culpa del supuesto autor, tiene un impacto directo en la probanza del daño ya que la premisa es que existe un daño, y lo que falta es determinar al autor, entonces identificado al autor, corresponde hacerlo responsable por el daño ocurrido. En el contexto de un daño moral, el *res ipsa loquitur* favorecería su cobranza.

El derecho peruano no tiene una norma expresa que favorezca la carga de la prueba en materia del daño moral, de manera que sigue aplicando la regla general de que la víctima debe probar el daño²². Sin embargo, se suele considerar que en los hechos el juez podría aceptar un umbral más bajo para superar la carga de la prueba de la víctima en el litigio, de manera que en los hechos funcione la regla del daño *in re ipsa* o el *res ipsa loquitur*, según corresponda. Ciertamente, ello es una labor que el juez deberá tomar con cuidado porque si es muy evidente el relajamiento de la carga probatoria, el fallo podría ser cuestionado en apelación e incluso en casación por infracción normativa y falta de motivación.

7. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL COMO INDEMNIZACIÓN

Así como se suele proponer facilidades probatorias para el daño moral y otros daños no pecuniarios, lo mismo ocurre en relación a la cuantía de la indemnización. La regla es que el daño debe cuantificarse y, en consecuencia, debe pagarse el monto correspondiente por la indemnización. Como dicen los franceses, “se debe pagar el daño, y nada más que el daño”. Ello se basa en la regla de la reparación integral del daño, que, por un lado, aplica en beneficio de la víctima para que pueda estar indemne del daño, como si el mismo nunca hubiera ocurrido. Pero también funciona como un límite: debe pagarse la indemnización en base al daño real y no una cuantía superior. Ciertamente este concepto de “reparación integral” ha sido más desarrollado en el derecho internacional como concepto amplio que va más allá de la indemnización dineraria, sin embargo, acá me limitaré a este último²³.

²¹ Véase, A. BULLARD GONZÁLEZ, “Cuando las cosas hablan. El *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil” en *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2da edición, Palestra Editores, 2006, p. 757-793; I. M. PÁEZ SIERRA, “Res ipsa loquitur y su aplicación en materia de responsabilidad civil médica en Colombia”, *Revista Jurídica Piélagus*, Vol. 21, No. 1, 2022, p. 1-26; M. NAVARRO MICHEL, “Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, No. 3, 2003, p. 1197-1230.

²² Véase el artículo 196 del Código Procesal Civil y los artículos 1330-1331 del Código Civil (sobre responsabilidad contractual).

²³ Véase J. F. CALDERÓN GAMBOA, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer, 2013; D. A. SANDOVAL GARRIDO, “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”, *Revista de Derecho Privado*, No. 25, 2013, p. 237-273; M. A. VELOZ ROMO, “El concepto de reparación integral del daño

Lo anterior es más fácil de decir que hacer en relación a los daños no pecuniarios. Usualmente el daño moral no tiene un precio de mercado, y como tal, es complicado definir un valor al sufrimiento. Ante ello, algunas jurisdicciones pueden definir ex ante un referente objetivo. Otra alternativa, que es la aplicada en el Perú, es reconocer una excepción a la cuantificación del daño para que aplique la estimación del mismo. El artículo 1332 del Código Civil peruano indica que el daño puede estimarse vía equidad cuando sea de difícil probanza²⁴.

Lo anterior genera dos problemas²⁵. En primer lugar, ¿qué significa que el juez pueda estimar el daño vía equidad? Como concepto, ello quiere decir que el juez puede llegar a un número sin necesidad de justificarlo en su integridad, digamos dólar por dólar. En base a su experiencia y otras consideraciones, el juez podría, si así se lo permite una ley, llegar a un número siempre y cuando pueda justificarlo, sin necesidad de llegar a una estricta verificación del monto dinerario en relación al daño efectivo. Si bien esta habilitación puede estar permitida por ley, el juez debe ser cuidadoso en su ejercicio ya que el uso de la equidad para estimar el daño debe estar debidamente justificado, caso contrario, el fallo judicial podría ser apelado o incluso llegar a casación. Además, es conocido en el mundo arbitral el recurso de anulación de laudo por falta de motivación, y una situación concreta donde ello suele ocurrir es cuando el juez estima un daño vía equidad y no lo justifica debidamente.

El segundo problema se refiere al ámbito de aplicación de la ley que permite la estimación vía equidad. En Perú, el artículo 1332 del Código Civil aplica para el incumplimiento contractual²⁶, y no hay una norma similar en la sección para la responsabilidad extracontractual. Solo está el artículo 1977 del Código Civil peruano que hace referencia a una “indemnización equitativa” en la responsabilidad del incapaz sin discernimiento, regulado en el artículo 1976 anterior²⁷.

Lo anterior genera un particular problema para los casos de reparación civil derivado de un delito, ya que esos casos en su naturaleza son de responsabilidad extracontractual, de manera que el artículo 1332 del Código Civil peruano no aplica. A pesar de lo anterior, hay académicos que consideran que el artículo 1332 del Código Civil podría ser aplicado vía una interpretación global, por analogía, u otra vía, para la responsabilidad extracontractual, considerando a la responsabilidad civil como un todo²⁸.

Sin embargo, desde la perspectiva de un juez penal, lo anterior podría ser complicado, ya que para el juez la ley es fuente del derecho, mientras que las opiniones de los profesores de derecho no son vinculantes. Sobre todo, si el juez aplica una norma de responsabilidad contractual para un caso de responsabilidad extracontractual, sería fácil para la parte en desacuerdo cuestionar ese fallo en apelación o en casación por infracción normativa. Entonces, un juez tendrá más razones para no aplicar la estimación vía equidad a casos de reparación derivada del delito bajo el artículo 1332 del Código Civil peruano, a menos que se

como base para determinar una indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado de México”, *Anuario de Derecho, Comercio Internacional, Seguridad y Políticas Públicas*, No. 3, 2024, p. 47-58.

²⁴ “Artículo 1332. Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

²⁵ Véase H. BARRETO ARDILA, “Cuantificación de la indemnización judicial en equidad o en derecho en el marco de la ley de justicia y paz”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 33, No. 95, 2012, p. 101-118; R. A. DOMÍNGUEZ ROCA, “La prueba del daño moral y su estimación por equidad: ¿criterios objetivos para su debida motivación?”, *Actualidad Civil*, No. 74, 2020, p. 143-180.

²⁶ Es importante notar que en el Perú existe base legal para el daño moral contractual, mientras que en otras jurisdicciones la situación es distinta. Véase I. DE LA MAZA GAZMURI, “El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, No. 2, 2018, p. 275-309.

²⁷ “Artículo 1976. No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”.

“Artículo 1977. Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.”

²⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, *Introducción a la responsabilidad civil*, Op. Cit.

modifique el Código Civil y se incluya una norma similar en la sección de responsabilidad extracontractual.

8. EL DAÑO MORAL PUNITIVO

Un dato interesante es la discusión sobre la función punitiva en la responsabilidad civil, y sus manifestaciones más conocidas, entre ellas, los daños punitivos (*punitive damages*) y el daño moral punitivo²⁹.

Los daños punitivos, o daños ejemplarizantes (*exemplary damages*) es una sanción híbrida que existe en el Common Law, principalmente en Estados Unidos y Reino Unido, que se impone contra el autor de un daño cuando el mismo ha sido causado bajo circunstancias agravantes, de particular reprochabilidad. Se trata de una sanción privada que persigue fines privados y públicos, de allí su naturaleza híbrida. Esta figura no está reconocida en Perú, aunque ya hubo varios intentos fallidos de incorporación³⁰. Como tal, no pueden ser solicitados en un juicio ya que la responsabilidad civil en el Perú no permite la imposición de daño punitivos.

Sin perjuicio de lo anterior, ello no quiere decir que la responsabilidad civil no tenga una función punitiva. Hay diversas maneras en que se puede materializar la sanción, una de ellas –evidentemente– es a través de los daños punitivos. Sin embargo, una forma más sutil de sancionar a través de la responsabilidad civil es a través del otorgamiento de una alta indemnización por daño moral u otro daño no pecuniario. Este es el daño moral punitivo³¹. En principio, la responsabilidad civil extracontractual cumple una principal función compensatoria, y derivada de ella, una secundaria función disuasiva. Sin embargo, cuando los jueces otorgan altas cuantías indemnizatorias, queda la duda si realmente se está otorgando una indemnización que corresponde al daño efectivo, o se está inflando la cuantía para sancionar al autor del daño. Esto es posible en los daños no pecuniarios y en jurisdicciones que no tienen parámetros objetivos, sea en la ley o en la jurisprudencia. Bajo tal escenario, si una víctima pide un monto millonario por un daño no pecuniario, el juez podría considerar que la víctima ha cumplido con la carga de la prueba y que corresponde el pago de la indemnización, a pesar que sea consciente que no se ha llegado a probar el daño en toda su integridad.

En tal caso, el juez admite el daño moral punitivo al permitir una indemnización superior al daño real. Esta es una práctica que siempre ha ocurrido y que no es desconocida por los jueces. Ciertamente no es implementada de manera general sino en casos donde realmente lo amerita. Por ejemplo, en el caso bajo análisis de la Corte Suprema, la víctima fue torturada y luego asesinada. Bajo tales circunstancias, un juez podría verse inclinado a permitir el pago de una alta indemnización, como podrían ser los S/ 10'000,000 solicitados, o en todo caso, un monto menor pero dentro del rango de los millones. Si se diera tal situación, difícilmente podría concluirse que ese monto millonario corresponde a los daños reales.

²⁹ Véase C. BANFI DEL RÍO, “De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno”, *Revista de Derecho*, Vol. 30, No. 1, 2017, p. 97-125; S. GARCÍA LONG, *La función punitiva en el derecho privado*, Instituto Pacífico & Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019; F. J. ALVARADO GARCÍA, “Un marco teórico de dos etapas para abordar los daños punitivos en el derecho civil chileno. Un enfoque comparado desde el derecho inglés”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 12, No. 2, 2024, p. 168-218; S. GARCÍA LONG, “Taking punitive damages seriously once again”, *Revista de Derecho, Sociedad y Empresa (REDS)*, No. 25, 2025, p. 113-126.

³⁰ Véase S. GARCÍA LONG, “¿Aún un irritante legal? La experiencia peruana sobre los daños punitivos”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 90, 2020, p. 49-72; O. A. ALCÁNTARA, “Los “daños punitivos” y su incorporación al derecho peruano: reflexión acerca de su utilidad en procesos por daños masivos”, *Jurídicas*, Vol. 18, No. 2, 2021, p. 27-41.

³¹ Véase G. PERALTA TRIPUL, “¿Daños punitivos o daño moral punitivo? El resarcimiento “sancionador” como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú?”, *Chornancap Revista Jurídica*, Vol. 2, No. 1, 2024, p. 53-80.

En todo caso, si el juez otorga el pedido millonario, deberá tener cuidado en no hacer referencia expresa al empleo de una función punitiva ya que ello permitiría que la sentencia sea apelada o que llegue a casación, como en efecto ya ha ocurrido en la Casación 464-2018-La Libertad, donde se alegó que el juez había incurrido en una infracción normativa al otorgar daños punitivos encubiertos ya que en los fundamentos del juez se hizo mención a la función punitiva de la responsabilidad civil, aunque la misma no tenga base legal expresa en el Perú³².

Finalmente, algo que a veces no es discutido por los civilistas, laboristas y otros expertos es la aplicación de los principios del derecho penal para las sanciones. De hecho, este desconocimiento fue la razón del fracaso del intento de fallido de incorporación de los daños punitivos en el Perú (cuyo intento de creación fue jurisprudencial)³³. Toda sanción debe cumplir con los principios de legalidad y tipicidad, lo cual significa que las sanciones deben estar reconocidas por ley, incluyendo la determinación de la conducta sancionable como de la pena respectiva (*nullum crimen nulla poena sine lege*). También aplica la prohibición de la duplicidad de penas, y finalmente, la proporcionalidad. A efectos del caso bajo análisis, la Corte Suprema debe considerar la proporcionalidad de la sanción, y concluir si S/ 10'000,000 es proporcional o no bajo las circunstancias del caso, y si ya se impusieron otras sanciones a los autores del daño.

9. ¿CRITERIOS UNIFORMES SOBRE EL DAÑO MORAL?

Una de las labores de la Corte Suprema peruana es unificar criterios, y con ocasión de ello, se invitó a varios *amicus curiae* para explicar aspectos fundamentales sobre el daño moral como su naturaleza, probanza, cuantificación, entre otros.

Sin embargo, ¿es realmente deseable unificar criterios? La Corte Suprema debe tener mucho cuidado al momento de emitir estos criterios ya que el daño moral, si bien puede ser transversal a cualquier área del derecho, no es el mismo en cada materia. El daño moral derivado de una infracción civil, no es el mismo que aquél derivado del delito, ni tampoco similar al daño moral derivado de un despido laboral. Tal vez en cierto supuesto se podría considerar que el daño moral deba ser *in re ipsa*, pero no otro. De igual manera, se podría aceptar que el daño moral bajo ciertas circunstancias se estime excepcionalmente pero no de manera general. Incluso, el daño moral punitivo podría ser deseable en algunos casos.

Por ejemplo, en el ámbito del derecho civil, si se incumple un contrato, bajo el derecho peruano se puede pedir un daño moral contractual, a pesar que en otros sistemas los daños contractuales estén limitados a las pérdidas pecuniarias. Ese daño moral contractual, no puede ser el mismo que un daño moral extracontractual que surja de un accidente automovilístico. Tal vez en este último caso se podría considerar que el daño moral extracontractual deba ser *in re ipsa*, pero lo mismo no podría asumirse de manera razonable en relación al daño moral contractual derivado del incumplimiento de un contrato de compraventa, por ejemplo (¿qué daño moral sufriría un vendedor que no recibe el precio del contrato?).

En el ámbito del derecho penal, no es lo mismo un accidente automovilístico que solo representa una infracción civil y que active las normas de la responsabilidad civil extracontractual, que un accidente causado por un conductor en estado de ebriedad que, por su estado, causa un accidente más perjudicial y la comisión de un delito. Se podría asumir que en tal caso el daño moral sería peor, y que además de ser un daño *in re ipsa*, deba ser un daño moral punitivo para sancionar al autor del daño.

Finalmente, en el ámbito del derecho laboral, el daño moral suele ser invocado usualmente en despidos arbitrarios. Para empezar, un despido podría no tener mayor particularidad que

³² Véase S. GARCÍA LONG, “Casación 1 - Daños punitivos 0. Comentario a la Casación N° 464-2018-La Libertad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 101, 2021, p. 153-178.

³³ Cfr. S. GARCÍA LONG, “Una guía para trasplantar los daños punitivos del Common Law al Civil Law” en S. GARCÍA LONG (eds), *Ideas disruptivas de la responsabilidad extracontractual*, Grijley, 2026, p. 397-426.

un incumplimiento de un contrato (el empleador termina injustificadamente un contrato vigente), pero bajo ciertas condiciones, un despido podría tener como antecedente actos hostiles. Ambas situaciones, si bien podrían dar lugar a un daño moral, no activarían un mismo daño moral.

Entonces, es importante ver las particularidades del caso y, sobre todo, apreciar que el daño moral puede ser muy distinto según sea invocado por infracción de normativa civil, penal o laboral. Por lo tanto, definir criterios uniformes para todos los jueces peruanos, parece un fin ideal pero irreal e indeseable.

10. CONCLUSIONES

El daño moral es un tema complicado, y muestra de ello, es el intento de la Corte Suprema peruana de unificar criterios. Aún está por verse el rumbo que opte la Corte Suprema. Sin perjuicio de ello, podemos enunciar algunas consideraciones a tomar en cuenta:

- El daño moral puede ser visto desde una concepción tradicional, por el cual basta el daño moral como concepto general para resarcir cualquier pérdida que no sea pecuniaria, o desde una perspectiva contemporánea que prefiere por definir tipos específico de daño moral.
- El daño a la persona es un tipo de daño con base legal en el Perú, que permite la alegación del daño al proyecto de vida. Sin embargo, se trata de un concepto problemático.
- El daño moral puede ser personal cuando lo sufre la misma víctima, o de reflejo cuando lo sufre una persona distinta de la víctima, pero con un vínculo especial con la primera que justifica la existencia del daño moral reflejo.
- En relación a la sucesión del daño moral, algunos consideran que el mismo se extingue con la muerte de la víctima, mientras que otros alegan que el mismo puede adquirirse vía sucesión en favor de los herederos.
- El daño moral debe ser probado como daño-evento. Usualmente se proponen perspectivas para flexibilizar la probanza como *in re ipsa* o *res ipsa loquitur*.
- El daño moral debe ser probado como cuantía dineraria. Excepcionalmente, algunas jurisdicciones permiten la estimación del daño bajo situaciones de difícil probanza. Sin embargo, el recurso a la equidad puede ser problemática si el juez no fundamenta su uso.
- El daño moral punitivo puede ser una alternativa deseable para disuadir conductas reprochables. Sería deseable que cuente con base legal expresa.

11. BIBLIOGRAFÍA

O. A. ALCÁNTARA, “Los “daños punitivos” y su incorporación al derecho peruano: reflexión acerca de su utilidad en procesos por daños masivos”, *Jurídicas*, Vol. 18, No. 2, 2021, p. 27-41.

F. J. ALVARADO GARCÍA, “Un marco teórico de dos etapas para abordar los daños punitivos en el derecho civil chileno. Un enfoque comparado desde el derecho inglés”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 12, No. 2, 2024, p. 168-218.

C. BANFI DEL RÍO, “De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno”, *Revista de Derecho*, Vol. 30, No. 1, 2017, p. 97-125.

H. BARRETO ARDILA, “Cuantificación de la indemnización judicial en equidad o en derecho en el marco de la ley de justicia y paz”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 33, No. 95, 2012, p. 101-118.

- F. BENATTI y S. GARCÍA LONG, “La reparación extrapatrimonial del daño por frustración al proyecto de vida”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 80, 2020, p. 123-163.
- A. BULLARD GONZÁLEZ, “Cuando las cosas hablan. El *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil” en *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2da edición, Palestra Editores, 2006, p. 757-793.
- R. BURGOS OSVALDO, *Daños al Proyecto de Vida*, Astrea, 2012.
- J. F. CALDERÓN GAMBOA, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- C. CALDERÓN PUERTAS, *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano*, Montivensa, 2014.
- H. A. CÁRDENAS VILLARREAL y P. V. GONZÁLEZ VERGARA, “Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37, No. 106, 2007, p. 213-237.
- I. DE LA MAZA GAZMURI, “El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, No. 2, 2018, p. 275-309.
- F. DE TRAZEGNIES GRANDA, “¿Igualando lo desigual?”, *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, No. 1, 2011, p. 17-35.
- R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, No. 3, 2004, p. 493-514.
- R. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Acción por daño moral y continuación del proceso por sus herederos. Comentario a la sentencia de la corte suprema, Rol 13.853-2022”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Vol. 92, No. 256, 2024, p. 233-240.
- R. A. DOMÍNGUEZ ROCA, “La prueba del daño moral y su estimación por equidad: ¿criterios objetivos para su debida motivación?”, *Actualidad Civil*, No. 74, 2020, p. 143-180.
- S. ESPADA MALLORQUÍN y A. PINO EMHART, “La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida: análisis del caso chileno”, *Vniversitas*, Vol. 69, 2020, p. 1-20.
- J. ESPINOZA ESPINOZA, “Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, *Revista de Derecho UNMSM*, Vol. 48, No. 1, 1990-1991, p. 157-169.
- V. GARCÍA SANDOVAL, “La reparación civil en el proceso penal: algunas reflexiones”, *Revista Derecho*, Vol. 16, No. 16, 2025, p. 101-123.
- S. GARCÍA LONG, *La función punitiva en el derecho privado*, Instituto Pacífico & Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- S. GARCÍA LONG, “¿Aún un irritante legal? La experiencia peruana sobre los daños punitivos”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 90, 2020, p. 49-72.
- S. GARCÍA LONG, “Casación 1 - Daños punitivos 0. Comentario a la Casación N° 464-2018-La Libertad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 101, 2021, p. 153-178.
- S. GARCÍA LONG, “Taking punitive damages seriously once again”, *Revista de Derecho, Sociedad y Empresa (REDS)*, No. 25, 2025, p. 113-126.
- GARCÍA LONG, “Una guía para trasplantar los daños punitivos del Common Law al Civil Law” en S. GARCÍA LONG (eds), *Ideas disruptivas de la responsabilidad extracontractual*, Grijley, 2026, p. 397-426.
- S. GARCÍA LONG y K. VILLANUEVA, “El costo de la vida: la responsabilidad extracontractual por muerte. Con ocasión de la Casación N° 3824-2013-ICA” en *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial*, Instituto Pacífico, 2020, p. 600-657.

- G. FERNÁNDEZ CRUZ, *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2019.
- C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Daño al proyecto de vida”, *Derecho PUCP*, Vol. 50, 1996, p. 47-97.
- C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual”, *Themis*, No. 38, 1998, p. 179-209.
- D. LINARES AVILEZ, “El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal”, *Derecho & Sociedad*, No. 38, 2012, p. 76-87.
- L. LEÓN HILARIO, “El daño existencial. ¿Una idea valiosa o solo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?”, *Ius et Veritas*, No. 22, 2001, p. 36-52.
- N. E. MARTÍNEZ BENAVIDES, “Análisis de la presunción de daño moral que beneficia a ciertas víctimas indirectas en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, No. 42, 2019, p. 181-210.
- M. NAVARRO MICHEL, “Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, No. 3, 2003, p. 1197-1230.
- G. A. OROZCO GADEA, “Transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral”, *Revista de Derecho*, No. 17, 2014, p. 27-74.
- I. M. PÁEZ SIERRA, “Res ipsa loquitur y su aplicación en materia de responsabilidad civil médica en Colombia”, *Revista Jurídica Piélagus*, Vol. 21, No. 1, 2022, p. 1-26.
- D. A. PARRA SEPÚLVEDA, “El *danno alla salute* y el llamado *danno biologico* a la luz de los daños corporales”, *Ars Boni et Aequi*, Vol. 9, No. 1, 2013, p. 173-184.
- G. PERALTA TRIPUL, “¿Daños punitivos o daño moral punitivo? El resarcimiento “sancionador” como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú?”, *Chornancap Revista Jurídica*, Vol. 2, No. 1, 2024, p. 53-80.
- P. RODRÍGUEZ GREZ, “Daño moral: un laberinto jurídico”, *Revista Actualidad Jurídica*, No. 12, 2012, p. 83-172.
- M. del S. RUEDA FONSECA, “Las vertientes doctrinarias del daño moral o pretium doloris”, *Revista Boliviana de Derecho*, No. 4, 2007, p. 21-58.
- D. A. SANDOVAL GARRIDO, “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”, *Revista de Derecho Privado*, No. 25, 2013, p. 237-273.
- P. SIRENA, “Tres tesis sobre la distinción entre daño-evento y daño-consecuencia” en S. GARCÍA LONG (eds), *Ideas disruptivas de la responsabilidad extracontractual*, Grijley, 2026, p. 119-128.
- M. TORRES MORAGA, “Transmisibilidad de la acción por daño moral en materia de accidentes de trabajo”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, No. 37, 2020, p. 67-86.
- M. Á. VELOZ ROMO, “El concepto de reparación integral del daño como base para determinar una indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado de México”, *Anuario de Derecho, Comercio Internacional, Seguridad y Políticas Públicas*, No. 3, 2024, p. 47-58.
- B. WINIGER, H. KOZIOL, B. A. KOCH y R. ZIMMERMANN (eds), *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases on Damage*, Berlin/Boston, de Gruyter, 2011.
- O. WOOLCOTT OYAGUE y D. MONJE MAYORCA, “El daño al proyecto de vida: Noción, estructura y protección jurídica según los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 23, No. 2, 2018, p. 128-137.

EL DELITO DEL ESTUPRO. ESPECIAL RELEVANCIA EN LAS FIGURAS TÍPICAS DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

Ricardo William SÁNCHEZ ROCHA*
Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal
Profesor de las Universidades de León y Estrasburgo, León, Gto.

<https://doi.org/10.14679/4864>

Fecha de recepción: 16/12/2025
Fecha de aceptación: 30/12/2025

RESUMEN: El presente artículo es un estudio de las figuras típicas del estupro básico, y del estupro fraudulento, en donde dichas figuras, el legislador del Estado de Guanajuato sanciona la seducción y en engaño del sujeto activo, así una menor de 16 años, en donde el Estado no le reconoce su libertad de disposición de su esfera de operatividad funcional de la libertad sexual, ya que su consentimiento no está totalmente desarrollado con plenitud, y existen vicios en el consentimiento que anula dicho consentimiento, además, de la inexperiencia en el mundo sexual la vuelve una persona vulnerable ante la seducción y engaño de los don Juanes que se encuentran en el entorno social.

ABSTRACT: This article is a study of the typical figures of the basic rape, and fraudulent rape, where these figures, the legislator of the state of Guanajuato sanctions the seduction and deception of the active subject, as well as a minor of 16 years, where the The state does not recognize its freedom of disposition of its sphere of functional operability of sexual freedom, since its consent is not fully developed fully, and there are vices in the consent that annuls this consent, in addition, of inexperience in the sexual world it becomes a vulnerable person before the seduction and deception of the Juanes who are in the social environment.

PALABRAS CLAVE: Estupro básico, Estupro fraudulento, Agravante del estupro, tipicidad, Imputación normativa, Imputación subjetiva, antijuricidad.

KEYWORDS: Basic rape, fraudulent rape, aggravating statutory rape, typicity, normative imputation, subjective imputation, unlawfulness

* Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Sevilla, España. Máster en Derecho Penal por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología por facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, España. Profesor en la Maestría en Ciencias penales, de las materias de dogmática jurídico penal, Etapa de investigación, Intervención delictiva, argumentación jurídica, y teoría del delito, campus bajío (León, Gto.); Profesor de la Universidad de León, León, Gto., en las materias de teoría del delito y Procesal Penal; Profesor de la Universidad Estrasburgo, León, Gto., Director de tesis de la Universidad Internacional de la Rioja, Logroño, Rioja, España; Vicepresidente de Vs & William Sanroc Firma legal, en donde ejerce la actividad de litigante en materia penal, con Email: william376@hotmail.com.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN 1. TIPO PENAL DE ESTUPRO BÁSICO O POR SEDUCCIÓN ART. 185 DEL CP. DE GTO A) Elemento del tipo penal de estupro por seducción se refiere “A quien” B) Elemento del tipo penal de estupro por seducción se refiere “tenga cópula” C) Elemento del tipo penal de estupro por seducción se refiere “persona menor de 16 años” D) Elemento del tipo penal de estupro por seducción se refiere “obteniendo su consentimiento por medio de la seducción a. Por medio de la seducción b. Obteniendo su consentimiento 2. TIPO PENAL DE ESTUPRO FRAUDULENTO O POR ENGAÑO ART. 185-A DEL CP. DE GTO. A) Elemento del tipo penal de estupro fraudulento o engaño se refiere “obteniendo su consentimiento por medio del engaño” a. Por medio del engaño b. Obteniendo su consentimiento B) Tipo agravado del estupro fraudulento “si el activo del delito excede en más de cuatro años la edad del pasivo 3. IMPUTACIÓN NORMATIVA a. Rol social b. Riesgo permitido c. Principio de confianza d. Víctimo-dogmática a) Autopuesta en peligro b) Heteropuesta en peligro e. Prohibición de regreso 4. TÍTULO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA 5. ANTIJURICIDAD DEL DELITO DE ESTUPRO. 6. CONCLUSIONES 7. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El delito de estupro en la historia de la codificación nacional y mundial siempre ha estado presente como forma de tipificación y como una conducta antisocial, ya que desde sus inicios protegía solo a la mujer menor de 12, 15, o 16, como nuestro caso en particular de nuestro Código punitivo, no obstante, que ha mutado dicha figura delictiva de acuerdo a los cambios sociales que envuelve a la misma sociedad de hoy en día, incluso en sociedades como la colombiana ya no existe dicha figura delictiva, pues, se le reconoce a la mujer o menor de 16 años la autodeterminación sexual, será porque en nuestros días el despertar sexual inicia antes de los 12 o entre los 12 años de edad.

Sin embargo, su tipificación ha variado desde un inicio la persona vulnerada no solo era la menor, sino la honra de la menor y de su familia, ya que esta figura delictiva lo que presentaba proteger es la virginidad de la mujer, y por ello, el tipo penal como elemento normativa exige la castidad y honra de la menor, incluso esto estuvo vigente en nuestro sistema jurídico con el código penal de 1994, que tipificaba la conducta del estupro solo contra mujer honesta (art. 252 del Anterior Cp. de Gto. 1994), y que el delito se extingue con el matrimonio del sujeto activo del estupro y la menor víctima (art. 253 del Anterior Cp. de Gto. 1994).

Nuestro actual código penal estatal que entró en vigor el 1 de enero del 2002 cambió la tipificación del injusto de estupro, suprimió las palabras “mujer honesta (art. 252 del Anterior Cp. de Gto. 1994),”, Y la cambió por persona menor 16 años, por lo que en la actualidad es perfectamente viable que la víctima sea un hombre o una mujer, siempre y cuando en el momento de la realización criminal de la cópula tenga una edad inferior a los 16 años, y que el consentimiento sea derivado por una seducción o engaño (art. 185 del Cp. de Gto. del 2002). No obstante, el Código penal del 2002 ha sufrido muchas reformas desde su publicación hasta nuestros días, incluso la última reforma que contiene nuestro ordenamiento punitivo es de fecha 24 de septiembre del 2018, sin embargo, hoy en día, el congreso de diputados estatales, ha discutido y aprobado con fecha 22 de mayo del 2019, la implementación de más delitos sexuales entre ellos sexting (Afectación a la intimidad nuevo art. 187-e Cp. de Gto.), child grooming (Captación de menores nuevo art. 187-f Cp. de Gto.), sextalík (acecho nuevo art. 179-d del Cp. de Gto.).

Pero retomando nuestro objeto de estudio el delito de estupro fue modificado por la reforma del Cp. de Gto., de fecha 03 de junio del 2011, donde se le adiciona al artículo 185 primer párrafo, la multa entre cinco a treinta días multa, ya que antes de dicha reforma solo se imponía una multa de cinco días multa. La última reforma injusto de estupro tal como hoy está vigente en nuestro ordenamiento punitivo es de fecha 16 de diciembre del 2014, donde se separa el estupro simple por seducción art- 185 del Cp. de Gto., y se crea el art. 185-a del Cp. de Gto., que tipifica la figura del estupro fraudulento o por engaño y se crea dentro del anterior artículo una figura agravada de pena donde existe una diferencia de edades entre 4

años entre la víctima del injusto y sujeto activo. Por ello, de la investigación que estamos presentando dado el caso, que existe poco material en nuestro Estado de parte especial de nuestro código penal, además de ello, que la fiscalía y el juzgador muchas ocasiones desconocen la aplicación de la parte especial y general del derecho penal, por ello, me doy la tarea de realizar el presente artículo, pues, en mi práctica profesional como Abogado litigante he notado que la fiscalía archiva denuncias en razón que la menor no era casta y pura, u honesta, de acuerdo con la primera tipificación estatal que existió, pero hoy en día eso es insostenible.

1. TIPO PENAL DE ESTUPRO BÁSICO O POR SEDUCCIÓN ART. 185 DEL CP. DE GTO.

El Código penal del Estado de Guanajuato tipifica el delito de estupro por seducción o estupro básico o simple en el artículo 185 del ordenamiento punitivo mencionado, no obstante, la tipología delictiva requiere que en la figura del estupro exista el consentimiento de la víctima, es decir, que la menor de 16 años dé su consentimiento, pero dicho consentimiento está viciado por un engaño o un vicio, ya sea por la seducción que realiza el sujeto activo.

Se debe de analizar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del estupro para determinar su existencia como una figura antisocial por lo menos para el legislador estatal.

A) Elemento del tipo penal de estupro por seducción se refiere “A quien”

Concepto de “A quien” se refiere al autor directo e inmediato esta otorgado por el artículo 20 del Código penal del Estado de Guanajuato, que en su primera línea contempla el instituto de la autoría, mencionando “*Es autor del delito quien lo realiza por sí... (sic)*”.

Este primer instituto de responsabilidad penal no plantea aparentemente ningún problema, pues se trata del caso común, básico y paradigmático de realización de un delito en concreto. Un sujeto individual¹ que de manera dolosa infringe la vigencia de la norma, se convierte en autor (único, inmediato, directo) del delito que realizó².

Sin embargo, el punto de partida de la determinación de autor no sólo es constituido por la parte general del Derecho penal, sino también por la parte especial³ del Código penal, pues, en este lugar describe por lo general a un sujeto infractor a quien se le imputa la conducta típica y la doctrina tradicional suele entender comúnmente que la conducta descrita en el tipo penal está referida al comportamiento de un sujeto al que se le conoce como autor del hecho criminal. Por ello, tradicionalmente el concepto de autor viene aparejado conforme a aquellas compresiones del personaje central del delito. Ahora bien, esto hoy en día no es sostenible, pues la doctrina moderna crítica el concepto general que aludía la doctrina tradicional como autor que otorgaba por el tipo penal, en concreto no es la base general de la

¹ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 52.

² POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, en Claus ROXIN, / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Lima, 2013, pág. 146; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, págs. 235 y 236 También ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2015. ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, 2ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2016, págs. 261 y 262.

³ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁZER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 658.

determinación del autor único, más bien, la parte especial⁴ del Código penal, puede ayudar a determinar quién es el autor del delito y en nuestro, es el sujeto activo que utiliza la seducción con referencia al artículo 185 Cp. Gto., o el engaño en relación con el artículo 185-a del mismo ordenamiento establecido, pues, utilizando engaños y seducción para obtener un vicio en la voluntad de la menor y así inhibir su resistencia a tener coito sexual con la menor mediante promesa de matrimonio, casamiento (engaño), de que no le va faltar nada y seducción como tal.

No obstante, esta derivación se debe a que los tipos penales aluden generalmente a un sujeto anónimo, comprendido bajo la descripción genérica “a quien”, “el que”, “el particular”⁵, por ejemplo, “a quien...tenga cópula (arts. 185 y 185-a Cp. del Gto.), etcétera. Por ello, la descripción del tipo penal del estupro es anónima del actuante en los términos de “a quien”, no tiene por qué coincidir necesariamente con el autor, esto es, porque los tipos penales de la parte especial se refiere más bien a un “sistema de intervención”⁶, donde pueden converger perfectamente las aportaciones provenientes de una persona individual con las de otras que obran conjuntamente⁷, pero, en todo caso, está referido a un colectivo típico integrado por intervinientes con capacidad para infringir la norma contemplada en el tipo penal⁸. Esto es así porque cada interviniente, hasta el cómplice más secundario, por ejemplo, un familiar que le preste al sujeto activo del estupro un lugar para cópular con la menor automáticamente está ayudando o favoreciendo la actividad ilícita del sujeto activo y debe ser sancionado conforme a la complicidad (art. 22 del Cp. de Gto.) ya que dolosamente presta ayuda a la comisión delictiva del estupro.

Esto es que el familiar del imputado prestó ayuda dolosamente al imputado para que cometa el delito de estupro, esto es, que tengan cópula con una menor de 16 años, ya sea en la casa familiar, local, comercio o un lugar para que estén a solas la víctima del injusto y el sujeto activo.

Por lo tanto, los cómplices tienen un “poder de configuración”⁹ sobre la realización del tipo. Esto quiere decir, que no es aplicable la idea tradicional de que el tipo penal específico otorga directamente a un autor por ser el protagonista principal de la escena criminal y que el partícipe ingresa en el ámbito de la tipicidad gracias a que la regla extensiva de la parte general del Código penal así lo permite¹⁰.

⁴ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁZER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 658.

⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 207.

⁶ JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *CPC*, número 85, Madrid, 2005, págs. 69 y sigs.

⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 5ª. edición alemana por Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 285, 286, 692, 693, 694 y 695.

⁸ Cfr. LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, tomo 48, Fascículo III, Madrid, 1995, págs. 931-937. “...la simple verdad de que autoría es igual a la ejecución de lo recogido en el tipo...De esta forma, cuando se identifica el hecho del autor con la realización típica...queda tan sólo una definición negativa de la participación: participación es la no ejecución propia del hecho, es decir, en cualquier caso, algo cualitativamente distinto de la autoría.”

⁹ JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *CPC*, número 85, Madrid, 2005, págs. 70. “Toda intervención, hasta el más insignificante cómplice, posee un poder de configuración del hecho cuando presta su aporte, pero, sin embargo, respecto de la realización típica, se dice que la misma vendría determinada únicamente por quien ejecuta (aunque éste puede ser, en ocasiones, muy fácilmente sustituible, como en el caso del miembro de una banda); por su parte, cuando son varios los que están ejecutando, la cuestión se complica aún más, y así, sucesivamente”.

¹⁰ CARO JOHN, José Antonio, “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial

A manera de síntesis, la autoría no depende propiamente ni de la configuración típica, en un supuesto de la concepción restrictiva de autor; ni tampoco de lo que el autor pretenda en el caso de la teoría subjetiva; ni de la teoría del dominio del hecho, en que el sujeto domina el suceso causal. Más bien, se trata de una cuestión netamente normativista, en la que la responsabilidad penal resulta idéntica para cada interviniente. La diferencia entre autor y partícipe no es cualitativa si no cuantitativa. Esto es, que el autor es el sujeto responsable que infringe la norma y a quien resulta imputable la perturbación social en que consiste el delito del estupro. Desde esta óptica, la autoría es un momento de la imputación¹¹. Es decir, la autoría es un título de imputación penal, que es presupuesto de la imputación derivado de una infracción a un deber jurídico-penal, de no dañar a otro, o de su aforismo latino “*neminem*”, en este caso en particular del injusto de estupro, ese deber es un deber negativo de no cópular con una menor derivado de la deficiencia de la libertad sexual que tiene la menor de edad. En función de este deber infringido, será el “*quantum*” de la responsabilidad penal¹².

Por ello, en este primer instituto o nivel de análisis de la intervención delictiva, no existe una distinción entre autoría y participación, no al menos en el ámbito de la tipicidad, por lo tanto, la imputación objetiva es idéntica para el autor y el partícipe¹³.

Contextualizando lo expresado y estableciendo en este apartado en este caso en particular, correspondiente al injusto del estupro, será autor directo el sujeto activo que tiene cópula o acceso carnal con una menor de 16 años, porque la menor tiene un déficit de su capacidad de comprensión al momento de otorgar su consentimiento, esto es, que no tiene autodeterminación de disponer de su libertad sexual, sino, hasta que cumpla 17 años, donde el sujeto activo inhibe su consentimiento mediante medios idóneos de la seducción o engaño, sin embargo, no es necesario que se trate de un solo sujeto individual como autor, sino, que también es admitido la realización por varios sujetos en calidad de cómplice que ayuden o favorecen a la actividad delictiva del sujeto activo, como en un caso en que es ayudado o

Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 205 y 206. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, *Jueces para la democracia*, número 81, Madrid, 2014, págs. 56, 57, 60, nota al pie de página número 23 y 70; ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Edición preparada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con la colaboración de Esteban MESTRE DELGADO, 23ª edic, Editorial Tecnos, 2016, págs. 72 y 73.

¹¹ LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, tomo 48, Fascículo III, Madrid, 1995, pág. 937; JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *CPC*, número 85, Madrid, 2005, págs. 81, 82, 84 y 85.

¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, en Claus ROXIN, / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Lima, 2013, pág. 150; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 239 También ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2015. ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, 2ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2016, 265; ID., *El delito de detención ilegal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982, págs. 205 y 206. Como también, KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *RP*, número 11, Barcelona, 2003, pág. 56.

¹³ CARO JOHN, José Antonio, “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, pág. 206. Desde una postura equivalente, pero alude a un plano normativo BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Colección justicia penal, Núm. 1, Editorial Atelier, Barcelona, 2004, págs. 25 y 91 nota al pie de página número 163. Cfr. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, *Estudios penales y criminológicos*, número 10, Santiago de Compostela, 1985-1986, pág. 384.

favorecido por un amigo, familiar que preste al autor un lugar para cópular con la menor de 16 años¹⁴.

B) Elemento del tipo penal de estupro por seducción se refiere “tenga cópula”

El término “cópula” se refiere a la conducta que realiza el sujeto activo, con la menor de 16 años¹⁵, es una conducta de acción, pero esta acción consiste en el acceso carnal del miembro viril del imputado con la menor de 16 años, esto es que con una sola ocasión que el sujeto activo introduce el miembro viril en la cavidad vaginal se configura este elemento descriptivo.

Ahora bien, el Diccionario de la Real Academia Española, define la palabra y verbo a la vez de la cópula, como “unirse o juntarse sexualmente, o juntar o unirse algo con otra cosa”¹⁶.

En todo caso, el término cópula¹⁷ en su semántica se refiere al acceso carnal¹⁸ que tiene el sujeto activo con la menor de edad, ya sea una vez o varias ocasiones que están juntos, pero en tipo penal solo exige una sola ocasión para la configuración de este elemento.

C) Elemento del tipo penal de estupro por seducción se refiere “persona menor de 16 años”

Otro de los elementos objetivos de la tipicidad del estupro, es el que tenga cópula con menor de 16 años, en este caso en particular, el sujeto activo debe realizar la conducta descrita en el tipo penal del artículo 185 o 185-a, que es copular con una menor de 16 años¹⁹, en pocas palabras es realizar una actividad sexual en donde exista una penetración ya sea en la cavidad vaginal o anal, ya que en tipo no hace una distinción, entre dichas formas, incluso, solo menciona la conducta cópula, y dicha apreciación incluye la realización sexual vía vaginal o anal. En el mismo sentido, tampoco realiza una distinción entre hombre o mujer,

¹⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 52; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El de estupro incesto”, *ADPCP*, tomo 29, fascículo II, Madrid, 1997, pág. 308; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pág. 121; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, puesto al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, 17ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1994, pág. 221.

¹⁵ México Vid. CARDONA ARIZMENDI, Enrique / Cardona Maldonado, José Alberto, *Apuntamientos de Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida y la salud, Delitos contra la Libertad sexual, Delitos contra el patrimonio*, Comentarios actualizados y puesto al día, 3ª edic., Editorial Yussim, León, Guanajuato, México, 2012, págs. 113-115.

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española (accesible en: <https://dle.rae.es/?id=Amn8p1l|AmpFsou>)

¹⁷ México Vid. CARDONA ARIZMENDI, Enrique / Cardona Maldonado, José Alberto, *Apuntamientos de Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida y la salud, Delitos contra la Libertad sexual, Delitos contra el patrimonio*, Comentarios actualizados y puesto al día, 3ª edic., Editorial Yussim, León, Guanajuato, México, 2012, págs. 111-113; CARDONA ARIZMENDI, Enrique / OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtemoc, *Código penal comentado del Estado de Guanajuato. Concordado con el Código penal federal*, con exposición de motivos y jurisprudencia, 3ª edic., Editorial Orlando Cardenas, Irapuato, Gto., 1996, págs. 651 y 652; AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., *Derecho penal*, 4ª edic., 5ª reimpr., Editorial Oxford, México, 2012, pág. 367.

¹⁸ Vid. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 428, 429 y 430; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El de estupro incesto”, *ADPCP*, tomo 29, fascículo II, Madrid, 1997, pág. 313; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, puesto al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, 17ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1994, pág. 185; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo IV, 3ª. edic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 64; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pág. 121; MADRID CRUZ, María Dolores, “El arte de la seducción engañosa. Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el tribunal del Bureo. Siglo XVII”, Cuadernos de historia del derecho, vol. 9, Madrid, pág. 125.

¹⁹ México Vid. CARDONA ARIZMENDI, Enrique / Cardona Maldonado, José Alberto, *Apuntamientos de Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida y la salud, Delitos contra la Libertad sexual, Delitos contra el patrimonio*, Comentarios actualizados y puesto al día, 3ª edic., Editorial Yussim, León, Guanajuato, México, 2012, págs. 113-115; AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., *Derecho penal*, 4ª edic., 5ª reimpr., Editorial Oxford, México, 2012, pág. 368.

por lo que es aplicable tanto a hombres o mujeres siendo sujetos pasivos de la conducta, ya que la nomenclatura menor de 16 años no hace una distinción de sexo, por lo que cabría perfectamente que el sujeto pasivo sea hombre o mujer, siempre y cuando sea menor de 16 años.

Por lo tanto, solo puede ser sujeto pasivo del injusto de estupro una persona menor de 16 años²⁰ ya sea hombre o mujer, pero que tenga una edad cronológica inferior a 16 años de edad, esto es por la propia exposición del texto legal que contemplan los artículos 185 y 185-a del Cp. de Gto., pero también el tipo penal del estupro por seducción y el estupro fraudulento exigua en el primero la seducción del imputado así la menor y en el segundo en engaño, que por medio de la seducción o el engaño venzan la barrera de comprensión de la menor y autorice la relación sexual, no obstante, que la esencia del tipo penal es la punición de esta actividad, aunque exista el consentimiento de la menor, ya que ese consentimiento está viciado por una seducción o un engaño, por ejemplo, promesa de matrimonio (engaño), por ello, el legislador del Estado de Guanajuato crea este tipo penal al castigar al sujeto activo por seducir y engañar a una menor de edad a otorgar su consentimiento, sin tener un derecho la menor de la libertad sexual, ya que no comprende la ilicitud o en su defecto el derecho penal no le confiere esa autodeterminación de la decisión sexual para poner a su disposición de él, por ello, de la pena por la existencia de un consentimiento viciado derivado de la seducción o engaño de una menor, a la cual el Estado no le reconoce su libertad sexual por no ser una persona realmente madura para comprender la ilicitud de acto o en su defecto la autodeterminación de las relaciones sexuales y los efectos nocivos que puede contraer la existencia de la relación sexual con una menor de edad.

Además, de ello, que el legislador del Estado de Guanajuato, considera a los menores de 16 años como personas especialmente vulnerables al ser un menor de 16 años, que es muy fácil que sujetos mayores de edad o sujetos con vasta experiencia sexual, la puedan enamorar y seducir mediante regalos, promesas, halagos y con ellos conseguir al finalidad trazada por el sujeto activo que es copular con una persona menor de 16 años, por ello, que el legislador del Estado de Guanajuato creó este tipo penal para poder sancionar las actividades ilícitas de los sujetos activos que obtienen el consentimiento mediante seducción o engaño de personas que son especialmente vulnerables a los sentimientos del amor y que su libertad sexual no está del todo desarrollada para poder disponer de ella como lo realizó la menor y el imputado.

Ahora bien, establecer como edad máxima el legislador del Estado de Guanajuato la edad de 16 años en el injusto del estupro en ambas variantes ya sea simple o fraudulento se refiere a una cuestión de Política-criminal²¹, en donde se reconoce que la menor de 16 años es una persona especialmente vulnerable ante los actos engañosos, vicios y seducciones de sujetos que nublan el estado cognitivo y de su libertad de autodeterminación, engañándolas o seduciéndolas para otorgar un consentimiento que es inválido, y que socialmente la sociedad del Estado de Guanajuato lo considera como un bien jurídico no disponible para las menores de 16 años, en razón a su inexperiencia sexual y sobre todo para evitar daños físicos y psicológicos en su estado de ánimo y en su pubertad ya que estas personas menores de 16

²⁰ Vid. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, pág. 431; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo IV, 3ª. edic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 65; CANCIO MELÍA, Manuel, “Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo código penal colombiana. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado”, *Derecho penal y criminología*, vol. 21, número 70, Bogotá, 2000, pág. 82; MATUS RAMÍREZ, Politoff / PIERRE MATUSA, Jean / RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, Parte especial, 2ª edic., Santiago de Chile, 2004, pág. 265; R., BULLEMORE G., Vivian / MACKINNIN R., John R., Curso de derecho penal. Parte especial, Delitos contra vida, la salud individual, el patrimonio y la libertad sexual, tomo III, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pág. 197; MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director) / Fermín Morales Prats (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 313; MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, traducción del alemán por Pedro DORADO MONTERO, tomo II, la España Moderna, Madrid, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pomplona, 2003), pág. 89.

²¹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, puesto al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, 17ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1994, pág. 185.

años se mueven dentro del entorno social de la pubertad donde no tienen todas las facultades cognitivas de discernir y sobre todo de autodeterminación de sus esferas o bienes jurídicos disponibles, por eso, es que legislador del Estado de Guanajuato establece esta figura delictiva, como una forma de proteger la interacción social de los menores de 16 años con el mundo social de los adultos, ya que la capacidad de comprensión y entendimiento es menor en estas personas especialmente vulnerables ante las seducciones y engaños de los mayores de edad.

D) Elemento del tipo penal de estupro por seducción se refiere “obteniendo su consentimiento por medio de la seducción”

El tipo penal del estupro simple o estupro por seducción del artículo 185 del Cp. de Gto., establece dentro de los elementos descriptivos de la conducta el medio idóneo para vencer el consentimiento de la menor de 16 años mediante la seducción, dicho medio ideo debe ser analizado primero que el elemento del consentimiento de la menor de 16 años, en razón que se necesita primeramente la seducción para eliminar la barrera psíquica del consentimiento de la menor por el arte de la seducción y la labia y ganar la confianza de la menor así la menor acepte sin problemas la cópula sexual con el sujeto infractor de la norma penal.

a. Por medio de la seducción

La Real Academia de la Lengua Española define la seducción como la “acción y efecto de seducir”²², pero el seducir la misma Real Academia española la define como: “conducir, persuadir a alguien con argucias o halagos para algo, frecuentemente malo. Atraer físicamente a alguien con el propósito de obtener de él una relación sexual o embargar o cautivar el ánimo a alguien”²³, en pocas palabras es el arte o maña del engaño a la persuasión suave del mal²⁴. Ahora bien, el Código Penal de Estado de Guanajuato en su artículo 185 utiliza el término “seducción” para referirse al engaño, es decir, que el legislador define el estupro como un acto carnal, derivado de la palabra cópula, en el que había intervenido la seducción, pero no la fuerza. Esto quiere decir, que la palabra seducción está incluida tácitamente en la normativa penal del artículo 185 del Cp. de Gto., en donde se puede denominar que el “engaño o astuta, astuto o persuasión al mal sexual”, y “la pasión que mueve al seductor es perfecta, al tener sólo el deseo carnal, a despertar en la mujer el amor que permita al estuprador alcanzar su objetivo, puesto que sólo, en el caso de la mujer menor de 16 años, el amor puede conducir al logro de su deseo²⁵.”

Ahora bien, existe dos tipos de seducción, la primera de ellas es la denominada seducción presunta²⁶, que se comprende como la presunción de la ley, “*juris et de jure / iuris et de iure*”, de la víctima por su inexperiencia sexual cede a la seducción que realiza el sujeto activo por la propia naturaleza del acto sexual. Así, se dice, que la seducción presunta por las condiciones del sujeto activo y por sus relaciones con la mujer, se encuentra en todos aquellos

²² Diccionario de la Real Academia Española (accesible en: <https://dle.rae.es/?id=XRd0JzO>)

²³ Diccionario de la Real Academia Española (accesible en: <https://dle.rae.es/?id=XRdK7Je>)

²⁴ MADRID CRUZ, María Dolores, “El arte de la seducción engañosa. Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el tribunal del Bureo. Siglo XVII”, Cuadernos de historia del derecho, vol. 9, Madrid, pág. 123.

²⁵ MADRID CRUZ, María Dolores, “El arte de la seducción engañosa. Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el tribunal del Bureo. Siglo XVII”, Cuadernos de historia del derecho, vol. 9, Madrid, pág. 123; MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, traducción del alemán por Pedro DORADO MONTERO, tomo II, la España Moderna, Madrid, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pomplona, 2003), pág. 90.

²⁶ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, traducción del italiano por ORTEGA TORRES, José J. / GUERRERO, Jorge, vol. II, 4ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1986, pág. 220; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El de estupro-incesto”, *ADPCP*, tomo 29, fascículo II, Madrid, 1997, pág. 311; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

casos en que el hombre, sin llegar a actos que constituyen verdadera violencia moral o física²⁷, abusa de alguna situación de autoridad que le da cierto imperio sobre la menor de edad para hacerla consentir a sus deseos²⁸. Pero inician los medios comisivos de la seducción, como, por ejemplo, los halagos, artificios²⁹ regalos, mensajes, llamadas del seductor para enamorar a la menor y así cumplir con su plan trazado de tener cópula con una menor de edad.

Y la segunda forma de seducción, es la seducción real o verdadera³⁰, que significa que el engaño para persuadir al mal sexual, se abusa de la inexperiencia o de la debilidad de una menor³¹.

Ahora bien, lo expuesto hasta el momento, el tipo penal del estupro básico o estupro por seducción del artículo 185 del Cp. de Gto., determina ambas figuras de seducción es decir, la seducción presunta y la seducción real o verdadera, ya que el factor de la punibilidad, o mejor dicho, el factor medular de la creación penal y de la necesidad y el merecimiento de la pena estatal, sobre esta conducta antisocial, es por la edad de la menor, en razón, en que se presume que la víctima al ser menor de edad de 16 años, es una persona inexperta en el ámbito sexual y por ello cede a la seducción por la propia naturaleza del acto, y no por el engaño del sujeto activo³². Sin embargo, la distinción entre los tipos de la seducción ya sea la real o la presunta, estriba, en que la seducción real, el sujeto activo logra el acceso engañando o persuadiendo a la víctima, en donde el engaño³³, mediante la seducción se logra, por ejemplo, de que no lo iba ver de nuevo en la ciudad, y que era mejor que se fuera con él, ya que iba ser imposible que se sigan viendo. En cambio, la seducción presunta, la ley la presume de “*iuris et de iure / juris et de jure*”, en donde la víctima por su inexperiencia cede a la seducción por la propia naturaleza del acto³⁴, es decir, la conquista con halagos, regalos³⁵, llamadas, artificios regalos, mensajes del seductor para enamorar a la menor y así cumplir con su plan trazado de tener cópula con una menor de edad.

b. Obteniendo su consentimiento

Ahora bien, el elemento medular del injusto del estupro es el consentimiento de la víctima menor de 16 años que da su consentimiento por medio de la seducción, esto es, que es inducida a una seducción o una fuerza irresistible en que la barrera psicológica de la menor es vencida por la seducción como medio para obtener la cópula, no obstante, que este consentimiento es viciado e incompleto ya que la menor de 16 años de acuerdo con el tipo penal del estupro no tiene la facultad de disposición de la libertad sexual, y por ello de su punición a querer el legislador estatal proteger este bien jurídico de sujetos seductores que solo buscan aliviar su

²⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El de estupro-incesto”, *ADPCP*, tomo 29, fascículo II, Madrid, 1997, págs. 312 y 313.

²⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

²⁹ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

³⁰ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, traducción del italiano por ORTEGA TORRES, José J. / GUERRERO, Jorge, vol. II, 4ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1986, pág. 223; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

³¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

³² DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

³³ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

³⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

³⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 433.

libido sexual o ánimo libidinoso³⁶, cortejando a menores de edad que son personas especialmente protegidas por el derecho penal al no tener disminuido sus facultades de la conducta antisocial del estupro, es decir, que la protección se debe que el menor no sabe controlar dichos impulsos sexuales, y que un sujeto que domina el arte de la seducción es muy fácil que obtenga el consentimiento del menor mediante vicios y argucias.

La importancia de la conexión de la seducción con el consentimiento de la menor, es que existe un consentimiento viciado, por la seducción, que justamente tiene que ver entre la línea de distinción entre el injusto del estupro y la violación³⁷, en donde se trata la línea delgada de los delitos contra la libertad sexual, y en el delito de estupro se necesita un consentimiento viciado de la realidad por medio de arte de la seducción, donde este consentimiento viciado en el caso particular de los menores, se interfiere el desarrollo sexual del menor y su desarrollo normal de la pubertad³⁸. De ahí que la seducción se ha evaluarse desde esta perspectiva, esto es, si efectivamente por su trascendencia constituye o no un vicio del consentimiento, esto es, que haya aprovechamiento de la realidad por medio de la seducción de una relación determinada para dirigir o dominar la voluntad del menor³⁹.

Es por eso que el legislador del Estado de Guanajuato ha tipificado la conducta antisocial del estupro en la situación de la seducción donde el consentimiento no es plenamente válido por el menor, ya que a los menores de 16 años, se abusa de la inexperiencia sexual, que apenas está despertando sexualmente, y que el legislador les considera sujetos especialmente vulnerables en las actividades sexuales, ya que el tipo penal del estupro por seducción, la actividad del sujeto activo, abusa de un poder fáctico, que llevan a prestar un consentimiento viciado por temor a un mal más o menos grave e inminente que no llegara a constituir, por ejemplo, el olvido del amor que le juro el sujeto activo a la menor, y que puede ser fundamental para que otorgue la menor de 16 años, el consentimiento, derivado de la promesa del amor eterno que es el arte de la seducción, y por tanto, un daño al bien jurídico protegido que tratándose de personas púberes, es la libertad sexual⁴⁰, al cual el Estado no les concede la libertad de autodeterminarse y manifestar dicha libertad al ser personas especialmente vulnerables a las argucias de los mayores que usan la seducción para aliviar su apetito sexual.

Ahora bien, hay delitos en particular que exigen reglas especiales para la capacidad de consentimiento⁴¹. Así por ejemplo, en nuestro caso en concreto del delito de estupro en donde el legislador del Estado de Guanajuato establece que la capacidad de consentimiento de la libertad sexual solo será después de los 17 años cumplidos, es decir, que la capacidad de disipación de la autodeterminación sexual será después de cumplir 17 años de edad, ya que un menor de 16 años, no tiene la madures mental del riesgo o peligro que es tener relacione

³⁶ MATUS RAMÍREZ, Politoff / PIERRE MATUSA, Jean / RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, Parte especial, 2ª edic., Santiago de Chile, 2004, pág. 269.

³⁷ MATUS RAMÍREZ, Politoff / PIERRE MATUSA, Jean / RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, Parte especial, 2ª edic., Santiago de Chile, 2004, pág. 265.

³⁸ MATUS RAMÍREZ, Politoff / PIERRE MATUSA, Jean / RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, Parte especial, 2ª edic., Santiago de Chile, 2004, pág. 266.

³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pág. 121; MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director) / Fermín Morales Prats (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 313.

⁴⁰ MATUS RAMÍREZ, Politoff / PIERRE MATUSA, Jean / RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte especial, 2ª edic., Santiago de Chile, 2004, pág. 266.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª. edic, Editorial Reppertor, Barcelona, 2005, pág. 504. Como también ID., *Derecho penal. Parte general*, 8ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2008. También ID., *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín, 9ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011; También ID., *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015. ID., *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., 2ª reimpr, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, pág. 504.

sexuales y por ello, el legislador considera a los menores de 16 años como personas especialmente protegidas en su libertad sexual al ser un bien jurídico no disponible para ellos⁴².

Por lo tanto, si la libertad sexual no es un bien jurídico disponible para los menores de 16 años, el representante legítimo es el tutor o quien tenga o ejerza la patria y custodia del menor y por dicha causa se vuelve protectora de la menor de edad, y de los bienes jurídicos de la menor⁴³, por ello, la madre o padre, o quien tenga la custodia del menor, es la parte ofendida de la actividad ilícita que realizó el sujeto activo en contra de la libertad sexual de la menor de 16 años, donde la víctima directa es la menor de 16 años.

Por lo tanto, en esta figura delictiva no cabe la existencia de la atipicidad, derivado del consentimiento, es decir, no opera en este delito en particular el acuerdo previo⁴⁴, ya que menor de 16 años no tiene la facultad por el legislador del Estado de consentir el acto sexual, por ello, de la tipificación del delito del estupro, esto que el tipo penal de estupro prohíbe las relaciones sexuales de menores de 16 años en cuyo bien jurídico no es disponible para ellos, porque son personas especialmente vulnerables que puede caer en la artimaña de la seducción o engaño⁴⁵.

Ahora bien, el consentimiento como excluyente del delito requiere de ciertos requisitos o elementos para que se configure, entre ellos: Que exista en la víctima una capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento⁴⁶. Sin embargo, no se confiere validez al consentimiento prestado por los menores de edad⁴⁷, y mucho menos en el delito de estupro, el menor de 16 años no tiene la disposición y la autodeterminación de la libertad sexual que el Estado tutela, ya que el Estado los considera como personas especialmente vulnerables a los engaños y seducciones de los sujetos mayores de edad, incluso, socialmente está mal visto que una persona mayor de 18 este sexualmente con un menor de edad, en razón, que la sociedad contempla la inocencia del

⁴² ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª. edic, alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, 5ª reimp, Editorial Civitas, Madrid, 2008, págs. 541 y 542. (IDEM, Editorial Civitas, Navarra, 1997)

⁴³ ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª. edic, alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, 5ª reimp, Editorial Civitas, Madrid, 2008, pág. 542. (IDEM, Editorial Civitas, Navarra, 1997); JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 5ª. edición alemana por Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 410.

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 131 y 132.

⁴⁵ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.) / JUDEL PRIETO, Ángel / PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho penal*, tomo I, Parte general, en 4ª. edic, Editorial Thomson civitas-Aranzadi, 2006, pág. 215; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, puesto al día por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ, 4ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 455 y 456; DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal. Parte general. Conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, 3ª edic, Editorial Porrúa, México D.F., 2008, págs. 342, 346, 347, 353, 354 y 355; VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Teoría general del delito*, 3ª reimp. Editorial Oxford, México, D.F., 2017, pág. 140.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª. edic, Editorial Reppertor, Barcelona, 2005, pág. 513. Como también ID., *Derecho penal. Parte general*, 8ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2008. También ID., *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín, 9ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011; También ID., *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015. ID., *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., 2ª reimp, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, pág. 513.

⁴⁷ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.) / JUDEL PRIETO, Ángel / PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho penal*, tomo I, Parte general, en 4ª. edic, Editorial Thomson civitas-Aranzadi, 2006, pág. 215; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Elementos de Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, México D.F., 2006, pág. 590.

menor o su inexperiencia sexual como un bien jurídico a tutelar, además, que existe una palabra coloquial sobre todo entre hombres que solo se puede andar con mujeres o personas que ya alcanzan el timbre, y esta palabra se entiende que solo se puede tener noviazgos o actividades sexuales con personas mayores de 17 años que ya tienen su libre disposición sexual. Es por ello, que los menores de 16 años no contienen la esfera o libertad sexual de interacción social, ya que son personas especialmente protegidas por el derecho penal⁴⁸.

Por lo anterior, manifestado la menor de 16 años, no puede disponer de su libertad sexual con ninguna persona y su consentimiento no es válido para que el delito sea excluido ya que de acuerdo con el ordenamiento punitivo no alcanza la edad necesaria para gozar de la esfera de la libertad sexual⁴⁹, y el Estado tutela dicho bien jurídico por ser una persona especialmente vulnerable que puede ser seducida, engañada por terceros para obtener su consentimiento y tener cópula con ella, poniendo en riesgo su integridad corporal y su salud sexual. Además, que dicho consentimiento es inválido en razón que no es un bien jurídico disponible para una menor de 16 años, y porque no tiene la capacidad total del discernimiento de consentir la actividad a la que acepta mediante seducción o engaño, para llenar el ánimo sexual de un tercero, que en este caso en particular es el imputado, y también, no reúne el segundo requisito del consentimiento que sea libre, pues, la seducción y el engaño es el factor del vicio que anula el consentimiento, ya que la menor de edad no tiene la capacidad total de consentir y discernir de la actividad ilícita a la que aceptó ser parte en la cópula sexual⁵⁰.

2. TIPO PENAL DE ESTUPRO FRAUDULENTO O POR ENGAÑO ART. 185-A DEL CP. DE GTO.

El primer elemento del estupro fraudulento del art. 185-a del Cp. del Gto., es idéntico que el tipo básico que se refiere a los niveles de intervención delictivo con la palabra “A quien”, por ello remítase apartado A) de este mismo artículo. En el mismo contexto, requiere la palabra “Cópula”, por ello remítase al apartado B) y también, véase el apartado C) referente a menor de 16 años, pues, en ambas figuras delictiva requiere dichos elementos para la configuración delictiva, no obstante, la cualificación o agravante del estupro fraudulento es el elemento objetivo del engaño que a continuación analizaremos.

A) Elemento del tipo penal de estupro fraudulento o engaño se refiere “obteniendo su consentimiento por medio del engaño”

a. Por medio del engaño

El elemento tipo del engaño en el artículo 185-a del Cp. de Gto., es el rasgo más significativo y preponderante de este tipo delictivo hasta el punto que se afirma que el engaño es tan inherente al estupro que en él radica su esencia misma sostenida incluso, que lo que en realidad se castiga en el estupro no es sino “ese embaucamiento de la voluntad femenina para moverla en el sentido de consentir la cópula, por lo que en el estupro se da una seducción engañosa con repercusiones en la sociales para menor de 16 años⁵¹.”

⁴⁸ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.) / JUDEL PRIETO, Ángel / PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho penal*, tomo I, Parte general, en 4ª. edic, Editorial Thomson civitas-Aranzadi, 2006, pág. 215; VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Teoría general del delito*, 3ª reimpr. Editorial Oxford, México, D.F., 2017, pág. 140.

⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español. Parte General en esquemas*, 2ª edic., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 278.

⁵⁰ DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal, Parte general, Conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, 3ª edic, Editorial Porrúa, México D.F., 2008, págs. 342, 346, 347, 353, 354 y 355.

⁵¹ MADRID CRUZ, María Dolores, “*El arte de la seducción engañosa. Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el tribunal del Bureo. Siglo XVII*”, Cuadernos de historia del derecho, vol. 9, Madrid, pág. 125.

Por lo que el engaño es el otro elemento medular y característico que distingue de los demás injustos contra la libertad sexual. Es el que debe mediar para conseguir el acceso carnal. Las formas por las cuales pueden existir el engaño son diversas, entre ellas pueden ser halagar, seducir, solicitar o prometer el matrimonio⁵².

Es evidente que el engaño más típico en esta figura delictiva lo constituye “la promesa de matrimonio”, siendo esta la única admisible para la mujer menor de 16 años, ya que provocan el modo fraudulento o vicio de la consentimiento y voluntad de la menor de 16 años, para que acepte sin resistencia la cópula carnal, en el cual, las mujeres menores de 16 años, declaraban haber accedido a mantener relaciones sexuales exclusivamente tras haber recibido palabras de matrimonio, de forma que “estaban plenamente convencidas en su fuero interno de que ya estaban casadas”⁵³, o que la promesa es verdadera, donde el sujeto activo, no solo lo exterioriza a la menor, sino también a terceros, por ejemplo, a los padres de la menor, inclusive, dicha promesa el sujeto activo lo menciona antes, durante o posterior de la actividad sexual.

En referencia al elemento típico del engaño, debe inducirse a la mujer a formarse una falsa representación de la realidad, como un error, en donde este error y la cópula carnal debe existir una relación de causa de afectación a la libertad sexual. Así, el engaño podrá recaer sobre la naturaleza y consecuencia del acto sexual o sobre la licitud del mismo acto o sobre los verdaderos propósitos del sujeto activo. Esto es, que se requiere un verdadero engaño, por lo menos corroborado por apariencia externa de la esterilización del sujeto activo⁵⁴.

Se ha establecido que la forma más característica del engaño constitutivo de estupro es la “promesa matrimonio no cumplida”. Ya que un engaño idóneo en esta figura delictiva es la “promesa de matrimonio no cumplida”. No obstante, la promesa de matrimonio sólo podía considerarse engaño cuando no se hubiera formalizado mediante solemnes esponsales y se hubiera violado sin justa causa la fe dada⁵⁵.

Elemento rector del delito del estupro fraudulento es el engaño o ardid⁵⁶, en cuando medio fraudulento determinante de la obtención de un consentimiento que nace por ello, viciado. Por lo que se debe establecer una relación de la conducta mendaz o engañosa y la obtención del tracto sexual con menor de 16 años, esto es, que el engaño típico quedará plasmado en actitudes o estrategias de seducción que tiene como fin la obtención del contexto sexual, debiéndose subrayar que la conducta del sujeto debe venir presidida por la específica intención de engaño para alcanzar el referido fin⁵⁷.

Ahora bien, esta figura delictiva de los engaños admite su configuración delictiva, en los supuestos de matrimonio ya sea futuro⁵⁸ o inmediato, la promesa de matrimonio condicionado

⁵² MADRID CRUZ, María Dolores, “*El arte de la seducción engañosa. Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el tribunal del Bureo. Siglo XVII*”, Cuadernos de historia del derecho, vol. 9, Madrid, pág. 133.

⁵³ MADRID CRUZ, María Dolores, “*El arte de la seducción engañosa. Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el tribunal del Bureo. Siglo XVII*”, Cuadernos de historia del derecho, vol. 9, Madrid, pág. 135.

⁵⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo IV, 3ª. edic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 67.

⁵⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo IV, 3ª. edic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 67; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, traducción del italiano por ORTEGA TORRES, José J. / GUERRERO, Jorge, vol. II, 4ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1986, pág. 223.

⁵⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, puesto al día por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ, 4ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 283 y 284.

⁵⁷ MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director) / Fermín Morales Prats (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 317.

⁵⁸ MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, traducción del alemán por Pedro DORADO MONTERO, tomo II, la España Moderna, Madrid, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pomplona, 2003), pág. 91.

a un eventual embarazo, y, por último, el ocultamiento de un estado civil por parte del sujeto activo⁵⁹, promesa de fidelidad o cohabitación⁶⁰.

El engaño, entonces, debe encontrarse estrechamente vinculado a la creación de una representación equivocada de la víctima de los alcances del acto que se pretende ejecutar con ella, por ejemplo, es la cópula sexual con la menor de 16 años, en donde el sujeto activo, logra su finalidad sexual o su libido sexual evitando las resistencias o aquiescencia⁶¹ de la menor de 16 años⁶², mediante la promesa de matrimonio⁶³.

b. Obteniendo su consentimiento

El estupro simple o básico exige el consentimiento como un elemento del tipo penal de estupro, en el mismo sentido el estupro fraudulento o por engaño también exige dicho elemento típico, para tal efecto véase el apartado correspondiente al inciso D), número 2) del anterior apartado.

Sin embargo, la particularidad del injusto del estupro es el otorgamiento del consentimiento por parte de la víctima, ya que el consentimiento no hace irrelevante el hecho para el delito en cuestión, todo lo contrario, para que se configure dicho tipo delictivo se exige este elemento para configuración objetiva del delito, porque si no estaríamos en el puesto de otra figura delictiva distinta a la que estamos demostrando que realizó el imputado, que sería la violación, ya que ambas figuras delictivas tiene el mismo objeto de protección que es la libertad sexual, incluso, tampoco justifica o determina una causa de atipicidad el consentimiento de la víctima, hacia la conducta irracional del imputado⁶⁴. Ya que se considera que el bien jurídico tutelado en el injusto del estupro es la libertad sexual, no obstante, que el legislador Estatal ha determinado que los menores de 16 años no tienen dicha facultad de autodeterminar dicho bien jurídico, y el plus calificador de la conducta en mención que existe un vicio en la voluntad del menor derivado de un engaño, ya sea promesa de matrimonio o de cohabitar juntos, que es incumplida por el sujeto activo, incluso dicha promesa la usó para obtener su finalidad

⁵⁹ MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director) / Fermín Morales Prats (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 318.

⁶⁰ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte especial*, tomo III, Delitos contra la vida, Delitos contra la integridad física y la salud, Delitos contra el honor, Delitos el orden de la familia, Delitos contra la honestidad, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pág. 390.

⁶¹ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte especial*, tomo III, Delitos contra la vida, Delitos contra la integridad física y la salud, Delitos contra el honor, Delitos el orden de la familia, Delitos contra la honestidad, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pág. 392; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El de estupro-incesto”, *ADPCP*, tomo 29, fascículo II, Madrid, 1997, pág. 312,

⁶² México Vid. CARDONA ARIZMENDI, Enrique / Cardona Maldonado, José Alberto, *Apuntamientos de Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida y la salud, Delitos contra la Libertad sexual, Delitos contra el patrimonio*, Comentarios actualizados y puesto al día, 3ª edic., Editorial Yussim, León, Guanajuato, México, 2012, págs. 113-115; CARDONA ARIZMENDI, Enrique / OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtemoc, *Código penal comentado del Estado de Guanajuato. Concordado con el Código penal federal*, con exposición de motivos y jurisprudencia, 3ª edic., Editorial Orlando Cardenas, Irapuato, Gto., 1996, págs. 652 y 653; AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., *Derecho penal*, 4ª edic., 5ª reimpr., Editorial Oxford, México, 2012, pág. 363.

⁶³ México Vid. CARDONA ARIZMENDI, Enrique / Cardona Maldonado, José Alberto, *Apuntamientos de Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida y la salud, Delitos contra la Libertad sexual, Delitos contra el patrimonio*, Comentarios actualizados y puesto al día, 3ª edic., Editorial Yussim, León, Guanajuato, México, 2012, pág. 116; AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., *Derecho penal*, 4ª edic., 5ª reimpr., Editorial Oxford, México, 2012, pág. 368. En España: ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en AA. VV. *Derecho penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 263 y 264; RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Jesús-María Silva Sánchez (director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edic., Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pág. 119.

⁶⁴ DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal, Parte general, Conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, 3ª edic, Editorial Porrúa, México D.F., 2008, págs. 342, 346, 347, 353, 354 y 355.

sexual y usar al menor como un puro objeto sin raciocinio de la comprensión de la ilicitud delictiva.

B) Tipo agravado del estupro fraudulento “si el activo del delito excede en más de cuatro años la edad del pasivo

El tipo cualificado o agravado del estupro fraudulento correspondiente al artículo 185-a párrafo II, en que se señala una pena mayor si el sujeto activo tiene 4 años más que el sujeto pasivo.

La esencia del agravante del delito de estupro fraudulento, se debe a la cuestión, en que en el presente delito pueden reconducirse sin excesiva dificultad a la superioridad manifiesta de la que se aprovecha el sujeto activo, de su mayoría de edad, la gran mayoría de las veces debido a la habitual diferencia de edad existente entre él (Sujeto activo) y su víctima⁶⁵, que es inferior de edad que el sujeto activo por más de 4 años de diferencia, esto se debe que a el sujeto activo ya conoce la ilicitud de la conducta y por ello se merece un juicio de reproche más severo por su ilicitud en la conducta desplegada.

Como también, el factor medular de la agravación del segundo párrafo del artículo 185-a, es derivado en que el sujeto activo 4 años más grande que el menor de 16 años abusa de la inexperiencia sexual de un menor de edad, con el abuso de situación fáctica de poder, que llevan a prestar un consentimiento viciado por temor a un mal más o menos grave e inminente que bien puede llegar a constituir intimidación⁶⁶.

3. IMPUTACIÓN NORMATIVA

La imputación normativa para ambas formas delictivas es idéntica, ya que uno es tipo básico y el otro es el tipo agravado, y limite o baremo del nexo causal es idéntico para ambas formas de comisión delictiva.

a. Rol social

Rol común es el deber de solidaridad mínima de ciudadano en derecho. Etiqueta al sujeto en persona en derecho “*status* de persona” Principio básico “*neminem*” “no dañar a otro” “no ejercer tu libertad sin dañar a otros”, punto de unión entre el código y la normativa, de acción u omisión en las interacciones sociales⁶⁷.

⁶⁵ CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Coord.), Derecho penal español, Parte Especial, 2ª edic., Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág. 284.

⁶⁶ MATUS RAMÍREZ, Politoff / PIERRE MATUSA, Jean / RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, Parte especial, 2ª edic., Santiago de Chile, 2004, pág. 266.

⁶⁷ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, traducción por José BELLOCH ZIMMERMANN, Editorial Instituto de estudios políticos, Madrid, 1973, págs. 57, 58, 62, 77 y 78; ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, traducción por José POMBO, 11ª. edic, Editorial Herder, Barcelona, 1990, pág. 46; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 72, 73 y 74; ID., “La omisión. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 131 y 150; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, *CPC*, número 71, Madrid, 2000, págs. 412, 414 y 415; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 49, 51, 52 y 53; ID., Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 292, 293 y 294; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores,

El injusto del estupro el sujeto activo quebranta su rol social básico o común a realizar la contrariedad con la expectativa normativa de no dañar a otro, que, en este caso en particular, es dañar la libertad sexual de un menor de 16 años, mediante la seducción o el engaño, y por ello, corrompe el rol básico de ciudadano en derecho por haber realizado una irrogación ajena en contra de una esfera de operatividad funcional que aún no es disponible para un menor de 16 años.

b. Riesgo permitido

La sociedad moderna, como la nuestra esta familiarizada con el riesgo, en donde gestionamos y eliminamos riesgos mediante el ejercicio cotidiano de la vida diaria. Esto es que el riesgo permitido son aquellas interacciones sociales que se permiten dentro del umbral de la permisibilidad social⁶⁸, es decir, se puede saludar de la mano a un menor de 16 años, se puede besar a un menor de 16 años en la mejilla, se puede besar un menor de 16 años por error en la boca, porque pudiera existir una tentativa una vez que se realiza el engaño o la seducción sin lograr el propósito, porque si no sería consumación del delito de estupro, por lo tanto, la consumación o la tentativa de cópula con menor de 16 años sobrepasa el umbral de la permisibilidad social, por lo que no es un riesgo tolerado por la sociedad Guanajuatense y por ello, de su punición.

c. Principio de confianza

El principio de confianza es medida por la sociedad, donde es impulsada por las relaciones sociales donde existe una bilateralidad reciproca por los miembros de la sociedad, donde un miembro de la sociedad no espera que va a ser agredido por otro miembro de la sociedad, o en su caso, se espera que todos los miembros de la sociedad que interactúan en la sociedad respeten las normas y que se traten como personas en derechos el uno con el otro⁶⁹.

México, D. F., 2009, págs. 69; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, pág. 83; ID., *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Editorial Cescijuc, México, 2014, págs. 120 y 121; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, en José ANTONIO CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, pág. 191; ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Editorial Ara, Lima, 2014, pág. 60 y 61; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 86; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, *RDyPC*, número 9, Buenos Aires, Octubre 2012, págs. 43 y sigs; BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, pág. 43.

⁶⁸ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 209 y sigs; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 209 y sigs; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Editorial Ministerio de justicia e interior, Secretaria general técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1995, *passim*; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, págs. 88-90.

⁶⁹ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 209 y sigs; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, *RDPCICPC*,

Ahora bien, en el delito de estupro el sujeto activo rompe en la bilateralidad existente entre el sujeto pasivo y él, pues, el menor de edad no espera que vaya a ser seducido o engañado para otorgar su consentimiento y disponer de su libertad sexual, por ello, esa bilateral entre sujeto pasivo y víctima se rompe, aunque sería más un problema de victimo-dogmática, especialmente el instituto de la heteropuesta en peligro.

d. Victimo-dogmática

a) Autopuesta en peligro

El instituto de la Autopuesta en peligro tiene un baremo normativo la libertad de actuación o decisión vs. Autorresponsabilidad, esto es, que se le va a imputar a la víctima su propia decisión o actuación cuando asume el propio riesgo, y no existe ningún vicio o coacción en el consentimiento si no estaremos en un supuesto de heteropuesta en peligro⁷⁰.

En el caso en particular del delito de estupro no es aplicable dicho instituto como baremos o instituto de limitación del nexo-causal de delito, pues, como ya lo habíamos analizado anteriormente la libertad sexual no es un bien jurídico disponible para el menor, por lo tanto, no puede consentir o actuar o decidir sobre dicho bien jurídico, pues, el legislador estatal no le concede la capacidad de autodeterminar su libertad sexual.

b) Heteropuesta en peligro

El instituto de la heteropuesta en peligro se anula la libertad de decisión o de actuación de la persona que resulta ser la víctima, que es la distinción principal entre la Autopuesta en peligro con la heteropuesta en peligro, no obstante, que en este último instituto si hay pena completa derivado de la anulación de la libertad decisión, o de la actuación de la víctima, o en su caso, se atenúa la pena por una cuestión de regla general en donde existe una interacción defectuosa de la víctima y del sujeto activo⁷¹.

Ahora bien, en nuestro caso en particular del delito de estupro si existe una anulación de la decisión o actuación de la víctima a ser seducida o engañada y otorgar su consentimiento, no obstante, al ser un bien jurídico no disponible por el menor de 16 años, es aplicable la pena completa al sujeto activo, pues dicha facultad de autodeterminación o de organización de la libertad sexual no le está disponible por la existencia de la minoría de edad y sobre todo porque existen vicios en el consentimiento derivado de la seducción o del engaño que nublan

vol. 21, número 69, Bogotá, 2000, págs. 37 y sigs. Como también ID., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, *RDPC*, número extra 1, Madrid, 2000, págs. 93 y sigs; ID., *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2002, págs. 103 y sigs; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, *passim*.

⁷⁰ Vid. FRISCH, Wolfgang, “Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre la autopuesta en peligro. Líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima”, traducción del alemán por Beatriz DE LA GÁNDARA VALLEJO, en Enrique BACIGALUPO (Dir.), supervisor y coordinador de la traducción Arturo VENTURA PÜSCHEL, *Tipo penal e imputación objetiva*, Editorial Colex, Madrid, 1995, págs. 117 y sigs; CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, *RDPC*, número 2, 2ª época, Madrid, 1998, págs. 49 y sigs; ID., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª edic, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2001, *passim*; SCHÜNEMANN, Bernd, “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, traducción del alemán por Mariana SACHER, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 159 y sigs.

⁷¹ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, *RDPC*, número 2, 2ª época, Madrid, 1998, págs. 49 y sigs; ID., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª edic, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2001, *passim*; ID., Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2001, pág. 92.

la libertad de decisión del menor de 16 años, por un estado posición y que el sujeto activo abusa de dicha situación para obtener el consentimiento del menor con argucias.

e. Prohibición de regreso

El instituto de la prohibición de regreso es la limitación del nexo causal de las conductas neutrales, estereotipadas, del coto social, que dichas conductas se ven blindadas mediante el adecuado ejercicio del rol social, ya sea del rol social básico o especial de una actividad cotidiana en el entorno social. No obstante, que el conocimiento especial no es fundamento óptimo para imputación de un nivel de intervención, en dado caso el conocimiento especial solo dará lugar al delito de solidaridad mínima o del deber de socorro (art. 166 del Cp. de Gto.) o deber de denunciar (Arts. 166, 276 Cp. de Gto., 222 CNPP), por el quebrantamiento del rol social básico o común de ciudadano en derecho que es ayudar a otro, pero no dará lugar un nivel de intervención delictiva por ejercicio del rol social especial, con la excepción que el sujeto que realiza el rol social especial se adhiera al plan delictivo o al sentido delictivo del sujeto activo, que dicha acción rompe con ejercicio adecuado del rol social especial, y por ello de la punición ya sea en el nivel de complicidad o coautoría⁷².

Ahora bien, el delito de estupro no va ser responsabilidad por complicidad si un sujeto que realiza el rol social especial de taxista lleva al menor de 16 años y al sujeto activo a un hotel o motel, no hay responsabilidad penal ya que su rol social especial lo está blindando de las actividades ilícitas de los demás, y además se mueve dentro de la neutralidad de su actividad de taxista, el mismo caso sería el sujeto o persona que le renta al sujeto activo la habitación del hotel o motel, no obstante, habrá responsabilidad si el taxista o el sujeto que renta la habitación tiene un conocimiento especial que el menor de edad, es menor de 16 años y que van tener relaciones sexuales entre el menor de edad y el otro pasajero en el hotel o motel que lo deja el taxista, y lo mismo para la persona que renta la habitación, pues en este caso rompe en rol social básico o común de ciudadano en derecho en donde tiene la obligación de denunciar un delito que se va dar o se va realizar de acuerdo a los artículos 166 del Cp. de Gto., 222 del Código Nacional de Procedimientos penales.

⁷² Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 209 y sigs; “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 241 y sigs. Como también ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, traducción por Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Colección de estudios número 11, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 93 y sigs. CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, en José ANTONIO CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 163 y sigs; ID., “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 203 y sigs; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Editorial Comares, Granada, 1998. Como también ID., *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2002, págs. 31 y sigs. Cfr. ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, traducción del alemán por Marcelo A. SANCINETTI, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, traducción por Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Colección de estudios número 11, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 149 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, ID., “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, *CPC*, número 106, Madrid, 2012, págs. 97 y sigs.

Sin embargo, si hay responsabilidad como cómplice o en el caso que no realicen la conducta neutral de su rol social especial, en donde se rompe la neutralidad de la conducta y se aporta al sujeto activo con la ayuda o favorecimiento a la comisión delictiva en donde le presta la habitación o un lugar para cópular con la menor de 16 años, porque el prestar una habitación donde va estar una menor de 16 años que otorga su consentimiento derivado de un vicio no está dentro de la permisibilidad social. Esto es derivado que se adhiere al plan delictivo del sujeto activo aportando la ayuda o favorecimiento con el lugar idóneo y tener la cópula con la menor de 16 años, y por ello, adquiere el sentido delictivo del sujeto activo.

4. TÍTULO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Título de imputación subjetiva netamente es un título de imputación doloso⁷³, ya que requiere conciencia y voluntad de obtener el acceso carnal mediante prevalimiento, seducción y engaño de la “promesa de matrimonio falsa”, por lo que, requiere conciencia de lo engañado de la conducta y conocimiento de que se trata de una menor de 16 años⁷⁴.

5. ANTIJURICIDAD DEL DELITO DE ESTUPRO

La antijuricidad en el delito de estupro, contiene y vulnera tanto el aspecto formal y material⁷⁵ del delito, ya que el injusto del estupro en sus tres modalidades típicas se obtiene el consentimiento de un menor de 16 años, engañándolo con promesa de matrimonio, seducción, o que le va comprar una casa o rentar una casa para cohabitar juntos, es decir, promesa de vivir juntos como espósaes, no obstante, estas figuras delictivas el consentimiento de la menor no es disponible por carecer de minoría edad y tratarse de una persona que es especialmente protegida ya que su desarrollo cognitivo y volitivo aun no alcanza la suficiencia necesaria para ser considerada como una persona mayor de edad que puede disponer totalmente de su consentimiento y de autodeterminación sexual o libertad sexual, por lo tanto, no existe la causa de justificación del consentimiento otorgado por la menor de edad, y esto se debe que el legislador no le da la autonomía al menor de edad de disponer de su libertad sexual, derivado de un déficit de desarrollo psíquico en donde no esta acto para manifestar su voluntad de tener relaciones sexuales⁷⁶, por ello, se cumple tanto la antijuricidad formal que es la vulneración a la norma penal de los artículos 185 y 185-a del Cp. de Gto., en su calidad de menor pasiva del Delito se pone el peligro la libertad sexual, y su antijuricidad material por la vulneración y menoscabo a la libertad sexual⁷⁷ de la menor de 16 años que no tiene la calidad de disposición por la ley penal de manifestar su consentimiento para tener relaciones sexuales, para concluir el apartado de la antijuricidad es un delito de resultado Material, que se exige la producción de una modificación sensorial perceptible sobre un objeto material⁷⁸, y en este caso, el sujeto activo obtiene el resultado de material del injusto/ ilícito penal, derivado de la cópula con una menor de 16 años.

⁷³ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., *Derecho penal*, 4ª edic., 5ª reimpr., Editorial Oxford, México, 2012, pág. 369.

⁷⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis, “Artículos 434 y 435”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Coords.), *Código Penal comentado*, Editorial Akal, Madrid, 1990, págs. 822 y 823.

⁷⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., *Derecho penal*, 4ª edic., 5ª reimpr., Editorial Oxford, México, 2012, págs. 366 y 369.

⁷⁶ TORRES TÓPAGA, William, “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, 2ª edic., Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2011, pág. 883.

⁷⁷ México Vid. CARDONA ARIZMENDI, Enrique / Cardona Maldonado, José Alberto, *Apuntamientos de Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida y la salud, Delitos contra la Libertad sexual, Delitos contra el patrimonio*, Comentarios actualizados y puesto al día, 3ª edic., Editorial Yussim, León, Guanajuato, México, 2012, pág. 111. Colombia: TORRES TÓPAGA, William, “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, 2ª edic., Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2011, pág. 883.

⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 114.

6. CONCLUSIONES

I.- En el primer apartado se puede concluir, que el tipo penal del estupro a establecer la nomenclatura A quien (Autor): Se habla de sujeto activo como autor directo de la comisión delictiva y esto es con fundamento en el artículo 20 “*Es autor del delito quien lo realiza por sí... (sic)*” del Código Penal del Estado de Guanajuato, y como cómplices aquella persona que lo ayude o favorezca para tener la cópula con la menor de 16 años, ya sea que le colabore con un lugar para realización de la conducta descrita en el tipo penal de estupro.

II.- La conducta que tipifica el delito de estupro simple y el estupro fraudulento de los artículos 185 y 185-a del Cp. de Gto., es una conducta de acción, pues, la cópula solo se puede realizar mediante un movimiento externo, o más bien, la no evitación dicho movimiento, de la conducta en términos funcionalistas, en donde el sujeto activo realiza dicha conducta descrita en el tipo penal, donde se tiene una cópula con una menor de 16 años, pero dicha cópula debe ser la introducción del miembro viril en la capilar vaginal o anal del sujeto pasivo, es decir, el acceso carnal.

III.- En ambas figuras delictivas del estupro ya sea el simple o el fraudulento, el tipo penal exige que sea persona menor de 16 años, se refiere al sujeto pasivo de la conducta o a la víctima por lo que puede ser sujeto pasivo un hombre o mujer indistintamente, siempre y cuando sean menores de 16 años en el momento de la realización criminal. Y este elemento típico se refiere a que el legislador del estatal determina que los menores de 16 años son personas especialmente vulnerables a las actividades sexuales derivadas de su inexperiencia sexual.

IV.- El elemento medular de la figura del estupro simple es la seducción y del estupro fraudulento es el engaño, dichas elementos típicos se usan para nublar la conciencia del sujeto pasivo, mediante la seducción y engaño, y poder lograr que caiga la barrera psicológica del menor y otorgue el consentimiento derivado de una seducción o un engaño. Ahora bien, la seducción se puede dar la conquista con halagos, regalos, llamadas, artificios, regalos, mensajes del seductor para enamorar a la menor, etc., mientras tanto el engaño se puede configurar mediante la promesa del matrimonio, promesa de cohabitar juntos, viaje a un lugar para que estén solos sujeto activo y el menor.

V.- Otro elemento que exige ambas figuras del estupro es el consentimiento dicho consentimiento del menor de 16 años, no es una causa de exclusión del delito ya sea atipicidad (acuerdo previo) o justificación (consentimiento), esto se debe que el legislador estatal no le da al menor de 16 años la autodeterminación de su libertad sexual, y además, que el consentimiento es invalido, ya que existe vicios en el consentimiento derivado de la seducción o engaño, incluso no opera el consentimiento porque no reúne los requisitos del consentimiento pleno para ser considerado como causa de exclusión del delito, no reúne el primero elemento porque existe un déficit cognitivo de la comprensión global del hecho sexual por el menor de 16 años, y el segundo, porque existe vicios en el consentimiento derivado de la seducción o engaño

VI.- El agravante del tipo de estupro fraudulento del artículo 185-a 2º párrafo del Código penal estatal, se refiere a que se agrava la pena por superioridad que puede tener el sujeto activo de 4 años mayor que el menor de 16 años, donde existe una superioridad numérica y sobre todo de experiencia sexual que el menor, y por ello, es que puede lograr con mayor facilidad el objetivo de la cópula sexual, además, que factor medular de la agravante se debe a un juicio de reproche de mayor gravedad ya que el sujeto activo al tener una superioridad numérica de edad con el menor ya sabe discernir y conoce lo prohibido de la normativa penal y del entorno social, incluso, el sujeto activo puede obtener con mayor facilidad un dominio fáctico en el consentimiento del menor hacía la cópula sexual.

VII.- En cuanto a la imputación normativa, se rompe el rol social básico de ciudadano en derecho de no dañar a otro miembro de la ciudadanía, es decir, se quebranta el rol de ciudadano leal al ordenamiento normativo. El tener cópula sexual con un menor no está

dentro del umbral de la permisibilidad social, y por ello, sobrepasa el riesgo permitido por la sociedad Guanajuatense. También, se rompe el principio de confianza porque se rompe la bilateralidad entre el sujeto activo y el menor de 16 años, en donde no espera que vaya a ser usado solo con fines sexuales. En cuando a la victimo-dogmática, no opera la Autopuesta en peligro porque la libertad sexual no es bien jurídico disponible para los menores de 16 años, no obstante, si opera la heteropuesta en peligro porque un tercero, o sea, el sujeto activo, coarta la libertad decisión o de actuación del menor derivado de un engaño o seducción para la obtención de la cópula donde es engañado el menor de 16 años para que otorgue su consentimiento, si bien, en este caso de la heteropuesta en peligro se establece la pena total o en su defecto puede atenuar dependiendo la interacción y compresión del menor de 16 años. Y por último, la prohibición de regreso, en este caso, si opera siempre y cuando se mantenga la conducta en un estado neutral ya sea taxista que lleva al menor de 16 años y sujeto activo al hotel o motel o la persona que le renta la habitación, pues, dichas conductas están dentro del coto de la permisibilidad social, como una conducta neutral estereotipada dentro del coto social, porque su rol social especial lo blindo ante las actividades ilícitas de los demás, pero, puede haber imputación solo en caso que tenga conocimiento especial derivado de un rol social básico del deber de denunciar sobre hecho delictivo. Sin embargo, habrá imputación por complicidad cuando se adhiere al plan delictivo el que favorece o ayuda al sujeto activo, rompiendo la neutralidad ya sea prestar el lugar para tener la cópula sexual con un menor, siempre y cuando tenga conocimiento especial y se adhiera al sentido delictivo del sujeto activo aportando a la realización criminal.

VIII.- El título de imputación objetiva es dolo directo de primer grado, dado el caso, que el sujeto quiere realizar la actividad ilícita de cópular con una menor de 16 años, por lo que él quiere cópular con una menor de 16 años y cognitiva sabe que está prohibido por el ordenamiento punitivo.

IX.- En cuando a la antijuricidad formal, el quebrantamiento de la norma de la libertad sexual, mediante el engaño o seducción para vicios el consentimiento, pero la antijuricidad material es el menor de 16 años quien se le menoscaba su libertad sexual, por lo que, el bien jurídico tutelado en los injustos de estupro por seducción o fraudulento es la libertad sexual del menor de 16 años, que no es un bien jurídico disponible para él, porque el legislador estatal no le reconoce la calidad de autodeterminación de la libertad sexual, ya sea porque lo considera como persona especialmente vulnerable ante las seducciones y engaños o por su inexperiencia sexual, por ello, de la protección penal de esta esfera de operatividad funcional en el entorno social.

7. BIBLIOGRAFÍA.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., *Derecho penal*, 4ª edic., 5ª reimpr., Editorial Oxford, México, 2012.

ARROYO ZAPATERO, Luis, “Artículos 434 y 435”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROG A / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Coords.), *Código Penal comentado*, Editorial Akal, Madrid, 1990, págs. 822 y sigs.

BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, págs. 38 y sigs.

BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Colección justicia penal, Núm. 1, Editorial Atelier, Barcelona, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, *RDPC*, número 2, 2ª época, Madrid, 1998, págs. 49 y sigs.

ID., “Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo código penal colombiana. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado”, *Derecho penal y criminología*, vol. 21, número 70, Bogotá, 2000, págs. 65 y sigs.

ID., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª edic, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2001.

ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2001.

CARDONA ARIZMENDI, Enrique / Cardona Maldonado, José Alberto, *Apuntamientos de Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida y la salud, Delitos contra la Libertad sexual, Delitos contra el patrimonio*, Comentarios actualizados y puesto al día, 3ª edic., Editorial Yussim, León, Guanajuato, México, 2012.

CARDONA ARIZMENDI, Enrique / OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtemoc, *Código penal comentado del Estado de guanajuato. Concordado con el Código penal federal*, con exposición de motivos y jurisprudencia, 3ª edic., Editorial Orlando Cardenas, Irapuato, Gto., 1996.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª edic., Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, en José ANTONIO CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 165 y sigs.

ID., “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 203 y sigs;

ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Editorial Ara, Lima, 2014.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, traducción del italiano por ORTEGA TORRES, José J. / GUERRERO, Jorge, vol. II, 4ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, puesto al día por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ, 4ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, *RDyPC*, número 9, Buenos Aires, Octubre 2012, págs. 33 y sigs.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, *CPC*, número 106, Madrid, 2012, págs. 97 y sigs.

DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, traducción por José BELLOCH ZIMMERMANN, Editorial Instituto de estudios políticos, Madrid, 1973.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal, Parte general, Conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, 3ª edic., Editorial Porrúa, México D.F., 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español. Parte General en esquemas*, 2ª edic., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo I, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo IV, 3ª. edic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Editorial Comares, Granada, 1998. Como también ID., *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2002.

ID., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, *RDPCCICPC*, vol. 21, número 69, Bogotá, 2000, págs. 37 y sigs.

ID., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, *RDPC*, número extra 1, Madrid, 2000, págs. 93 y sigs;

ID., *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2002.

FRISCH, Wolfgang, “Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre la autopuesta en peligro. Líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima”, traducción del alemán por Beatriz DE LA GÁNDARA VALLEJO, en Enrique BACIGALUPO (Dir.), supervisor y coordinador de la traducción Arturo VENTURA PÜSCHEL, *Tipo penal e imputación objetiva*, Editorial Colex, Madrid, 1995, págs. 117 y sigs;

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, Parte especial*, tomo III, Delitos contra la vida, Delitos contra la integridad física y la salud, Delitos contra el honor, Delitos el orden de la familia, Delitos contra la honestidad, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, *Jueces para la democracia*, número 81, Madrid, 2014, págs. 56 y sigs.

ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Edición preparada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con la colaboración de Esteban MESTRE DELGADO, 23ª edic, Editorial Tecnos, 2016.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 209 y sigs;

ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 241 y sigs.

ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, traducción por Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Colección de estudios número 11, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 93 y sigs.

ID., “La omisión. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 129 y sigs.

ID., “La intervención delictiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *CPC*, número 85, Madrid, 2005, págs. 69 y sigs.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 5ª. edición alemana por Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Elementos de Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, México D.F., 2006.

KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *RP*, número 11, Barcelona, 2003, págs. 53 y sigs.

LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, tomo 48, Fascículo III, Madrid, 1995, págs. 911 y sigs.

MADRID CRUZ, María Dolores, “*El arte de la seducción engañosa. Algunas consideraciones sobre los delitos de estupor y violación en el tribunal del Bureo. Siglo XVII*”, *Cuadernos de historia del derecho*, vol. 9, Madrid, pág. 125.

MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 209 y sigs;

ID., *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009.

MATUS RAMÍREZ, Politoff / PIERRE MATUSA, Jean / RAMÍREZ G., María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, Parte especial, 2ª edic., Santiago de Chile, 2004.

MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, traducción del alemán por Pedro DORADO MONTERO, tomo II, la España Moderna, Madrid, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pomplona, 2003).

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª. edic, Editorial Reppertor, Barcelona, 2005.

ID., *Derecho penal. Parte general*, 8ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2008.

ID., *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín, 9ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011;

ID., *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015.

ID., *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., 2ª reimpr, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.

MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director) / Fermín Morales Prats (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El de estupro-incesto”, *ADPCP*, tomo 29, fascículo II, Madrid, 1997, págs. 293 y sig.

ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en AA. VV. *Derecho penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 263 y sigs.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Editorial Ministerio de justicia e interior, Secretaria general técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1995.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 49 y sigs;

ID., Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2005.

POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, en Claus ROXIN, / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Lima, 2013.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982.

ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, 2ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 69 y sigs.

ID., “Homicidio y asesinato”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 31 y sigs.

ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 83 y sigs.

ID., *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Editorial Cescijuc, México, 2014.

R., BULLEMORE G., Vivian / MACKINNIN R., John R., Curso de derecho penal. Parte especial, Delitos contra vida, la salud individual, el patrimonio y la libertad sexual, tomo III, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Jesús-María Silva Sánchez (director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edic., Editorial Atelier, Barcelona, 2009.

ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, traducción por José POMBO, 11ª. edic, Editorial Herder, Barcelona, 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, puesto al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, 17ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.

ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª. edic, alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, 5ª reimp, Editorial Civitas, Madrid, 2008. (IDEM, Editorial Civitas, Navarra, 1997)

ID., “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, traducción del alemán por Marcelo A. SANCINETTI, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, traducción por Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Colección de estudios número 11, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 149 y sigs;

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, *CPC*, número 71, Madrid, 2000, págs. 391 y sigs.

SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁCER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 698 y sigs.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, traducción del alemán por Mariana SACHER, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 159 y sigs.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.) / JUDEL PRIETO, Ángel / PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de Derecho penal*, tomo I, Parte general, en 4ª. edic, Editorial Thomson civitas-Aranzadi, 2006.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, *Estudios penales y criminológicos*, número 10, Santiago de Compostela, 1985-1986, págs. 384 y sigs.

TORRES TÓPAGA, William, “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, 2ª edic., Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2011.

VAN WEEZEL, Alex, “Coautoría en delitos de organización”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en Derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y Derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 272 y sigs.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Teoría general del delito*, 3ª reimpr. Editorial Oxford, México, D.F., 2017.

LÍMITES ÉTICO-LEGALES EN LOS SISTEMAS DE VIGILANCIA: SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL CHINO

Ricardo Torralba Luzzy

Doctorando

Universidad de Murcia

<https://orcid.org/0009-0004-1572-3778>

Alberto Pintado Alcázar

Profesor Contratado Doctor

Universidad de Murcia

<https://doi.org/10.14679/4865>

Fecha de recepción: 19 de enero de 2026

Fecha de aceptación: 23 de enero de 2026

RESUMEN: El presente estudio pretende tratar un tema de actualidad como son los algoritmos, el big data y las posibilidades que estos brindan a nuestra sociedad. Más concretamente se abordan los sistemas de control social existentes hoy en día. Por acotar aún más este trabajo analiza de manera completa y rigurosa el Sistema de Crédito Social Chino. En primer lugar, desarrolla su funcionamiento, consistente en la elaboración de una puntuación a través de información financiera y de carácter moral. Posteriormente se evalúan sus principales inconvenientes, sobre todo en relación con los límites legales y éticos que incumple: falta de privacidad y seguridad de los datos, excesivo control social, daños en la reputación y falta de transparencia. Finalmente, tiene como objetivo poner en contraste estos incumplimientos con las normas del ordenamiento jurídico español que entran en conflicto con el Sistema de Crédito Social implantado en China. De nuevo se pone el enfoque sobre aquellas intromisiones ilegítimas por parte del sistema en la intimidad y en la seguridad de los datos de la población china.

ABSTRACT: This study aims to address a topical issue: algorithms, big data, and the possibilities they offer our society. More specifically, it addresses the social control systems that exist today. To further narrow the scope of this work, it provides a comprehensive and rigorous analysis of the Chinese Social Credit System. First, it explains how it works, which consists of assigning a score based on financial and moral information. It then evaluates its main drawbacks, particularly in relation to the legal and ethical limits it breaches: lack of privacy and data security, excessive social control, damage to reputation, and lack of transparency. Finally, it aims to contrast these breaches with the Spanish legal system, which conflicts with the Social Credit System implemented in China. Once again, the focus is on the system's illegitimate interference in the privacy and data security of the Chinese population.

PALABRAS CLAVE: control, prevención, seguridad

KEYWORDS: control, prevention, security

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN, 2. SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL CHINO, 2.1. Qué es el SCS y cómo funciona, 2.2. Desventajas del SCS, 2.2.1. Privacidad y seguridad de los datos, 2.2.2. Control social, 2.2.3. Reputación, 2.2.4. Falta de transparencia, 2.3. Comparación SCS con Occidente, 2.4. Reflexiones finales, 4. CHOQUE LEGAL EN LA IMPLANTACIÓN DEL SCS EN ESPAÑA, 4.1. Constitución Española, 4.2. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, 4.3. Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, 4.4. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 5. CONCLUSIONES, 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los principales objetivos de las diferentes empresas es controlar gustos, actitudes e incluso conductas. Su misión es obtener de sus consumidores la mayor rentabilidad posible y mantenerlos atentos a sus novedades y productos. Este fin es logrado gracias a la gran cantidad de datos que pueden recopilarse de una persona de manera casi imperceptible para el individuo. Este hecho se ha visto favorecido a causa del gran tráfico de datos que con el paso del tiempo ha ido aumentando, hasta ser tal cantidad que resulta imposible de analizar a menos que se empleen algoritmos u otras herramientas. A esta gran cantidad de datos se la conoce como big data.

Por consiguiente, para almacenar estas grandes cantidades de datos se dispone en la actualidad de grandes sistemas que permiten dicha recolección, almacenaje y clasificación. Sin embargo, estas bases deben analizarse profundamente previo análisis, para comprobar la veracidad de los datos y seleccionar aquellos útiles, descartando los sobrantes y aquellos que puedan producir sesgos. Este es uno de los principales problemas que presenta el big data. La existencia de sesgos en los datos puede conllevar que las herramientas generadas perpetúen las diferencias que ya existen en los datos. Por ello, resulta de vital importancia que previo análisis de estas grandes cantidades de datos; estos sean previamente analizados y se seleccione la información adecuada para no incurrir en errores relativos a la información sesgada, imprecisa o incompleta.

Existe otro problema relacionado con el excesivo control que los datos generan sobre el ser humano, donde se habla de debates con relación a la libertad y la predeterminación de la conducta humana. Tratan sobre la ética de la obtención de datos y su uso para el control social. Se podría hablar de sociedades dominadas por los datos.

Como bien se menciona al inicio de este epígrafe, las empresas buscan un mayor control de sus clientes; sin embargo, no son las únicas. Los diferentes gobiernos e instituciones también buscan tener cierto poder sobre los individuos, de forma que puedan afectar en su conducta en múltiples aspectos de la vida. Por ejemplo, los ciudadanos que se encuentran gravemente sometidos a esta exhaustiva vigilancia son los habitantes de China. Es cierto que este sistema puede llegar a presentar ciertas ventajas en concreto relacionadas con la prevención de ciertas conductas debido a su efecto disuasorio, pero también alberga multitud de inconvenientes entre ellos: la estigmatización, el choque con los derechos humanos y con la libertad. Estas desventajas pueden llegar a afectar sustancialmente las conductas de los individuos, pudiéndose considerar como coacción.

Dicho lo cual, este estudio pretende como objetivo principal, desde una óptica criminológica y legal; poner de manifiesto los inconvenientes y sobre todo el malestar e inquietud que puede llegar a producir en la población, relacionado con la limitación de derechos que conlleva. Más concretamente, otro objetivo será revelar las diferentes normas que entrarían en conflicto con su hipotética implementación en España. Se profundizará en determinados textos legales, sobre todo en aquellos que regulan los usos, privacidad, intimidad y demás circunstancias que rodean a las cámaras de seguridad y los datos personales en España.

En primer lugar, para este trabajo se ha decidido estudiar el funcionamiento del sistema de crédito chino a través de diversas fuentes: la propia página web del gobierno chino, artículos científicos (extraídos de la búsqueda en Google Scholar a partir de las siguientes palabras clave: Social Credit System China y sistema de crédito social chino). Tras esta búsqueda inicial se obtuvieron 10 artículos, sin embargo, tras un segundo cribado se seleccionaron 5 artículos que ponían el eje central de su contenido sobre el control social y la legalidad del SCS.

A continuación, una vez detallado y estudiado su funcionamiento, se han puesto de manifiesto sus diferentes puntos débiles de manera breve. Comentando además las posibles relaciones que puede tener con la coacción de la libertad de las personas, con el control de su conducta y con la estigmatización que pueden sufrir estas a causa del citado sistema.

Finalmente, se han puesto de manifiesto los conflictos legales que presentaría la implementación de este sistema en España, en contraposición directa con las siguientes leyes expuestas en el presente trabajo:

- La ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)
- La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
- La Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.
- Constitución Española.

A modo de conclusión, se coloca el foco sobre las posibles ventajas que postula este sistema, frente a sus desventajas y problemas legales de implementación en España. A continuación, se va a analizar el funcionamiento del Sistema de Crédito Social Chino (Social Credit System: SCS) y un análisis de los objetivos que persigue y su propósito, así como sus ventajas e inconvenientes; seguido de una breve comparación con algunas estructuras con ciertas semejanzas que se encuentran presentes en Occidente. Finalmente, se van a abordar de manera sucinta las leyes con las que entraría este sistema de crédito social en conflicto si se produjera su implementación en España.

2. SISTEMA DE CRÉDITO SOCIAL CHINO

Desde fuera, muchos países ven el SCS como un sistema de control de los individuos. Según occidente se trata de una herramienta para el control social basada en la vigilancia exhaustiva de los ciudadanos, no respetando la privacidad de los datos en muchas ocasiones.

Si bien en parte es cierto, se centra esencialmente en la credibilidad económica y el cumplimiento de medidas judiciales relacionadas con los incumplimientos relativos a las leyes económicas; controlando el cumplimiento de estas sanciones. Por otro lado, tiene un papel social secundario, basado en recompensas y castigos por conductas éticas y tomando la ley como una guía moral para el ciudadano. Crea de esta forma un sistema de incentivos y desincentivos para ciertos comportamientos. EL SCS busca medir la integridad social y cívica de sus ciudadanos, así como su crédito financiero; poniendo de manifiesto esta conexión entre moral y mercado.

Este sistema recoge, digitaliza y comparte datos de personas y entidades de manera continua y vigilante. Sin embargo, hay preocupación por la gran cantidad de datos que maneja y que sirven para vigilar a la población de manera muy detallada, violando la privacidad, incidiendo en las conductas humanas y no siendo muy transparente.

En un principio, este sistema surge como una propuesta de solución frente al estado actual de crisis de confianza en China a causa del aumento de los delitos económicos, consecuencia del aumento del capital en el país. Esta subida afecta directamente al nivel de vida de los ciudadanos, por consiguiente, crecen las posibilidades de pedir préstamos. Este fenómeno

requiere de una gestión previa, permitiendo conocer quiénes son aptos para recibir dichos préstamos y devolverlos. Es entonces cuando surge el SCS, que mediante su valoración busca analizar el crédito financiero junto a la honestidad del individuo en cuestión.

Además, cabe mencionar que el SCS aún se encuentra en una fase inicial aplicado a nivel provincial o local. Aunque, se pretende implementarlo de manera obligatoria en China para toda la población, a nivel general y centralizado donde cada ciudadano tendrá su puntuación exclusiva y estará asociada con su número de identidad, convirtiéndolo en una base de datos común. En este proyecto en desarrollo participan empresas públicas y privadas. Destacando algunos proyectos piloto como pueden ser Sesame Credit de Alibaba, Honest Shanghai y Rongcheng. Todos ellos procuran servir como bases del sistema centralizado, permitiendo detectar y corregir los posibles errores que el sistema pueda presentar.

2.1. Qué es el SCS y cómo funciona

Para definir más concretamente el SCS, se trata de un sistema que se centra en el crédito financiero, pero también en los valores morales y en algunas conductas sociales.

Por otra parte, busca aumentar la honestidad del gobierno, controlar actividades ilícitas de las empresas y reforzar el sistema judicial. Además, busca mejorar la ética de los ciudadanos: regulaciones para los médicos, normas anti-plagio, medidas contra los daños medioambientales... En resumen, consiste en una mezcla entre regular la administración pública y reformar las leyes para hacer más efectivo su cumplimiento. Su objetivo principal es propiciar los comportamientos éticos y castigar aquellos no éticos, conociendo estos a partir de la amplia recolección de datos.

Para crear el SCS múltiples empresas de transporte o de índole económica se han asociado para crearlo junto al gobierno, de este modo se obtienen más datos y puede hacerse más preciso. La asociación del sistema legal con las empresas de crédito permite, gracias a todos los datos proporcionados por estas últimas; aumentar el control legal de todos los problemas relacionados con la economía. Algunas de las empresas asociadas más conocidas son Tencent y Alibaba, quienes han colaborado en el desarrollo del SCS; destacando junto a ellas el Banco de las Personas de China con amplios datos económicos de los ciudadanos.

También ha colaborado con ellos el sistema judicial, que ha empleado un método de listas negras que recoge a todas las personas que defraudan y cometen infracciones económicas, así como aquellas que son deshonestas en sus comportamientos. Todos ellos reciben una serie de castigos o restricciones como: imposibilidad de realizar viajes, prohibición de uso del tren bala, exposición pública, limitaciones de residencia en hoteles, prohibición de asistir a escuelas privadas, no permitir adquirir un préstamo, dificultad de acceso al mercado laboral... Por otra parte, también existen las listas rojas. Dichas listas incluyen a personas con buen comportamiento, es decir, que realizan conductas consideradas éticas por el sistema. Esto hace que aumente su puntuación de crédito, lo que posibilita que reciban algunas recompensas: se aceptan los préstamos, se permite alquilar paraguas gratis, disminuye el precio del seguro...

El sistema se mantiene activo de manera continuada recogiendo datos de: compras online, reconocimiento facial, localización, bancos, escuelas, móviles personales, comportamientos derivados de búsquedas online, redes sociales y registros de sistemas judiciales locales. Estos datos se introducen en sistemas algorítmicos que con ayuda de técnicas de big data imparten premios y castigos en función de la puntuación designada para cada individuo, como bien se ha mencionado previamente a través del sistema de listas. Este sistema logra hacer visible y valorable las conductas humanas a través de un número, permitiendo hacer juicios de valor basados en una puntuación, demostrando si merecen o no algunos privilegios.

A continuación, además de las ya mencionadas sanciones se añaden algunos ejemplos relevantes de otras a las que pueden estar sometidas aquellas personas con un nivel de crédito bajo: al recibir una llamada de una persona deshonestista se emite un mensaje que te informa de ello, las personas en listas negras son expuestas públicamente en pantallas en sitios públicos... Estos castigos son impuestos por las empresas en colaboración con el

gobierno, buscando un superior control de la población. La mayoría de las sanciones de este tipo provienen de contraer deudas e incumplir leyes económicas, ambas se tratan de acciones que afectan de forma muy negativa en la puntuación crediticia. Es más, en un futuro se busca imponer sanciones más graves como: avisos de deudores cerca al móvil personal de los ciudadanos, creación de líneas de tren separadas para deudores y no deudores...

2.2. Desventajas del SCS

2.2.1. Privacidad y seguridad de los datos

Una de las principales críticas que recibe este sistema es como recoge y trata los datos. Dicha actuación debe estar siempre guiada por el respeto de los derechos de los ciudadanos y el mantenimiento en todo momento de su privacidad. Se pretende alcanzar un equilibrio entre seguridad y la conservación de estos derechos. A causa del incremento del tráfico de datos y las técnicas de big data, el gobierno y las empresas pueden recoger una amplia cantidad de datos provenientes de diferentes aspectos de la vida de las personas, como se ha venido comentando previamente. De este modo, este régimen eleva la vigilancia y el control.

Los archivos se mantienen actualizados y cuentan con datos de todo tipo. Sin embargo, se desconoce hasta dónde llega el conocimiento por parte del gobierno y como se efectúa la integración de estos datos en la red. El SCS crea perfiles de reputación, esta identidad digital se compone de múltiples datos de los sujetos, pero la recolección de estos debe estar sujeta a la legalidad, la cual se debe mejorar con relación a la protección de los datos personales en China.

En relación con lo anterior, se ha constatado que este mecanismo de listas negras invade la privacidad de los deudores, exponiendo de manera pública datos como su identidad, nombre, imagen e incluso deudas. Es más, estos datos pueden ser consultados por cualquier ciudadano, empresa u organismo en la web del gobierno chino, llegando en ocasiones a transmitirse de manera pública a través de pantallas o en teléfonos personales de otros individuos. Esta exposición pública no sólo se enfrenta con los derechos de privacidad e intimidad, sino que genera cierta presión social en los individuos, acompañada de estigmatización y marginalización. Este sistema se trata de un intento de generar confianza y seguridad al precio de sacrificar el secreto y la seguridad de la información.

2.2.2. Control social

El SCS sigue un esquema basado en el control exhaustivo de los ciudadanos. De algún modo su objetivo es que logren una alta puntuación de crédito, probando su confianza ética y financiera. Por tanto, mediante la estructura de recompensas y castigos influyen y manejan la conducta de los individuos. Sobre todo, estos últimos aplican restricciones en los derechos de los ciudadanos y les privan de algunos “privilegios”. Estas prohibiciones apremian a los deudores a pagar sus deudas y realizar acciones para aumentar su crédito social. Además, le sirve al gobierno para controlar dónde se invierte el dinero en el país.

Por otra parte, China cuenta con la mayor red de cámaras del mundo 176 millones en el año 2019, pretendiendo llegar a los 626 millones en 2020. Esto permite una vigilancia continua y un control excesivo basados en el reconocimiento facial preciso en tiempo real. Las cámaras por ejemplo se usan para identificar a los criminales y publicar sus nombres en las redes sociales, entrando de nuevo en polémicas en cuanto a la difusión pública de información privada.

2.2.3. Reputación

La exposición pública de las listas negras puede causar daños en la reputación irreversibles en el presente y a futuro, marginalizando de manera permanente a los deudores. Además, las personas de crédito bajo forman grupos entre ellas, lo que provoca la bajada de su

puntuación de crédito y la agrupación de las personas según este, creando una diferenciación ciudadana difícil de gestionar. Además, el sistema no da prácticamente oportunidad para recuperarse a los deudores, poniendo muchas trabas en su restablecimiento, especialmente dificultan encontrar trabajo.

2.2.4. Falta de transparencia

Otro de los inconvenientes que presenta este sistema es la opacidad y secretismo que rodea a los algoritmos y su desarrollo, completamente desconocidos para quienes están sometidos a su evaluación. No está claro cómo se accede a las listas negras y rojas, no se sabe que acciones y que datos son tenidos en cuenta para producir un aumento o un decrecimiento en tu crédito. Esto provoca un estado de inquietud en los ciudadanos que se sienten en constante vigilancia, sin saber cuáles de sus acciones pueden perjudicarles en su puntuación crediticia. Sin embargo, este desconocimiento provoca que las personas desarrollen conductas éticas de todo tipo en un intento de satisfacer al sistema.

2.3. Comparación del SCS con Occidente

El objetivo real del SCS es saber cómo gestionar el capital, es decir, identificar clientes de riesgo y diferenciarlos de aquellos a los que si pueden ofrecerles crédito. Todo esto en base a un algoritmo que calcula una puntuación de confianza, basada en los comportamientos tanto financieros como sociales del individuo en cuestión.

En Occidente existen sistemas parecidos que calculan el riesgo de los clientes en función sobre todo de datos financieros. Por ejemplo, FICO en USA y Schufa en Alemania. En USA sí que van surgiendo algunos sistemas que tienen en cuenta datos en redes sociales y la vida de los clientes como: Affirm. Por su parte, en Australia se encuentra Lodox que analiza algunos datos individuales de los teléfonos, como compras online y emails.

En la actualidad, muchas empresas obtienen datos conductuales de la vida de las personas por medio de algoritmos y técnicas de big data. Una vez analizados, estos datos sirven para establecer puntuaciones y juicios de valor sobre los seres humanos, permitiendo a las compañías saber el perfil de los clientes y ofrecer incentivos para influir en sus conductas, al igual que funciona el SCS. China lo que ha hecho ha sido llevar este sistema de cuantificación y valoración un paso más allá. El propio gobierno valora a sus ciudadanos y determina su confianza y ética en función de sus comportamientos, sobre los que tiene importante influencia.

Por otra parte, no solo China ha intensificado su vigilancia y control, así como su monitoreo de datos. En occidente los datos personales se encuentran observados continuamente por parte del gobierno y los cuerpos policiales en UK y USA, además existen sistemas de reconocimiento facial. Véase los parecidos entre la predictive policing estadounidense y el SCS. Sin embargo, este fenómeno busca apoyar las decisiones policiales y reforzar la predicción únicamente de las conductas delictivas, buscando patrones en la gran cantidad de datos recogidos. Siendo el ámbito de actuación la gran diferencia entre los dos sistemas predictivos. Así como otros países de América Latina como Brasil, Argentina o Paraguay que han expandido el control en busca de la seguridad a partir de diferentes prácticas estatales de vigilancia como: técnicas de reconocimiento biométrico, sistemas de vigilancia, cámaras, algoritmos predictivos...

Por el contrario, Europa ha implementado normas que regulan fuertemente el uso de estos datos y la privacidad que salvaguarda los mismos. Todo ello a través del GDPR, promulgando la transparencia en la obtención y en el uso de los datos, así como la disposición del individuo sobre los suyos, pudiendo recuperarlos o eliminarlos; presumiendo un aumento en los derechos sobre ellos.

2.4. Reflexiones finales

En resumen, mediante la implementación del Sistema de Crédito Social Chino, el gobierno pretende controlar y vigilar la actividad ciudadana, sobre todo en lo relacionado con el ámbito financiero, pero también recogiendo información y tomando en cuenta comportamientos diarios que sigan las normas éticas. De esta forma, gracias a las técnicas de big data la supervisión se intensifica y permite crear un sistema basado en la obtención de una puntuación de crédito que mide los datos previamente mencionados, determinando quienes reciben castigos o recompensas en función de esta valoración. Si bien es cierto debe tener en cuenta las violaciones de derechos en las que se puede ver envuelto a causa de las invasiones en los datos, debiendo respetar en todo momento los derechos y la intimidad de los ciudadanos.

Por último, resulta sorprendente el gran nivel de aceptación que tiene este sistema entre los ciudadanos chinos, quienes lo ven como beneficioso para la gestión del capital y abogan por este moderno sistema que les otorga diferentes beneficios y les permite acceder al capital con mayor facilidad. Si bien es cierto, aún es pronto para obtener una valoración definitiva, ya que aún no ha dado tiempo a una aplicación efectiva de las restricciones y de la disminución del índice de crédito de cada ciudadano. Este fenómeno podría producir cierto descontento a la larga, pero de momento el sistema implantado tiene bastante aceptación en sus proyectos piloto a nivel local y provincial.

3. CHOQUE LEGAL EN LA IMPLANTACIÓN DEL SCS EN ESPAÑA

A continuación, en esta segunda parte del presente trabajo se van a exponer las diferentes normas españolas que entran en conflicto con las sanciones que impone el SCS y con el propio funcionamiento del sistema. Estos choques legales se enfocan principalmente en aquellas intromisiones que realiza el SCS en los datos personales de los ciudadanos, la recolección de dichos datos, el exceso de vigilancia a través de cámaras de seguridad, así como en su derecho a la privacidad y la intimidad en última instancia. Por consiguiente, las leyes españolas que van a tratarse son las siguientes:

3.1. Constitución Española

Artículo 17

Tanto la libertad como la seguridad son considerados dos derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español. Esta concepción de libertad hace referencia a la reacción frente a las intromisiones en este bien jurídico, incluidas las de carácter estatal. Por tanto, se muestra como la contraparte de la seguridad, entendida como la paz social y el orden público. Ambas buscan alcanzarse logrando un equilibrio y sin producir menoscabos en las libertades de los individuos, encargándose el Estado de su regulación. Por otro lado, también se entiende esta libertad como una garantía frente a las detenciones y las privaciones de libertad que puedan ser en su caso anticonstitucionales.

Este artículo no se ve incumplido de manera directa por ninguna de las sanciones ni de las medidas que impone el SCS, sin embargo, cabe destacar el debate que abre entre seguridad y libertad. Como bien se observa el SCS es un sistema seguro, aunque esta seguridad se construye mediante la limitación de muchas de las acciones de los individuos, mermando sustancialmente la libertad de estos. Por consiguiente, aquí se abre la siguiente cuestión ¿cuánta libertad se debe sacrificar para conseguir una nación segura?

Artículo 18

La intimidad, el derecho al honor y a la propia imagen no sólo quedan amparadas constitucionalmente en este artículo, sino que también encuentran su protección en una ley orgánica hecha a efecto que se comentara más adelante, junto con ejemplos de intromisión

en la misma. Además, según el apartado 4 del citado artículo se protegen también los datos personales en la red, tratamiento que se desarrollará más adelante en la LOPD.

Artículos 19 y 139

La libertad de circulación hace referencia al derecho de desplazarse libremente y elegir residencia. Esta es indispensable para el libre desarrollo del individuo. Se encuentra regulada en estos artículos y es un derecho constitucional que sólo puede ser limitado por razones de mantenimiento del orden público, la seguridad y salud públicas. El orden público, que puede entenderse como el respeto de los derechos, los bienes jurídicos y las libertades.

Asimismo, para poder limitar la libertad de circulación se deben tener en cuenta el peligro, la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas a imponer. Se debe recurrir a la propia ley y seguir criterios precisos sin caer en discrecionalidad. Por otra parte, los poderes públicos no pueden adoptar medidas que restrinjan u obstaculicen este derecho como indica el artículo 139 en su segundo apartado. No contando como tal el establecimiento de condiciones y requisitos a la circulación persiguiendo la ordenación del territorio y del tráfico, siempre y cuando se planteen alternativas de desplazamiento.

Muchas normas nacionales e internacionales aseguran el cumplimiento de esta libertad constitucional: la Declaración Universal de derechos humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, entre otros. Además, existen otras limitaciones como el derecho de asilo, entendido como: “la protección que un Estado concede en su territorio o en cualquier otro lugar sometido a su jurisdicción a una persona que lo solicita”. Asumidas por el Comité Europeo de Derechos Humanos, así como por las Naciones Unidas.

En concreto, estos artículos entran en conflicto directo con aquellas sanciones que el gobierno impone relativas a las prohibiciones de viajar o de emplear algún tipo de vehículo como el tren bala. De este modo, el SCS evita que los ciudadanos chinos puedan circular libremente por el territorio cuando su crédito es bajo, llegando en algunos casos a evitar su salida del país.

3.2. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

En la actualidad, el desarrollo tecnológico ha supuesto una gran revolución para la protección de estos derechos, donde surgen gran cantidad de preguntas sin resolver. Entre estas se pueden destacar el uso de drones o los nuevos sistemas de videovigilancia, así como la conexión de estos con Internet y su facilidad de ataque y difusión posterior. Estas nuevas problemáticas ponen de relieve la necesidad de una actualización de la Ley respecto de esta materia.

Por su parte, esta ley viene a reforzar el artículo 18 enunciado por la CE. De este modo, la intimidad personal, el derecho al honor y la propia imagen no sólo quedan protegidas en la norma suprema, sino que también presentan una Ley Orgánica propia que se encarga de su regulación frente a cualquier afrenta de tipo civil, como bien enuncia su artículo 1 en su primer apartado.

Los derechos regulados en esta norma son de carácter personal y moral, es decir, son inherentes al individuo. Concretamente se puede hablar de tres derechos defendidos en ella:

Honor: daño en la reputación de una persona, divulgación de hechos o circunstancias que desprestigian o devalúan a un individuo moralmente.

Intimidad: capacidad de tener una vida privada fuera del conocimiento público, confidencial y oculta a los demás.

Propia imagen: centrado en evitar la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por un tercero no autorizado. De este modo, también salvaguarda la imagen moral y reputacional del individuo.

Se trata de derechos inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, como afirma el tercer apartado del artículo 1 de esta ley. Solo pueden ser cedidos por consentimiento del titular o cuando la ley lo indique expresamente. Asimismo, pueden ser limitados por cuestiones de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. También podrán ser considerados para su limitación en determinados casos el derecho a la información junto a la trascendencia e interés público de la información distribuida o relevada. Cabe destacar entre las excepciones aquellas señaladas en el artículo 8.2 relativas a la captación, reproducción o publicación de la propia imagen: personas públicas en actos y/o lugares públicos, caricaturas de acuerdo con los usos sociales e información gráfica de un suceso público donde la imagen de la persona aparece como accesoria. En los demás casos será necesario el consentimiento.

Por consiguiente, las violaciones contra la intimidad, el honor y la propia imagen producidas en el uso del SCS quedarían sancionadas en esta Ley, por ejemplo: el empleo y difusión de imágenes de las personas que aparecen en listas negras a través de pantallas públicas o a móviles personales de los ciudadanos exponiendo sus datos personales y sus razones para aparecer en dichas listas, menoscabando notablemente su reputación y exponiendo no solo su imagen sino también su intimidad. También se puede criminalizar la exposición pública en las diferentes plataformas, donde a través de escribir el nombre de una persona se pueden conocer sus incumplimientos y el estado de su nivel de crédito, volviendo a incurrir en una intromisión en la intimidad personal del individuo. Más concretamente, estos supuestos chocan de manera directa con las acciones consideradas por el artículo 7 como ilegítimas relacionadas con la utilización de cámaras para la captación de imágenes de la vida privada o fuera de ella y la divulgación de esta que pueda afectar a su reputación.

3.3. Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales

Artículos 1, 5 y 6.

Como bien se ha mencionado en el apartado anterior, el desarrollo tecnológico ha planteado nuevos retos para el Derecho. En concreto, dos de ellos bastante remarcables son: los sistemas de videovigilancia y el tratamiento de los datos personales.

Esta ley se encarga principalmente de limitar las acciones que las autoridades pueden llevar a cabo con los datos personales que se obtengan en relación con la prevención, la detección, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos. Además, define el término datos personales: “toda información sobre una persona física identificada o identificable.” Es decir, datos que hagan a una persona más identificable o permitan su identificación. Ejemplos: nombre y apellidos, lugar de nacimiento, datos familiares, económicos, sociales, culturales, genéticos, biométricos y de salud.

Por otra parte, esta norma señala las diferentes acciones que puede llevar a cabo el Estado, competente en materia de seguridad pública. Específicamente las FCSE se encargan de asegurar la seguridad y el orden públicos cuando este se ve alterado. Sus actuaciones deben regirse por los principios de legitimidad en el uso de datos, con un fin determinado, los estrictamente necesarios y el tiempo indispensable, exactos y actualizados, seguros, confidenciales y cuya responsabilidad se atribuye a las autoridades de las FCSE. Por otro lado, esta ley indica los derechos de los titulares de estos datos frente a su tratamiento: el acceso a estos datos y saber cuáles se están tratando, la corrección de los datos obtenidos si son erróneos, el derecho al olvido eliminando y suprimiendo datos que ya no son de utilidad ni presentan interés legítimo y el derecho a oponerse a la captación de datos si esta no es legítima.

Estas limitaciones tan estrictas se enfrentan de nuevo con el tratamiento de los datos por parte del SCS. Las finalidades a las que sirven los datos en este régimen son muy amplias, además no se permite su modificación por parte del interesado y su único fin no es la delincuencia.

Artículos 15, 16 y 17

Sin embargo, en ocasiones, en aras de lograr su objetivo los cuerpos policiales inciden sobre los derechos y libertades de los ciudadanos de manera activa: por medio de sanciones y el uso de la fuerza; o de manera pasiva: medidas de prevención como la videovigilancia. La videovigilancia se define como: “la técnica que permite captar imagen y sonido del entorno a través de dispositivos tecnológicos.” Busca ofrecer más seguridad para los ciudadanos, aunque en el proceso incide sobre los derechos y libertades. Por ello la videovigilancia está limitada y su función es exclusiva de las FCSE, quienes se encargan de su uso, conservación, instalación e integridad. Los sistemas de videovigilancia han aumentado sus capacidades, así como los riesgos que entrañan para los datos que captan de las personas. Existen cámaras fijas y dispositivos móviles, ambos sometidos a normas específicas para su uso e instalación.

La instalación de sistemas de videovigilancia fija debe realizarse en espacios públicos, donde también pueden provocar injerencias en la vida privada de los ciudadanos; por tanto, deben ceñirse a los principios de proporcionalidad, idoneidad, intervención mínima, análisis de riesgos y evaluación de impacto en las libertades individuales. Además, debe informarse de su instalación a los ciudadanos y a quién deben dirigirse en caso de reclamaciones, lo que denota gran transparencia. Estas videocámaras también recopilan datos personales que requieren de protección. De este modo, también captan datos biométricos, estos son datos tratados específicamente relativos a características físicas, fisiológicas o de conducta que permiten confirmar la identidad. Este tipo de información solo podrá captarse en relación con la prevención, investigación y detección de infracciones penales.

De refuerzo de esta ley encontramos una norma previa: la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, reguladora de la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. Esta también indica donde se pueden emplear estos medios, así como que lugares quedan excluidos. Da indicaciones sobre la instalación de videocámaras por razones de proporcionalidad, sus garantías y las autorizaciones necesarias, ya sean móviles o fijas.

Finalmente, cabe mencionar que en España como se ha observado colocar cámaras de vigilancia requiere de una fundamentación exhaustiva. Estas solo pueden colocarse si cumplen los criterios del artículo 15.2, por consiguiente, hay muchas menos que en China. Por último, en España los ciudadanos son avisados de la localización de las cámaras y a quién dirigirse en caso de conflicto. Es más, los datos captados por esas cámaras tan solo podrán ser utilizados si cumplen de manera estricta los requisitos de proporcionalidad e idoneidad. Al contrario que ocurre en China, donde todos los datos que captan las cámaras son empleados de manera indiscriminada, recogiendo la mayor cantidad de datos de todo tipo para elaborar con ellos un perfil y una valoración adecuada de confianza moral y financiera. Asimismo, se recopilan datos biométricos para poder identificar a los sujetos y evaluar las diferentes acciones realizadas día a día.

En resumen, se puede afirmar que en la actualidad se busca un equilibrio entre seguridad y libertad. Estos medios de videovigilancia buscan aumentar las medidas de prevención delictual, sin embargo, en el camino de lograr este objetivo pueden menoscabar algunos derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, su regulación legal es estricta y su implantación siempre estará altamente justificada, siguiendo los principios de legalidad, proporcionalidad, adecuación y necesidad.

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

Artículo 1

Esta ley supone un gran avance legislativo en la protección de datos, siguiendo el paradigma europeo actual. Busca adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016 como bien se enuncia en este primer artículo. De esta manera, durante todo el texto legal se acude recurrentemente a este Reglamento Europeo. Además, esta ley busca hacer efectiva y

material la protección de los derechos digitales a los que se refiere la Constitución Española en el artículo 18.4.

Los datos personales podrían definirse de la siguiente forma: “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo relacionada con personas físicas identificadas o identificables”. Estos son la base de esta ley y se estructura entorno a ellos y su protección.

Artículo 4, 5, 6 y 11

Se da gran importancia al interesado y sus derechos sobre sus datos personales y su tratamiento. Principalmente quiere garantizarse la privacidad del afectado. Por tanto, los requisitos para el trato de los datos son estrictos entre ellos se encuentra el consentimiento, definido en el artículo 4 del RGPD. También están el interés legítimo y la existencia de alguna obligación legal. Se hace especial mención a la transparencia que debe emplearse en el tratamiento de estos datos. En concreto, el responsable del tratamiento deber informar acerca de sus intenciones sobre el trato de los datos del usuario sin ocultar su finalidad. Debe ser claro e informar de todos los fines. La información a recoger será la estrictamente necesaria para cumplir los fines enunciados. Tienen que ser datos exactos y actualizados. En España existen otras leyes que abogan por la transparencia a nivel gubernamental como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno del Foro de Gobierno Abierto.

Por otro lado, el artículo 5 se refiere al deber de confidencialidad sobre estos datos. Es decir, la seguridad de estos frente al trato ilegítimo, la pérdida o la destrucción. Se debe mantener la privacidad del interesado salvaguardando esta información. Asimismo, debe existir proporcionalidad entre la explotación de datos y la protección. Esta confidencialidad es complementaria al secreto profesional. A tenor de esta ley los datos tan solo podrán ser accesibles para las personas autorizadas, para aquellas que se encargan del tratamiento y el interesado. Por el contrario, en China el acceso a estos datos es mucho más amplio, de hecho, puede acceder a ellos cualquier ciudadano a través del portal del gobierno chino.

Artículos 13, 14, 15, 16, 17, y 18

De este modo, los datos personales deben estar a la completa disponibilidad del afectado, el cuál puede reclamar que le sean puestos a disposición y sobre todo se le indique la finalidad de su tratamiento y el responsable al que dirigirse. Sin embargo, en la sociedad china los datos no están disponibles para los ciudadanos, es más, estos ni siquiera saben cuáles son los datos que se obtienen de ellos y a quién pueden dirigirse si su uso les suscita dudas. En esta ley orgánica se pueden leer una serie de derechos respecto a los datos personales:

Acceso: capacidad de solicitar y obtener información sobre los datos tratados de forma gratuita. Tanto los recogidos como los derivados del trato y sus fines. Este acceso es amplio y concierne a la totalidad de ellos para poder ejercer adecuadamente el resto de los derechos.

Cancelación: acción de eliminar los datos personales cuando estos sean excesivos o inadecuados. Se bloquean y se impide su tratamiento. La supresión definitiva se efectuará cuando prescriban las posibles responsabilidades legales derivadas. También se cancelarán si hubieran sido cedidos a otros responsables del tratamiento.

Rectificación: corregir los datos ya sea porque son incorrectos, inexactos u obsoletos. Ya que estos deben ser actualizados y exactos. De este modo, se asegura la certeza. Afectará también a los datos cedidos.

Oposición: existe la posibilidad de oponerse al tratamiento de los datos. No requiere aportar motivo concreto. Cuando se requiera su consentimiento podrá negarse al trato.

Limitación del tratamiento: se puede también limitar al responsable del tratamiento de los datos. De forma que se impone un bloqueo cautelar para verificar la exactitud o la oposición al tratamiento. También en situaciones donde el tratamiento sea de origen ilícito.

Portabilidad de los datos: consiste en recibir los datos tratados en formato comprensible para poder entenderlos, facilitarlos a otros responsables del tratamiento o emplearlos.

Todos ellos abogan por una amplia protección. Concretamente, el derecho de oposición señala también la posibilidad de negarse frente a las decisiones individuales automatizadas como la realización de perfiles. Este caso es el del SCS, que si logra convertirse en obligatorio para todos los ciudadanos como se pretende, produciría el incumplimiento total de este precepto, negando a los individuos esta posibilidad de oposición.

La negativa frente a las decisiones individuales automatizadas podría describirse como: “el derecho del interesado a no ser objeto de la confección de elaboración de perfiles basadas en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar aspectos personales de la persona.”

Es más, el artículo 13 apartado 1, h) de esta LO menciona el artículo 22 del RGPD que hace especial énfasis en aquellos datos que sirven para la toma automatizada de decisiones y la elaboración de perfiles. Asimismo, se indica que los interesados pueden exigir acceder a los datos, pero también a la lógica aplicada para elaborar el perfil en cada caso, de forma concisa, transparente y legible. El contenido de este artículo prohíbe la toma de decisiones exclusivamente automatizada, de este modo busca que mediante la intervención humana se puedan reducir los errores cometidos por el sistema, así como los sesgos como se menciona en el artículo 22.3 del RGPD. Este artículo, junto a esta LO y el RGPD buscan proteger los derechos digitales mencionados en el artículo 18.4 de la CE y los datos personales.

Es sabido que muchos de estos algoritmos cometen errores, arrastran sesgos, son discriminatorios e incluso contienen prejuicios. Por consiguiente, se establece un marco jurídico que dé seguridad al interesado y le permita proteger de manera real sus datos personales. Entre estos mecanismos de control cabe destacar la intervención y supervisión humana, encargada de la decisión final. Además, se debe ser capaz de explicar al afectado cómo funciona el algoritmo y que proceso sigue para tomar la decisión, así como los datos que se han empleado en este procedimiento y sus consecuencias futuras. De este modo, se aboga por una mayor transparencia consistente en eliminar la opacidad algorítmica. En algunas ocasiones, a causa de la dificultad del funcionamiento de estos sistemas, no logra explicarse de manera clara al individuo que proceso siguen sus datos y como llega a tomarse esta decisión de manera clara y comprensible.

Frente a estos derechos que pueden ejercer los afectados, muchas empresas u organismos se acogen a los derechos de propiedad intelectual y de secreto comercial, para de esta manera no tener que revelar de forma concreta el funcionamiento de su sistema algorítmico. Por tanto, en estos casos existe una transparencia intensificada, donde debe saberse que datos pueden darse a conocer y cuáles no. Sin embargo, estos derechos de las empresas no deben incurrir en un menoscabo de los derechos del interesado, quien debe estar al tanto de cómo son tratados sus datos personales y para qué están siendo empleados.

En conclusión, una vez revisada esta Ley; se puede observar cómo en China ocurre todo lo contrario. Los habitantes no pueden conocer cuáles son los datos tenidos en cuenta por los algoritmos del SCS; es más desconocen completamente que conductas les perjudican o les benefician, así como, la lógica que sigue el algoritmo para determinar su puntuación de crédito social ni las represiones o sanciones que un bajo crédito puede conllevar. En este caso, los ciudadanos chinos no conocen la lógica funcional del algoritmo, no sabiendo cómo y para qué se usan sus datos: opacidad algorítmica. Además, tampoco saben las consecuencias futuras que puede tener la elaboración del perfil crediticio, denotándose una clara ambigüedad en su funcionamiento.

Artículo 20. Sistemas de información crediticia.

En este precepto se defiende el tratamiento de la información crediticia por medio de las entidades bancarias. Sin embargo, al contrario que ocurre con la información crediticia en China, esta es solo de acceso para las entidades bancarias y para los interesados expresados en el apartado de e) de este artículo; mientras que la información del crédito en China es accesible por cualquier ciudadano a partir de la página del gobierno, comprobando sus deudas y demás información financiera sensible. Por otra parte, este artículo en su apartado 3 determina que el tratamiento de estos datos junto con otros adicionales de otras fuentes para la elaboración de perfiles no es lícito. Este último mecanismo es exactamente el que emplea

el SCS para desarrollar la puntuación de crédito social de cada individuo, mezclando datos financieros junto con conductas éticas que no provienen de esta información recopilada y almacenada en los bancos.

Artículo 22

Esta última disposición resalta las medidas y restricciones impuestas para colocar cámaras de videovigilancia. Estas medidas son bastante estrictas y provocan que la instalación de cámaras en España sea más compleja que en China, por tanto, el número de cámaras instaladas es menor y sus capacidades de observación también lo son, respetando en mayor medida la intimidad de las personas. Además, el control y la vigilancia se ven reducidos, dejando más libertad y una sensación de menor inquietud en los ciudadanos. Este precepto viene a reforzar también las medidas impuestas por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo; comentada anteriormente.

En último lugar, cabe hacer mención especial al REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, también conocido como GDPR, que entra en plena confrontación con el tratamiento que efectúa el SCS sobre los datos de sus ciudadanos y a cuyo contenido se hace referencia en numerosas ocasiones en la LOPD. Aunque no es competencia de este estudio ya que se refiere al ámbito europeo, sin embargo, sí que tiene influencia al elaborar las normas nacionales que deben seguir las directivas europeas.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de todo este estudio, se ha analizado de manera pormenorizada el Sistema de Crédito Social Chino. De este modo, se ha revisado su funcionamiento y las diferentes estrategias que emplea para conseguir su objetivo último: crear una puntuación que refleje la confianza financiera y moral que puede depositarse en un individuo concreto. Dicha puntuación es obtenida a través del análisis de cantidades de datos masivas por medio de técnicas de big data y de algoritmos. Estos datos consisten sobre todo en el comportamiento financiero del ciudadano en cuestión, pero también incluyen los comportamientos de la vida diaria, evaluando si son éticos y de esta forma contribuyen a la subida de la puntuación crediticia o no son éticos y producen el efecto contrario. Por consiguiente, tras estos profundos análisis se obtiene una valoración que determinará la confianza que puede ser depositada en este individuo. En base a este número se determinan una serie de privilegios a los que la persona puede acceder o no. Por otro lado, existen listas negras donde se recogen a los deudores que son los que peores sanciones sufren, mientras que las listas rojas engloban a aquellos con mejor crédito social y que reciben algunas recompensas y mejoras en su calidad de vida.

Tras estudiar profundamente sus pautas y métodos, se constata que el sistema puede llegar a ser en ocasiones restrictivo. De esta forma, resulta un sistema de vigilancia continua y control sobre los ciudadanos y sus conductas, que ante el desconocimiento sobre cuales son tenidas en cuenta, buscan complacer al sistema por medio de comportamientos que este determina como adecuadamente morales o éticos. Además de forzar acciones en los habitantes sometidos, también recoge una gran cantidad de datos sorprendente y que choca en gran medida con la seguridad de estos y la intimidad de los individuos. Por consiguiente, los datos personales de los ciudadanos se ven comprometidos y se incurre en múltiples faltas contra sus derechos abogando por una mejora en la seguridad del país. No sólo coacciona a los individuos, sino que genera tensiones entre ellos, provocando la estigmatización y el rechazo hacia aquellos que no cumplen con las normas impuestas y son incluidos en las listas negras. Es más, el hecho de formar parte de grupos con estas personas también provoca la bajada de la puntuación asociada. Asimismo, los individuos de estas listas negras o con baja puntuación ven reducidos sus derechos de movilidad, acceso a crédito financiero y a la intimidad y la privacidad, ya que son expuestos ante los demás ciudadanos como deudores. Todo esto asociado a la pérdida de protección y confidencialidad de sus datos provoca que los

ciudadanos chinos sometidos a este sistema deben adaptar sus conductas en función de las imposiciones del SCS, de modo que no reciban un mayor menoscabo de derechos aun si cabe.

En este trabajo también se han puesto de manifiesto los inconvenientes que presenta el SCS: falta de privacidad y seguridad de los datos, excesivo control social, daños en la reputación y falta de transparencia entre otros. Todas estas desventajas resaltan la opacidad del sistema en su valoración de las conductas y generan miedo e inseguridad ciudadana frente al gobierno, quien a través de esta excesiva vigilancia puede ejercer presión y coacción sobre los ciudadanos sin decretar de manera clara y transparente los criterios a seguir para mejorar o empeorar la puntuación crediticia de los individuos. Esta falta de transparencia es una de las razones que hace tan peligroso a este sistema, permitiendo variar estos criterios en función únicamente de los intereses gubernamentales en cada momento. A todo esto, se le puede añadir como ya se ha mencionado que la privacidad de los datos personales es muy escasa, lo que genera cierta intranquilidad en el ciudadano y una sensación de vigilancia constante, que condiciona sobremanera su libertad y sus decisiones.

Finalmente, se han recogido múltiples leyes nacionales que entrarían en conflicto directo con las pautas que sigue este sistema sobre todo en cuanto al tratamiento de los datos y la obtención de estos. Estas normas ponen de manifiesto el seguimiento del paradigma europeo relacionado con la protección y la extensión de los derechos digitales sobre los datos. Siguiendo dicha tendencia a partir del GDPR. Posteriores a este surgen nuevas leyes orgánicas en relación con la protección de datos o la captación de imágenes por parte de los sistemas de videovigilancia. Estas nuevas regulaciones respaldan las anteriores normativas de la CE sobre protección de derechos digitales y la ley de derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. En resumen, todas ellas desarrollan artículos que buscan proteger de manera amplia los derechos digitales y más en concreto los datos y su tratamiento. Existen gran cantidad de normas que permiten a los individuos conocer los datos que se recogen, las capacidades de control que tienen sobre ellos y el tratamiento que reciben, así como su finalidad. Asimismo, se refuerzan la transparencia, la licitud y la confidencialidad de dichos datos. Por otra parte, se incluyen mecanismos de protección y salvaguarda de esta información, por ejemplo, la intervención humana en los sistemas de decisión automatizada. Todas estas extendidas protecciones, conocimiento y potestades sobre los datos chocan directamente con el SCS, donde se destaca claramente una opacidad del sistema y una falta de control y conocimiento de los ciudadanos sobre sus propios datos.

Queda evidenciado que a pesar de que el sistema permita un mayor control de los ciudadanos y aumente en cierta medida la seguridad del manejo del capital en China, estos beneficios no justifican la disminución que se produce en los derechos ciudadanos sobre todo en relación con la libertad, la intimidad y el tratamiento de sus datos personales; donde todos ellos quedan completamente desprotegidos ante un sistema que impone sanciones en base a un algoritmo cuyo funcionamiento es opaco e incluso invasivo en algunos puntos. Produciendo en última instancia a la población una sensación de intranquilidad, vigilancia y control constante por parte del gobierno.

5. BIBLIOGRAFÍA

A. LUCIANO PAREJO. "Sobre el binomio libertad y seguridad en el derecho." *Iusta*, 4, 2016. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0045.05>

A. M. DE LEÓN EXPÓSITO. "Transparencia y protección de datos." *Cosmológica*, 2022, no 2, p. 323-336.

A. M. PARDO-LÓPEZ, "Predicción del comportamiento criminal a partir del análisis del Big Data: regreso al peligrosismo penal" En *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*. Tomo I. ¿Cuarta revolución industrial? Contribuciones tecnosociales para la transformación social. 2019, pp. 527-548.

A. E. PERALES. "Libertad de circulación comunitaria y orden público en España." *Cuadernos de Derecho Público*, 2011.

- A. SORIANO ARNANZ. "Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos." *Revista de derecho público: teoría y método*, 2021, vol. 3, p. 85-127.
- A. ZAYRSNIK, "Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights" *ERA Forum*, 20(4), 2020, pp. 567–583. <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00602-0>
- B. APARICIO ARAQUE. "Una nueva visión en materia de protección de datos, decisiones automatizadas y elaboración de perfiles tras la jurisprudencia reciente del TJUE." 2025.
- D. BELLO JANEIRO, ET AL. "La perspectiva civil de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen." 2017.
- E. GESTIDO CASTILLA. "La posible vulneración de los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos a través del uso de dispositivos de videovigilancia en las comunidades de propietarios." 2023. <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/40091>
- F. J. CASTRO-TOLEDO, F. MIRÓ-LLINARES, & J.C. AGUERRI. "Data-Driven Criminal Justice in the age of algorithms: epistemic challenges and practical implications" In *Criminal Law Forum* Vol. 34, No. 3, 2023. pp. 295-316. Dordrecht: Springer Netherlands.
- F. J. LLERENA CARRASCO. "La Ley Orgánica 7/2021 sobre protección de datos en el ámbito policial." 2022. Tesis de Licenciatura.
- F.M. LLINARES, F. M. "Predictive policing: utopia or dystopia? On attitudes towards the use of big data algorithms for law enforcement" *IDP: revista de Internet, derecho y política= revista d'Internet, dret i política*, (30), 5. 2020.
- G. J. D. SMITH, L. B. MOSES, & J. CHAN, "The challenges of doing criminology in the big data Era: towards a digital and data-driven approach. *The British Journal of Criminology*", 57(2), 2017, pp. 259–274. <https://doi.org/10.1093/bjc/azw096>
- G. KOSTKA, "China's Social Credit Systems and public opinion: Explaining high levels of approval" *Freie Universität Berlin*. 2018. <https://ssrn.com/abstract=3215138>
- H. KANG, & H. KANG. "Prediction of crime occurrence from multi-modal data using deep learning" *PLoS ONE*, 12(4), 2017. e0176244. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0176244>
- H. HUSSEIN, & A. ABDULAMEER. "Crime prediction using big data analysis" *Proceedings of 2nd International Multi-Disciplinary Conference Theme: Integrated Sciences and Technologies, IMDC-IST 2021, 7-9 2022, Sakarya, Turkey*. <https://doi.org/10.4108/eai.7-9-2021.2314943>
- J. S. BACH, "The red and the black: China's social credit experiment as a total test environment" *Br J Sociol*. 2020, pp. 1–14. <https://doi.org/10.1111/1468-4446.12748>
- J. BACCARIA. "Legitimación y base legal para el tratamiento. Especial referencia al consentimiento." *Economist & Jurist*, 2018, vol. 26, no 217, p. 24-29.
- J. MUÑOZ RODRÍGUEZ. "Principios de protección de datos: licitud, lealtad, transparencia, minimización, exactitud, integridad y confidencialidad." *Economist & Jurist*, 2018, vol. 26, no 217, p. 18-23.
- K. D. STRANG, "Cybercrime Risk Found in Employee Behavior Big Data Using Semi-Supervised Machine Learning with Personality Theories" *Big Data and Cognitive Computing*, 8(4), 2024, p. 37. <https://doi.org/10.3390/bdcc8040037>
- K. L. X. WONG, & A. S. DOBSON, "We're just data: Exploring China's social credit system in relation to digital platform ratings cultures in Westernised democracies" *Global Media and China*, 4(2), 2019, pp. 220–232. <https://doi.org/10.1177/2059436419856090>
- K. M. CABREARA MERCADO. "Vigilancia digital y securitización de la movilidad en la triple frontera: tecnología, control y derechos humanos." (2026). <https://dspace.unila.edu.br/handle/123456789/9584>

- L. COTINO HUESO. "La (in) constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la COVID." *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*/coord. por Carlos Garrido López. Fundación Giménez Abad, 2021. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0004>
- L. MIRAMÓN PRATS. "Derechos de las personas interesadas: acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento, de portabilidad y de oposición." *Economist & Jurist*, 2018, vol. 26, no 217, p. 30-35.
- M. CASTILLO DAUDÍ. "Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional." *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* 31, 2016: 10.
- M. FENG, J. ZHENG, J. REN, A. HUSSAIN, X. LI, Y. XI, & Q. LIU, "Big data analytics and mining for effective visualization and trends forecasting of crime data" *IEEE Access*, 7, 2019, pp. 106111–106123. <https://doi.org/10.1109/access.2019.2930410>
- M. KAUFMANN, S. EGBERT, & M. LEESE, "Predictive Policing and the Politics of Patterns" *The British Journal of Criminology*, 59(3), 2018, pp. 674–692. <https://doi.org/10.1093/bjc/azy060>
- M. MEDINA GUERRERO. "El conflicto entre la transparencia y la protección de datos tras la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos." *Revista española de la transparencia*, 2023, no 17, p. 3.
- M. MEDINA GUERRERO. "El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales." *Teoría y realidad constitucional*, 2022, no 49, p. 141-171.
- M. N. DE LA SERNA BILBAO. "Seguridad ciudadana y los sistemas de videovigilancia. Límites, garantías y regulación." *IUSTA*, 2016, vol. 2, no 45, p. 129-163.
- M. SCHUILENBURG, & M. SOUDIJN. "Big data policing: The use of big data and algorithms by the Netherlands Police" *Policing a Journal of Policy and Practice*, 17. 2023. <https://doi.org/10.1093/police/paad061>
- P. ESCRIBANO TORTAJADA. "Drones y derecho a la intimidad y la propia imagen: estado de la cuestión y problemas que se plantean en la actualidad." 2017. <http://hdl.handle.net/10334/6302>
- P. S. TABOADA, "Cómo está cambiando el Big Data la predicción del delito" *Red Española De Jóvenes Investigadores En Criminología*, 2019, pp. 317–326. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7279467>
- R. CREEMERS, "China's Social Credit System: An Evolving Practice of Control" 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3175792> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3175792>
- R. KUMAR, & B. NAGPAL, "Analysis and prediction of crime patterns using big data" *International Journal of Information Technology*, 11(4), 2018, pp. 799–805. <https://doi.org/10.1007/s41870-018-0260-7>
- S. CEBRIÁN BELTRÁN. "Nuevos desafíos en el ámbito de la videovigilancia por las fuerzas y cuerpos de seguridad desde la perspectiva de la LO 7/2021: El difícil equilibrio entre la seguridad y la protección de datos." *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 2022, vol. 70, no 1, p. 221-251.
- S. S. SUBASHKA RAMESH, A. ANSHU, V. KUMAR, & H. KUMAR, "Using big data, an extensible system for forecasting and analyzing relations among crimes" *Turkish Journal of Computer and Mathematics Education*, 12(10), 2021, pp. 7032-7040. <https://doi.org/10.16953/deusbed.849417>
- X. DING, & D. YHAO ZHONG, "Rethinking China's Social Credit System: A Long Road to Establishing Trust in Chinese Society", *Journal of Contemporary China*. 2020. <https://doi.org/10.1080/10670564.2020.1852738>

Y. LEE, & J. PARK, "Using big data to prevent crime: Legitimacy matters" *Asian Journal of Criminology*, 17(1), 2021, pp. 61–80. <https://doi.org/10.1007/s11417-021-09353-4>

PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS. REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR

Iván Martín Gómez
Profesor Contratado Doctor
Universidad Católica de Ávila

<https://orcid.org/0000-0001-5444-4852>

<https://doi.org/10.14679/4866>

Fecha de recepción: 26 de diciembre de 2025
Fecha de aceptación: 31 de diciembre de 2025

RESUMEN: El procedimiento especial de microempresas establecido por el legislador en nuestra norma concursal ha sido objeto de amplio debate doctrinal por diversas cuestiones. Se pretende en este trabajo exponer los principales aspectos que la doctrina ha tratado de este procedimiento y ofrecer una reflexión crítica de la responsabilidad del administrador de las microempresas en el contexto de este procedimiento. El objetivo es sugerir mejoras que puedan ayudar a la protección de las garantías de los acreedores mediante un régimen de responsabilidad más efectivo, sin limitar con ello las iniciativas de emprendimiento, la continuación de las microempresas en situación de insolvencia, la agilidad de trámites ni tampoco la reducción de costes pretendidas por el legislador.

ABSTRACT: The special procedure for micro-enterprises established by the legislator in our insolvency law has been the subject of extensive doctrinal debate on various issues. This paper aims to set out the main aspects of this procedure that have been addressed by legal scholars and to offer a critical reflection on the liability of micro-enterprise administrators in the context of this procedure. The objective is to suggest improvements that may help to protect creditors' guarantees through a more effective liability regime, without thereby limiting entrepreneurial initiatives, the continuation of micro-enterprises in a situation of insolvency, the speed of procedures or the cost reductions sought by the legislator.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad administrador, procedimiento especial microempresas, el administrador en la insolvencia de microempresas.

KEYWORDS: Administrator liability, special procedure for micro-enterprises, the administrator in the insolvency of micro-enterprises.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El mecanismo del procedimiento especial de continuación o de liquidación en las microempresas; 2.1. Principios inspiradores del procedimiento; 2.2. Ámbito de aplicación; 2.3. Legitimación; 2.4. Posibilidad de conversión del procedimiento; 3. El protagonismo del deudor en el procedimiento especial de microempresas; 4. Especialidades del itinerario de continuación; 5. Especialidades del itinerario de liquidación; 5.1. La plataforma de liquidación; 5.2. La calificación abreviada; 6. La responsabilidad del

administrador en las microempresas; 6.1. La responsabilidad general del administrador; 6.2. Las acciones de responsabilidad; 7. Reflexiones finales; 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

El legislador mercantil ha previsto en la normativa concursal un procedimiento especial para el caso de las Microempresas.

Ya en el preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia); se indica que las microempresas constituían el 93,82 % de las empresas españolas y daban trabajo a 4.887.003 personas.

Si actualizamos estos datos, en el mes de octubre de 2025 existían 1.124.223 microempresas en nuestro país. Un 38,14 % del total de las empresas del país, según el Ministerio de Industria y Turismo. En Europa las cifras de microempresas son muy similares a las nuestras¹.

Desde la Unión Europea y con el objetivo de favorecer el crecimiento de las empresas, fomentar la inversión y generar innovación, así como propiciar la colaboración y las agrupaciones de empresas, se aprobó el 6 de mayo de 2006 por parte de la Comisión una nueva definición de microempresa según lo dispuesto en el Artículo 2, apartado 3 del Título I de la Recomendación sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas²:

En la categoría de las PYME, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

A mayor abundamiento, para conocer la conceptualización jurídica que el legislador patrio ha dado concretamente a las microempresas, tenemos que acudir al artículo 685.1. ordinal 1º y 2º del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, TRLC). Hace referencia a autónomos o empresas con un volumen de negocio inferior a setecientos mil euros de facturación, o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud y haber empleado durante el año anterior a la solicitud de acogimiento al procedimiento especial de microempresas, de media al menos a diez trabajadores a tiempo completo.

Las microempresas conforman la mayor parte del tejido empresarial en la economía mundial ya que son los verdaderos generadores de iniciativa empresarial, empleo, bienestar social y desarrollo e innovación³.

¹ MINISTERIO DE INDUSTRIA Y TURISMO. Secretaria de Estado de Industria. Dirección General de Estrategia Industrial y de la Pequeña y Mediana Empresa. [En línea]. Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2025. Disponible en: https://ipyme.org/Publicaciones/Cifras%20PYME/CifrasPyme_octubre_2025.pdf

² COMISIÓN EUROPEA. Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas [notificada con el número C (2003) 1422]. DOUE» núm. 124, de 20 de mayo de 2003, pp. 36 - 41 (6 págs.). [En línea]. Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2025. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-80730>.

³ M. S. MARTÍNEZ BOUZAS, "Procedimiento especial para microempresas con plan de continuación." *La ley Insolvencia*, N° 17, Enero de 2023, pp. 1-6. p.1.

Gran parte de la doctrina concibe las microempresas como la columna vertebral de las economías desarrolladas por la influencia que tienen en la creación de empleo y en el incremento de innovación y competitividad. De la misma forma se ha constatado que existen numerosas quiebras en los últimos años de este tipo de entidades y se han identificado tres causas fundamentalmente: la limitación de la información financiera disponible que no permite un análisis lo suficientemente profundo para detectar la insolvencia; la forma de gestión hace que el propietario y el directivo - gestor sean la misma persona lo que provoca que las decisiones y la fiabilidad de la información financiera no estén controladas por un órgano colegiado de gobierno corporativo; y por último, la habitual dimensión familiar de la microempresa que provoca que los gestores no estén formados y haya una baja productividad⁴.

Ante esta situación, el legislador se encontraba en la necesidad de establecer modelos desarrollados para estas entidades que provean mecanismos de detección de la insolvencia ante las dificultades que la idiosincrasia de las microempresas presenta, así como de un procedimiento ágil y rápido de reestructuración o liquidación⁵.

Este tipo de entidades, como se ha mencionado, tienen la particular característica de que habitualmente se mezclan los patrimonios y las deudas personales, la propiedad de la empresa, su control, su administración... Así mismo suelen estar administradas por los socios que habitualmente disponen de poca formación financiera, jurídica, de gestión y de insolvencias, provocando una gran incertidumbre en la unidad empresarial⁶.

El legislador ha pretendido con el procedimiento especial adelantar el momento en el que se acude a la insolvencia, reducir la duración de los procesos de insolvencia de microempresas y dar protección a aquella parte del tejido empresarial que resulte viable. Sin embargo, no se previó un procedimiento depurado ni tampoco que la entrada en vigor de la reforma fuera acompañada de las dotaciones necesarias a nivel tecnológico que hagan posible su puesta en marcha inmediata⁷.

El objetivo de articular esta medida para las microempresas es la reorganización de la actividad de la empresa o su liquidación en el plazo de tres meses con transmisión de la empresa con funcionamiento o sin ella⁸.

La mayoría de los procedimientos concursales que se inician en el ordenamiento jurídico español corresponden a microempresas a tenor de los datos ofrecidos por el Informe Anual de Estadística Concursal que elabora el Colegio de Registradores de España⁹ y, además, tal y como indica la doctrina, los largos procesos de tramitación, pérdida de valor de las compañías, y un largo procedimiento muy rígido; provocan en este tipo de empresas un mayor efecto negativo que en empresas de mayor tamaño¹⁰.

La mayor parte de microempresas que entran en concurso finalizan en liquidación debido a que cerca del 95% de los concursos terminaron en liquidación y tan sólo se aprobaron un 5,2%

⁴ M.J. VÁZQUEZ CUETO, A. IRIMIA-DIÉGUEZ, A. J. BLANCO OLIVER, “Factores determinantes de las quiebras en microempresas.” XXII Jornadas ASEPUMA – X Encuentro Internacional. *Anales de ASEPUMA* N°. 22, 1505, 2014. pp. 1-30, p.3.

⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁶ M. S. MARTÍNEZ BOUZAS, “Procedimiento especial para microempresas con plan de continuación.”...cit. p.1.

⁷ M. S. MARTÍNEZ BOUZAS, “Procedimiento especial para microempresas con plan de continuación.”...cit. p.6.

⁸ M. BERMÚDEZ ÁVILA. “Sobre el procedimiento especial para microempresas (II)” en *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal*, (Herbosa Martínez, I., coord.). Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 509-521. p. 519.

⁹ Informe de estadística Concursal. Colegio de Registradores de España. [En línea]. Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2025. Disponible en: https://www.registradores.org/eu/web/opendata/portlet-estadistico-registral/estadisticas-concursales#portlet_com_liferay_journal_content_web_portlet_JournalContentPortlet_INSTANCE_uzyy

¹⁰ F. J. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, “El nuevo procedimiento especial para microempresas.” *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, N°. 59, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), pp. 213-228, p.214.

de convenios de continuación según la Estadística Concursal ofrecida por el Colegio de Registradores de España¹¹.

Por todo ello, resulta interesante analizar el procedimiento especial para microempresas con el fin de conocer su régimen jurídico y saber cómo el legislador ha configurado la responsabilidad del administrador en este tipo de entidades donde el administrador y el propietario se confunden en la mayoría de los casos en la misma persona.

Se pretende desde una perspectiva crítica y constructiva aportar unas propuestas de mejora para la alerta temprana de insolvencias en las microempresas, así como sugerir herramientas que puedan contribuir a una gestión más adecuada de estas entidades intentando evitar situaciones de quiebra insalvables; debido a la escasa probabilidad de éxito del procedimiento especial para microempresas a través del itinerario del plan de continuación, a tenor de los datos arrojados por las estadísticas mencionadas.

2. EL MECANISMO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE CONTINUACIÓN O DE LIQUIDACIÓN EN LAS MICROEMPRESAS

Una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 16/2022, que entró en vigor el 1 de enero de 2023 fue la incorporación de un procedimiento especial para las microempresas.

El fin perseguido por el legislador aprovechando que tenía que transponer la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia, fue crear un procedimiento para las microempresas que resultase más rápido y ágil a nivel procedimental, ya que elimina trámites innecesarios y establece modelos normalizados y vistas virtuales.

Debido a que los concursados no dispondrán de muchos recursos económicos para costear los honorarios de los asesores en la materia, el legislador ha previsto un único procedimiento con dos itinerarios: continuación o liquidación – con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento¹².

2.1. Principios inspiradores del procedimiento

De forma previa a un abordaje más profundo del procedimiento descrito, merece la pena detenerse en los principios que han inspirado este procedimiento.

En primer lugar, el principio de universalidad de la masa activa como de la pasiva implica que todos los bienes y derechos del deudor en el momento de la apertura del concurso comprenden el patrimonio del deudor insolvente para hacer frente a la liquidación.

En segundo lugar, el principio de intervención mínima de profesionales queda reflejado en que la intervención de un experto en reestructuraciones de empresas se dará cuando el deudor o los acreedores lo soliciten.

En tercer lugar, el principio de celeridad procesal se cumple por diversos motivos: las vistas son virtuales, el proceso es eminentemente escrito y muchos de los actos pueden realizarse de forma paralela en lugar de sucesivamente como en los procesos concursales ordinarios, hay un plazo máximo de tres meses para finalizar el procedimiento y las decisiones judiciales no tienen posibilidad de recurso¹³.

¹¹ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El ejercicio de la acción social de responsabilidad por la administración concursal” *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 12 /2024, pp. 17-38. p. 23.

¹² E. RECAMÁN GRAÑA, “Reestructuración de microempresas.” Manual de reestructuraciones empresariales. (Pulgar Ezquerra, J., coord. Gutiérrez Gilsanz, A., coord., Megías López, J., coord., Recamán Graña, E., coord.), Aranzadi La Ley, 2025, pp. 505-515, p. 505 y 506.

¹³ *Ibidem*, p. 506 y 507.

2.2. Ámbito de aplicación

En relación con el ámbito de aplicación del procedimiento especial de microempresas, la jurisprudencia ha dejado claro que el libro primero y segundo del TRLC se aplicará para personas naturales no empresarias, así como para PYMES y grandes compañías, mientras que el libro tercero se aplica a las microempresas, profesionales y autónomos, si bien aquellas personas físicas que tengan la condición de microempresa en los términos que establece el libro tercero, podrán acceder al procedimiento especial recogido en este libro y están facultadas para pedir la exoneración del pasivo insatisfecho conforme al libro primero del TRLC¹⁴.

Según ha interpretado la doctrina, se trata de un procedimiento especial de continuación o de liquidación. Esto es, en el caso del procedimiento de continuación se combinan elementos del plan de reestructuración, del convenio de acreedores y de los acuerdos extrajudiciales de pagos pertenecientes al concurso ordinario. La única opción para la viabilidad de la empresa en el caso de las microempresas es el plan de continuación puesto que no se permite ni la reestructuración anterior al procedimiento especial ni tampoco que posteriormente a la apertura se tramite el convenio de acreedores¹⁵.

Otra cuestión que ha previsto el legislador reside en que en el caso de que no se recoja en el procedimiento de microempresas alguna cuestión concreta, se aplicará de forma supletoria lo previsto en el libro primero para el concurso ordinario¹⁶. Sin embargo, en este sentido, la jurisprudencia ya ha delimitado y matizado que no se podrá aplicar por completo el libro primero, sino que se aplicará de forma supletoria cuando no exista una regulación contradictoria¹⁷.

Se ha establecido por parte del legislador en el libro tercero desde el artículo 685 hasta el 720 del TRLC este procedimiento especial que se abren tres posibilidades al concursado: la obtención del plan de continuación mencionado anteriormente; una liquidación que le va a permitir continuar en el mercado y, por último, una liquidación final mediante la venta singular de los activos; todo ello para evitar un procedimiento complejo, una elevada duración y costes vinculados al concurso.

Sin embargo, esta posibilidad de elección de un itinerario u otro no es absoluta. En los casos en los que la causa de la solicitud sea la probabilidad de insolvencia, no se puede acudir al itinerario de liquidación, mientras que no se podrá pedir el procedimiento de continuación cuando al menos el ochenta y cinco por ciento de su pasivo sea crédito público, según lo establecido en el artículo 686.4. del TRLC. En este caso, el legislador está conduciendo a la microempresa a la única solución de cubrir en lo posible el crédito público sin permitir la opción de reestructuración y continuación de la entidad.

Tampoco esta elección es definitiva ya que como ha recogido el legislador en el Capítulo III del citado libro tercero, existen distintas vicisitudes que puedan darse con posterioridad y que podrían alterar la elección del concursado, tal y como se verá a lo largo de este trabajo¹⁸.

Tal y como se ha expuesto por la doctrina, este procedimiento permite, por un lado, agilizar los trámites, ya que se pueden realizar audiencias orales a través de medios telemáticos y dictar resoluciones en el acto, así como dictar sentencias orales y; por otro lado, se otorga más autonomía y flexibilidad a los deudores y acreedores puesto que se simultanean actuaciones paralelamente, como se verá más adelante¹⁹.

¹⁴ Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, n.º 564/2023, de 2 de octubre, ECLI:ES:JMB:2023:3902A.

¹⁵ M. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, “La operatividad práctica del convenio concursal tras la reforma” *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 12/2024, pp. 277-299, p. 298.

¹⁶ R. SAN BRUNO CARUSO, “Abandono del acreedor en el concurso sin masa para microempresas”, [En línea]. Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2025. Disponible en: <https://www.roedl.es/es/articulos/blog2025/abandon-acreedor-concurso-sin-masa-microempresas>

¹⁷ Auto de fecha 27 de junio de 2023 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia y Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º de Santander, de fecha 11 de julio de 2023.

¹⁸ M. S. MARTÍNEZ BOUZAS, “Procedimiento especial para microempresas con plan de continuación.”...cit. p.2.

¹⁹ *Ibidem*, p. 215.

2.3. Legitimación

A fin de exponer la legitimación para acogerse a este procedimiento especial, resulta necesario conocer exactamente qué se entiende por microempresa para entender la legitimación subjetiva. Si bien se ha mencionado anteriormente, merece la pena subrayar el concepto jurídico de microempresa a tenor de lo expuesto en el artículo 685.1. apartado 1º y 2º del TRLC: será todo deudor persona natural o jurídica que, a nivel laboral, haya empleado en el último año anterior a la petición de apertura del procedimiento una media de, al menos diez trabajadores; a nivel de volumen de negocio, debe estar por debajo de setecientos mil euros anuales o debe contar con un pasivo por debajo de trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas antes de la petición.

Igualmente, como presupuesto objetivo para la petición de acogimiento a este procedimiento se recoge en el artículo 686.1 del TRLC que haya probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual. Estas tres situaciones tienen dos límites, el primero, ya mencionado anteriormente, es la existencia de crédito público en un porcentaje del ochenta y cinco por ciento, que impedirá iniciar el plan de continuación; y la segunda reside en que cuando la solicitud de continuación o liquidación no haya sido presentada por el deudor, se podrá pedir solamente en situación de insolvencia actual, nunca con probabilidad o insolvencia inminente²⁰.

En este punto, resulta necesario indicar que ha sido muy criticada por la doctrina la sobreprotección que se concede al crédito público. El tratamiento que recibe el crédito público supone un privilegio respecto de otro tipo de créditos. Esto ha provocado que se haya considerado por la doctrina que estos errores pueden llevar a que el procedimiento en su conjunto resulte ineficaz. Parece incompatible con la aplicación eficiente del sistema puesto que el privilegio concedido al crédito público puede provocar que el objetivo del procedimiento, que no es otro que la reestructuración de la microempresa no se cumpla, incluso que perjudique a la misma, a los acreedores y por ende a la propia Administración Pública por recibir una menor recaudación²¹.

Continuando con la legitimación para solicitar este procedimiento especial, en el caso de que la solicitud de iniciar este proceso la haga el deudor, puede hacerla cuando exista insolvencia actual pero también cuando haya insolvencia inminente o probabilidad de insolvencia; mientras que si la petición la hace cualquiera de los otros legitimados (acreedores y socios personalmente responsables) deberá existir la condición de insolvencia actual.

Para este trámite se dispone de dos meses del conocimiento de la situación concreta que justifica la petición excepto cuando nos encontramos ante impagos en concepto de obligaciones tributarias con exigibilidad tres meses antes de la solicitud de concurso, cuotas de seguridad social, demás conceptos de recaudación conjunta o sueldos, salarios y demás retribuciones laborales de los últimos tres meses, en cuyo caso el plazo se reduce a un mes con el fin de que las quitas y esperas sobre créditos de este tipo puedan pactarse en el plan de continuación.

Es necesario distinguir, no obstante, que, para pedir el procedimiento de liquidación sin transmisión de empresa en funcionamiento, debe haber estado actual de insolvencia, no sirve la mera probabilidad. En la mera probabilidad, se entiende que el deudor aún es solvente y que existen otras vías para la transmisión de la unidad productiva²².

²⁰ E. RECAMÁN GRAÑA, “Reestructuración de microempresas.” Manual de reestructuraciones empresariales. Cit. p. 509.

²¹ I. TIRADO MARTÍ, “El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida...cit. p. 279.

²² M. T. TRINIDAD SANTOS, “El procedimiento especial para microempresas.” en *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal*. (Herbosa Martínez, I.) Thomson Reuters Aranzadi. 2022. pp. 487-507. P. 491.

2.4. Posibilidad de conversión del procedimiento

Según indica la doctrina, una particularidad reside en que el procedimiento puede ser transformado. Esto es, cuando la solicitud del concurso la hagan los acreedores o los socios que sean personalmente responsables de las deudas, el deudor podrá optar entre las siguientes alternativas: oponerse a la declaración de concurso amparándose en la falta de legitimación, bien porque no exista el hecho externo o bien porque no esté en insolvencia; aceptar la declaración y la opción de procedimiento pedido por los solicitantes o aceptar la declaración de concurso, pero rechazar la modalidad elegida cambiando un procedimiento por otro (continuación por liquidación o viceversa)²³.

Los acreedores por su parte podrán también cambiar de procedimiento en virtud de lo establecido en el artículo 693 apartado 2 puesto que, cuando lo soliciten un cincuenta por ciento del pasivo, pueden pedir en cualquier momento que el procedimiento se transforme de un proceso de continuación a uno de liquidación. Igualmente, según lo dispuesto en el 693 apartado 3, cuando los créditos de los acreedores supongan un veinticinco por ciento del pasivo, podrán pedir el cambio de procedimiento para que se lleve vía procedimiento de liquidación argumentando justificadamente que no tiene viabilidad la continuación de la empresa en el corto y medio plazo.

Esta flexibilidad logra también aportar mayor celeridad al proceso de liquidación o reestructuración de las microempresas en situación de insolvencia por la posibilidad que ofrece de adaptación a las circunstancias sobrevenidas en cada momento y que claramente ha sido pretendida por el legislador.

Un caso excepcional de conversión automática de procedimiento de continuación en liquidación es el regulado en el artículo 699 *quater* en virtud del cual, cuando el deudor no está al corriente de las obligaciones con la AEAT o con la TGSS, siempre que su devengo sea posterior al auto que abre el procedimiento especial, determinará la apertura del procedimiento especial de liquidación, en todo caso.

El legislador ha sentado las bases para una reforma importante a través de dos procedimientos más ágiles de desarrollo del concurso de acreedores ordinario en el caso de las microempresas, bien vía procedimiento de continuación bien mediante el procedimiento especial de liquidación. Sin embargo, coincidimos con la doctrina en que ha de ser la puesta en práctica de estos procedimientos la que determine posibles errores de configuración jurídica inicial por parte del legislador y que precisen de adaptaciones y ajustes²⁴.

Teniendo en cuenta que la doctrina ha advertido que en estos procedimientos se le concede un mayor protagonismo al deudor²⁵, analizaremos a continuación en qué consiste esta mayor capacidad en el proceso y el impacto que entendemos que puede tener en la práctica.

3. EL PROTAGONISMO DEL DEUDOR EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE MICROEMPRESAS

En primer lugar, desde una perspectiva material, en el caso de que sea el deudor el solicitante, debe incluir sus datos, una breve memoria que motive la petición, la tipología de insolvencia que se está alegando, el procedimiento que se pide y un listado de la masa activa y pasiva existente. Si son terceros quienes lo solicitan, el deudor tiene que aportar el inventario de la masa activa y el listado de acreedores con la clasificación de los créditos.

En segundo lugar, desde el punto de vista procesal, en el caso de que la petición la haga un tercero, el deudor dispone de un trámite de alegaciones en el que puede oponerse, aceptar la petición, o cambiar la vía propuesta para tramitar el procedimiento.

En tercer lugar y en relación con las notificaciones, el deudor pasa a ser el encargado de notificar a los acreedores con copia al letrado de la Administración de Justicia, solución que

²³ *Ibidem*. p. 491.

²⁴ F. J. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, "El nuevo procedimiento especial para microempresas." cit., p.228.

²⁵ M. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, "La operatividad práctica del convenio concursal tras la reforma" *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 12 /2024, pp. 277-299.

en la práctica no parece resultar operativa. Se ha propuesto que se envíe un correo electrónico incluyendo en copia oculta a todos los acreedores con copia abierta al letrado de la Administración de Justicia y enviando posteriormente el correo en archivo digital, si bien esto no garantiza que se pueda acreditar la notificación fehaciente ni que los destinatarios han tenido acceso al contenido. Esto favorece que se descargue a los juzgados de trámites y genere eficiencia y rapidez en las comunicaciones, aunque recae la responsabilidad de las notificaciones en el deudor²⁶.

En cuarto lugar, se obliga a que la apertura del procedimiento especial sea publicada en el Registro Público Concursal a efectos de su conocimiento por los acreedores sin que sea necesaria su publicación en el BOE ni en otros medios adicionales, de tal forma que los interesados saben siempre donde dirigirse para buscar información sobre el procedimiento²⁷. Si bien esta obligación recae en el juzgado de lo mercantil que conozca el asunto, el deudor ha de comunicarlo a la AEAT y a la TGSS si son acreedores además de a los acreedores descritos anteriormente.

En quinto lugar, se ha establecido la creación de una plataforma electrónica que permita al letrado de la Administración de Justicia dar trazabilidad al procedimiento y en especial seguimiento a si el deudor ha cumplido con sus obligaciones de notificación y documentales.

Finalmente, la ley ha previsto que el inicio del procedimiento especial no conlleve la pérdida de facultades del deudor en la administración y disposición de los bienes y derechos, de hecho, solamente quedan parcialmente limitadas las ejecuciones judiciales y extrajudiciales de ciertos bienes y derechos, no de los créditos públicos, ni los garantizados, ni a los créditos afectados por un plan de continuidad. Si el procedimiento que se ha iniciado es el de continuación o liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento, se suspenderá la causa de disolución obligatoria por pérdidas cualificadas y si el procedimiento es el de liquidación, tendrá lugar el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y habrá que convertir en tesorería aquellos que se hayan constituido por otras obligaciones²⁸.

Todo este protagonismo del deudor parece que contraviene la verdadera finalidad del procedimiento especial en el itinerario de continuación. Como se ha expuesto, un sector doctrinal tiene la percepción de descontrol en el funcionamiento jurídico-económico interno de la entidad como causa de muchas de las quiebras de las microempresas por varios motivos: falta de transparencia en la información financiera, ausencia de control en la toma de decisiones por parte de un órgano colegiado, ausencia de obligación de presentación de cuentas en el Registro Mercantil en los casos de empresario individual, ausencia de obligación de realización de auditorías, ausencia de formación técnica específica en materia jurídico-empresarial de los administradores, confusión de la persona física administrador con el propietario o socio único de la microempresa...

Una vez tenidos en cuenta estos motivos como causa que motiva la situación de insolvencia, no parece muy adecuado que para una nueva fase que se inicia con el fin de reestructurar la situación de la microempresa, se concedan tan amplias facultades al deudor y por ende al administrador o al socio único en el que habitualmente concurren o pueden concurrir todas las causas descritas.

Adicionalmente a las cuestiones generales de legitimación y a la descripción de las facultades concedidas al deudor, trataremos a continuación de explicar las principales particularidades de cada uno de los dos itinerarios a fin de comprender mejor su contenido.

4. ESPECIALIDADES DEL ITINERARIO DE CONTINUACIÓN

Cuando se tramita un procedimiento de continuación, se puede pedir por parte del deudor o de los acreedores: que se extienda la suspensión de la ejecución judicial y extrajudicial de los

²⁶ I. TIRADO MARTÍ, "El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida? *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 7 /2022. pp. 237-279. p. 254.

²⁷ *Ibidem*, p. 253.

²⁸ F. J. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, "El nuevo procedimiento especial para microempresas." cit., p.221.

bienes y derechos que se necesiten para la actividad empresarial, excepto de las deudas por las cuotas de seguridad social por contingencias comunes y profesionales impagadas; que se designe un mediador para las negociaciones del plan; que se limiten las facultades de administración y disposición del deudor si hay una insolvencia real y que se designe un experto en reestructuraciones que actúe sustituyendo al deudor (solicitud por el cuarenta por ciento de los acreedores o por el deudor) o como interventor (solicitud por parte del veinte por ciento de los acreedores del pasivo)²⁹.

La ley prevé, con acierto, a nuestro entender, que sólo en el caso de que se haya acreditado que existe una situación de insolvencia actual o real, el experto en reestructuraciones que haya sido designado actuará como interventor, pero no en lugar del deudor puesto que el deudor puede mostrarse contrario a iniciar de forma temprana el procedimiento ante la posible pérdida de control de la empresa.

El nombramiento del experto se hará de mutuo acuerdo entre las partes (deudor y acreedores que supongan más de un cincuenta por ciento del pasivo total) o por el juez según el procedimiento del libro segundo del TRLC. Su retribución se pactará entre el deudor y los acreedores que supongan la mayoría del pasivo³⁰.

El nombramiento de un experto por parte del juez podrá darse cuando necesite una valoración de la empresa en funcionamiento para aprobar o no el plan de continuación, o cuando se pida la homologación judicial del plan y algún acreedor haya votado en contra según lo establecido en el artículo 698 bis. 5.

En cualquier caso, el juzgado de lo mercantil resolverá los conflictos, incompatibilidades o incidencias, por lo que, como se puede inferir de lo expuesto, aunque el juez tenga estas facultades, el nombramiento no depende definitivamente del juzgado³¹.

En relación con el mediador, tiene una capacidad más limitada que el experto puesto que su función en el procedimiento está limitada a mediar entre el deudor y los acreedores para alcanzar un acuerdo, pero no tiene la capacitación suficiente para emitir un juicio técnico suficiente sobre el contenido del plan de continuación³².

En cuanto a los créditos en el procedimiento de continuación, la ley establece que se podrán adoptar las medidas de reestructuración que se consideren necesarias para alcanzar una viabilidad en el corto o medio plazo.

Además, cualquier crédito puede incluirse en el plan de continuación, a excepción de aquellos de alimentos derivados de una relación familiar, los derivados de daños extracontractuales, los que deriven de relaciones laborales, la parte de los créditos públicos considerada privilegiada y las cuotas de seguridad social por contingencias comunes. Estas excepciones han sido entendidas por la doctrina como un impedimento a la hora de solicitar por parte de los acreedores el acceso a participar en la adopción de estos acuerdos, debido a que se concede prioridad a muchos otros tipos de créditos a satisfacer de forma previa a los devengados a su favor³³.

Es importante mencionar las particularidades que recoge este procedimiento especial de continuación respecto del de reestructuración en el concurso ordinario.

El plazo de presentación del plan de continuación es de diez días hábiles desde la solicitud de apertura del procedimiento especial y en dicha solicitud se debe indicar al menos que se quiere seguir el itinerario de continuación.

Si no tiene defectos, el letrado de la Administración de Justicia la admitirá a trámite y, en caso de haberlos, requerirá al proponente para que subsane en tres días hábiles. Si es admitida, el deudor comunica en tres días hábiles el plan a los acreedores. Una vez notificado

²⁹ *Ibidem*, p.221.

³⁰ M. T. TRINIDAD SANTOS, "El procedimiento especial para microempresas.", cit. p. 495.

³¹ M. BERMÚDEZ ÁVILA. "Sobre el procedimiento especial para microempresas (II)" cit. p. 519.

³² M. T. TRINIDAD SANTOS, "El procedimiento especial para microempresas.", cit. p. 495.

³³ F. J. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, "El nuevo procedimiento especial para microempresas.". cit., p.224.

se abre el plazo para que se presenten alegaciones durante quince días por parte de los acreedores, o por parte del deudor si se ha presentado por los acreedores.

Después de 15 días hábiles del inicio del plazo de alegaciones, se certificará el rechazo si el plan no se aprueba o se aprobará provisionalmente el citado plan.

En primer lugar, está prevista una tramitación conjunta de las fases de alegaciones y votación. En cuanto a la votación del plan se exige para su correcta aprobación que voten a favor los socios responsables y el deudor; de igual forma se presume que, si un acreedor no vota el plan, ha votado a favor. Los acreedores que tengan créditos afectados por el plan también tendrán derecho a voto.

En segundo lugar, para los acreedores afectados que voten a favor del plan, constituye un documento contractual, mientras que, para aquellos acreedores que no voten a favor del plan, éste tendrá efectos sólo a través de la homologación. Los acreedores que hayan quedado fuera podrán pedir que se les incluya en los veinte días hábiles siguientes al inicio del procedimiento³⁴.

En tercer lugar, cuando está aprobado el plan, el deudor o cualquier acreedor puede pedir la homologación del plan en los diez días siguientes a la certificación de la aprobación. La doctrina señala que el legislador introduce una posible homologación tácita del plan para aportar una mayor agilidad al procedimiento, es decir, si ni el deudor ni el acreedor solicitan al juez que se pronuncie sobre la homologación del plan, se considerará aprobado tácitamente excepto cuando el plan incluya créditos públicos o cuando se haya producido la aprobación por silencio positivo de los acreedores³⁵.

En cuarto lugar, se abre en el momento de la solicitud de la homologación la obligación para el letrado de la Administración de Justicia de conceder un nuevo plazo de quince días hábiles para que el deudor y los acreedores presenten alegaciones y, tras convocar una vista, si así lo considera, el juez ha de dictar auto concediendo o denegando la homologación en diez días hábiles como máximo según lo establecido en el artículo 698 bis 4 TRLC. El auto de homologación es susceptible de ser impugnado ante la Audiencia Provincial en los quince días siguientes a la homologación y estarán legitimados los acreedores públicos y los titulares de créditos afectados que hayan votado en contra del plan.

Si el deudor incumple sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social que se hayan generado después de la apertura del procedimiento especial, se abrirá la liquidación y el plan no tendrá efectos³⁶.

Finalmente, la doctrina concede especial relevancia a las vicisitudes del plan previstas en el Capítulo III del libro tercero. Esto es, el plan puede cumplirse si, pasados treinta días del último pago, ningún acreedor ha pedido la declaración de incumplimiento. Si el acreedor entiende que respecto de su crédito no se ha cumplido el plan, puede pedir que se declare el incumplimiento en el plazo de dos meses desde que tuvo lugar el incumplimiento. Puede suceder igualmente que el plan de continuación fracase porque no se apruebe, no se homologue o el plan no se cumpla. Esta frustración del plan implicará la finalización del procedimiento especial salvo que el deudor esté en insolvencia actual³⁷.

5. ESPECIALIDADES DEL ITINERARIO DE LIQUIDACIÓN

El procedimiento de liquidación se abre cuando el plan de continuación no se ha podido desarrollar o desde el comienzo del proceso a voluntad de los acreedores y deudores. Puede

³⁴ E. RECAMÁN GRAÑA, "Reestructuración de microempresas." Manual de reestructuraciones empresariales. Cit. p. 510.

³⁵ E. RECAMÁN GRAÑA, "Reestructuración de microempresas." Manual de reestructuraciones empresariales. Cit. p. 513.

³⁶ F. J. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, "El nuevo procedimiento especial para microempresas." cit p.224 y 225.

³⁷ E. RECAMÁN GRAÑA, "Reestructuración de microempresas." Manual de reestructuraciones empresariales. Cit. p. 514.

iniciarse a petición del deudor en situación de insolvencia actual, aunque también se puede dar a petición de los restantes legitimados³⁸.

El presupuesto obligatorio para iniciar la fase de liquidación reside en que el ochenta y cinco por ciento de los créditos del deudor sean públicos.

El legislador ha previsto que la fase de liquidación se haga de forma simultánea y no por fases, de tal forma que se presente por parte del deudor o del administrador concursal un plan de liquidación que contenga el calendario de la liquidación y la forma en la que se llevará a cabo el plan de venta de la empresa en funcionamiento; de tal manera que todo el proceso finalice en tres meses prorrogables a cuatro como máximo.

La intervención del deudor en las funciones propias del administrador concursal no debe suponer un problema para los acreedores. La doctrina ha entendido que, si los acreedores pueden pedir el nombramiento de un administrador que ejecute las facultades del deudor en el proceso de liquidación y si el deudor, a su vez, puede liberarse de gestionar la liquidación *motu proprio* por el trabajo y la responsabilidad que supone a través de la petición del nombramiento de un administrador concursal, se está mitigando este problema³⁹.

Para que el proceso de liquidación pueda seguir su curso a pesar de las posibles alegaciones que se puedan presentar al plan, se ha previsto que se pueda comenzar con la parte de la liquidación que no corresponde con los aspectos que generan controversia. De igual forma, el plan se podrá adecuar para lograr una mejor atención de los acreedores, aunque en paralelo se sigan ejecutando el resto de las operaciones previstas y que no han provocado desacuerdo.

El artículo 711 obliga a que el deudor o administrador liquiden los créditos frente a terceros existentes en la masa activa en el plazo de tres meses desde la apertura de la liquidación, cuestión que también se antoja difícil de ejecutar en ese plazo por las implicaciones que pueden conllevar los trámites de pago de cada crédito.

Coincidimos con la doctrina en que el plazo de tres meses o cuatro como máximo para la ejecución de todas las operaciones resulta excesivamente ambicioso⁴⁰.

Parece complicado haber procedido al cobro de todos los derechos a favor del deudor y haber saldado todas las deudas en ese plazo con las implicaciones que supone de negociación de contratos, formalización de documentos, aprobación y tramitación de órdenes de pago, etc.

En la fase final del procedimiento, la norma prevé que el informe final de liquidación pidiendo que termine el procedimiento debe presentarse en los diez días siguientes a la conclusión de la masa activa y pago a los acreedores según establece el artículo 719.1. TRLC.

La doctrina ha interpretado estos plazos como una causa más de finalización del procedimiento concursal de las microempresas, esto es, finalizará el concurso de microempresas porque concluye la liquidación, se cumple el plan de continuación, la masa activa es insuficiente, se paga a acreedores, renuncian o desisten o se consignan los créditos o por el transcurso del plazo⁴¹.

Esto provoca que, de no haberse satisfecho todos los créditos por el deudor o administrador concursal, se mantenga la liquidación a través del sistema de plataforma electrónica mediante pago a acreedores según se vayan vendiendo los activos conforme a las reglas del procedimiento concursal general y en función del listado aportado con el informe final de liquidación.

La cuestión del plazo para llevar a cabo la liquidación, así como la finalización de la misma a través de la plataforma ha generado muchas dudas entre un sector doctrinal puesto que, por un lado, no se prevé adecuadamente el mantenimiento de esos activos puesto que los gastos de conservación irán a cargo de las cantidades producidas por las ventas y, por otro, el legislador ha pretendido diseñar un procedimiento rápido de continuación y liquidación de

³⁸ F. J. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, "El nuevo procedimiento especial para microempresas." p.226.

³⁹ *Ibidem*, p.226.

⁴⁰ *Ibidem*, p.227.

⁴¹ M. T. TRINIDAD SANTOS, "El procedimiento especial para microempresas.", cit. p. 506.

las empresas con un plazo insuficiente que provoca que se continúe con la liquidación fuera del procedimiento judicial de concurso abierto inicialmente⁴².

El régimen jurídico de este procedimiento también introduce particularidades respecto del régimen general de liquidación en el procedimiento concursal. Establece que debe prevalecer la venta de la empresa o de las unidades productivas de funcionamiento de manera directa recurriendo a la subasta de manera subsidiaria, según establece el artículo 710.1 y 710.3 del TRLC.

La forma que viene resultando más adecuada para la venta de los activos es la venta extrajudicial, puesto que se adaptan mejor a cada caso y son más eficientes que las ventas por subasta judicial electrónica, ya que éstas finalizan habitualmente desiertas. Igualmente han de estar dotadas de publicidad para que cualquier interesado pueda concurrir en la compra de los activos concursales y, además, los intereses de los propietarios, acreedores y terceros tienen que estar equilibrados⁴³.

De forma adicional, para un procedimiento de liquidación se pueden tramitar otras medidas como son: suspensión de la ejecución de los bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial cuando se vaya a dar la venta de la empresa en funcionamiento, así como la petición del nombramiento de un administrador concursal y de un experto valorador de la empresa o establecimientos mercantiles en caso de liquidación concediendo libertad a las partes para hacer estas designaciones.

Sin embargo, en el primer caso, no hay margen para el juez a la hora de nombrar de oficio al administrador concursal, queda a voluntad del deudor o de los acreedores. Por lo tanto, cuando el deudor solicita el concurso y su voluntad de liquidar el activo puede pedir el nombramiento de un administrador concursal. Los acreedores, por su parte, pueden pedirlo si suponen el veinte por ciento o el diez por ciento del pasivo total si hay paralización de la actividad empresarial según el artículo 713.1. TRLC. En el ordinal 5 de este mismo artículo se ha previsto que un sólo acreedor puede solicitar al juez el nombramiento de un administrador concursal cuando la información que ha facilitado el deudor es insuficiente o cuando existan dudas razonables de que el deudor va a llevar a cabo las operaciones de liquidación.

Según indica la doctrina, el nombramiento y la retribución se establecerán de mutuo acuerdo entre el deudor y los acreedores que supongan más del cincuenta por ciento del pasivo y en ausencia de acuerdo, se seguirán las reglas del libro primero del TRLC. Las funciones se centrarán en liquidación de la masa activa, esto es, presentar el plan de liquidación, emitir opiniones técnicas sobre la valoración de los activos y las ofertas que se reciban de adquisición de unidades productivas y ostentará capacidad de disponer y administrar los bienes a fin de liquidar.

Adicionalmente a estas funciones, si los acreedores pretenden la reintegración o la apertura de la sección de la calificación del concurso, será necesario nombrar el administrador concursal. La calificación del concurso, así como el ejercicio de acciones rescisorias sigue siendo facultad del administrador concursal, aunque con la reforma se pretende dar mayor legitimidad a los acreedores a través de lo establecido en el artículo 717.1. TRLC⁴⁴.

Otro supuesto se produce cuando lo que precisan el deudor y los acreedores es la valoración de la empresa o del establecimiento mercantil, en esos casos se nombrará un experto y se hará conforme a un acuerdo entre deudor y acreedores o lo designará el letrado de la Administración de Justicia conforme al sistema de designación de peritos judiciales.

El plan de liquidación a tenor de lo expuesto en el artículo 707.2. TRLC debe indicar cómo se va a llevar a cabo la liquidación del activo en función de cada tipo de bien. En el apartado 3 del mismo artículo se indica como prioritaria la opción de transmitir la empresa en

⁴² *Ibidem*, p.507.

⁴³ J. PALMERO SANDÍN, "El concurso de las microempresas: La plataforma de liquidación." en *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal*. (Herbosa Martínez, I., coord.) Thomson Reuters Aranzadi 2022. pp. 523-541. p. 535.

⁴⁴ *Ibidem*. pp. 496 y 497.

funcionamiento puesto que indica que deberá preverse la enajenación unitaria del establecimiento o del conjunto de unidades productivas de la masa activa.

Este plan tiene que ir acompañado de una valoración de la empresa en funcionamiento o de las unidades productivas para lo que tiene que intervenir el administrador concursal o el experto independiente. Además, se prevé la celebración de vista para resolver las objeciones, imposibilidad de interponer recurso frente al auto de aprobación del plan y la imposibilidad del juez de intervenir en el plan de liquidación ya que, si no se presentan impugnaciones, el juez debe aprobarlo⁴⁵.

La transmisión de las unidades productivas puede darse en tres momentos distintos: cuando se solicite la apertura de un procedimiento especial de liquidación; incluyéndola en el plan de liquidación - para lo que será necesario el nombramiento de un Administrador concursal o un experto que emitirá un informe que será incorporado al plan de liquidación-; o finalmente, como oferta sobrevenida sin incluirla en el plan de liquidación⁴⁶.

Según ha interpretado la doctrina, el procedimiento especial de liquidación para microempresas ha puesto de acuerdo a la mayoría de los operadores jurídicos en que genera importantes problemas en varios aspectos: el plazo es muy escueto para llevar a cabo la liquidación completa – máximo cuatro meses-; resulta un procedimiento muy complejo por las continuas remisiones al procedimiento concursal general del libro primero; se da una ausencia de administrador concursal; hay una falta de medios técnicos para implementarlo en los juzgados mercantiles, etc.⁴⁷.

No obstante lo anterior, se entiende que este procedimiento puede suponer un impulso en las mejoras técnicas que precisa la Administración de Justicia ya que se utiliza para lograr la extinción de sociedades por motivo de insolvencia cuando no hay masa y por ello se considera que tendrá una importante relevancia ante la insolvencia de este tipo de empresas⁴⁸.

5.1. La plataforma de liquidación

La plataforma de liquidación resulta ser una importante novedad del procedimiento especial de microempresas. Esta plataforma pretende contribuir a que la venta de los activos sea más ágil; persigue que se reduzca el coste de la liquidación, que se aporte más transparencia; ayudará a que se descargue el trabajo de la Administración de Justicia; permitirá que se pague directamente a los acreedores con los derechos pendientes de cobro ingresados por el deudor y tratará de favorecer que se terminen los procedimientos en plazo puesto que, cuando no se hayan podido liquidar los bienes en el procedimiento especial, el deudor o el administrador concursal, bajo el control del juzgado, presentará un listado de los activos con los acreedores ordenados por prioridad⁴⁹.

Esta plataforma para la venta de activos de los concursos de microempresas tendrá las siguientes funcionalidades: dispondrá de un catálogo de activos del concurso; se podrán adjudicar bienes por subasta por venta directa o mediante una entidad especializada que actúe como usuaria de la plataforma; se irá pagando a los acreedores de forma automática y en caso de que quedan bienes sin liquidar que tengan gastos de mantenimiento: si el concurso es de persona física, se quedará con los bienes y, si es de persona jurídica, lo más probable es que haya que destruir el activo⁵⁰.

La plataforma va a tener otra operatividad relacionada con la transmisión de las unidades productivas o con la transmisión de la empresa puesto que la información de las unidades productivas o la empresa debe estar incluida con todo detalle en la plataforma con el fin de atraer posibles compradores. Esto es, aquellos que tengan interés en adquirir la empresa deben rellenar un formulario normalizado habilitado que se notificará al deudor; se podrá

⁴⁵ *Ibidem*, p.504.

⁴⁶ J. PALMERO SANDÍN, “El concurso de las microempresas: La plataforma de liquidación.”, cit. p. 532.

⁴⁷ M. BERMÚDEZ ÁVILA. “Sobre el procedimiento especial para microempresas (II)” cit. p. 522.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 522.

⁴⁹ J. PALMERO SANDÍN, “El concurso de las microempresas: La plataforma de liquidación.”, cit. p. 530.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 530 y 531.

pedir información adicional que no podrá ser publicada. La doctrina ha entendido que la plataforma es una herramienta que permite reducir los costes de la *due diligence* previa a las adquisiciones de empresas, aunque deba utilizarse prevalentemente la subasta o la venta directa tal y como se ha expuesto anteriormente⁵¹.

El legislador quiere aprovechar el momento de entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 16/2022 para que se haga una importante inversión en digitalización y tecnología. Por ello se prevé un sistema para de presentación de documentos electrónico, mediante formularios preestablecidos y a disposición en línea de forma gratuita. Esto puede implicar una reducción de costes puesto que para estos trámites no se debe necesitar asesores profesionales en la materia. Todos los actos procesales se harán telemáticamente, lo que parece una medida muy adecuada puesto que no se exige la presencialidad en los concursos de microempresas. La provisión de información y los trámites de alegaciones podrán realizarse también telemáticamente⁵².

Se ha considerado por la doctrina mayoritaria que la nueva regulación de microempresas ha traído aspectos positivos como la agilización del proceso, la eliminación de gastos superfluos, la utilización de la tecnología, el principio de mínima interferencia sobre los derechos de las partes, un sistema simplificado y objetivo de liquidación del activo, posibilidad de que se complete la liquidación sin que esté el procedimiento abierto...Sin embargo, el principal escollo que se aprecia reside en la puesta en marcha de los avances tecnológicos previstos con el estado actual de los juzgados, por ello la doctrina se posicionó en la posibilidad de que entrase en vigor cuando estuviera completamente adecuada la Administración de Justicia a las nuevas herramientas previstas en la norma⁵³.

5.2. La calificación abreviada

Este supuesto se enmarca en el itinerario de liquidación, puesto que no cabe en los casos de procedimiento especial de continuación de microempresas. Puede tramitarse en paralelo a la fase de liquidación, si no hubiese finalizado para entonces, según se infiere del artículo 716.1 del TRLC⁵⁴.

Se establece que en los sesenta días siguientes desde que se abra la liquidación, los acreedores que supongan el diez por ciento del pasivo y los socios personalmente responsables de deudas sociales, pueden instar la apertura de pieza separada abreviada de calificación⁵⁵.

Se legitima también a cualquier acreedor, independientemente del porcentaje del pasivo que ostente, a instar esta calificación abreviada cuando los formularios o los documentos que los acompañen no sean exactos o sean falsos.

La legitimidad para pedir la calificación abreviada sólo a instancia de parte y no de oficio constituye otra diferencia importante con el concurso ordinario. Podrán pedir esta calificación el administrador concursal, aquellos socios que sean personalmente responsables de las deudas sociales y la tercera opción es que sea pedida, como se ha expuesto, por los acreedores⁵⁶.

La forma de hacer la solicitud queda recogida en el artículo 716 y 688 del TRLC y se tramitará a través de formulario normalizado y tiene que ir acompañada de una memoria justificativa

⁵¹ *Ibidem*, p. 532.

⁵² I. TIRADO MARTÍ, “El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida...cit. p. 251.

⁵³ *Ibidem*, p. 279.

⁵⁴ M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO “La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas: aspectos sustantivos y procesales.” *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 8 / 2022, pp. 157-183, p. 174.

⁵⁵ E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, “El procedimiento especial para las microempresas.” en *Lecciones de Derecho de la Insolvencia*. (Meijomil González, A. Coord., Villafañez Pérez, I., Coord.), 2024. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones. pp. 205-224, p. 221.

⁵⁶ M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO “La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas: aspectos sustantivos y procesales.” ...cit. p. 175.

de la calificación de culpable, así como de los medios que prueben dicha circunstancia además de la petición de nombramiento del administrador concursal⁵⁷.

En relación con esta motivación, la doctrina entiende que el legislador ha considerado que tiene que haber un motivo previo razonable que tenga relación con causas de culpabilidad a nivel concursal para que exista la calificación de abreviada. Esto es, aquel que interese esta calificación debe presentar ante el juez un indicio suficiente sobre una conducta culpable o dolosa del deudor que agrave la situación de insolvencia⁵⁸.

Este documento es un escrito simple en el que se identifican los datos del deudor y del acreedor que pida la apertura y llevará una causa de culpabilidad que justifique la petición junto con la memoria citada. Una vez recibida por el letrado de la Administración de Justicia la solicitud, en tres días hábiles, si se cumple con lo requerido, notificará la apertura de la calificación abreviada según indica el artículo 716.3 TRLC.

El administrador concursal tiene la obligación de hacer un informe sobre los hechos y los documentos probatorios que sustentan la calificación abreviada y una propuesta de resolución, aunque no es un informe pericial, sino que es un documento que persigue aportar solvencia sobre los elementos relevantes y debe ser entregado en veinte días hábiles desde que se abre el procedimiento abreviado o desde que dicho administrador concursal es nombrado⁵⁹.

Una cuestión importante abordada por la doctrina y que ha supuesto un cambio relevante respecto de la configuración del concurso ordinario reside en que para las microempresas se ha sustituido el dictamen obligatorio del Ministerio Fiscal por un informe voluntario de los acreedores, dejando el dictamen fiscal exclusivamente para las posibles responsabilidades de carácter penal del concurso⁶⁰.

Se han dado otras importantes diferencias en relación con este informe: el informe del administrador y el de los acreedores se hace al mismo tiempo en el procedimiento abreviado mientras que en la calificación ordinaria del concurso el del administrador es previo; en la calificación ordinaria del concurso cuando haya informe de los acreedores, éste debe contener una propuesta de solución de concurso culpable, en la calificación abreviada se indicará la pretensión de concurso culpable o fortuito⁶¹.

El juez antes de dictar sentencia calificando el concurso, concederá un plazo al deudor para aceptación u oposición a la calificación del concurso de quince días hábiles desde la recepción de los informes. Si hay oposición se celebrará vista por medios telemáticos en los cinco días siguientes y en diez días hábiles desde la vista se dictará sentencia y si no hay oposición la dictará en tres días hábiles -sentencia que, si bien podrá ser oral deberá quedar grabada a efectos de garantizar la posible interposición de recurso por las partes-; todo ello según el procedimiento previsto en el artículo 717 del TRLC.

Un elemento importante que puede reducir plazos y trámites en el procedimiento especial de microempresas es la posibilidad que tienen las partes de transigir sobre el contenido económico de la calificación, que podrá finalizar con el Auto del Juez confirmándolo. Esta limitación consistente en que el acuerdo transaccional entre las partes que ponga fin al procedimiento sea únicamente sobre el contenido patrimonial, tiene su fundamento en que no quede liberada la posibilidad de que se decreten sanciones de inhabilitación a personas naturales a las que les afecte la calificación para poder administrar bienes ajenos o representar a cualquier persona de dos a quince años según prevé el artículo 455.2. ordinal 2º TRLC. Sin embargo, esta vía no ha sido positivamente valorada por parte de la doctrina por entender que precisa también de aprobación judicial. En la anterior regulación la inhabilitación podía ser objeto de la transacción y en caso de que se dicte auto de denegación

⁵⁷ E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, "El procedimiento especial para las microempresas." ...cit. p. 221.

⁵⁸ M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO "La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas: aspectos sustantivos y procesales." ...cit. p. 174.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 177.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 177.

⁶¹ *Ibidem*, p. 178.

de la transacción, no cabrá recurso, dejando a los personados que hayan presentado alegaciones sin posibilidad de oponerse⁶².

Expuestos los extremos de la calificación abreviada y a fin de dar por finalizada la exposición acerca del procedimiento especial de microempresas hemos de acudir al artículo 720 del TRLC en el que se prevé el archivo de actuaciones en los casos de: cumplimiento de plan de continuación; liquidación de la masa activa; insuficiencia de masa activa, manteniéndose la masa activa con el fin de continuar con los pagos periódicos; pago; consignación; desistimiento y renuncia⁶³.

Visto el procedimiento especial y ahondando en la dimensión familiar o personalista que, como se ha mencionado, habitualmente caracteriza a las microempresas, trataremos a continuación de analizar las consecuencias que provoca esta circunstancia en la posible confusión en la misma persona del cargo de administrador con la condición de socio único.

En clave de estado de insolvencia que derive en el inicio del procedimiento especial de microempresas y considerando esta más que posible confusión de administrador y socio único, queda justificada la necesidad de analizar el régimen de responsabilidad del administrador para este tipo de situaciones, y más si cabe, con el protagonismo que adquiere tras las amplias facultades conferidas al deudor por el legislador tanto en el proceso de continuación como en el de liquidación.

6. LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR EN LAS MICROEMPRESAS

6.1. La responsabilidad general del administrador

De antemano, resulta oportuno partir de la base de que la responsabilidad del administrador es frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales por el daño que se provoca con los actos que sean contrarios a la ley, los estatutos sociales o aquellos que se hayan dado incumpliendo los deberes del propio cargo siempre que haya mediado dolo o culpa. Cuando dicho acto sea contrario a la ley o los estatutos, se presumirá que ha habido dolo o culpa⁶⁴.

Los presupuestos necesarios de la responsabilidad son un daño causado por el administrador a la sociedad, a los accionistas o a un tercero; incumplimiento por el administrador de sus obligaciones y necesidad de un nexo causal entre el ilícito del administrador y el daño acontecido.

El tipo de responsabilidad será solidaria de todos los componentes del órgano de administración que ejecutaron el acto o acordaron la adopción del acuerdo, si bien aquellos a los que no sea imputable el acto no responderán, es decir, los que sean capaces de probar que no intervinieron en la ejecución ni adopción del acuerdo, no conocían la existencia del acto o siendo conocedores de dicho acto, hicieron lo posible para evitar el daño o se opusieron al acuerdo que provocó el acto dañoso⁶⁵.

Antes de centrarnos en los supuestos de la responsabilidad por deudas, conviene establecer los deberes de los administradores con el fin de exponer mejor cuáles pueden constituir incumplimientos susceptibles de imputación de responsabilidad. El contenido del contrato de administración engloba los deberes recogidos en el artículo 227.1. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (en adelante LSC) que establece el deber de lealtad, y el deber general de diligencia que se recoge en el artículo 225 de la citada Ley, y que se enuncian en ordenado empresario y fiel representante⁶⁶.

⁶² *Ibidem*, p. 181.

⁶³ E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, "El procedimiento especial para las microempresas." ...cit. p. 221.

⁶⁴ MILLÁN GARRIDO, A. "Las Sociedades Mercantiles." en *Nociones de derecho mercantil* (Decimocuarta edición). Jiménez Sánchez, G. La Casa García, R. (coords.). Marcial Pons. 2021, pp. 35-84. p. 60.

⁶⁵ *Ibidem*, p.60.

⁶⁶ LLEBOT MAJÓ, J. O. "Los deberes y la responsabilidad de los administradores" en *La responsabilidad de los administradores en las sociedades mercantiles*. p.12

La doctrina ha entendido dos dimensiones dentro del deber de diligencia. El primero es el deber general de diligencia, es decir, deber que los administradores están obligados a satisfacer frente a la sociedad y no exige una conducta específica de los administradores, sino que realicen un desempeño conforme al modelo de conducta que define el cargo que ostentan y el grado de orden en que desempeña la conducta⁶⁷.

Paralelamente al deber general de diligencia de un ordenado empresario, están también una serie de deberes específicos de diligencia que especifican algunos de los comportamientos derivados del modelo de conducta del ordenado empresario, que son: de cumplimiento normativo – garantizar que la sociedad cumple con toda la legislación que le afecta-, de dedicación adecuada – de realización de todas las actuaciones adecuadas a la consecución del objeto social-, de adoptar las medidas precisas – asegurar una buena dirección y control de la sociedad, de exigir la información adecuada – que los administradores dispongan siempre del nivel de información necesario para llevar a cabo el interés social - y el deber de independencia -necesidad de tener un instrumento que permita distinguir entre el interés social y el interés privado ajeno-⁶⁸.

En relación con el deber de lealtad, se puede hablar también de dos dimensiones:

Por un lado, el deber general de lealtad se refiere a las posibles ventajas que puede obtener el administrador en detrimento de la sociedad en todas aquellas situaciones de conflicto entre los intereses de la sociedad y el suyo propio⁶⁹.

Por otro lado, los deberes específicos de lealtad que se concretan en los siguientes: deber de ejercer las facultades de acuerdo con sus fines – las facultades no pueden ser ejercidas para fines distintos de los objetivos para lo que se han concedido-; deber de secreto de la información – secreto en las informaciones a las que han tenido acceso en función de su cargo-; deber de abstención -abstenerse cuando el interés del administrador o de alguna persona vinculada a él choque con el interés social-; deber de independencia -deber que se da en los casos en los que el administrador actúa en representación de un grupo de socios y nunca debe anteponer el interés de estos al de la sociedad- y el deber de evitar conflictos de interés que comprende varios elementos: prohibición de hacer transacciones con la sociedad, prohibición de explotar la posición de administrador, prohibición de utilizar activos sociales, prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, prohibición de obtener ventajas de terceros, prohibición de competencia con la sociedad⁷⁰.

En la práctica habitual, encontramos numerosos casos de administradores de microempresas en probabilidad de insolvencia que derivan parcial o totalmente oportunidades de negocio o clientela a entidades legales de nueva creación, a fin de continuar con la misma actividad bajo una nueva sociedad o estructura societaria. Estas prácticas, tal y como ha fijado nuestro Alto Tribunal, constituyen claramente una responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad frente a la sociedad en situación de probable insolvencia por dos razones: anteponer el interés personal al social, así como por realizar la misma actividad y en la misma localidad generando así competencia a la sociedad en probabilidad de insolvencia de la que se ostenta el cargo de administrador⁷¹.

Acotando el objeto de este trabajo a la responsabilidad por deudas del administrador de las microempresas que son las que van a derivar en situación de insolvencia, partimos de las situaciones en las que el legislador ha previsto las obligaciones que nacen para el administrador de estas situaciones. Esto es, en virtud del artículo 367 de la LSC cuando se hayan incumplido los deberes de disolución: en los casos en los que no convoquen la junta para acordar la disolución en los dos meses siguientes a producirse la causa de disolución o si no solicitan la declaración de concurso en los dos meses siguientes a producirse la causa legal de disolución; el administrador es responsable siendo esta responsabilidad de carácter

⁶⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 13 y ss.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 25.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 25 y ss.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2025, núm. 449/2025 (ECLI:ES:TS:2025:1169).

ilimitado, solidario y personal por las obligaciones legales posteriores a la causa legal de disolución.

A mayor abundamiento el deber que les corresponde a los administradores y que puede derivar en responsabilidad consiste en que el administrador tiene que convocar la Junta – órgano competente en el seno de la sociedad para acordar la disolución- o solicitar la disolución judicial, según la interpretación doctrinal del artículo 365 de la LSC⁷².

De una interpretación teleológica de la norma, se infiere que el legislador ha previsto un endurecimiento de la responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital y se ha convertido con el paso del tiempo en una de las cuestiones prácticas más importantes por las repercusiones en el patrimonio de las sociedades y sus administradores, así como porque constituye un importante medio de protección de los acreedores.

Como se ha mencionado, en caso de no cumplir con el deber de convocar la junta los administradores serán responsables solidariamente por las obligaciones que se devenguen después de la causa de disolución -artículo 367.1. LSC-. De esta obligación principal, según establece el artículo 366.2. se deriva la de solicitar la disolución judicial cuando el acuerdo fuese contrario a adoptar la disolución o no se pueda lograr en el plazo de dos meses desde la fecha prevista para la celebración de la junta.

El legislador pretende, respecto de las pérdidas que arroje la sociedad, que el administrador responda de forma ilimitada con su patrimonio personal de las deudas frente a los acreedores sociales para el caso en el que incumpla su obligación de convocar la junta para acordar la disolución y esta conducta agrave la insolvencia.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad por deudas es una cuestión que no resulta pacífica entre la doctrina. Si bien un sector doctrinal minoritario considera que es una responsabilidad para resarcir e indemnizar daños ya que no se han pagado las cantidades adeudadas a los acreedores, la mayor parte de jurisprudencia y doctrina han concluido que estamos ante una responsabilidad de carácter civil que no tiene ese carácter indemnizatorio.

Esto es, el incumplimiento del deber de convocar la junta no provoca un daño en la sociedad ni en los acreedores puesto que no agrava la insolvencia, por lo tanto, no existe relación de causalidad entre el incumplimiento del administrador y la insolvencia. Se ha interpretado que es una responsabilidad civil objetiva que lleva implícita una sanción civil, aunque la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo, como se expondrá más adelante, ha evolucionado desde un posicionamiento más favorable a considerar que se pueda imputar al administrador la responsabilidad objetiva por la creación del riesgo hacia una responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de las obligaciones legales⁷³.

A tenor de otra reciente sentencia, es exigible por tanto que se acredite inequívocamente que el administrador a dispuesto del patrimonio en beneficio propio, sin justificación ni consentimiento de la sociedad. No es suficiente la mera constatación del traspaso reiterado de fondos al administrador, aunque haya un control social y aceptación de los órganos sociales, ni tampoco se puede considerar que el silencio de la sociedad constituye un asentimiento a estos actos⁷⁴.

Profundizando en el carácter de esta responsabilidad por deudas, la doctrina jurisprudencial se posicionó inicialmente en interpretar que consistía en una responsabilidad objetiva, es decir, que no se establecía como requisito previo un perjuicio o daño a terceros ni que haya nexo causal entre la conducta omisiva del administrador no convocando la junta y el daño provocado, estamos pues ante una situación previa al concurso en virtud de la que los administradores tienen la obligación de promover la disolución y liquidación de la sociedad

⁷² MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, (Volumen 1) 30ª edición. Tecnos, Madrid, 2023. pp. 575-576.

⁷³ GALÁN CARREIRA, M. 2020 *La responsabilidad por deudas de los administradores en las sociedades de capital*. Trabajo Fin de Máster. Máster Acceso a la profesión de Abogado. Universidad de Alcalá de Henares. [En línea]. Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2025. Disponible en: https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46245/TFM_Galan_Carreira_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p. 48.

⁷⁴ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 321/2025, 17 de octubre de 2025.

cuando aún tienen la posibilidad de cumplir con sus obligaciones antes de que se produzca la insolvencia por pérdida del patrimonio⁷⁵.

En este sentido, son merecedoras de mención por su importancia y estado de actualidad las recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo en las que indica que la responsabilidad del administrador tiene una doble vertiente: en primer lugar, no es automática por el mero hecho de ser administrador sino que tiene que ser probada a través del nexo causal entre la actuación del administrador y el daño producido a la sociedad; en segundo lugar, atribuye la carga de la prueba a la Administración, ya que en estos casos, debe probarse la infracción cometida por la sociedad así como la implicación culpable del administrador para imputarle una responsabilidad subsidiaria en el daño causado a la Agencia Tributaria derivado del impago producido por la situación de insolvencia de la sociedad⁷⁶.

De igual forma, nuestro Alto Tribunal ya se pronunció para los casos en los que, por razón de la apertura del proceso de liquidación ordinario de una sociedad, una vez ha sido adoptado el acuerdo de disolución o dictada ésta judicialmente, los administradores cesan en su cargo. Para estos casos, el Tribunal Supremo señaló que si los administradores eran requeridos debían prestar colaboración en las operaciones de liquidación, debían colaborar con los liquidadores y que en ningún momento quedan liberados de la obligación de la rendición de cuentas anteriores a la apertura de la liquidación, todo ello amparado en los artículos de la entonces vigente 171 y 172 LSA, en relación al art. 34 y concordantes del Código de Comercio⁷⁷.

Todo lo expuesto lleva a la deducción de que, si bien el administrador debe responder de la rendición de cuentas anterior a la apertura de la liquidación y su responsabilidad patrimonial será universal, para poder imputar responsabilidad del administrador en la insolvencia se han establecido por el legislador así como por la interpretación jurisprudencial, requisitos de difícil cumplimiento para los acreedores en el interés del cobro de sus créditos, dejando al administrador liberado en gran parte del cumplimiento del pago de sus deudas.

6.2. Las acciones de responsabilidad

Las acciones rescisorias y de responsabilidad contra los administradores, liquidadores y auditores del deudor tiene reglas especiales dentro del procedimiento de microempresas.

Desde que se abre el procedimiento y durante los treinta días hábiles siguientes tanto los acreedores como los socios que respondan personalmente de las deudas sociales pueden transmitir cualquier información importante para ejercer acciones rescisorias contra actos del deudor o acciones de responsabilidad de los administradores, liquidadores o auditores.

En el artículo 696 del TRLC se indica que el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil contra los administradores se ajustará a las reglas fijadas para las acciones rescisorias que establece el artículo 695 TRLC. Esta adaptación seguirá las siguientes pautas indicados por la doctrina⁷⁸:

- El ejercicio de la acción corresponde al experto en reestructuración o al administrador concursal a petición de los acreedores que representen el diez por ciento del pasivo.
- Sólo puede pedirse la acción social cuando haya insolvencia actual.
- Si no hay respuesta o el administrador o el experto se niegan, los acreedores pueden pedirlo de forma subsidiaria transcurridos quince días.
- Esta actuación se hará a costa de los acreedores porque tienen interés en el procedimiento especial.
- La interposición de la acción no supone que se suspenda la ejecución del resto del procedimiento.

⁷⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa), sentencia núm. 30/2017, de 25 de enero.

⁷⁶ Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Segunda, de 20 de mayo de 2025 (STS 2161/2025 - ECLI:ES:TS:2025:2161) y Sentencia del Tribunal Supremo (STS 3465/2025, de 17 de julio) ECLI:ES:TS:2025:3465.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil nº 924/2005, de 24 de noviembre 2005.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 36.

- La ley contempla la posibilidad de cesión de la acción social a acreedores para que entren en litigio a su costa, siempre y cuando la finalidad del ejercicio de la acción sea incrementar el patrimonio de la sociedad para la liquidación de los acreedores.

Se exponen a continuación cada uno de estos elementos con más detalle con el fin de aportar una mayor profundidad al contenido del ejercicio de las acciones de responsabilidad de los administradores sociales.

El ejercicio de la acción ha de hacerse a través de un experto en reestructuración o un administrador concursal que se nombre a estos efectos o que esté nombrado desde el inicio del procedimiento. Si el experto se nombra para este trámite, serán los acreedores que supongan un veinte por ciento del pasivo total los que soliciten al experto el ejercicio de la acción. Si el experto o el administrador concursal estaba nombrado ya en el procedimiento especial, se necesitará el diez por ciento del pasivo para solicitar el ejercicio de la acción⁷⁹.

Si el experto o el administrador concursal no responden en quince días hábiles desde la solicitud, los acreedores podrán ejercitar la acción de forma subsidiaria.

Estas acciones no suspenden el procedimiento, pero es importante señalar que sólo pueden ejercitarse en el caso de insolvencia actual del deudor, es decir, no podrán alegarse para supuestos de probabilidad de insolvencia o insolvencia inminente. Así mismo se pueden ceder o transmitir a un tercero con el fin de que se mejore la expectativa de cobro de los acreedores⁸⁰.

Sin embargo, las cuestiones más controvertidas que han generado el debate entre los principales expertos en materia concursal ha sido el ejercicio de la acción social por parte de la sociedad concursada contra los administradores sociales, cuestión que ha situado una vez más al legislador en la obligación de coordinar la normativa de sociedades con la normativa concursal⁸¹.

La acción frente a los administradores respecto de las actuaciones que hayan podido llevar a cabo y que hayan provocado la situación de insolvencia, viene recogida en el artículo 132 del TRLC. En el apartado segundo de este artículo se establece la posible responsabilidad de los expertos independientes y auditores que hubieran valorado las aportaciones sociales o dinerarias en las ampliaciones de capital, mientras que la que afecta directamente a los administradores de hecho o de derecho se encuentra regulada en el apartado primero del citado artículo.

Para poder ejercer la acción social contra los administradores, se ha de acreditar con claras evidencias que la actuación del administrador ha sido ilícita y que ha provocado un daño efectivo en el patrimonio social, incluso si hay un retraso en la obligación de instar el concurso o un incumplimiento del deber general de diligencia debida por parte del administrador, debe demostrarse que existe nexo causal entre la citada conducta y el daño producido en la sociedad a fin de que la acción prospere⁸².

Ante la necesidad de claridad de los operadores jurídicos en las cuestiones procesales y materiales de la responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada y la legitimidad para el ejercicio de la acción social que interese esta responsabilidad, la doctrina ha interpretado que la prevalencia de la norma concursal sobre la norma societaria es clara. Esto es, tanto el artículo 132 del TRLC como el artículo 52.3. 2ª del TRLC reflejan que el administrador concursal será el que ejerza la acción de responsabilidad social frente a la sociedad y que el juez del concurso será quien tenga la potestad jurisdiccional exclusiva y

⁷⁹ M. L. SÁNCHEZ PAREDES, M. FLORES SEGURA, “El procedimiento especial para microempresas.” en *Lecciones de derecho mercantil*. (Menéndez Menéndez, A., Dir., Rojo Fernández Río A. J., Dir.), Vol. 2, 2024, pp. 807-831. p. 814.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 815.

⁸¹ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El ejercicio de la acción social de responsabilidad por la administración concursal” *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 12 /2024, pp. 17-38, p. 19.

⁸² *Ibidem*, p. 20.

excluyente para conocer de las acciones contra los administradores por los daños causados a la sociedad antes y después del concurso⁸³.

Es importante remarcar que, en el caso de que se haya ejercido acción social de responsabilidad antes del concurso, se producirá la acumulación de la acción previa con aquella acción ejercida en fase ya concursal siempre y cuando no se haya celebrado aún la vista oral del juicio y se encuentre en primera instancia, sin precisar instancia de parte. Esto provocará que la representación del administrador u otros como los acreedores o accionistas minoritarios la asume la administración concursal.

Cuando el legislador está incluyendo como presupuesto objetivo de iniciación del procedimiento especial de microempresas la situación de probabilidad de insolvencia, se entiende que está ampliando la valoración que se debe hacer de la actuación del administrador de la sociedad en relación con su deber de diligencia, puesto que esa probabilidad debería haber derivado necesariamente en una reestructuración y a su vez en la instancia del concurso. Sin embargo, el cumplimiento de este deber por parte del administrador no le libera de la responsabilidad por su actuación en una fase previa al concurso. Su conducta será objeto de estudio a fin de esclarecer si actuó a tiempo y adecuadamente ante la probabilidad de insolvencia y si la negociación del plan con los acreedores fue la más conveniente para el interés social⁸⁴.

Por lo tanto, el ejercicio de la acción social de responsabilidad debe hacerse en beneficio del deudor y por ende de los acreedores, pero desde una posición imparcial entre ambos.

7. REFLEXIONES FINALES

El legislador deja fuera del ámbito subjetivo de aplicación del procedimiento especial de microempresas a empresas pequeñas con lo que la reforma en sí se queda muy limitada a un conjunto muy reducido de empresas de especial menor tamaño. Una vez se superen los umbrales dispuestos por el legislador, las empresas se quedarán fuera de la posibilidad de acogerse al citado procedimiento especial.

Como se ha expuesto en este trabajo, es habitual que en las microempresas la figura del administrador coincida con la de socio mayoritario de la entidad incluso con la de socio único. Teniendo el administrador - ostente o no la condición de socio de la entidad - la obligación de perseguir el interés común de la sociedad, su actuación en fase de reestructuración ha de considerar el interés que tendrán los todos los socios en su viabilidad. Ha de tener en cuenta además que, en esa fase de reestructuración, la responsabilidad derivada de su negociación con los acreedores resulta un elemento clave para que la sociedad tenga viabilidad y no se vea abocada al itinerario de liquidación.

En relación con la responsabilidad del administrador, se infiere de lo previsto en el libro tercero que no se recoge un régimen de responsabilidad expreso y más estricto para los administradores de microempresas siendo habitualmente los principales socios, incluso únicos propietarios de este tipo de entidades.

Se ha dejado claro que la responsabilidad del administrador no puede ser objetiva puesto que ha de ser acreditada la evidencia del nexo causal entre la conducta dolosa o culpable y el daño provocado a la sociedad, según la doctrina jurisprudencial vertida en los casos tratados recientemente por nuestro Alto Tribunal respecto de la derivación de la responsabilidad por parte de la Agencia Tributaria. En este sentido, se constata que, el acreedor no público que, a diferencia de la AEAT, no dispone de esta vía de la derivación de responsabilidad al administrador, quedará aún más desprotegido para exigir responsabilidad al administrador para el cobro de sus créditos, que habitualmente será el socio único y propietario.

Tal y como ha sentado esta jurisprudencia reciente, la carga de la prueba de la negligencia del administrador recae en el acreedor público a efectos de delimitar la responsabilidad del

⁸³ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 23.

administrador en las actuaciones negligentes que han provocado el impago de los créditos públicos.

A aquellos trabajadores o pequeños autónomos subcontratados que prestan servicios menores o suministran pequeños productos para la operativa diaria a las microempresas y que, a su vez, constituyen el grueso de los acreedores no públicos de la microempresa -acreedores a priori con escasos medios-; les resultará aún más complicado demostrar la relación de causalidad entre la conducta negligente o fraudulenta del administrador y el impago producido fruto de la insolvencia generada, con el fin de poder exigir responsabilidad al administrador.

Cabe señalar también que, a pesar de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, ya nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 605 y siguientes, excluye una serie de bienes como inembargables del deudor, bienes que el legislador elimina de la garantía patrimonial de los acreedores.

Por lo tanto, en relación con las garantías de los acreedores y la responsabilidad del administrador por deudas, quedan aquellos en una posición tremendamente débil ante el deudor microempresa y ante una muy difícil posibilidad de cobrar sus deudas, así como de probar el nexo causal entre la actuación del administrador y la generación de la insolvencia por varios motivos: no existen medios de publicidad que puedan acreditar actuaciones negligentes o fraudulentas del habitual administrador/socio único, no existe trazabilidad del estado y rendición de sus cuentas, no existe control de órganos colegiados ni informes de auditoría, los bienes embargables están limitados, el crédito público está especialmente protegido, etc.

De igual forma, instituir en el deudor el principal protagonista del procedimiento debido a las amplias facultades que le concede el libro tercero del TRLC, no hará sino redundar en falta de transparencia en la información financiera, ausencia de capacitación para la gestión empresarial, baja productividad derivada del carácter familiar de muchas microempresas, posibilidad de que el deudor intente conducir la empresa a la liquidación favoreciendo su interés personal y en perjuicio de los acreedores públicos y privados, trabajadores...; cuestiones que ya se han determinado por la doctrina como causas iniciales de muchas de las quiebras de este tipo de empresas.

Otro elemento controvertido, la ejecución de la liquidación en un plazo de 3 meses o 4 como máximo, no parece ajustado a la práctica real que ocupa todo el proceso de contacto, negociación, acuerdo, formalización, ordenación de cobros y pagos con clientes y acreedores, etc., que tiene como fin recuperar los derechos de cobro pendientes, monetizar los activos menos líquidos, así como liquidar las deudas y los créditos con los acreedores.

En esta misma fase, la plataforma para ejecutar las liquidaciones pendientes una vez concluido el procedimiento y dejar activos y pasivos "latentes" no ofrece plena seguridad jurídica a los operadores jurídicos más especializados puesto que la plataforma no estaba dimensionada ni puesta en marcha a la entrada en vigor de la Ley 16/2022 ni garantizaba una vía que permitiera soportar el adecuado sostenimiento de los activos hasta que la liquidación fuese efectiva.

Por todo lo expuesto, se propone explorar la posibilidad de exigir responsabilidad al administrador de ofrecer mayor transparencia financiera y de adoptar medidas previas a la situación de insolvencia como auditorías, depósito de cuentas anuales -aunque sea de forma abreviada-, sometimiento al régimen jurídico de inscripción registral de las operaciones y actuaciones vigente para las sociedades de capital,... con el fin de ofrecer mayor control y seguridad jurídica a los grupos de interés: administraciones públicas, acreedores privados, trabajadores, inversores, entidades financieras, etc.

Se sugiere la posibilidad de incluir una exigencia legal de constituir órganos de gobierno colegiados efectivos, no simbólicos, para el adecuado control y la toma de decisiones consensuada tal y como se ha exigido por el legislador en otros tipos societarios como las Sociedades Anónimas Deportivas desde su creación en nuestro país.

Podría incluirse igualmente, bien a través de la norma concursal o mediante los estatutos societarios, la exigencia de formación mínima o subcontratación de asesores jurídico-económicos expertos para los socios/socios administradores en materias jurídicas, financieras, de gestión empresarial, insolvencia; con el objetivo principal de anticiparse adecuadamente a las situaciones de insolvencia a través de una gestión más profesionalizada y productiva de la actividad en el tráfico mercantil de la microempresa.

A fin de impulsar el emprendimiento, la creación de empresas mediante procesos ágiles y rápidos de constitución pero compatibles con unas garantías sólidas para el control y seguimiento por parte de todos los grupos de interés y sobre todo de los potenciales acreedores (públicos y privados); puede resultar más operativo establecer la obligación de constituir una Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal como entidad legal más adecuada para la configuración de las microempresas, debido a que es la práctica habitual a nivel europeo y con motivo de las facilidades que actualmente ofrece nuestra legislación societaria y más aún desde la entrada en vigor de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas.

Puede ser de utilidad establecer medidas de alerta temprana de la insolvencia y proactividad en el impulso de la reestructuración, así como en la negociación con acreedores. Todo ello con el fin de evitar entrar en un procedimiento especial que habitualmente se verá abocado al itinerario de la liquidación, como se ha constatado en los datos estadísticos ofrecidos por la Estadística Concursal del Real Colegio de Registradores de España.

Con el fin de perseguir la evasión de responsabilidad del administrador por incumplimiento de los deberes de lealtad, diligencia debida, etc. se sugiere la posibilidad de ahondar en el establecimiento de mecanismos de endurecimiento de la responsabilidad del administrador de las entidades legales que funcionan como microempresas (nuevas acciones de responsabilidad u otros medios); en los casos en los que, tras haber causado la probabilidad de insolvencia de la entidad administrada, se acredite la derivación de clientela, oportunidades de negocio, etc. a otras empresas en las que se evidencie la clara vinculación e interés personal del administrador.

Ello contribuirá a que el conjunto de acreedores pueda, en un momento anterior a la situación de insolvencia real y que ya sea difícilmente reversible a través del itinerario de continuación, lograr el cobro de sus créditos cuando aún existan activos disponibles y exigir la correspondiente responsabilidad al administrador incumplidor de sus deberes y causante de la insolvencia.

En relación con la plataforma de gestión de la liquidación, se sugiere que se mejore y adecúe a una forma en la que, si bien mantenga la agilidad del proceso, la reducción de costes y permita la venta de activos, así como el pago de créditos pendientes; ofrezca las garantías suficientes a los acreedores, seguridad jurídica al proceso de liquidación y un mecanismo de sostenimiento adecuado de los costes de conservación de los activos hasta su liquidación.

8. BIBLIOGRAFÍA

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, n.º 564/2023, de 2 de octubre, ECLI:ES:JMB:2023:3902A.

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia de fecha 27 de junio de 2023.

Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º de Santander, de fecha 11 de julio de 2023.

M. BERMÚDEZ ÁVILA. “Sobre el procedimiento especial para microempresas (II)” en *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal*, (Herbosa Martínez, I., coord.). Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 509-521.

F. J. CAAMAÑO RODRÍGUEZ, “El nuevo procedimiento especial para microempresas.”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, N.º. 59, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma concursal), pp. 213-228.

COMISIÓN EUROPEA. Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas [notificada con el número C (2003) 1422]. DOUE» núm. 124, de 20 de mayo de 2003, pp. 36 - 41 (6 págs.). [En línea]. Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2025. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-80730>.

M. GALÁN CARREIRA, “La responsabilidad por deudas de los administradores en las sociedades de capital.” Trabajo Fin de Máster. Máster Acceso a la profesión de Abogado. Universidad de Alcalá de Henares. 2020. [En línea]. Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2025. Disponible en: https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46245/TFM_Galan_Carreira_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

M. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, “La operatividad práctica del convenio concursal tras la reforma” *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 12 /2024, pp. 277-299.

M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO “La calificación abreviada en el procedimiento especial de microempresas: aspectos sustantivos y procesales.” *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 8 / 2022, pp. 157-183.

E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, “El procedimiento especial para las microempresas.” en *Lecciones de Derecho de la Insolvencia*. (Meijomil González, A. Coord., Villafañez Pérez, I., Coord.), 2024. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones. pp. 205-224.

M. S. MARTÍNEZ BOUZAS, “Procedimiento especial para microempresas con plan de continuación.” *La ley Insolvencia*, N° 17, Enero de 2023, pp. 1-6.

A. MILLÁN GARRIDO, “Las Sociedades Mercantiles.” en *Nociones de derecho mercantil* (Decimocuarta edición). (Jiménez Sánchez, G., La Casa García, R. coord.). Marcial Pons. 2021. pp. 35-84.

MINISTERIO DE INDUSTRIA Y TURISMO. Secretaria de Estado de Industria. Dirección General de Estrategia Industrial y de la Pequeña y Mediana Empresa. [En línea]. Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2025. Disponible en: <https://ipyme.org/Publicaciones/Cifras%20PYME/CifrasPyme octubre 2025.pdf>

J. PALMERO SANDÍN, “El concurso de las microempresas: La plataforma de liquidación.” en *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal*. (Herbosa Martínez, I., coord.) Thomson Reuters Aranzadi 2022. pp. 523-541.

E. RECAMÁN GRAÑA, “Reestructuración de microempresas.” *Manual de reestructuraciones empresariales*. (Pulgar Ezquerro, J., coord. Gutiérrez Gilsanz, A., coord. Megías López, J., coord. Recamán Graña, E., coord.) Aranzadi La Ley, 2025, pp. 505-515.

M. L. SÁNCHEZ PAREDES, M. FLORES SEGURA, “El procedimiento especial para microempresas.” en *Lecciones de derecho mercantil*. (Menéndez Menéndez, A., Dir., Rojo Fernández Río A. J., Dir.), Vol. 2, 2024, pp. 807-831.

J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El ejercicio de la acción social de responsabilidad por la administración concursal” *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 12 /2024, pp. 17-38.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil nº 924/2005, de 24 de noviembre 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2025, núm. 449/2025 (ECLI:ES:TS:2025:1169).

Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Segunda, de 20 de mayo de 2025 (STS 2161/2025 - ECLI:ES:TS:2025:2161).

Sentencia del Tribunal Supremo (STS 3465/2025, de 17 de julio) ECLI:ES:TS:2025:3465.

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 321/2025, 17 de octubre de 2025.

I. TIRADO MARTÍ, “El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida? *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 7 /2022, pp. 237-279.

M. T. TRINIDAD SANTOS, “El procedimiento especial para microempresas.” en *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal*. (Herbosa Martínez, I., coord.) Thomson Reuters Aranzadi 2022. pp. 487-507.

M.J. VÁZQUEZ CUETO, A. IRIMIA-DIÉGUEZ, A. J. BLANCO OLIVER, “Factores determinantes de las quiebras en microempresas.” XXII Jornadas ASEPUMA – X Encuentro Internacional. *Anales de ASEPUMA* N°. 22, 1505, 2014. pp. 1-30.

ACUERDOS DE ÓRGANOS COLEGIADOS SOCIETARIOS COMO HECHOS O ACTOS JURÍDICOS, Y EL ACTA QUE LOS CONTIENE: SU EMISIÓN, VALIDEZ, EFICACIA E IMPUGNACIÓN EN EL PERÚ

Max Salazar Gallegos

Abogado

Maestría en Derecho por la Universidad de Lima

*Profesor de derecho civil y societario en la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú*

<https://doi.org/10.14679/4867>

Fecha de recepción: 2 de enero de 2026

Fecha de aceptación: 5 de febrero de 2026

RESUMEN: Este trabajo examina, desde una perspectiva dogmática y funcional, la naturaleza jurídica de los acuerdos adoptados por órganos colegiados societarios —principalmente junta general y directorio— y el estatuto del acta que los contiene en el derecho peruano. Partiendo de la teoría del órgano, se delimita el acuerdo como manifestación institucional de la voluntad de la persona jurídica y se distingue nítidamente entre voto/decisión individual y acuerdo orgánico como resultado procedimental reglado. Sobre esa base, se analiza el acuerdo como acto jurídico unilateral de la corporación (y no contrato), su proceso de formación (convocatoria, agenda, quórum, mayorías y seguridad), y el rol del acta como instrumento de constancia, prueba y soporte de validez y eficacia, con especial atención a su aprobación, suscripción y a la tensión entre formalidad *ad probationem* y *ad solemnitatem* en la LGS. Finalmente, se sistematizan los criterios de eficacia y oponibilidad interna y externa del acuerdo, así como su régimen de impugnación y nulidad, integrando jurisprudencia relevante y doctrina administrativa registral, con el propósito de ofrecer un marco conceptual operativo y verificable para la calificación, ejecución e impugnación de acuerdos corporativos en el Perú.

ABSTRACT: This paper offers a doctrinal and functional analysis of resolutions adopted by corporate collegiate bodies—primarily the general shareholders’ meeting and the board of directors—and of the legal status of the minutes that record them under Peruvian law. Building on the organ theory, it frames the corporate resolution as the institutional expression of the legal entity’s will and clearly distinguishes individual voting decisions from the organ’s resolution as a procedurally structured outcome. It then characterizes the corporate resolution as a unilateral legal act of the corporation (rather than a contract), examines its formation through legally and statutorily regulated requirements (notice, agenda, quorum, majorities and procedural safeguards), and assesses the minutes as the key documentary vehicle for evidentiary certainty and for the resolution’s validity and effectiveness—paying particular attention to approval and signature requirements and to the *ad probationem/ad solemnitatem* debate within the Peruvian Companies Act. The paper further systematizes the resolution’s internal and external enforceability and its challenge mechanisms (annulment and judicial challenge), integrating case law and registry practice to provide an operational framework for the qualification, implementation and litigation of corporate resolutions in Peru.

PALABRAS CLAVE: sociedades mercantiles, acuerdo societario, acto jurídico unilateral, acta societaria, teoría del órgano, validez y eficacia negocial.

KEYWORDS: commercial companies, corporate resolution, unilateral legal act, corporate minutes, organ theory, transactional validity and effectiveness.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Teoría del órgano y naturaleza del acuerdo A) Inexistencia de un contrato entre órgano y organización B) Relación jurídica obligatoria (contrato) con la persona natural que ocupa un cargo 3. El acuerdo como un acto de la autonomía de la voluntad (privada) unilateral de la persona jurídica A). La manifestación de voluntad de la persona jurídica como acto jurídico B). La declaración adoptada por los órganos de una persona jurídica como acuerdo unilateral que constituye un acto jurídico no es un contrato 4. El acuerdo corporativo como procedimiento especialmente regulado A). Formalidad procedimental para el acuerdo B) El principio de convocatoria y los acuerdos C) Principio de agenda para la adopción del acuerdo D) El principio de seguridad para la adopción de un acuerdo 5. Materialización del acta que contiene un acuerdo 6. Formalización documental del acuerdo en acta 7. Eficacia del acuerdo: oponibilidad interna y/o externa 8. Formalidad del acta de un acuerdo corporativo: ¿ad probationem o ad solemnitatem? 9. Algunos equívocos en la técnica legislativa para la redacción de los supuestos anotados 10. Conclusiones 11. Bibliografía citada

1. INTRODUCCIÓN

La idea del órgano estructural¹ y por tanto obligatorio², que se origina en una institución corporativa como ente subjetivo³, está relacionado con el sistema de actos y procedimientos para la toma de decisiones y con los instrumentos que las contienen. Es decir, la manifestación de voluntad unilateral que se entiende configurada a través de “acuerdos”⁴, que resultan indispensables y esenciales para el funcionamiento y la legitimidad de estas entidades⁵, que se trasladan o hacen constar materialmente en “actas”.

¹ Un órgano corporativo estructural es, como se explicado muchas veces, un elemento inescindible de una corporación, que la define como tal en relación con el tipo societario especial, según la configuración que le otorgue la ley que la regula; *v.gr.* para la sociedad anónima ordinaria en la LGS, se verifica en los arts. 11, 153 y 185.

² Si el órgano forma parte de la estructura corporativa según los parámetros de la ley que define la forma societaria (o cualquier otra), es inevitable que a su vez se configure como obligatorio para determinar el tipo.

³ Como se ha dicho antes, obviamente, únicamente los que la ley reconoce como formas típicas, conforme al art. 2° de la LGS. La tipicidad implica un “*numerus clausus*” y, por ende, limita las alternativas de los privados para conformar un ente corporativo.

⁴ Para el *common law*, una *decisión*, con una mejor recepción y comprensión del concepto. En ese sentido, compartimos las ideas de quienes critican la voz aludida y prefieren “decisión” por “acuerdo”, expresión esta última que utiliza la LGS peruana al referirse tanto a Juntas generales de accionistas como a sesiones de directorio. En ello ver: J.E. PUGA, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, t. II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). 2013. Pp. 687-690.

⁵ “La asociación se sustenta en la organización de diversas personas naturales o jurídicas, a las cuales el derecho les reconoce una personalidad que les permite adquirir derechos y contraer obligaciones. Dada su naturaleza, manifiesta su voluntad a través de diversos órganos, como la asamblea general, el consejo directivo, entre otros.” – RESOLUCIÓN N° 3044-2024-SUNARP-TR (NSIR-T), y en sentido similar, la RESOLUCIÓN N° 2482-2021-SUNARP-TR. Razonamiento aplicable a todo tipo de

En el caso peruano, respecto a las formas societarias, la regulación es desordenada e imprecisa en la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS)⁶ y prácticamente inexistente en el Código Civil (en adelante, el CC) para las personas jurídicas que este regula⁷. Como ocurre lo propio con cada tipo social que puede obtener personificación en la República del Perú, sustentado en el sistema de determinaciones normativas⁸⁹. La sociedad ha de adoptar acuerdos que constituyen su voluntad y que han de tener una sustancia. Estas pueden manifestarse como actos jurídicos societarios¹⁰ u otra consideración que merezca nuestra atención¹¹.

organizaciones corporativas. Aun así, En la RESOLUCIÓN N° 603-2020-SUNARP-TR-L, sobre acuerdo de junta general de accionistas de una sociedad anónima, se dice: “De esta manera, la manifestación de la voluntad de las sociedades se aprecia desde la postura de los órganos que la conforman o de sus representantes debidamente facultados (...). Es decir, la emisión de las decisiones de las juntas generales de accionistas refleja la voluntad de la sociedad anónima, lo cual queda asentado en el acta correspondiente.” En el mismo sentido, para una SRL, el Tribunal Registral dice: “Tal y como se aprecia el estatuto remite a las normas de la Ley General de Sociedades, siendo ésta la que en su artículo 286 regula la formación de la voluntad social de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, norma que resulta aplicable a la sociedad bajo estudio, al ser éste su tipo societario” – RESOLUCIÓN N° 4382 – 2023- SUNARP- TR. Bajo la misma razón la RESOLUCIÓN N° 438 – 2016- SUNARP-TR-L, para sociedades anónimas ordinarias.

⁶ De hecho y como puede comprobarse del texto de la LGS, no existe una lógica única ni conceptualmente ordenada en torno a estas cuestiones, como tampoco afinada, sino que se tropieza con muy serios y relevantes problemas teóricos y prácticos que no tienen fundamento que los sostenga. Incluso, y como veremos aquí más adelante, existen contradicciones que hacen un esquema caótico alrededor de estos actos. Mientras la LGS intenta proporcionar un marco general para las sociedades anónimas, no siempre logra abarcar las especificidades de cada tipo social (pues regula no menos de cinco), lo que resulta en una regulación que, en algunos aspectos, es fragmentaria e insuficiente.

⁷ El Código Civil peruano, que regula determinadas personas jurídicas, presenta una laguna normativa en lo referente a la estructuración y funcionamiento de los órganos corporativos, y es que no regula su funcionamiento. Este vacío normativo es especialmente evidente en lo que respecta a las asociaciones, fundaciones y comités, donde las disposiciones son escasas y, en muchos casos, insuficientes para garantizar una gobernanza efectiva y transparente.

⁸ No pretendo sumergirme en el espacio concreto y especialísimo de cada forma corporativa arreglada conforme la ley peruana (de las que hay variadas), pero el lector entenderá que estas líneas se aplican casi de manera precisa y exacta en las demás corporaciones (mercantiles y no societarias) de orden privado que actúan a través de órganos que forman parte de su estructura.

⁹ En el Perú subsisten dos sistemas de creación de corporaciones, el sistema concesional y el sistema normativo. Para una mejor comprensión del concepto, en aporte personal: M. SALAZAR-GALLEGOS. “Los Sistemas de Constitución de las Personas Jurídicas de Derecho Privado”, La existencia, el registro y sus repercusiones en el tráfico jurídico. En: Actualidad Jurídica. Tomo 148. pp. 49-55. Gaceta Jurídica. Marzo 2006. Lima; J. ESPINOZA. Derecho de las Personas, 8ª ed. 2020, Lima, Instituto Pacífico. Pp. 37-38; M. SEOANE. Personas jurídicas. Lima. Grijley. 2005. Pp. 55-56; L. ENNECCERUS; T. KIPP, & M. WOLFF, Martin. Tratado de derecho civil. Primera Parte General I. Barcelona, Bosch. 1974. Pp. 457-458; A. SPOTA. Tratado de derecho civil. Parte general, t. I, vol. 3: El sujeto de derecho. Buenos Aires. Depalma. 1968. Pp. 219-230; F. FERRARA. Teoría de las personas jurídicas. Madrid. Editorial Reus. 1929. Pp. 746-754; y en Chile ya en larga data, A. FERNÁNDEZ VILLAMAYOR. La sociedad anónima. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1977. Pp. 23-24. En adecuación y sustento legal del concepto, revisar los artículos 76 y 77 del CC peruano.

¹⁰ Que son una especie del género “acto jurídico” revelado en el artículo 140 del CC y siguientes, como también se pone en evidencia aquí.

¹¹ M. IRIBARREN. “La Responsabilidad de los socios por los acuerdos de la junta general”. 1ª Edición. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2022. Pp. 98-99, donde señala que: “Y como se ha dicho en relación a la relevancia del voto del socio con respecto al acuerdo, (...) puede variar según la teoría que se defienda acerca de la naturaleza jurídica de los acuerdos de la junta, (...) se ha concebido el acuerdo como un negocio jurídico formado a partir de los votos de los socios, aunque sea peculiar (*Rechtsgeschäft eigener Art*), o se opte por rebajar el valor de los votos de los singulares socios, como hacen muchos de los autores que observan los acuerdos como actos orgánicos, o de los que rechazan el carácter negociador de los acuerdos y los conciben como el mero resultado de un procedimiento.” Pp. 98-99.

Sea dicho ya, no vemos contradicción entre la concepción del acto jurídico negocial y el acto orgánico, siendo la relación entre ellos de genero a especie, y de reconocimiento de la naturaleza societaria de este.

Además, y a pesar de que existe incluso un pleno casatorio civil de la Corte Suprema de Justicia peruana sobre impugnación de acuerdos orgánicos¹², si bien fundado en asociaciones¹³, la doctrina no ha dado especial atención al tema de los actos de voluntad de las corporaciones, en particular a sus contornos esenciales, lo que merece ser tratado por múltiples razones. Entre ellas, el que estas materias importan la calificación, validez y eficacia e impugnación de los actos decisorios bajo los cuales se rigen las sociedades (mercantiles)¹⁴, y las corporaciones en general, ya sea que se constituyan como personas jurídicas (en adelante, ppj)¹⁵ o no (organizaciones no personificadas con subjetividad jurídica)¹⁶.

Estas líneas no suponen el tratamiento exhaustivo del asunto, cuya importancia lo merecería, sino un resumen de lo que consideramos esencial al respecto. Especial atención merecen las resoluciones emitidas por el Tribunal Registral peruano (en adelante, el TR) que han tratado varios de estos temas, haciendo un esfuerzo por echar luz sobre situaciones jurídicas opacas. No es menos cierto que la doctrina societaria peruana de manera escasa se ha propuesto caer en mientes sobre aquello¹⁷.

Para estos efectos vamos a utilizar fundamentos concretos en torno a las organizaciones típicas subjetivadas societarias, con algún orden que creo atinado, los que, unidos, asumo, dan sentido a la idea de “acuerdo” y su configuración como acto jurídico unilateral, delineando sus características y su oponibilidad. Como se vislumbra desde la introducción, trataremos de ayudar con los pies de página al entendimiento del lector no especializado y ajeno a la legislación peruana.

2. TEORÍA DEL ÓRGANO Y NATURALEZA DEL ACUERDO

El acuerdo societario es una manifestación esencial de la voluntad de una organización o persona jurídica (según el grado de formalización de la corporación¹⁸) y tiene un origen intrínsecamente interno. Dicho acuerdo, en principio, emana de un órgano que es parte de la corporación, es decir, de la existencia como construcción jurídica¹⁹, o sea, de la estructura fundamental del ente, que le es inherente, y las más de las veces obligatoria²⁰, ya sea la junta general de accionistas, el directorio, o cualquier otro órgano equivalente, que reconoce e identifica al tipo o forma corporativa²¹.

¹² Me refiero al Quinto Pleno Casatorio Civil, Casación de la Corte Suprema N° 3189 – 2012 – Lima.

¹³ Art. 80 a 98 del CC.

¹⁴ Y es que, si bien la ley no las denota de esa manera, habida cuenta de la existencia de varios otros tipos de sociedades ajenas al texto de la LGS, aunado aquello a las resoluciones emitidas en vía administrativa registral que desconocen la distinción de objeto social económico entre sociedades y asociaciones, que a su vez distingue y se precisa entre los artículos 1° de la LGS y 80 del CC, me parece de lógica elemental hacer la mención correspondiente.

¹⁵ De acuerdo con lo estipulado en el art. 6° de la LGS.

¹⁶ Conforme las reconoce el art. 423° de la LGS, ya sea que se trate de sociedades irregulares de origen, instrumentalizadas o no. En resumen, la ley peruana admite a la sociedad inscrita y personificada (esta última calidad se adquiere y otorga en el registro), tanto como a la sociedad no inscrita y no personificada, y en ambos casos como entes con plena capacidad. En el plano nacional, por quien introduce los conceptos en el actual código véase: C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del código civil peruano. Lima. Ed. Cuzco. Pp. 346-348; también y más reciente y compilando posiciones: J. ESPINOZA, ya citado y J. PAZOS HAYASHIDA. La persona jurídica de derecho privado. Lima. Gaceta Notarial (2022).

¹⁷ ELÍAS (1998) Pp. 287-289 y 341-342; BEAUMONT (2007) Pp.362-367 y 426. Ambos, diría yo, los autores más citados por la autoridad administrativa registral y civil peruana sobre la materia.

¹⁸ Toda sociedad inscrita en el registro constituye una persona jurídica (art. 6°, LGS), pero no toda sociedad reconocida como tal se eleva a la categoría de persona, o se inscribe en el registro (art. 5°, LGS).

¹⁹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Lima. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. (1990). Pp. 147 – 149.

²⁰ Las formas de las corporaciones y los órganos que las comprenden son típicas en el Perú.

²¹ En el Perú se asume que existe una tipología atingente a las organizaciones que se regulan como personas jurídicas. Una de ellas la establece la LGS, pero no es la única, pues también se encuentra vigente la ley de

La estructura obligatoriedad se produce del factor resultante de los elementos esenciales del tipo frente a la autonomía de la voluntad y el derecho de autoorganización, ampliamente reconocidas por el Tribunal Constitucional peruano²², donde el tipo societario exige una conformación mínima organizacional -la obligatoria-, que puede ser complementada con órganos de orden convencional libremente configurados²³. La existencia y operatividad de estos órganos son elementos definitorios que reconocen e identifican al tipo corporativo de la entidad²⁴.

El acuerdo societario, en su esencia, es una manifestación de voluntad que constituye la voz de la organización y es el mecanismo mediante el cual se articulan y materializan las decisiones estratégicas y operativas de la entidad²⁵.

A) Inexistencia de un contrato entre órgano y organización

La teoría del órgano sostiene que las actuaciones de este son acciones de la propia corporación y no implican una relación contractual entre los dos. Esto se debe a que el órgano es un componente irremplazable que forma parte integral de la estructura jurídica y funcional del ente. Este planteamiento reemplaza la antigua teoría del mandato y elimina la idea de dos voluntades distintas, construyendo entre sí una sola unidad inseparable, lo cual genera claridad conceptual y evita repeticiones superfluas.²⁶

Esta realidad se ha consolidado en el derecho corporativo contemporáneo; se ha desechado la antigua teoría del mandato o la de la representación, en favor de la teoría antes señalada²⁷. Bajo esta última, se entiende que los actos del órgano corporativo son actos de la propia organización, y no de una entidad separada que actúa en su representación (no hay tal representante, aunque para efectos prácticos y académicos nos refiramos a una representación directa o legal respecto de aquellos)²⁸. Los órganos de la corporación no son ni pueden actuar como mandatarios, pues no son sujetos ajenos ni paralelos (carecen de subjetividad *per se*), sino que se constituyen en partes integrales o estructurales de la entidad corporativa (parte de la misma subjetividad jurídica). Por ende, los acuerdos y los actos consecuentes de aquellos han de ser atribuidos directamente a la corporación misma, siendo un caso ineludible de autoría directa e inmediata y de responsabilidad única de la corporación (en Perú, esta última es de carácter objetiva, conforme al art. 12°, LGS).

Si se adoptara la teoría del mandato, implicaría fundamentar la existencia de dos voluntades distintas que tendrían que concertar sus decisiones, lo cual es incompatible con la naturaleza de una organización corporativa entendida como unidad. En una corporación, los órganos son

las empresas individuales de responsabilidad limitada – EIRL (1976), tanto como el CC (1984) que regula otros tipos, y la Ley General de Cooperativas (1991), entre otras. Estas normas no son uniformes en cuanto al tratamiento que debe darse al respecto, algunas se refieren a “tipos”, y otras “formas”.

²² Entre otras, ya desde la Sentencia 03312-2004-AA/TC, y más reciente la Sentencia 348/2023.

²³ En este sentido, el art. 55 numeral 7 de la LGS, y en lectura paralela, el art. 82, numeral 4 del CC.

²⁴ Esto lo tenemos dicho antes: “la tipicidad deviene en la voluntad del legislador. La estructura impuesta, permite diferenciar una sociedad de otra”. M. SALAZAR GALLEGOS. “Anomalías societarias, la nulidad de sociedades (el pacto viciado)”. Derecho corporativo: Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario. Lima. Fondo Editorial PUCP. (2019) Pp. 75-138.

²⁵ En este mismo sentido, el Tribunal Registral peruano cuando señala que: “De esta manera, la manifestación de la voluntad de las sociedades se aprecia desde las posturas de los órganos que la conforman o de sus representantes debidamente facultados.” – Resolución 1829-2020-SUNARP-TR. En cuestión considerada por la doctrina peruana recomendando revisar: Pazos (2022) Pp. 145 – 188; De Belaúnde (2021) Pp. 355 – 356.

²⁶ Estas cuestiones tienen una larga trayectoria, véanse los trabajos de: A. BERLE, & G.C. MEANS. *The Modern Corporation and Private Property*. New Brunswick, Transaction Publishers. (1932); R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. B. Hansmann, G. Hertig, K. J. Hopt, H. Kanda, M. Pargendler, W.G. Ringe, and E. Rock. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, (2017).

²⁷ En sede nacional y para un mejor entendimiento del concepto, leer: J. ESPINOZA (2020) Pp. 101-108. En Chile, véanse las concepciones aludidas por A. LYON PUELMA. (2006). *Personas jurídicas*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. (2006) Pp. 131-134.

²⁸ Al respecto también se ha pronunciado HALPERIN (2000) Pp. 333 y 446.

parte de su propia estructura y, por ende, no puede haber una relación contractual entre ellos. En el derecho societario peruano, la LGS refleja esta concepción al establecer que los órganos de la sociedad, como la junta general de accionistas y el directorio (ambos colegiados)²⁹, actúan en nombre y representación de la sociedad, sin que exista una relación de mandato entre ellos. El art. 114 de la LGS indica claramente que "la junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad", subrayando así la naturaleza orgánica y no contractual de su relación con la entidad.

Esta concepción es esencial para entender la dinámica interna de las corporaciones y garantizar una gobernanza efectiva. La teoría del órgano permite entender la cohesión y coherencia en la toma de decisiones, asegurando que los actos de los órganos corporativos sean considerados como actos de la propia entidad, lo que facilita la atribución de responsabilidad y la rendición de cuentas dentro de la organización.

B) Relación jurídica obligatoria (contrato) con la persona natural que ocupa un cargo

Cuestión distinta a lo señalado es quien ocupe la posición jurídica operativa, un lugar, o cargo al interior del órgano, siempre una persona natural. La persona jurídica puede establecer una relación jurídica obligatoria (contrato) con la persona natural que ocupa un cargo dentro de la organización, pero no con el órgano mismo. Esta distinción se hace importante para comprender la naturaleza de las relaciones dentro de una entidad corporativa. La vinculación entre la persona jurídica y el órgano es de carácter orgánico y no contractual, porque el órgano es una parte integrante de la estructura de la organización, y actúa en su nombre³⁰.

Estos contratos pueden establecer derechos y obligaciones entre la persona natural y la persona jurídica, y se rigen por las normas generales de derecho contractual y/o laboral, según sea el caso. Mientras el órgano actúa como una parte inherente de la corporación, las personas naturales que lo componen pueden tener vínculos contractuales independientes con la entidad. Esa vinculación contractual no presume de formar parte de la estructura corporativa y, por ende, no se compone ni soluciona bajo reglas societarias, sino de carácter civil.

3. EL ACUERDO COMO UN ACTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD (PRIVADA) UNILATERAL DE LA PERSONA JURÍDICA

El acuerdo societario adoptado por la organización corporativa a través del funcionamiento de un órgano colegiado no constituye ni supone una imposición (por lo menos por regla general)³¹, ya sea la propia adopción del acuerdo o su contenido; y en ello se incluyen aquellos que sean producto de la realización o cumplimiento de normas imperativas (*v.gr.* art. 128, LGS), por lo que la decisión en esencia es libre. En ello habrá de recordar que el Tribunal Constitucional peruano reconoce expresamente diversos derechos fundamentales a las corporaciones³².

El acuerdo corporativo surge libremente en el seno y a través de un órgano social, conforme a la autonomía de la que goza la organización, que se traduce en una manifestación o

²⁹ F. MESSINEO. Manual de derecho civil y comercial. Doctrinas generales, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones Jurídica Europa – America. (1952). Se explicaba ya entonces y con claridad que se trata de un cuerpo colegiado en tanto "(...) adopta sus deliberaciones con el concurso de varios miembros; cada deliberación consta, sin embargo, de una declaración de voluntad (o, en algún caso, de ciencia) unitaria (simple) en cuanto constituye un acto colegial (...)".

³⁰ Mayor ampliación sobre estos temas véase, entre otros: K. LARENZ. (1991). Derecho de obligaciones Barcelona, Ariel; y, R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. B. Hansmann, G. Hertig, K. J. Hopt, H. Kanda, M. Pargendler, W.G. Ringe, and E. Rock, Op cit.

³¹ Existen casos en que, por cuestiones propias de anomalías, como pueden ser las causales de disolución e insolvencia, la corporación se vea obligada a adoptar un acuerdo con el fin de salvaguardar diversos intereses y/o evitar incurrir en responsabilidad frente a terceros.

³² Por todas, EXP. N.º 4972-2006-PA/TC.

declaración de voluntad (privada)³³. Así, el acuerdo corporativo se constituye objetivamente como el acto jurídico del órgano colegiado resultante de un procedimiento reglado de deliberación y votación, previsto en la ley y el estatuto social. No se trata de una decisión individual, sino de una declaración institucional que vincula a la corporación³⁴, y a nadie más³⁵ -salvo supuestos expresamente previstos, frente a terceros-, por ende, es una declaración o manifestación de voluntad unilateral (art. 141, CC). No vincula a la persona natural que ocupa un cargo³⁶, salvo los efectos negativos de una obligación nueva surgida cuando aquella ha violentado sus deberes en el ejercicio de dicha posición, es decir, las consecuencias que comprometen sus funciones para adoptarlo y se le hace por ello responsable -basado en deberes fiduciarios, por ejemplo-. Básicamente aquellos que se corresponden conforme a ley, y que refieren a información, seriedad, cuidado y lealtad, entre otros, con los que debe comportarse al interior del corporativo³⁷.

El acuerdo es entonces una manifestación de voluntad³⁸ o acto unilateral de la corporación y que ha de formarse respetando los deberes de quien ocupa un cargo al interior de un órgano³⁹.

³³ “El artículo 88 del código civil establece que “ninguna sociedad tiene derecho por sí mismo más de un voto”. De esta manera, el legislador ha regulado el derecho al voto que corresponde a cada uno de los integrantes de la asociación y que, en concordancia con el quórum y mayoría correspondientes, establecidas conforme a ley, permiten señalar la existencia de los acuerdos para la marcha de la asociación, por tanto, esta es la declaración de voluntad de la persona jurídica (...) Quinto Pleno Casatorio Civil. Aunque la decisión de la judicatura se sustenta en el acuerdo de una Asociación (Arts. 80-98, CC peruano), el razonamiento es plenamente aplicable a los acuerdos en las sociedades que gozan de la misma naturaleza.

³⁴ Otra nota interesante es comprobar que la LGS solo menciona la palabra “decisión” tres veces, (i) en el caso de juntas de socios en sociedades civiles, (ii) para las asambleas de obligacionistas, y (iii) para sociedades en comandita por acciones.

³⁵ Excepción hecha a los acuerdos de reorganización tipificados como de escisión y fusión, que tienen efecto vinculante con terceros.

³⁶ El término técnico jurídico para referirse a un ser humano en el Perú es: persona natural, conforme el código civil.

³⁷ Los deberes fiduciarios, que en el caso de la LGS no se encuentran establecidos sino para los directores de sociedades anónimas y gerentes de estas en los artículos 171 y 190 numeral 1, respectivamente.

³⁸ Es interesante en este aspecto y en torno a la doctrina peruana que justifica el precepto desde el punto de vista civil -no la hay del lado mercantil u societario- que dice: “En el código civil, la manifestación de voluntad es utilizada con un objetivo preciso: la intuición -tomada de la doctrina italiana de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX- de que la actividad negocian no opera exclusivamente con declaraciones, es decir, con enunciados dirigidos a destinatarios en particular, sino también mediante otras formas de comunicación, como los actos de conducta conocidos como comportamientos concluyentes, y, actualmente, los medios electrónicos. Esta es la razón por la cual se habla de manifestación, por haberse considerado que este término es de mayor amplitud que el de declaración. No existe acuerdo en la doctrina sobre esta cuestión terminológica. En el derecho privado alemán se mantiene la fidelidad a la declaración de voluntad, acogida en el BGB, que se define como aquella dirigida a la realización de una consecuencia jurídica, y cuyos elementos son la voluntad interna (*innere wille*) y su exteriorización (*Äußerung*).” –

BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; BATTISTA FERRI, Giovanni. (2015). Teoría General del Negocio Jurídico: 4 Estudios Fundamentales (trad. Leysser León Hilario, Lima, Ara Editores). Pp. 57-58. Es de agregar que el código civil peruano no contiene una definición sobre “manifestación de voluntad” y la doctrina peruana ha sido elusiva sobre la cuestión. Como veremos en adelante también cuando este término es introducido entre la noción de acto jurídico, a la peruana, parece más bien mimetizarse con la noción de negocio jurídico a la alemana, pues considera que él mismo es de manera ineludible una fuente de relaciones jurídicas, cuando entendemos que un acuerdo societario, como manifestación de voluntad, en general no vincula a la organización con ninguna otra persona, sino que como también explicamos a lo largo de este trabajo, lo que hace es determinar la conducción del propio negocio societario.

³⁹ “Con ello apreciamos que la declaración de voluntad de este sujeto de derecho constituye un negocio jurídico imputable a este y no a la pluralidad de miembros del órgano colegiado (...)”. “Al encontrarnos frente a una persona jurídica sea lucrativa o no lucrativa, “(...) el voto es la máxima expresión de la voluntad del asociado (...)” y es justamente en el ejercicio de ese derecho al voto, que debe ser ejercitado de manera responsable y diligente, que cada uno de los miembros de la asociación, personas naturales o jurídicas, en cuanto a su voluntad individual, forman la voluntad de la persona jurídica asociativa, conforme el método colegial precedentemente citado”. Quinto Pleno Casatorio Civil. *Op cit*.

A). La manifestación de voluntad de la persona jurídica como acto jurídico

Como manifestación de voluntad, el acuerdo se constituye como un acto jurídico (art. 140, CC⁴⁰). Dentro de la categoría general de los actos jurídicos, la expresión de voluntad de una corporación -que en teoría goza de capacidad plena-, que se hace a través de sus órganos, constituye un negocio especial, un acto jurídico corporativo, o societario para el tipo concreto. Y tal acto es una manifestación de voluntad unilateral que emana de una persona jurídica (como una sociedad o corporación) a través de sus órganos competentes (como la junta de accionistas o el directorio y/o consejo de administración)⁴¹.

Se verifica que la sociedad como sujeto de derecho tiene plena capacidad para formular dicha manifestación, y que está contenida en un objeto lícito y realizable, que pretende producir efectos jurídicos. Este tipo de acto tiene naturaleza particular, porque es una expresión formal y deliberada de la voluntad de la entidad, que busca crear, modificar y/o extinguir relaciones jurídicas⁴². Las personas jurídicas, al igual que las personas naturales, como centros de imputación unitaria de derechos y deberes, tienen la capacidad de expresar su voluntad y realizar actos jurídicos. Sin embargo, debido a su naturaleza particular, esta manifestación de voluntad se lleva a cabo a través de sus órganos.

La naturaleza negocial de los acuerdos adoptados por los órganos de una persona jurídica implica que estos actos buscan producir efectos jurídicos específicos, en este caso, fijar una posición o situación jurídica institucional⁴³. Aunque no se trata de contratos, ya que no involucran necesariamente la concurrencia de voluntades de dos partes diferentes, estos acuerdos sí implican la toma de decisiones que afectan la propia situación y relaciones jurídicas de la entidad⁴⁴. Conforme al ya citado art. 140, CC, un acto jurídico es toda manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir derechos (entendidos de manera muy lata). Los acuerdos de los órganos encajan perfectamente dentro de esta definición, ya que son declaraciones deliberadas que buscan generar efectos jurídicos relevantes. Sin embargo, en su generalidad no determinan necesariamente efectos relativos

⁴⁰ CC, “Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o

extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.”

⁴¹ “(...) cuando los integrantes individuales de la persona jurídica adoptan los acuerdos, con el quórum y mayoría requerida por la ley, conforme el artículo 87 del código civil, lo que realizan no puede ser calificado como un contrato, acuerdo de voluntades a través del consentimiento, sino que es la declaración de voluntad de la persona jurídica (...) a través de una votación con el quórum correspondiente para señalar el camino de la asociación en la prosecución de sus fines (...) es por tanto un negocio jurídico unilateral como veremos posteriormente.” – Quinto Pleno Casatorio Civil.

⁴² Permítame aquí hacer un acápito, y es que si se trata de un acto jurídico, en estricto sentido a lo señalado en el artículo 140 del CC peruano, no es que tales manifestaciones de voluntad estén siempre dirigidas a crear, regular, modificar o extinguir “relaciones jurídicas”, y por ende, se encuentran dirigidas hacia “algún” tercero, por el contrario, han de tratarse, las más de las veces, a componer actos jurídicos de carácter no recepticio, que imponen un curso de acción interno a la organización, salvo aquellos que se destinan a construir fusiones o escisiones. En este sentido, la manifestación de voluntad determina una situación jurídica particular, no una relación jurídica, es de carácter unipersonal, y si se quiere, determinan una auto-obligación. En ese mismo sentido, léase el art. 259 del código civil y comercial de la Nación Argentina, y la noción de acto jurídico que se tiene en Chile, por ejemplo, siendo que en el último caso, el código Bello, por su cronología (1855), no anticipa la noción expresamente.

⁴³ STS 1229/2007, Tribunal Supremo (Sala Primera, Civil), 29 de noviembre de 2007 F.3: “Los acuerdos sociales tienen naturaleza negocial, en el sentido de ser expresivos de una voluntad productora de efectos jurídicos, y el acta en que se hacen constar tiene naturaleza de documento privado (RDGRN 30 de enero de 1985).”

⁴⁴ J. Alfaro. En Libro: La junta general de las sociedades de capital, 1.ª ed. Edit. Aranzadi.

marzo 2022. Cuando dice: “Esta conclusión es conforme con la naturaleza de los acuerdos sociales (v., comentario art. 159) que no son contratos”.

a “relaciones jurídicas” como reza el art. 140 del CC, sino a situaciones jurídicas -en tal caso, de la propia sociedad-, por ello es por lo que en su gran mayoría son no recepticios⁴⁵. Dentro de la categoría de los actos jurídicos, los acuerdos adoptados por las personas jurídicas constituyen un negocio especial debido a su origen y naturaleza⁴⁶, así como por sus efectos. A diferencia de los actos jurídicos realizados por personas naturales, los actos jurídicos corporativos son el resultado de deliberaciones que una vez resueltas son llamadas “acuerdos” (arts. 127 y 169, LGS), adoptadas por órganos (colegiados) específicos de la entidad y que forman parte de esta⁴⁷. Los acuerdos reflejan la voluntad colectiva de la entidad con carácter interno y son adoptados siguiendo procedimientos estrictos y formales establecidos en los estatutos sociales y en la ley. Como se ha apuntado, son de carácter unipersonal, y determinan una auto obligación, pues toda la estructura corporativa, que puede involucrar a diversos órganos y niveles funcionales (la complejidad depende de la forma y el nivel de auto organización adoptado), se han de alinear con la declaración adoptada, bajo responsabilidad.

B). La declaración adoptada por los órganos de una persona jurídica como acuerdo unilateral que constituye un acto jurídico no es un contrato

Conforme se deduce claramente de lo anterior, el acuerdo adoptado por una corporación no genera un contrato⁴⁸, sino que es una decisión unilateral⁴⁹. Esta decisión no determina las posiciones de los individuos que integran el órgano (sobre lo que ya hemos recalado, es funcional), sino que representa la voluntad de la persona jurídica; no hay relación entre dos o más sujetos⁵⁰. No se trata de un negocio jurídico multilateral⁵¹ o plurilateral⁵², aunque procedimentalmente (y funcionalmente) pueda involucrar la participación de múltiples personas naturales que ocupan distintos roles dentro del órgano, siendo normalmente

⁴⁵ Con excepción hecha, por ejemplo, en materia de sociedades, de aquellos que importan decisiones de fusión o escisión, que inevitablemente requieren de la concurrencia de al menos, dos sociedades.

⁴⁶ W. ERNST. (2012): “*Der Beschluss als Organakt*”, en HÄUBLEIN, Michael (Ed.), *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus: Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. (Berlin-Boston, de Gruyter)* pp. 1-42. “En el ámbito del derecho privado se debe clasificar la doctrina del acuerdo dentro de la teoría del negocio jurídico, independientemente de si se quiere ver en el acuerdo un negocio jurídico stricto sensu.” – Traducción libre del alemán.

⁴⁷ “Un acuerdo societario, más allá de los mecanismos especiales empleados en su formación, no deja de ser un negocio jurídico y, por tanto, susceptible de someterse a las normas sobre nulidad. La doctrina es unánime al señalar que todo acto nulo es pasible de impugnación debido a los vicios de los que adolece, y que la consecuencia lógica de la declaración judicial de nulidad es que el acto nunca haya existido”. VEGA (2001) p. 81. En igual sentido, J. CIEZA MORA, Jairo (2014): “La impugnación judicial de acuerdos en la persona jurídica no lucrativa y la invalidez del negocio jurídico”. *Actualidad Civil*, 2: pp. 36-67, de donde recojo: “Cuando hablamos de acuerdos contrarios a la ley de estatuto estamos refiriendo a las decisiones que afecten la voluntad negociadora de la persona jurídica ... , pues la norma establece que para la formación del negocio jurídico unilateral (acuerdo) debe expresarse la voluntad y, al no presentarse esta por la falsificación de firmas, debe ser atacado de nulidad pero tomando como instrumento legal el de la impugnación judicial de acuerdos y respetando los plazos de caducidad previstos en esta norma especial... Lo que sucede es que la impugnación judicial de acuerdos es una manera o modalidad de las ineficacias negociables en las personas jurídicas, sometida a ciertas particularidades como el plazo de caducidad.”; y lo mismo LEÓN (2021: pp. 37): “No existe una acción de impugnación autónoma en el derecho nacional, ni una situación de impugna habilidad que permite excluir los acuerdos asociativos, que son negocios jurídicos, del régimen de la invalidez -nulidad y anulación- de los artículos 219 y siguientes del Código Civil.”

⁴⁸ En Perú, siguiendo a J. NAVARRETE (2008): “Invalidez de acuerdos societarios”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 122. Lima.

⁴⁹ Salvo excepciones, como los casos en que requiere la concurrencia de otra voluntad para perfeccionar una situación o posición jurídica, o modificar la propia, como ocurre, por ejemplo, con las reorganizaciones o modificaciones estructurales en una escisión o fusión.

⁵⁰ En Chile, esto lo pone de manifiesto con claridad, por ejemplo, PUGA (2013), *Op cit.* Pp. 651-652.

⁵¹ Cfr. A. VON TUHR. (2006): *Parte general del Derecho civil* (Granada, Comares). p. 66. Aunque hemos de apuntar que le debemos a este autor alemán el primer análisis sobre la materia, y, por ende, el inicio de la discusión al respecto.

colegiado (o se les llama así dado el concurso de sus miembros), es decir, que adopta acuerdos a través de un proceso formal de deliberación y votación, que se constituye en una declaración unitaria. Aunque el órgano está compuesto por múltiples miembros, y se formen los acuerdos por pluralidad de votos, es ello, un órgano, que emite actos unilaterales, y las personas que ocupan un lugar en aquel cumplen un rol meramente funcional, como ya tenemos dicho, por lo que la declaración final que se adopta se considera como acuerdo individual del órgano, no de los individuos que lo componen, y, por ende, de la organización. Esto asegura que la entidad jurídica se exprese de manera lógica y estructurada, con una voz propia y actúe de manera coherente⁵³.

Una vez formada la voluntad, conforme los votos emitidos en el seno del órgano, y traducida ésta en un acuerdo, este se constituye como un acto jurídico unilateral de la corporación⁵⁴. Un acuerdo de un órgano social no es equivalente entonces a un contrato. En un contrato se suelen construir relaciones jurídicas de intercambio de contenido patrimonial⁵⁵, se adoptan posiciones como partes estratégicas diferenciadas y que responden a intereses de valuación contrapuestos, donde se decide de forma unánime, y no impuesta por mayoría⁵⁶, por lo que ha de existir concordancia absoluta⁵⁷, y se someten a mecanismos de nulidad, resolución o rescisión, todos de carácter civil estrictos.

En contraste a lo que se entiende como contrato⁵⁸, un acuerdo corporativo es una manifestación de voluntad que emana unilateralmente de la persona jurídica a través de su órgano correspondiente, donde las actuaciones de quienes ocupan un cargo -de manera funcional o instrumental- han de respetar las más de las veces deberes fiduciarios para con la organización, los que a su vez priman sobre los intereses propios. Los miembros, al no actuar como partes, no responden individualmente por los efectos que se pudieran suceder.

La nulidad societaria de los acuerdos, incluso, es menester recordar, se rige por efectos *ex nunc*, dados los intereses de terceros involucrados al tratarse de una organización interrelacional⁵⁹. El acuerdo es un acto unilateral corporativo en el sentido de que, aunque varias personas naturales (miembros del órgano) participen en su formación⁶⁰, una vez adoptado, la

⁵³ Para mejor comprensión sobre la actuación de los órganos colegiados revisar: EISENBERG (1997); FERRARINI, HOPT, WINTER, & WYMEERSCH (2009); GOWER & DAVIES (2012); HANSMANN & KRAAKMAN (2004) Pp. 439-468; LARENZ (1991); PISTOR, KEINAN, KLEINHEISTERKAMP, & WEST (2002) Pp. 791-871; Y ROSS (1973) Pp. 134-139, entre otros.

⁵⁴ En este mismo sentido, se ha dicho por parte del Tribunal Registral: “(...) es preciso esclarecer que la interpretación de cualquier negocio jurídico no solo debe agotarse a su lectura meramente literal, cuando detrás de esta puede subyacer otro sentido que favorezca la producción de los efectos jurídicos queridos por las partes. Debe decirse que los actos jurídicos tienden a la producción válida de efectos jurídicos, pues de no ser así no tendría sentido alguno que los sujetos los celebraran. Los actos jurídicos se adoptan para que tengan eficacia, por cuanto permitirán que los sujetos autorregulen sus intereses privados satisfaciendo sus más variadas y diferentes necesidades.

6. No cabe duda de que el acuerdo del órgano colegiado de toda persona jurídica es un negocio jurídico y, como tal, es susceptible de ser interpretado conforme a las reglas del Código Civil. De esa forma, en el caso que surjan dudas respecto a los alcances del acto jurídico, los artículos 168 y 169 del Código Civil contienen reglas para su interpretación” – RESOLUCIÓN N° 3873-2022-SUNARP-TR.

⁵⁵ El art. 1351 del CC requiere que la relación jurídica sea de orden patrimonial.

⁵⁶ El art. 1352 del CC exige que hay consentimiento de las partes para el perfeccionamiento de un contrato.

⁵⁷ El art.1359 del CC dispone que no habrá contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas las estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

⁵⁸ Art. 1351 y ss. del CC.

⁵⁹ LGS, Art. 36.

⁶⁰ M. IRIBARREN (2022). Op cit. “Y como se ha dicho en relación a la relevancia del voto del socio con respecto al acuerdo, que “puede variar según la teoría que se defiende acerca de la naturaleza jurídica de los acuerdos de la junta, ... se ha concebido el acuerdo como un negocio jurídico formado a partir de los votos de los socios, aunque sea peculiar (*Rechtsgeschäft eigener Art*), o se opte por rebajar el valor de los votos de los singulares socios, como hace mucho de los autores que observan los acuerdos como actos orgánicos, o de los que rechazan el carácter negociador de los acuerdos y los conciben como el mero resultado de un procedimiento.” Pp. 98-99.

declaración consecuente refleja la voluntad única y consolidada de la persona jurídica⁶¹. No es la suma de voluntades individuales⁶², sino una expresión singular de la entidad⁶³.

Por supuesto, como se ha hecho notar, el acuerdo corporativo no constituye un acto jurídico aislado, sino que responde a la normativa societaria para ser tal, como en efecto se corrobora de los artículos 135 y 170 de la LGS, para juntas de accionistas y sesiones de directorio respectivamente. Esta es una idea muy poderosa, pues la manifestación a la que nos referimos, una voluntad unilateral, en general no produce efecto jurídico alguno respecto de terceros, sino que es su validez y efectos se encuentran particular y especialmente regulados y previstos por el derecho societario, y es así como produce efectos jurídicos. Lo mismo ocurre con las declaraciones que se adoptan en todas las formas corporativas que la ley peruana cobija.⁶⁴

La junta general actúa efectivamente como un órgano colegiado, y cuando de aquella emana una manifestación de voluntad, la misma se le imputa a la propia sociedad como acto jurídico unilateral. Puesto que como se explica, se trata de un órgano y por tanto, forma parte de la subjetividad jurídica o entidad independiente y diferenciada a la que denominamos sociedad. Es evidente que la junta se encuentra conformada por determinados titulares que finalmente actúan por sí mismos o se ven representados por personas naturales, y que desde un punto de vista volitivo han de decidir "adoptar una decisión", pero cuyo resultado estructurado "sumatoria" en base a un procedimiento que implica la convocatoria, deliberación y votación, constituye jurídicamente un acuerdo societario. Mientras la decisión pertenece al plano psicológico o volitivo de cada uno de los que integran el órgano, y por ende ejercen la opción del sentido del voto, aquello constituye y pertenece a su ámbito interno, y pre jurídico en

⁶¹ M. IRIBARREN (2022) Op. Cit. El acto societario aparece, así, como aquel celebrado por la sociedad con terceros y por la sociedad a través de la actuación de sus órganos propios (asamblea, directorio, sindicatura) desde su nacimiento hasta el momento de su liquidación. Se engloban en el concepto, como podrá observarse, tanto a las relaciones intrasubjetivas como a las relaciones intersubjetivas de la sociedad, lo que da pauta de que el elemento subjetivo determinante el concepto es la actuación, en todos los casos, de la sociedad como sujeto de derecho independiente de sus integrantes (socios). Ello es así tanto en los actos societarios con repercusión externa -v.gr., contrato de mutuo suscrito por el presidente del directorio, ejerciendo la representación de la sociedad- como en aquellos que hacen a la estructura interna del ente -v. gr. Decisión asamblearia que resuelve distribuir utilidades-, en los que se observa una actuación de la sociedad vehiculizada a través de sus órganos. PP. 46-47.

⁶² G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. Derecho Societario. Parte General. Los órganos societarios. 1.^a ed., Buenos Aires, Heliasta. (1996). pp. 102-104. "En los casos en que el órgano societario tiene una pluralidad de integrantes, que actúan conjuntamente, siendo la consecuencia de su conducta conjunta la imputación de determinado acto al órgano en cuanto tal, nos encontramos en el marco de los actos colectivos. Los actos de los órganos societarios colegiados con las limitaciones antes mencionadas respecto de los órganos de representación y de las atribuciones que a título individual pueden ejercer los integrantes de los órganos colegiados, son actos colectivos. ... Así mismo, el acto colectivo no está sujeto al mecanismo de extinción de las obligaciones nacidas de los contratos...". ... el acto colectivo- y en particular los actos de los órganos de las sociedades- no requiere el consentimiento de todas las personas que en él participan. Así mismo, ese acto colectivo está dirigido a imputar determinados efectos a la sociedad, particularmente desde el punto de vista de su estructura interna, incidiendo sólo secundariamente sobre las personas que participan de tal acto." Pp. 102-104.

⁶³ Como se ha dicho en el Quinto pleno Casatorio civil también : "Sobre el particular, cabe precisar que ambos acuerdos, materia del presente proceso, referidos en las actas precisadas, son negocios jurídicos unilaterales, toda vez que los asociados autorregulan sus intereses buscando de conformidad con sus estatutos los efectos previstos en la ley; la doctrina establece que estos acuerdos vinculan incluso a los asociados disidentes, siempre y cuando hubieren sido tomados respetando la ley y el estatuto; en el caso en análisis, los sindicatos fueron inscritos en los registros públicos, por ende existiría presunción legal de la veracidad de su contenido.

Adicionalmente este pleno considera que el régimen de ineficacia negocial es plenamente aplicable a los negocios jurídicos unilaterales emitidos por las asociaciones ...".

⁶⁴ R. PINOCHET (2017). "La errónea comprensión de la noción de voluntad recepticia", El Mercurio Legal. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=905834&Path=/0D/D2/>. Fecha de consulta: [13/07/2025].

términos societarios, mientras que el acuerdo pertenece al plano jurídico corporativo, pues se constituye como el acto jurídico del órgano, y por ende, la voluntad de la sociedad. Lo relevante no es la decisión individual, si no la conjunción que constituye acuerdo de órgano, tal como lo trata propiamente la LGS. Se vislumbra el carácter unitario objetivo institucional de lo que denominamos acuerdo y se rechaza su identificación con un simple agregado de voluntades.

4. EL ACUERDO CORPORATIVO COMO PROCEDIMIENTO ESPECIALMENTE REGULADO

La adopción del acuerdo exige un procedimiento orgánico donde diversos miembros del órgano (socios, directores u otros) se reúnen, deliberan y votan⁶⁵ conforme reglas predispuestas. Este procedimiento es necesario para formar la voluntad de la persona jurídica. Los debates y votos son mecanismos instrumentales para alcanzar una decisión colegiada. Una vez concluido el procedimiento deliberativo y adoptada la declaración, esta última toma la forma objetiva de acuerdo y se convierte en un acto jurídico unilateral no recepticio de la persona jurídica. En esta etapa, la voluntad individual de los miembros que participaron en la votación como parte del órgano, se subsume en la voluntad única de la entidad. El resultado es un acto jurídico unilateral vinculante para la persona jurídica, que se manifiesta en el acuerdo formal.

El acuerdo no fija las posiciones o los roles de los individuos dentro del órgano, es decir, no modifica las situaciones jurídicas personales de los miembros de este último, sino que se limita a determinar la voluntad que compromete a la persona jurídica como tal -conforme al régimen legal aplicable-, y no a quienes ocupan una posición o cargo al interior del órgano. Las personas naturales dentro del órgano participan en la deliberación y votación, pero el acuerdo final es una manifestación de la persona jurídica, no de los individuos que funcionalmente ocupan cargos en la organización. Se debe recordar también que, tal como ocurre con todas las corporaciones, entre ellas la sociedad, estas no tienen la naturaleza de contratos, y, por ende, no responden a la disciplina de los actos de intercambio, sino a los de organización⁶⁶.

Así, el acuerdo no se confunde en cómo o en la forma que se estructura o en quienes participan para su formación. El acuerdo proviene de un órgano de conformación plural, colegiado, pero no es un negocio jurídico colectivo, como ya hemos explicado, sino que trasunta una decisión de un órgano, que hace la voluntad de la organización (que es un sujeto individual), sin importar como se estructura internamente⁶⁷. Se distingue entre, (i) el procedimiento para ello, (ii) cómo se forma la voluntad, y (iii) la declaración resultante de esta: el acuerdo⁶⁸. En

⁶⁵ La referencia a “reunión” ha de estar dispuesta como didáctica, tomando en consideración que en las sociedades de un solo socio ello no ocurre, como tampoco cuando el quórum lo hace uno solo de ellos. De manera más apropiada, la reunión ha de entenderse respecto de los títulos representativos de representación social, como pueden ser las acciones.

⁶⁶ Déjeme nuevamente acudir a un trabajo previo, M. SALAZAR-GALLEGOS. “Anomalías societarias, la nulidad de sociedades (el pacto viciado)”, Derecho corporativo: Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario. Lima, Fondo Editorial PUCP. Pp. 75–138. (2019). Pp. 82-85.

⁶⁷ BETTI, GALGANO, SCOGNAMIGLIO, Y FERRI (2015). Op. cit. p. 45: “Cuando el negocio subjetivamente complejo no se configura bajo la especie de un contrato entre dos partes contrapuestas entre sí, y asume, más bien, como acuerdo en sentido estricto, la forma de un acto “colegial” –el acuerdo de una asamblea, por ejemplo– se tiene un haz de declaraciones concordantes. En este supuesto, las declaraciones no permanecen yuxtapuestas ni independientes, sin fundirse en una síntesis, porque sin una síntesis no se formaría un negocio unitario atribuible a la comunión, sin importar el hecho de que ésta hubiera llegado a erigirse, o no, en un organismo distinto de los miembros. Lo que ocurre es que las declaraciones concordantes se suman y se funden en una síntesis únicamente en relación con la decisión a adoptar para la tutela del interés común, o para el cumplimiento de la función; la estructura de intereses plasmada por la mayoría de los votos es evaluada, a su vez, por el ordenamiento jurídico, pero sólo como un negocio o acto imputable a la comunión y vinculante para ella”

⁶⁸ J. ALFARO. <https://almacenderecho.org/los-acuerdos-sociales-y-el-voto-de-los-socios>. “Desde la perspectiva del resultado, lo que hay es una ‘declaración de voluntad’ del órgano (la junta de accionistas,

tal sentido, al interior del órgano pueden darse declaraciones multilaterales, pero no hacen otra cosa que formar el acuerdo, que es eminentemente unilateral.

De allí que no se puede confundir *voto* con *acuerdo*, y, por tanto, el solo voto o conjunto de ellos no hacen acuerdo, sino hasta su constatación (en validez como respeto al procedimiento legal y en cantidad como mayoría). El primero deviene de la persona natural cuando ocupa un puesto, posición o lugar en el órgano, y responde a un deber de obrar en sentido de satisfacer a su vez la necesidad de pronunciarse (de manera tal, previendo cuidado y lealtad⁶⁹) como parte del órgano, en una relación funcional que con claridad es considerada de agencia⁷⁰. Por ello, y de manera consecuente, quien ocupa el cargo no responde precisamente por el acuerdo, sino por el voto emitido, es decir, por la forma en que lo ha emitido o ha dejado de hacerlo, ya que la declaración institucional no necesariamente será la opción votada.

Parafraseando a la doctrina alemana, en el curso normal de las declaraciones entre partes autónomas diferenciadas, una declaración de voluntad requiere de un receptor, y los intereses son particulares. En el caso del órgano, cada miembro hace una declaración de voluntad -voto- que requiere de un receptor, ante una persona con competencia para recibirla, en este caso, quien preside la reunión. Y el votante efectúa el voto en la forma como se encuentra dispuesta en la ley y el estatuto y según las directrices del que preside la reunión, ya sea a mano alzada, por escrito u otra forma previamente determinada. Es responsabilidad del presidente (el receptor) tomar nota y registrar todos los votos válidamente emitidos⁷¹; de esta forma está obligado a ejecutar de manera activa y cumplir una función al respecto. La comprobación y constatación de los votos y abstenciones constituyen el acuerdo⁷², ya sea a favor (acuerdo positivo) o en contra (acuerdo negativo) o incluso un no acuerdo (no hay votos suficientes para adoptarlo). La emisión del voto individual se debe considerar como “etapa previa” al acuerdo⁷³.

la asamblea de socios, el consejo de administración, el patronato de una fundación...) que resulta de la mayoría.”

⁶⁹ Aquí vamos nuevamente con los deberes fiduciarios ya citados.

⁷⁰ “Agency: is the fiduciary relationship that arises when one person (a 'principal') manifests assent to another person (an 'agent') that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests or otherwise consents so to act”. RESTATEMENT OF THE LAW OF AGENCY (2006), párrafo 1.01.

⁷¹ DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (España). Resolución de 28 de julio de 2025. “Ciertamente, el presidente de la junta tiene atribuidas las facultades necesarias para dirigir y organizar la constitución, el debate y las votaciones de la junta general pero ni puede impedir la adopción del acuerdo ni la eficacia de este queda sujeto a otro requisito que el cumplimiento de las exigencias legales para su válida adopción. La referencia que el artículo 102.1.4.^a del Reglamento del Registro Mercantil hace a la declaración del presidente sobre el resultado de una votación no es sino el reflejo de una práctica consolidada, pero ni constituye un requisito de validez o eficacia del acuerdo adoptado al reunirse la mayoría legalmente exigible, ni puede condicionar en modo alguno la ejecución del acuerdo.”

⁷² A. RECALDE CASTELLS. Comentario al art. 201 LSC. En ROJO, Ángel – BELTRÁN, Emilio (dirs.). Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I, 1.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2011. “No obstante, la afirmación habitual de que un acuerdo social resulta de la mera suma de voluntades de los socios no es correcta, ni tampoco puede identificarse un interés común de los socios, (...) En este sentido, la voluntad social resulta de confrontar intereses diversos y potencialmente contrapuestos de los socios, que se manifiestan a través del voto y que se agrupan en un procedimiento, que conduce a que la voluntad correspondiente a la mayoría de los votos se imponga. La voluntad de la sociedad es el resultado, como decíamos, de un proceso en el que los socios deliberan y votan, para luego procederse al recuento de los votos y determinar, conforme al principio mayoritario, si la propuesta ha obtenido más votos positivos que negativos (art. 201 LSC y v. en el comentario a este artículo y al art. 198 las excepciones al mismo).”

⁷³ ERNST (2012), Op. cit. “A través del voto, el facultado a votar ejerce un derecho que le corresponde a sí mismo; no actúa como representante de la asociación o de la asamblea. El problema de un eventual conflicto entre la generación de una voluntad de la asociación y eventuales intereses propios del facultado a votar se maneja de forma concluyente a través de las reglamentaciones para la exclusión del derecho de voto”. Traducción libre del alemán.

A) Formalidad procedimental para el acuerdo

Antes de que se forme el acuerdo, el procedimiento previo implica y se sujeta a una convocatoria⁷⁴ que ha de ser resuelta por quien se encuentre en posición legítima de hacerla, y cumplir con los requisitos de ley y estatutos corporativos, donde, a más de respetar la forma de notificación particular, se ha de estar al plazo de anticipación designado, señalarse día, lugar y hora de la reunión. Además, aquel contiene uno o más temas propuestos (*motion*), es decir una “agenda”, todo lo que ha sido dispuesto formalmente y que responde a normas de orden imperativo⁷⁵. La reunión del órgano hace sesión o junta de este, cumpliendo con el quórum y mayorías exigidas, que luego de la exposición del tema y una deliberación formal (acto colegiado, colectivo), puede terminar en una declaración (conforme el acuerdo)⁷⁶

⁷⁴ “Por lo tanto, la convocatoria es el acto previo y necesario para la sesión de un órgano colegiado, dependiendo esta última de la validez de aquella, siendo necesario que a efectos de dar una adecuada publicidad.” – Resolución N° 3044-2024-SUNASRP-TR (NSIR-T).

⁷⁵ Sobre la importancia de la convocatoria para sesiones de órganos de personas jurídicas, el Tribunal Registral peruano ha dicho:

“2. La convocatoria es el acto previo y necesario para la sesión de un órgano colegiado y determina la validez de sus acuerdos, siendo necesario que a efectos de dar una adecuada publicidad y llegar a conocimiento de las personas a las cuales está dirigida, reúna los requisitos que establecen las normas pertinentes y el estatuto de la persona jurídica, y sea efectuada por el legitimado para realizarla.

Resulta relevante señalar que la convocatoria constituye un requisito indispensable para la validez de toda junta general, pues tratándose de un órgano colegiado integrado por la totalidad de accionistas, la junta general solo puede celebrarse si previamente se efectúa el llamado (convocatoria) a todas las personas a las cuales está dirigida. Es a través de la convocatoria que dichas personas toman conocimiento del día, hora, lugar, y materia (agenda) a tratar en la junta general a realizarse, y tienen

la posibilidad de asistir y ejercer su derecho a voz y voto.” RESOLUCIÓN N° 2896-2024-SUNARP-TR (NSIR-T); y también: “4. Por lo expresado, resulta relevante señalar que la convocatoria constituye un requisito indispensable para la validez de toda asamblea general, pues tratándose de un órgano colegiado integrado por la totalidad de asociados, la asamblea general sólo puede celebrarse si previamente se efectúa el llamado [convocatoria] a todos los asociados. Es a través de la convocatoria que los asociados toman conocimiento del día, hora, lugar, y materia [agenda] a tratar en la asamblea a realizarse, y tienen en consecuencia la posibilidad de asistir y ejercer el derecho a voz y voto de que gozan.

Así, para realizar la sesión no se requiere de la asistencia de la totalidad de asociados, pero sí se requiere que hayan sido convocados la totalidad de ellos. Solo se omite la convocatoria cuando se encuentran presentes, por derecho propio o representados, la totalidad de asociados hábiles, salvo disposición legal o estatutaria que establezca que la universalidad se computa incluyendo a los miembros inhábiles, y todos los asistentes están de acuerdo con la celebración de la sesión y la agenda a tratar.

La regularidad de la convocatoria es presupuesto de validez de los acuerdos sociales y garantía de los derechos de los socios. En ese sentido, son cuatro los aspectos fundamentales que determinan la validez de la convocatoria: legitimidad, forma, integridad y anticipación. Cabe precisar que la integridad comprende el dónde [lugar], el cuándo [la fecha y la hora] y el qué [temas a tratar]”. RESOLUCIÓN N° 4795-2022-SUNARP-TR.

⁷⁶ J.A. GARCÍA-CRUCES. En ROJO, Ángel – BELTRÁN, Emilio (dirs.). Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 1189-1195. “La junta general es, ante todo, un órgano social y, por tanto, manifiesta la voluntad de la sociedad. Pues bien, esa manifestación de la voluntad social -pues los acuerdos de la junta general no son otra cosa- requiere el desarrollo de una doble actuación por parte de los integrantes del órgano -esto es, de los socios- ya que es precisa tanto la previa deliberación como la subsecuente decisión.” P. 1189.

“Pero, la junta general No sólo delibera, sino que, igualmente y como consecuencia de la previa deliberación, decide sobre los asuntos sociales. Pues bien, la decisión de la junta general se logra mediante la fusión de las comunidades individuales que son expresadas mediante el voto por parte de los socios asistentes a tal reunión (...). La expresión de esas voluntades individuales da lugar a una voluntad unitaria en forma de acuerdo y constituye la decisión de la sociedad adoptada a través de este órgano social que es la junta general.” P. 1190.

“(…) La junta general es un órgano social sujeto a las exigencias del método colegial. ... a fin de que la asamblea pueda adoptar sus decisiones y manifestar la voluntad social, los socios deben ser convocados a junta general, esta quedar constituida, procederse a las oportunas deliberaciones y, por último, manifestar

adoptada por unanimidad o mayoría simple o calificada (según el tipo de asunto a tratar), aunque excepcionalmente ello no ocurra, como veremos líneas adelante (abstenciones o falta de mayorías necesarias para lograr un acuerdo). Así, el acuerdo se produce a través de mecanismos que le otorgan seguridad y validez, como las ya citadas y exigibles en relación con la convocatoria -el lugar, hora, agenda-, quórum, mayorías⁷⁷, y su formalismo o materialización -acta, soporte, contenido, aprobación, suscripciones y legalizaciones- que permiten verificar su validez y eficacia. Sobre esto último volveremos más adelante.

B) El principio de convocatoria y los acuerdos

La convocatoria para la reunión del órgano donde se discuta para adoptar una declaración se sustenta en el *principio de convocatoria*, que reúne cuatro aspectos fundamentales para su validez según el Tribunal Registral peruano: (i) legitimidad; (ii) forma; (iii) integridad; y (iv) anticipación^{78, 79}.

De ordinario la convocatoria se remite a instancia de ley o estatuto, pero responde a varios supuestos, que pueden ser: (i) un mandato legal; (ii) un mandato estatutario; (iii) el acuerdo de un órgano habilitado para efectuarla; (iv) la solicitud de un órgano o miembro de un órgano social; (v) la solicitud de un grupo de socios; y (vi) un mandato judicial. Cada caso dependerá de las circunstancias que rodeen la situación precisa y la posibilidad real de que la ley lo franquee⁸⁰.

C) Principio de agenda para la adopción del acuerdo

El «principio de agenda» se refiere a la obligación y la forma en que los temas a tratar en una reunión de un órgano social (una junta general de accionistas o directorio) son preestablecidos y comunicados a los participantes. Este principio establece que solo los asuntos incluidos en la agenda previamente anunciada pueden ser discutidos y decididos durante la reunión, además de los derivados directamente de aquellos⁸¹. Responde al respeto a los derechos mínimos de los miembros del órgano, que a su vez salvaguardan los de la corporación misma⁸².

las distintas voluntades individuales que, como votos, darán lugar a una voluntad unitaria en forma de acuerdo”. Pp. 1194 -1195.

⁷⁷ Conforme a lo desarrollado en el Quinto Pleno Casatorio Civil: “En efecto, la adopción del acuerdo por la mayoría expresa finalmente la voluntad de la asociación, pero ésta tiene que ser regularmente decidida a través de los quórums y mayorías establecidas en la normativa vigente, así como con el total respeto a las posiciones de las minorías contrarias al acuerdo. Sin embargo, una vez que se ha tomado el acuerdo que regula el desenvolvimiento de la asociación civil, este somete a la minoría quedando a salvo el derecho de esta para impugnarlo dentro de los plazos preestablecidos en la norma sustancial, si es que vulnera la ley o el estatuto, en el ejercicio diligente de su derecho conforme lo veremos más adelante.” –.

⁷⁸ Idem. RESOLUCIÓN N° 4795-2022-SUNARP-TR.

⁷⁹ Idem. RESOLUCIÓN N.° 4795-2022-SUNARP-TR.

⁸⁰ La LGS peruana prevé para el caso de juntas de accionistas en sociedades anónimas que estas puedan ser convocadas a instancia del directorio o la administración social (art. 113); de un grupo de accionistas (art. 117); y de titular de una sola acción ante un juez o notario (art. 119), sin perjuicio a la obligatoriedad legal instituida por la propia ley (art. 114), o del estatuto (art. 113).

⁸¹ Si bien es cierto el art. 116, LGS establece que no se han de tratar asuntos distritos a los señalados en la convocatoria, el art. 44 del Reglamento de Registro de Sociedades amplía aquello a los asuntos directamente derivados de aquellos -a mi juicio indebidamente-, imprimiendo subjetividad a las reuniones y su posterior calificación.

⁸² La LGS señala que: “El aviso de convocatoria especifica el lugar, día y hora de celebración de la junta general, así como los asuntos a tratar. (...)” (art. 116). Pero igual sentido el artículo 44 del reglamento de registro de sociedades peruano señala: “Artículo 44. Asuntos no incluidos en el aviso de convocatoria.

El registrador no debe inscribir acuerdos sobre asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria o que no se deriven directamente de estos, salvo en los casos expresamente previstos en la ley.” En consonancia, y tratándose de acuerdos sobre modificaciones estatutarias, el Tribunal registral peruano ha señalado al respecto: “Así, señala que la convocatoria debe expresar con “claridad” y “precisión” los asuntos a modificar. Al respecto, el término: “claridad” importa nitidez, evidencia, manifiesto; mientras

Este principio de agenda goza de ciertas características: (i) **Transparencia y Previsibilidad:** asegura que todos los participantes conozcan o puedan conocer potencialmente de antemano los temas que se van a tratar, permitiéndoles prepararse adecuadamente para la discusión y toma de decisiones, o decidir si concurrirán en su caso; (ii) **Limitación de Temas:** evita que se tomen decisiones sobre asuntos no anunciados previamente, lo que protege los derechos de los participantes como miembros y la actuación funcional del órgano mismo, y asegura que no se aborden temas no previstos, que podrían afectar la marcha de la organización; (iii) **Protección de Derechos:** Protege los derechos de los miembros del órgano y por lo tanto de la organización, al garantizar que no se les sorprenda con reuniones y decisiones sobre las que no han tenido tiempo de reflexionar o votar; (iv) **Legalidad y Formalidad:** Contribuye al cumplimiento de las formalidades legales y estatutarias en la convocatoria y celebración de reuniones, reduciendo el riesgo de impugnación de las decisiones adoptadas.

D) El principio de seguridad para la adopción de un acuerdo

Este principio ha de aplicar a determinadas decisiones con exigencia de quórums y mayorías calificadas, y no a todos los contextos. Su importancia radica en hacer visible la preocupación del sistema corporativo, y por tanto, de la legislación, para que los acuerdos se adopten bajo determinadas normas que lo rodeen de certeza y transparencia que permitan legitimarlo⁸³, como lo son los antes expuestos. Funciona como mecanismo de cierre de las anteriores prescripciones.

5. MATERIALIZACIÓN DEL ACTA QUE CONTIENE UN ACUERDO

Los acuerdos suelen ser materializados en un documento *ad hoc*, en el caso peruano, un acta que va unida a un libro espacialmente abierto para tal propósito. Las razones de la materialidad a través de un acta permiten con meridiana claridad, entre otros, (i) exigir su cumplimiento; (ii) informar con meridiana precisión y fiabilidad⁸⁴ a los vinculados por aquel o a la autoridad fiscalizadora de su adopción; (iii) observarlo; (iv) oponerse al mismo; (v) impugnarlo; (vi) dar por cumplidas las reglas que lo rodean, las responsabilidades de la administración de la sociedad -la fiducia- y de quienes compete su elaboración y suscripción

que: “precisión” es sinónimo de exactitud; de ello se deduce entonces que no basta con señalar de manera genérica los asuntos a tratar en los que podría estar comprendida “una modificación del estatuto” sino que deberá indicarse en la agenda qué aspecto (s) del estatuto se pretende(n) modificar. (...) Por tanto, para que la junta general adopte el acuerdo de modificación estatutaria la agenda de la convocatoria para ese efecto debe expresar con claridad y precisión el asunto o materia a deliberar, siendo la finalidad de la norma que los accionistas acudan informados a tratar y votar los temas propuestos en la agenda. Del mismo modo, debe tenerse presente que la junta general puede adoptar acuerdos que no han sido consignados expresamente en el aviso de convocatoria; sin embargo, estos deben derivarse directamente de algún tema que sí fue objeto de convocatoria: ello se condice con lo establecido por el artículo 44 del Reglamento del Registro de Sociedades (...)” - RESOLUCIÓN No. 0179-2024-SUNARP-TR (NSIR-T).

⁸³ Es cierto que este principio es atribuido al Pleno del Tribunal Constitucional peruano (ver sentencia recaída en el Expediente N° 005-96-I/TC) para una materia de un órgano público, pero creemos que sus fundamentos son plenamente aplicables a los casos de otros entes corporativos dada la naturaleza y razón de las cosas.

⁸⁴ M. J. CASTELLANO. En ROJO, Ángel – BELTRÁN, Emilio (dirs.). Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 1405-1406. RDGRN 5 enero 1993; STS, Sala Primera, 5 enero 2007. “Una de las principales funciones del acta de la junta es la de dejar constancia escrita no sólo del contenido de lo acordado en el acta, sino también de la identidad de los socios asistentes.” ... Esta constancia escrita es fundamental para fomentar la seguridad jurídica y facilitar la prueba de la existencia y del contenido del acuerdo o acuerdos adoptados ...” En cualquier caso, La eficacia y el valor probatorio del acta es relativo, pues no es un medio de prueba ni único ni (salvo que sea notarial) privilegiado ... (sobre la eficacia y el valor probatorio del acta, v. RDGRN 5.1.1993 y STS -Sala 1ª, 5.1.2007-, que no consideran el acta como forma *ad solemnitatem* de los acuerdos y declaraciones de los socios ni le otorga un especial valor probatorio más allá del valor probatorio de cualquier otro documento privado). Pp. 1405-1406.

(los encargados de redactarla y los miembros del órgano que deben suscribirla); y (vii) ejercer el control de legalidad notarial y registral en su caso -cuando requieren post formalización o protocolización y /o inscripción registral u otra administrativa-.

El acta, como constancia documentaria, una vez suscrita, da cuenta del procedimiento formativo que otorga validez y eficacia a la emisión del acuerdo corporativo.⁸⁵

6. FORMALIZACIÓN DOCUMENTAL DEL ACUERDO EN ACTA

La formalización de los acuerdos en actas se rige por el *Principio de Inmediatez*, si bien es cierto no se indica ello expresamente en la LGS, pero se deduce claramente cuando esta predica que: “las actas deben ser firmadas en un plazo máximo de diez días útiles siguientes a la fecha de la sesión o del acuerdo, según corresponda” (art. 170, LGS, del directorio), regla y principio que coinciden con lo estipulado en el art. 135 de la misma norma para acuerdos de junta general de accionistas, y que dicen de la importancia de su instrumentalización.

7. EFICACIA DEL ACUERDO: Oponibilidad INTERNA Y/O EXTERNA

Un acuerdo puede generar efectos inmediatos y mediatos, según la ley o la naturaleza de este, que pueden estar sujetos a otros formalismos adicionales (certificaciones) y/o inscripciones (administrativas) para su materialización u oponibilidad.

En teoría, la formalización del acuerdo en un acta, es decir, su materialidad o instrumentalización, resulta en la validez y eficacia con fuerza vinculante del acto jurídico corporativo, y, por tanto, este gozará de oponibilidad siempre que se cumplan los recaudos de seguridad y validez exigidos por ley; esto es indiscutible. Ahora bien, lo que puede resultar opinable o cuestionable es si el solo acuerdo, exento de la formalidad documental, genera validez y la vez eficacia, o no, y cuando es que efectivamente hay o se constituye dicho acuerdo⁸⁶.

Si adoptamos la tesis del documento como formalidad del acuerdo, el acto jurídico corporativo ha de ser vinculante, por lo menos internamente, y su eficacia dependerá entonces de: (i) Si no es un acto inscribible en el registro público, será plenamente eficaz desde que se encuentre vigente como tal al interior del corporativo, y será oponible a terceros desde su dumentación formal (teoría del testimonio documental fuera de registro); (ii) Si el acto es inscribible en el registro público, pero declarativo de derechos, su eficacia también dependerá sólo de su materialización documental, siguiendo la misma teoría; y (iii) Si es un acto inscribible, pero este último registro es constitutivo de derechos, su eficacia se sujeta a la inscripción registral, aun cuando exista instrumento previo.

Como se deduce de lo anterior, en ninguno de los casos, ya sea que la inscripción registral sea declarativa o constitutiva de derechos⁸⁷, el acto que genera la declaración, ni el propio acuerdo, se sujeta en su existencia al registro. Este último solamente influye en su eficacia cuanto sea de orden constitutivo, y claro, para todos los casos, sí procede en sede registral en cuanto a su oponibilidad *erga omnes*; a lo que también resulta importante precisar que la inscripción registral en ningún caso subsana o convalida actos nulos o anulables⁸⁸, en lo que

⁸⁵ En este sentido, el Tribunal Registral tiene dicho: “*Es decir, la emisión de las decisiones de las juntas generales de accionistas refleja la voluntad de la sociedad anónima, lo cual queda asentado en el acta correspondiente.*” - RESOLUCIÓN No. - 1829 -2020-SUNARP-TR-L.

⁸⁶ Sobre esto último, ya hemos zanjado posiciones líneas atrás.

⁸⁷ En el Perú, ni el código Civil, que origina el registro público como institución y que dibuja sus principios, ni la normativa reglamentaria que emana de este último, hacen referencia alguna ni califican los actos inscribibles como declarativos o constitutivos de derecho, pero sí lo reconoce así la doctrina -aunque escasa- y diversas resoluciones del Tribunal Registral. En este sentido, revisar en sede nacional: E. VIVAR MORALES, (1994): “Naturaleza jurídica de la inscripción en el Sistema registral peruano”, Derecho PUCP, 48: pp. 117-130; y G. GONZALES BARRÓN (2012). Derecho registral y notarial, vol. I (Lima, Jurista Editores).

⁸⁸ Art. 46 del TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.

al *Principio de Eficacia no convalidante de la inscripción* supone y que se deduce con claridad de lo señalado⁸⁹.

8. FORMALIDAD DEL ACTA DE UN ACUERDO CORPORATIVO: ¿AD PROBATIONEM O AD SOLEMNITATEM?

Luego de lo repasado tenemos que resolver la siguiente pregunta: ¿la formalidad que concluye con la suscripción de un documento, y por ende el acta, *es ad solemnitatem*?; es decir que aquí nos vemos con la relevancia de la instrumentalización del acuerdo y su oponibilidad para gatillar las actuaciones de todos los relacionados e interesados en él, ya sea en contra o a favor. Esto indudablemente tiene que ver con la validez y eficacia del acuerdo como acto⁹⁰, que vale la pena recordar, son dos cosas distintas. Aquí una aclaración importante, y es que, alternativamente, (i) el acuerdo puede considerarse válido y vinculante una vez que se ha manifestado la voluntad del órgano competente en la reunión correspondiente; o (ii) en otros casos, puede ser necesario que el acuerdo sea atestiguado en instrumento, esto es, que conste en documento y que deba ser suscrito por algunos o todos los miembros del órgano o sus representantes autorizados para que tenga plena validez y eficacia⁹¹. Hay pues una diferencia entre la instrumentalización y la falta de ella para considerar válida y eficaz la decisión, y por supuesto, la validez no necesariamente implica la eficacia, como sucede con claridad, por ejemplo, con los actos que adicionalmente sujetan aquello a su inscripción. El hecho concreto es que el despliegue de sus efectos y, por ende, de su oponibilidad, debe sustentarse de manera correcta.

Así, en principio no debe confundirse el acto con el acta (o documento) que lo contiene⁹², pero la distinción no determina la solución al problema planteado. Así, el *acta* que contiene el

⁸⁹ Si bien este principio registral no se cita en los textos reglamentarios de los registros públicos en el Perú.

⁹⁰ Esto tiene que ver con el mismo concepto de acto jurídico que administra el CC peruano cuando señala que para su validez se requiere, entre otros, y según el caso: “4. *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad*”.

⁹¹ DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (España). Resolución de 10 de julio de 2023. La controversia aquí planteada ha sido objeto de examen en ocasiones anteriores. Respecto de ella, las Resoluciones de este Centro Directivo de 7 de abril de 2011 y 12 de marzo de 2015 tienen declarado que «el Acta no constituye la forma “ad substantiam” de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales sino que preserva una declaración ya formada, de modo que mediante la constatación de los hechos –consistentes o no en declaraciones– garantice fundamentalmente el interés de todos aquéllos a quienes pueda afectar tales acuerdos y en especial el de los socios disidentes y ausentes», de manera que «si lo que se eleva a público es el acuerdo social y para ello puede tomarse como base la certificación de los mismos, no existe inconveniente para que el título inscribible sea una escritura en la cual quien tenga facultades suficientes para ello certifique sobre tales acuerdos en el cuerpo de la escritura sin que sea necesaria una certificación en documento unido a dicho título público».

En el caso aquí examinado, el silencio de la certificación en cuanto a la mayoría con la que fueron adoptados los correspondientes acuerdos ha sido reparada con la declaración del administrador único compareciente, indicativa de que se tomaron por unanimidad. Con esta finalidad, señala en la escritura que se tomaron «por unanimidad» los acuerdos a que se remite.

⁹² Conforme al art. 225 del CC peruano, “No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto, aunque el documento se declare nulo.” Esta es una regla civil elemental que considera la forma del acto jurídico, ya la diferencia entre su estructura y su funcionalidad. En ello ha de recordarse que el principio general de los actos jurídicos es la libertad de forma. El precepto no puede leerse de manera aislada, sino acompañado de su gen, cual es el artículo 140 de la misma ley, que establece a su vez los requisitos de validez del acto jurídico en general y que prevé: “Art. 140. El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. para su validez se requiere: (...) 4. *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad*.” Entonces, estas reglas se complementan, y se admiten las formas *ab probationem* y las formas *ad solemnitatem*, donde en las primeras el acto no requiere de la formalidad para subsistir, mientras que en las segundas el acto se encuentra sujeto al cumplimiento de los requisitos de forma. Revísese al respecto: V. NÚÑEZ CALDERÓN. (2021): “Comentarios al art. 225 del CC”, Nuevo comentario del Código Civil peruano, t. II (Lima, Instituto Pacífico), pp. 459–470. NÚÑEZ (2021) Pp. 459-470; y E. PALACIOS MARTÍNEZ. (2021):

acuerdo es un instrumento formal (art. 134, LGS), que constituye o comprende un resumen de lo acontecido en la reunión (art. 135, LGS). Esta refleja el “resultado de las votaciones” y posteriores “acuerdos adoptados” (art. 135, LGS). Conforme al art. 135, LGS, para juntas de accionistas, el acta se encuentra sujeta a revisión antes de su firma y observaciones posteriores, acorde también a lo que predica el art. 170, LGS, este último para sesiones de directorio; y se sujeta a su aprobación. Es incuestionable que tal instrumento se constituye en una prueba, constancia de la reunión del órgano y del acuerdo corporativo, pero que su confección no se encuentra exenta de verificación y posibles observaciones, que luego de superadas ha de ser suscrita; entonces, el acta tiene una gran relevancia.

En cuanto a las observaciones en sesiones de directorio, el art. 170, LGS, indica que el acta tendría que suscribirse en máximo 10 días hábiles posteriores a la realización de la sesión, y al mismo tiempo señala que hay 20 días hábiles después de realizada la sesión para que se consigne en la misma cualquier observación u oposición.

La aprobación del acta y su suscripción tienen implicaciones significativas en términos de la validez y la ejecutabilidad de los acuerdos, como también de su impugnación. Conforme al Art. 135, LGS, para reunión de junta de accionistas, la expresión «el acta tiene fuerza legal desde su aprobación»⁹³ implica que el acuerdo, aunque adoptado en la reunión del órgano, adquiere recién eficacia jurídica una vez que el acta ha sido aprobada⁹⁴. Esto asegura que lo documentado -siempre que se haya seguido el procedimiento de ley- refleja fielmente la voluntad del órgano, como hemos señalado antes enumerando las razones para ello.

A su vez, conforme el Art. 170, LGS, para las sesiones de directorio, el acta y los acuerdos que esta contiene se consideran válidos y ejecutables desde el momento en que la misma es firmada⁹⁵. Esto otorga a la suscripción del acta un papel crucial en la implementación de los acuerdos.

Sin duda el acta puede y debe ser entendida como un medio de prueba de los acuerdos adoptados, la que documenta formalmente las decisiones y sirve como evidencia en caso de disputas; sin embargo, dado que la ley establece que el acta tiene validez legal desde su firma y el acuerdo puede llevarse a efecto recién entonces, condiciona su ejecución a la aprobación y suscripción de ésta, y por ende, el acta no solo se constituye en una prueba, sino que se erige como un requisito esencial tanto para la validez como para la eficacia y ejecución del acuerdo. Esto significa que el acuerdo no se considera válido y efectivo, por ende, oponible, hasta que el acta que lo documenta es aprobada y suscrita⁹⁶. Esto sería equivalente para una junta de accionistas, pues lo contrario significaría regular un régimen dual, paralelo y contradictorio en materia de validez y eficacia de acuerdos de órganos societarios, sin razón aparente⁹⁷. Luego, para el ordenamiento jurídico societario peruano, hemos de concluir que el acta es un requisito *ad solemnitatem*.

Conforme lo señalado, para la legislación nacional societaria, el acuerdo implica que se trata de un acto formal, o sujeto a formalidad, *ad solemnitatem*, por lo que se asimila a lo señalado

“Comentarios al art. 225 del CC”, Código Civil Comentado, t. I (Lima, Gaceta Jurídica), pp. 856–857. Pp. 856-857.

⁹³ La técnica legal para la redacción del precepto es, en efecto, precaria.

⁹⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (España). Resolución de 28 de julio de 2025. “Y es que como resulta del artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital son los socios los que deciden, por las mayorías que en cada caso se exija en estatutos o por la ley (artículos 198, 199 y 200 de la propia ley), en los asuntos propios de la competencia de la junta general sin ningún otro condicionante. Alcanzada la mayoría legalmente establecida y aprobada el acta que los recoja, los acuerdos son ejecutables y si, como es el caso, han sido documentados en acta autorizada por notario conforme al artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital, dicha ejecutividad se predica desde el cierre del acta notarial.”

⁹⁵ Habrá de referir a “suscrita”. Nuevamente aquí la técnica legal es muy poco precisa.

⁹⁶ Cfr. Elías, Op. cit. (1998), página. 342.

⁹⁷ Elías, Op. cit. (1998), pág. 342, parece entender distinto, pero con justificaciones que no se basan en el texto legal, y que pasan por alto la deficiente redacción de la LGS, que enfrenta el problema de manera incorrecta, desde la forma documentaria, y no de la validez de los acuerdos.

en el numeral 4 del art. 140 del CC⁹⁸, que en este caso es escrita, y en forma de acta, y suscrita (o firmada) por quienes deben dar conformidad de aquella.

En el mismo sentido, el art. 169, LGS, para sesiones de directorio, asume que las resoluciones de dicho órgano, adoptadas por unanimidad, fuera de sesión, tienen validez siempre que se ‘confirmen por escrito’. Esto último es un error de apreciación o concepción, pues el requisito formal para que el acto conste por escrito no confirma o constituye una “confirmación”, ya que este tipo de actos no lo necesita, sino que funge como requisito formal de validez y luego de eficacia. Una excepción a esta formalidad la encontramos en el artículo 170, LGS, cuando un notario ha certificado “la autenticidad de los acuerdos adoptados”, los cuales “pueden ejecutarse de inmediato por mérito de la certificación”, lo que nos sitúa en un escenario distinto⁹⁹.

Esto último se constituye como un medio excepcional que aporta validez y ejecutabilidad a los acuerdos merced la actuación notarial. En tal caso, dado que un funcionario da fe, el notario público, y se han certificado los acuerdos, estos son válidos y pueden ejecutarse inmediatamente por medio de la certificación, que funciona como instrumento que, si bien no suplanta al acta del acuerdo en su obligatoriedad, si lo hace como prueba documental de que el acto se ha llevado a cabo y las decisiones han sido adoptadas de manera regular. Nótese que, aun aquí, hay concordancia lógica normativa al sujetar el despliegue de los efectos a un documento, ya sea el acta de la sesión, o la certificación notarial de la misma. Sobre las actuaciones notariales y la validez y eficacia del acuerdo no ha confundirse con lo que a su vez se regula en otros lares, como España, donde: «El art. 203.1, LSC, concede al socio el derecho a solicitar al administrador que requiera la presencia de un notario en la junta para que levante acta, y en esos casos «los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial». Esto mismo, a lo que hacíamos referencia con la importancia del acta, se puede deducir de la doctrina registral peruana, cuando indica respecto de los acuerdos adoptados en una junta general de sociedad anónima, que:

(...) debemos tener en cuenta que las actas societarias constituyen un medio obligatorio impuesto por ley, de constancia y prueba de las deliberaciones y acuerdos de los órganos de las sociedades. Su vital importancia reside en que solo mediante la elaboración y formalización se hace posible la ejecución e inscripción de los acuerdos adoptados por los órganos sociales. Por ende, el artículo 134 de la LGS establece que la junta general y los acuerdos adoptados en ella constan en acta, la cual expresa un resumen de lo acontecido en la misma.”¹⁰⁰.

Del mismo modo, y en otra decisión registral, se ha dicho en dicha línea que:

En el artículo 135 de la ley general de sociedades se regulan las formalidades y el contenido del acta. Así, en el acta de cada junta general debe constar el lugar, fecha y hora en que se realizó; la indicación de que si se celebra en primera, segunda tercera convocatoria; el nombre de los accionistas presentes o de quienes los representen; el número y clase de acciones de las que son titulares; el nombre de quienes actuaron como presidente y secretario; la indicación de la fecha si los periódicos en que se publicaron los avisos de la convocatoria; la forma y resultado de las votaciones y los acuerdos adoptados.

Queda Claro entonces que en el acta deben transcribirse los acuerdos que se adopten en la junta general de accionistas, los cuales deben mostrar la voluntad de la sociedad anónima, cuya determinación certera tendrá que defenderse a partir del tenor del acta¹⁰¹.

⁹⁸ CC, Art. 140, noción de acto jurídico. “(...) Para su validez se requiere: (...) 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”. En este caso la forma es escrita, y en un acta.

⁹⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTRO Y DEL NOTARIO (España). Resolución de 13 de noviembre de 1999. “El acta notarial de la junta general de una sociedad mercantil tiene en principio esa misma finalidad probatoria que un acta ordinaria, pero con el añadido de que, al ser un instrumento público quedan bajo la fe el notario los hechos consignados en la misma.”

¹⁰⁰ RESOLUCIÓN N° 1829 -2020-SUNARP-TR-L. En similar sentido, las Resoluciones N° 1766-2011-SUNARP-TR-L, la N° 2088-2011-SUNARP-TR-L, y 2023-2012-SUNARP-TR-L, haciendo hincapié en el hecho de que “las actas son los documentos en los cuales se plasman los acuerdos sin asaltos trascendentes de las sesiones de los órganos colegiados de las personas jurídicas y en general de cualquier ente colegiado.”

¹⁰¹ RESOLUCION N° 603-2020-SUNARP-TR-L.

Y continúa:

(...) las actas societarias constituyen un medio obligatorio impuesto por ley, de constancia y prueba de las deliberaciones y acuerdos de los órganos de las sociedades. Su vital importancia reside en que sólo mediante la elaboración informalización se hace posible la ejecución en suscripción de los acuerdos adoptados por los órganos societarios.

Es meridianamente claro de lo citado que, para el tribunal registral peruano, el acta es un instrumento obligatorio, que hace constar el acuerdo, y donde este queda determinado para su ejecución y oponibilidad, es decir, que su eficacia y validez se sujetan a la confección documental.

La noción estricta del tribunal registral sobre estos aspectos es consecuencia y creemos que hace eco de su regulación procedimental y el efecto garantista de ella sobre los acuerdos, los que considera indispensables, y lo que puede verificarse, por ejemplo, de lo dicho en otra resolución:

Los artículos 85 y 87 del mismo código (CC) establecen las reglas aplicables a la convocatoria y al quórum, aspectos que determinan la validez de los acuerdos de las asambleas generales y en general de los órganos colegiados de la persona jurídica. Así, la validez de los acuerdos adoptados estará determinada por la observancia de la convocatoria, quórum y mayorías requeridas para adoptar dicho acuerdo, además de su adopción por el órgano competente¹⁰².

El TR no hace mayor disquisición teórica sobre el particular, lo que impide apreciar la distinción e intensidad que entiende respecto a las instituciones de validez, eficacia y oponibilidad del acto declarativo y el documento que lo atestigua¹⁰³. En tal caso, nos quedamos con las razones aquí expuestas por nosotros como fundamento de su importancia. Un problema o desconexión se produce cuando encontramos que la doctrina nacional de manera escasa ha analizado este supuesto, y ha hecho poco por esclarecer el tema o adoptar una posición, ya sea fundamentada, o ya sea mayoritaria. En este acápite no podemos sino citar una voz única al respecto, cuando indica, sobre los acuerdos de junta general de accionistas¹⁰⁴, que:

El artículo 135 establece los requisitos formales que debe contener el acta. Sin embargo, nótese que la omisión de cualquiera de estos requisitos no está sancionada con nulidad, por lo que debe concluirse que los que disponen el artículo bajo comentario y el acta misma no constituyen una formalidad *ad solemnitatem*, para dotar de eficacia jurídica a los acuerdos adoptados por la junta, sino simplemente un medio de prueba de su existencia¹⁰⁵.

Pero no sustenta su posición, y medita sobre ello de manera sumamente escasa y poco convincente; asumimos que esto se debió a la inmensa tarea que le tocó al comentar toda la LGS cuando recién se puso en vigencia, con poca oportunidad posterior para ampliar sus argumentos. Asimismo, la opinión no se condice con el régimen expresamente dispuesto en la LGS, y más bien parece una reflexión de lo que “debería” ser, y no de lo que en efecto se regula.

Hay que recordar que las nulidades de acuerdos societarios se encuentran reguladas de manera especial y particular en el artículo 38 de la LGS, y ciertamente, el hecho de que un acuerdo califique para una acción en tal sentido no determinaría, de manera fatalista en principio, que su formalidad escrita haya sido o no requerida para su validez o eficacia, y justamente nada de ello comenta la doctrina, como tampoco lo hace la LGS; y las resoluciones del TR no efectúan análisis profundo ni diferenciado al respecto.

El acto corporativo, en este caso, el acuerdo, puede ser válido, aun cuando no se haya redactado el documento que obligatoriamente deba contenerlo, tal como lo exige la LGS tanto para declaraciones en junta general de accionistas, como para las de directorio; y en igual

¹⁰² RESOLUCION N° 989-2018-SUNARP-TR-L.

¹⁰³ Lo mismo que lee doctrina chilena entendida en el artículo 72 de la LSA. Véase: PUGA (2013) Pp. 678-679.

¹⁰⁴ Otra curiosidad es que el Tribunal registral peruano insiste en citar al autor aludido de manera intensa en sus diversas resoluciones, con ocasión de sustentarlas, y en lo que corresponde a este tema no lo aludió, como tampoco lo contradujo directamente.

¹⁰⁵ ELÍAS (1998). Op. cit. p. 288.

sentido, el CC no lo exige para las entidades que regula, salvo para acuerdos de Fundaciones (una gruesa omisión). El hecho de que se exija una formalidad, aún cuando no fuese *ad solemnitatem*, no predica ni concluye con la eficacia del acto. En ello, nos remitimos a los apuntes hechos líneas atrás en lo que no se ha de confundir el acto con el documento que lo reproduce.

Del mismo modo, las nulidades societarias, en la manera que se encuentran reguladas por la propia LGS, atacan acuerdos que “omiten” formalidades de publicidad, o contrarían leyes o estipulaciones privadas, circunstancias que no se condicen con la validez de un acto; cuestión que es distinta a su oponibilidad. Sobre el particular, está demás recordar el régimen caótico establecido por la LGS en torno a impugnación y nulidad de acuerdos, que ha generado múltiples debates que no repetiremos aquí¹⁰⁶. Nótese que refiriéndose a las sesiones de directorio de sociedades, se ha indicado que:

No obstante que el acta constituye únicamente un medio de prueba de los acuerdos, el artículo bajo comentario establece que estos sólo pueden ejecutarse luego que el acta que los contenga haya sido firmada. Como se observa, aun cuando la norma no sanciona con nulidad la omisión de la expedición del acta ni cuestiona la validez del acuerdo en estos casos, este será eficaz sólo desde que se cumpla con el requisito de la firma del acta¹⁰⁷.

Si bien es cierto los gestores, y en particular los directores, tienen responsabilidades funcionales como tales, y que éstas les son exigibles, no veo impedimento alguno para aplicar este mismo concepto a la redacción y suscripción de las actas en sede de juntas generales de accionistas; por el contrario, y máxime cuando quien preside éstas, de acuerdo a la misma LGS, es el propio presidente de directorio, y a su vez, cuando el gerente general funge como secretario de las mismas, en consecuencia, las responsabilidades aludidas se encuentran y deben estar allí presentes de manera idéntica. Y aun cuando la posición de presidente y secretario en estas juntas fueran asumidas por terceras personas, los deberes que se identifican con dichas posiciones funcionales son los correspondientes a la buena fe y a la responsabilidad del encargo. Se trata de una posición jurídica determinada al interior del corporativo, por tanto, las obligaciones son exigibles a cualquier persona en dichas circunstancias.

Asimismo, no debemos olvidar que la LGS determina de manera expresa y especial la impugnabilidad y nulidad de los acuerdos de juntas generales de accionistas en sociedades anónimas, pero omite lo propio para el directorio de estas, y establece una norma no discriminante en su parte general (art. 38), como hemos anotado antes, y que por ende, no sólo resultaría aplicable, a nuestro parecer, a todas las formas típicas que regula, sino también a todos los actos declarativos de voluntad a los que la LGS califica como acuerdos¹⁰⁸. Sobre este espinoso tema, dadas las varias demandas interpuestas en sede jurisdiccional para ambos casos (juntas de accionistas y sesiones de directorio), en septiembre del año 2013, los jueces peruanos que conformaban la corte superior de justicia decidieron reunirse en torno a un pleno jurisdiccional nacional comercial. En dicho pleno se enfrentaron dos posiciones a debate en torno a la nulidad e impugnación de acuerdos de directorio en la LGS, y si es que resultaba procedente la pretensión de impugnación o de nulidad a estos.

La primera ponencia propugnaba que la LGS no regulaba el tema, ni sus plazos, ni causales, por lo que debía admitirse que cualquier decisión adoptada por el directorio era pasible de dejarse sin efecto por la junta general de accionistas o que también esta podría ratificarla. La segunda ponencia estipulaba que la LGS no prohíbe la pretensión de impugnación o nulidad de acuerdos de directorio, por tanto, si la junta general de accionistas no podía pronunciarse al respecto¹⁰⁹, debía ser de aplicación la regla general contenida en los artículos 38 y 49 de la LGS, que permitían la procedencia de las acciones judiciales en contra de los

¹⁰⁶ Por todos, véase: J. CIEZA, Op. cit. (2012).

¹⁰⁷ ELÍAS (1998). Op. Cit. p. 342.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, D. ECHAIZ MORENO, D. (2014): “¿Cabe la impugnación o la nulidad de los acuerdos de directorio?: a propósito del debate en el pleno jurisdiccional nacional comercial 2013”. Revista de Actualidad Mercantil, 3, pp. 34-41.

¹⁰⁹ Una cuestión debatible y difícil de probar.

acuerdos de directorio¹¹⁰. La corte decidió de manera aplastante por la segunda posición, dado lo cual hoy en el Perú es muy probable que la interposición de una acción impugnatoria y de nulidad de acuerdos de directorio sea admitida a nivel judicial, ya que el pleno no es vinculante.

No es menor el hecho de que deba parafrasear aquí a la doctrina alemana, cuando refiriéndose a los acuerdos orgánicos en sociedades y otro tipo de personas jurídicas, señala que los acuerdos, para que se constituyan en una declaración vinculante, deben constatar como tales de manera indispensable, ya que el voto aislado, o la acción de emitir el último de los votos por parte de los miembros individuales que forman parte del órgano corporativo, no forma aún la voluntad social, sino que la formalidad aplica a la constatación de los mismos, y por tanto, el acuerdo sólo es válido con aquella y es a través de la misma que se verifica el resultado de la votación, luego de lo cual adquiere su función de conducción, de carácter determinativo (de la vida societaria), es decir, produce efectos y resulta oponible. Miembros y órganos de la corporación no les es posible determinar *per se* el resultado de la emisión de los votos, por lo que resulta indispensable que esto se haga -de manera formal- para que todos los afectados puedan actuar en consecuencia. Por tanto, la constatación perfecciona el acuerdo¹¹¹.

Lo anterior es necesario para poder hacer andar la maquinaria organizativa internamente, y para que quienes se consideren afectados gravemente por ello se decidan y presenten su caso ante un juez, autoridad esta última a la que habrá que apuntarle las falencias de la declaración adoptada, a lo que también se le deberá probar aquello, nada menos que con la constatación del acuerdo impugnado o sujeto a nulidad, que deberá estar asentado en un acta, máxime, si así lo ha considerado en más de una resolución el propio tribunal registral.

9. ALGUNOS EQUÍVOCOS EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA PARA LA REDACCIÓN DE LOS SUPUESTOS ANOTADOS

Comprobamos entonces los equívocos conceptuales en la redacción de la LGS. En el caso de junta de accionistas, el art.135, donde el título, si bien no forma parte de la regla jurídica, inicia señalando que se trata de: “*contenido, aprobación y validez de las actas*”, cuando lo que debió regular de manera principal es lo concerniente a la validez del acuerdo, y no lo hizo. Todo el texto seguido de dicho artículo hace incidencia sobre el documento y no sobre el acto, lo que constituye un error conceptual.

De otra parte, el artículo 138, LGS, donde respecto a la presencia de notario en junta dice que este, “*certificará la autenticidad de los acuerdos adoptados por la junta*”, y no solicita testimonio de documento suscrito por los socios, implicaría que da razón a que el acuerdo y su autenticidad, en lo que dice sobre su validez, no requeriría en esa instancia de un acta suscrita por los socios.

Otra cuestión parecida compete en el caso de las sesiones de directorio cuando el artículo 170 señala con título lacónico “*Actas*”, nuevamente dando preponderancia al documento sobre el acto, lo que constituye nuevo error. La referida norma parece intentar modificar aquello y apartarse de lo señalado en el caso de juntas generales de accionistas, al indicar que “*las deliberaciones y acuerdos del directorio deben ser consignados por cualquier medio en actas que se recogerán en un libro (...)*” donde al fin se pone de manifiesto que el acta es el soporte de la manifestación de voluntad societaria que se traduce en los acuerdos.

La regla de derecho bajo comentario tropieza, al igual que la anterior, con el problema de la “firma” en lugar de la “suscripción”. En este caso el artículo consigna que para efecto de las sesiones de directorio “*puede estar presente un notario público designado por los solicitantes para certificar la autenticidad de los acuerdos adoptados, los cuales pueden ejecutarse inmediatamente por mérito de la certificación*”, otorgándole nuevamente validez al acuerdo sin necesidad de un acta propiamente procesada y emanada de la voluntad de la persona jurídica. Se entiende que allí el artículo peca también de omisivo y que no puede dársele una interpretación literal.

¹¹⁰ En realidad, solo para nulidades de acuerdos según el art. 38, y el art. 49 se refiere sólo a la caducidad de la pretensión.

¹¹¹ ERNST (2012), Op. cit.

La cualidad de acuerdo y su determinación afecta no solo a su observancia, sino a las acciones dirigidas a su cuestionamiento, ya sean las de impugnación (art. 139, LGS) o de nulidad (art. 150, LGS), y, por ende, su entendimiento como tal tiene enorme trascendencia sobre los interesados, fijando sus posiciones y comportamientos estratégicos alrededor del mismo, como no, de la propia judicatura, con el correspondiente impacto de costos transaccionales a su alrededor. La claridad sobre aquello ha de ser manifiesta, y asimismo, supone su traslado a otros escenarios normativos similares donde no se ha hecho ninguna precisión al respecto, como es el caso del CC. Esta labor, de *lege ferenda*, tendrá que apuntarla mientras tanto la doctrina pretoriana.

10. CONCLUSIONES

El análisis efectuado permite sostener que las declaraciones de la Junta General de Accionistas y el Directorio de una Sociedad constituyen actos jurídicos unilaterales de carácter no recepticio cuya validez y eficacia está supeditada a que se cumplan las formalidades establecidas en los estatutos y la Ley General de Sociedades.

En tal sentido, además de ser un medio para verificar documentos, el acta puede ser un requisito fundamental para la existencia del acuerdo. Este permite su inscripción registral en muchos casos, asegurando su autenticidad e integridad y posibilitando su oponibilidad.

No es suficiente con cumplir formalmente con la ley y los estatutos; es necesario que la formalización se comprenda como una protección de la transparencia, de la seguridad jurídica y de la expresión legítima de lo que quiere la sociedad. De este modo, el acta es un componente fundamental de la estructura societaria, asegurando que se tomen decisiones válidas y efectivas en el tráfico jurídico.

11. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMERICAN LAW INSTITUTE (2006): *Restatement of the Law of Agency* (3rd ed.) (Philadelphia, American Law Institute)
- ARMOUR, John; HANSMANN, Henry, & KRAAKMAN, Reinier (2017): *The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach* (Oxford, Oxford University Press). Pp. 1-34.
- ALFARO, Jesús. La junta general de las sociedades de capital. 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2022.
- ALFARO, Jesús. “Los acuerdos sociales y el voto de los socios”. En Almacén de Derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/los-acuerdos-sociales-y-el-voto-de-los-socios>
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2007): *Comentarios a la Ley General de Sociedades: Análisis artículo por artículo*. (Lima, Gaceta Jurídica).
- BERLE, Adolf A., & MEANS, G. C. ([1932]1991): *The modern corporation and private property*. (New Brunswick, Transaction Publishers).
- BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; BATTISTA FERRI, Giovanni. (2015). *Teoría General del Negocio Jurídico: 4 Estudios Fundamentales* (trad. Leysser León Hilario, Lima, Ara Editores).
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Societario. Parte General. Los órganos societarios. 1.ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 1996, pp. 102-104.
- CAMPINS VARGAS, Aurora. En ROJO, Ángel – BELTRÁN, Emilio (dirs.). Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011. RDGRN 20 noviembre 1995.
- CASTELLANO, María José. En ROJO, Ángel – BELTRÁN, Emilio (dirs.). Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 1405-1406. RDGRN 5 enero 1993; STS, Sala Primera, 5 enero 2007.
- CIEZA MORA, Jairo (2014): “La impugnación judicial de acuerdos en la persona jurídica no lucrativa y la invalidez del negocio jurídico”. *Actualidad Civil*, 2: pp. 36-67.
- CIEZA MORA, Jairo (2012): *Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones*. (Lima, Gaceta Jurídica).
- DE BELAÚNDE, Javier (2021). *Código Civil Comentado*, Tomo I (Lima, Editora Gaceta Jurídica). pp. 355-356.

- EASTERBROOK, Frank H.; & FISCHER, Daniel R. (1991): *The economic structure of corporate law*. (Cambridge, Harvard University Press).
- ECHAIZ MORENO, D. (2014): “¿Cabe la impugnación o la nulidad de los acuerdos de directorio?: a propósito del debate en el pleno jurisdiccional nacional comercial 2013”. *Revista de Actualidad Mercantil*, 3, pp. 34-41.
- EISENBERG, Melvin A. ([1976]1997): *The structure of the corporation: A legal analysis* (Washington, Beard Books).
- ELÍAS LAROZA, Enrique (1998): *Ley general de sociedades comentada*. (Lima, Gaceta Jurídica).
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; & WOLFF, Martin (1974): *Tratado de derecho civil (Primera Parte General D)*. (Barcelona, Bosch).
- ERNST, Wolfgang (2012): “Der Beschluss als Organakt”, en HÄUBLEIN, Michael (Ed.), *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus: Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70*. (Berlin-Boston, de Gruyter) pp. 1-42.
- ESPIÑOZA ESPINOZA, Juan (2020): *Derecho de las Personas*, 8ª ed. (Lima, Instituto Pacífico).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1990a). *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del código civil peruano*. (Lima, Ed. Cuzco).
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1990b): *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas* (Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima).
- FERRARA, Francesco (1929): *Teoría de las personas jurídicas* (Madrid, Editorial Reus).
- FERRARINI, Guido; HOPT, Klaus J.; WINTER, Jaap; WYMEERSCH, Eddy (2009): *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (Oxford, Oxford University Press).
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gatón (2023): *Una relectura de la responsabilidad vicaria, entre la responsabilidad por hecho propio y la responsabilidad por hecho ajeno*. (Lima, Ara Editores).
- FERNÁNDEZ VILLAMAYOR, Ángel (1977): *La sociedad anónima* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio. En ROJO, Ángel – BELTRÁN, Emilio (dirs.). *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tomo I, 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 1189-1195.
- GIERKE, Otto von (1887): *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (Leipzig, Weidmann).
- GONZALES BARRÓN, Gunther (2012): *Derecho registral y notarial*, vol. I (Lima, Jurista Editores).
- GOWER, Laurence C. B.; DAVIES, Paul L. (2012): *Principles of Modern Company Law* (London, Sweet & Maxwell).
- HALPERÍN, Isaac; BUTTY, Enrique M. (2000): *Curso de Derecho Comercial*, vol. 1 (Buenos Aires, Depalma).
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier (2004): “The End of History for Corporate Law”, *Georgetown Law Journal*, 89: pp. 439–468.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel. *La responsabilidad de los socios por los acuerdos de la junta general*. 1.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2022, pp. 46-47 y 98-99.
- LARENZ, Karl (1991): *Derecho de obligaciones* (Barcelona, Ariel).
- LYON PUELMA, Alfredo (2006): *Personas jurídicas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- MESSINEO, Francesco ([1952] 1979): *Manual de derecho civil y comercial. Doctrinas generales*, trad. Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa – America)
- NAVARRETE, Joe (2008): “Invalidez de acuerdos societarios”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 122.
- NÚÑEZ CALDERÓN, Víctor E. (2021): “Comentarios al art. 225 del CC”, *Nuevo comentario del Código Civil peruano*, t. II (Lima, Instituto Pacífico), pp. 459–470.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Enrique (2021): “Comentarios al art. 225 del CC”, *Código Civil Comentado*, t. I (Lima, Gaceta Jurídica), pp. 856–857.
- PAZOS HAYASHIDA, Javier (2022): *La persona jurídica de derecho privado* (Lima, Gaceta Notarial).
- PINOCHET, Ruperto (2017): “La errónea comprensión de la noción de voluntad recepticia”, *El Mercurio Legal*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=905834&Path=/0D/D2/> . Fecha de consulta: [13/07/2025].

- PISTOR, Katharina; KEINAN, Yoram; KLEINHEISTERKAMP, Jan; WEST, Mark D. (2002): “The Evolution of Corporate Law: A Cross-Country Comparison”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 23(4): pp. 791–871.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2013): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, t. II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RECALDE CASTELLS, Andrés. Comentario al art. 201 LSC. En ROJO, Ángel – BELTRÁN, Emilio (dirs.). Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I, 1.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2011.
- ROSS, Stephen A. (1973): “The Economic Theory of Agency: The Principal’s Problem”, *American Economic Review*, 63(2): pp. 134–139.
- SALAZAR GALLEGOS, Max (2006): “Los sistemas de constitución...”, *Actualidad Jurídica*, 148: pp. 49–55.
- SALAZAR GALLEGOS, Max (2010): “El Tribunal Constitucional, libertad de asociación y derechos fundamentales”, *Gaceta Constitucional*, 26: pp. 267–279.
- SALAZAR GALLEGOS, Max (2019): “Anomalías societarias, la nulidad de sociedades (el pacto viciado)”, *Derecho corporativo: Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (Lima, Fondo Editorial PUCP), pp. 75–138.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von (1879): *Sistema de Derecho romano actual* (Madrid, F. Góngora).
- SEOANE, Mario (2005): *Personas jurídicas* (Lima, Grijley).
- SPOTA, Alberto G. (1968): *Tratado de derecho civil. Parte general, t. I, vol. 3: El sujeto de derecho* (Buenos Aires, Depalma).
- VEGA VELASCO, José (2001): “Impugnación y nulidad de acuerdos de las juntas generales de accionistas en las sociedades anónimas”, *Ius et Praxis*, 032: pp. 78-86
- VIVAR MORALES, Eduardo M. (1994): “Naturaleza jurídica de la inscripción en el Sistema registral peruano”, *Derecho PUCP*, 48: pp. 117-130.
- VON TUHR, Andreas (2006): *Parte general del Derecho civil* (Granada, Comares).

Normas e instrumentos citados.

- PERÚ, *Ley N° 26887, Ley General de Sociedades* (9/12/1997).
- PERÚ, *Código Civil* (s.d.)
- PERÚ, *Decreto Ley N° 21621. Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* (s.d.).
- PERÚ, *Decreto Supremo N° 074-90-TR. Ley General de Cooperativas* (07/01/1991).
- PERÚ, *Texto único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos* (19/05/2012).
- PERÚ, *Reglamento del Registro de Sociedades* (s.d.).
- ESPAÑA, *Ley de Sociedades de Capital* (s.d.)

Resoluciones administrativas citadas

Tribunal Registral peruano

- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 1766-2011-SUNARP-TR-L, 16/09/2011.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 2088-2011-SUNARP-TR-L, 18/11. 2011
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 2023-2012-SUNARP-TR-L, 10/02/2012.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 1438 – 2016- SUNARP-TR-L, 15/07/2016.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 989-2018-SUNARP-TR-L, 30/04/2018.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 603-2020-SUNARP-TR-L, 20/02/2020.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 1829-2020-SUNARP-TR, 16/10/2020.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución 2482-2021-SUNARP-TR, 12/11/2021.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 3873-2022-SUNARP-TR, del 29 de setiembre de 2022.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 4795-2022-SUNARP-TR, 30/11/2022.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 4382 – 2023- SUNARP- TR, 13/10/2023.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 0179-2024-SUNARP-TR (NSIR-T), 17/01/2024.
- PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 2896-2024-SUNARP-TR (NSIR-T), 11/07/2024.

PERÚ, Tribunal Registral (SUNARP): Resolución N° 3044-2024-SUNARP-TR (NSIR-T), 19/07/2024.

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (España)

ESPAÑA, DGSJFP del 28 de julio de 2025

ESPAÑA, DGSJFP del 10 de julio de 2023

ESPAÑA, DGSJFP del 1 de marzo de 2023

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTRO Y DEL NOTARIO (España).

España, RDGRN del 13 de noviembre de 1999.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de justicia del Perú

PERÚ, Corte Suprema: Quinto Pleno Casatorio Civil, Casación de la Corte Suprema N° 3189 – 2012 – Lima, 03/01/2013.

PERÚ, Corte Suprema: Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial, septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional peruano

PERÚ, Tribunal Constitucional: Expediente N° 005-96-I/TC, 19/11/1996

PERÚ, Tribunal Constitucional: Sentencia 03312-2004-AA/TC.

PERÚ, Tribunal Constitucional: Sentencia del EXP. N.° 4972-2006-PA/TC.

PERÚ, Tribunal Constitucional: Exp. 03071-2009-PA/TC, 18/08/2010.

PERÚ, Tribunal Constitucional: Sentencia 348/2023, 25/07/2023.

Tribunal Supremo Español

ESPAÑA, Tribunal Supremo: Sentencia número 561/2022, 12/07/2022, (Sala de lo Civil).

ESPAÑA, Tribunal Supremo: Sentencia número 1229/2007, 29/11/2007, (Sala Primera)

ANÁLISIS TEÓRICO DOCTRINAL DE LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJO. SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN CUBANA

MSc. Ileana A. Díaz Kessell
Profesora adjunta
Facultad Derecho Universidad de La Habana

<https://doi.org/10.14679/4868>

Fecha de recepción: 9 de enero de 2026
Fecha de aceptación: 31 de enero de 2026

RESUMEN: Con una base teórico-doctrinal pretendemos en este trabajo examinar desde diferentes aristas la incidencia de la violencia en el ámbito del trabajo.

ABSTRACT: With a theoretical- doctrinal basis, in this work we intend to examine from different angles the incidence of violence in the workplace.

PALABRAS CLAVE: seguridad y salud, violencia, acoso, mobbing.

KEYWORDS: health and safety, violence, harassment, mobbing.

SUMARIO: 1. Algunos antecedentes sobre la seguridad y salud en el trabajo; 2 Conceptos y modalidades de la violencia en el ámbito del trabajo; 3. Una mirada al contexto legislativo cubano

1. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

En la Constitución de la OIT aprobada en 1919 se incluye como competencia de esta organización internacional, el deseo manifiesto de mejorar las condiciones de trabajo, tales como: la reglamentación de las horas de trabajo, la duración máxima de la jornada, el salario, la libertad sindical, la protección de los trabajadores contra las enfermedades sean o no profesionales y contra los accidentes del trabajo, la situación de los emigrantes y la formación profesional.

La Organización Internacional del Trabajo adoptó a finales de la década de los 70 un Programa internacional para el mejoramiento del ambiente y las condiciones de trabajo cuyos objetivos son:

- a) Protección contra los efectos desfavorables de factores físicos, químicos y biológicos en el local de trabajo y en el medio ambiente inmediato.
- b) Prevención de la tensión mental resultante de la duración excesiva, del ritmo, del contenido y de la monotonía del trabajo.
- c) Promoción de mejores condiciones de trabajo, dirigida a la distribución adecuada del tiempo y del bienestar de los trabajadores.
- d) Adaptación de las instalaciones y locales de trabajo a la capacidad mental y física de los trabajadores mediante la aplicación de la ergonomía.

Existen un conjunto de Convenios de la Organización Internacional del Trabajo para los temas de accidente del trabajo: Convenio 19, Igualdad de Trato, (accidente del trabajo)1925, Convenio 121 Prestaciones en caso de accidente del trabajo y enfermedad profesional, 1964; Convenio 155, seguridad y salud de los trabajadores, 1981; Convenio 161, sobre seguridad.

La OIT desde hace años ha estado estudiando el problema del acoso en el entorno laboral. Ha establecido que países como Estados Unidos, Finlandia, Alemania, Reino Unido y Polonia, con alto porcentaje de estrés tiene pérdidas de más de 200 millones de días de trabajo anuales, por estrés, y que los finlandeses han sufrido de síntomas de esta enfermedad en más del 50% de sus trabajadores.^[1]

Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, se pronuncia en cuanto al derecho que tiene toda persona al trabajo, a la libre elección de su labor, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, y a la protección contra el desempleo.

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966 dispone que "debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres".

En la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR, adoptada en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998, se expresa en su Preámbulo el deber de los Estados Partes de adoptar las recomendaciones de la OIT y sus convenios para la promoción del empleo de calidad, de condiciones saludables de trabajo y el bienestar de los trabajadores.

Su artículo 17 dedicado a la salud y seguridad en el trabajo, plantea el derecho de los trabajadores a que se preserve su salud física y mental, así como que los Estados se comprometen a formular, aplicar y actualizar políticas y programas en materia de salud, seguridad y medio ambiente, para prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, promoviendo condiciones ambientales propicias para el desarrollo de la actividad de los trabajadores.

En otro orden de cosas se ha expresado, y comparto con ello, que la definición del término "salud", con relación al trabajo, abarca no solamente la ausencia de enfermedades o afecciones, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene del trabajo.

En tal sentido la Organización Mundial de la Salud (OMS) también define el concepto de Salud en su Constitución de 1946 como "estado de completo bienestar físico, mental y social" y no la ausencia de enfermedad.

[1] (www.ilo.org)

La enfermedad profesional o enfermedad del trabajo se diferencia del accidente en cuanto este es un suceso imprevisto y repentino a diferencia de la enfermedad profesional que la ven como un padecimiento que se contrae y desarrolla durante el ejercicio habitual del trabajo.

Reconozco que el “Estrés” es también consecuencia de condiciones ambientales adversas que lindan directa o indirectamente con la violencia psicológica ejercida en el ámbito laboral, siendo el caso de un lugar de trabajo muy poco amigable; de una afectación al trabajador con la estridencia de sus ruidos; molestias causadas por lugares de trabajo poco amplios para el número de trabajadores y usuarios, exigencias de adaptación a medios provocativos y angustiantes, etc.

Desde el punto de vista psicológico el cometer actos lesivos a la personalidad del trabajador y a su inteligencia emocional es fuente también del estrés y constituye una estrategia de presión psicológica contra éste. “También con la forma de enfrentar los retos laborales y responder a los estímulos que se dirigen contra el individuo obligándolo a tomar una decisión sea de respuesta o de negación”.

“El exceso de trabajo, la no limitación de lo que las personas pueden lograr en número y calidad, permite que los trabajadores tiendan a llegar a niveles estresantes producto de exigencias exageradas”.

EL MOBBING es una forma sistemática de acoso prolongado en el tiempo con el fin de perseguir el aislamiento de una persona respecto del grupo laboral, a raíz de lo cual la víctima pierde su autoestima y su capacidad de trabajo con el propósito de manifestar una superioridad o la destrucción laboral del ofendido, llevándolo al autoexilio o expulsión indirecta, ataca de manera directa la dignidad personal e integridad física y moral del trabajador.

Como bien se ha dicho, se trata de una técnica de intimidación propia de empresas u organizaciones institucionales que no quieren o no pueden proceder al despido, por la cual el hostigador utiliza su cargo superior para ir arrinconando y aislando al trabajador elegido hasta acabar por inutilizarlo, después de un lento proceso de desgaste del que, a diferencia del acoso sexual o la violencia física, no quedan huellas aparentes y resulta difícil de demostrar por las escasas pruebas físicas que puedan existir.

Es innegable que cuando el empleo del poderío y la voluntad de someter al otro, es cometido, inexcusablemente, "por quienes tienen la responsabilidad social y legal de cuidar a los ciudadanos, de mantener el orden en su mundo, de preservar la estabilidad y predictibilidad de sus vidas (el Estado a través de sus agentes), la violencia tiene un efecto (doblemente) devastador y de largo alcance. Ello en virtud de que "la transformación del carácter protector en carácter violento ocurre en un contexto y en un discurso que destruye o falsea los significados y deniega esta transformación." (Sluzky, 1994)^[2]

2. CONCEPTOS Y MODALIDADES DE LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO.

El concepto de violencia según las definiciones emitidas por organismos internacionales y otros actores de la arena internacional es estimado como “un fenómeno de carácter transdisciplinario porque se estudia por diferentes ciencias como la psicología, la sociología, la psiquiatría, el derecho, la antropología, la economía y la medicina; asimismo es multidisciplinario dentro de las ciencias jurídicas, pues sus manifestaciones se tratan por

^[2] Citado por Diana Scialpi en su trabajo titulado “La violencia en la gestión de personal de la Administración Pública como condición necesaria para la corrupción”.

diferentes ramas del derecho , a saber, el derecho constitucional, internacional, penal, civil, administrativo, de familia y laboral.

La OMS^[3] define a la violencia como “cualquier tipo de comportamiento agresivo o insultante, susceptible de causar un daño o molestias físicas o psicológicas a sus víctimas, ya sean estos objetivos intencionados o testigos inocentes, involucrados de forma no personal o accidental en los incidentes. Si bien los lugares de trabajo pueden ser objeto de atentados terroristas, o pueden verse envueltos en revueltas y tumultos, dichos hechos no tendrán la consideración como tales^[4].

La Comunidad europea lo especificó como “Incidentes en los que el personal es objeto de malos tratos, amenazas o ataques en circunstancias relacionadas con su trabajo, incluido el trayecto entre la casa y el trabajo, con la implicación de que se amenace explícita o implícitamente su seguridad, bienestar o salud”^[5]

Se comprende como “el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.”

Otra definición, más concreta sobre la violencia laboral, es la que nos ofrece la Organización Internacional del Trabajo según la cual, por “violencia en el lugar de trabajo debe entenderse “toda acción, incidente o comportamiento que se aparte de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma”

Nettel, Ana Laura. La violencia según Hannah Arendt. Revista Alegatos No. 53, enero-abril 2003. Revista de la Universidad Nacional Autónoma Metropolitana. México. Plantea que hay escalada de violencia de los poderosos, pero también de los marginados del poder como si fuera el único lenguaje posible. Hay insuficientes herramientas conceptuales para comprender lo que sucede.

Marx, uno de nuestros, se oponía al uso de la violencia. Consideraba que “la violencia puede preceder al surgimiento de una nueva sociedad, pero no es su causa. Las causas del advenimiento de la nueva sociedad son las contradicciones sociales que siempre recomendó agudizar. Marx reconocía el papel jugado por la violencia en las revoluciones, sin hacer de ésta el motor de las revoluciones”.

Hay autores que se debaten en la necesidad de distinguir la violencia del poder, de la fuerza y de la autoridad. Para muchos la idea de poder implica de manera muy estrecha la de violencia.

Coincido con lo argüido respecto de que el poder se distingue porque no es dominación sino elemento indispensable que le da existencia y lo constituye, es el conjunto de las opiniones del grupo que lo apoyan, la capacidad de actuar de un grupo de iguales, que se refiere a la adhesión a las reglas o normas comunes.

Otra cosa implica la violencia como medio y como fin, aceptada para los movimientos revolucionarios de respuesta a la violencia institucional como medio de implantar y mantener la discriminación y el poder y que no es objeto de este trabajo. Limitar el concepto de violencia

^[3] La OMS en su 49ª. asamblea general reconoció que la violencia es un importante problema de salud pública. Informe mundial sobre la violencia y la salud. OMS, 2002.

^[4] OIT, Citada por los autores Eloisa Gallardo y Miguel Ángel Gómez en su obra “La prevención y pronóstico de las situaciones de violencia en las empresas: reducción y eliminación de la violencia psíquica en los centros de trabajo. Impre-Expertos en Prevención. S.L.

^[5] Comunidad Europea, reunida en Dublín en 1995. Citado por los mismos autores anteriores.

a la fuerza bruta es una definición que “considera que la amenaza ejercida por las grandes potencias durante la guerra fría no es violencia, sostiene que la huelga general no es una forma de violencia, esto es respetando ese criterio “querer tapar el sol con un dedo”, solo hay que mirar las consecuencias que para Cuba han tenido estas prácticas.

Es irrefutable que “la discriminación laboral es causa y consecuencia de violencia en el trabajo. La xenofobia, racismo, desigualdad por sexo, edad, procedencia social, credo, situación económica, diversidad, salud, son elementos que provocan discriminación, por convertirse en estigmas para el que lo padece”. Tan es así que engendra “exclusión social, desigualdad de oportunidades, no se cubren las necesidades ni se satisfacen las expectativas familiares y personales”.

La violencia psicológica que puede presentarse en forma de:

- acoso moral
- acoso sexual (variante de acoso laboral pero utiliza el sexo como motivo y en ello radica la diferencia.
- discriminación en el empleo
- intimidaciones y amedrentamiento
- amenazas
- ofensas verbales y gestuales
- inequidad laboral y salarial
- silencio deliberado basado también en el aislamiento e incomunicación.

Heinz Leymann, psicólogo alemán enunció en 1990 que el acoso laboral es “la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento y activamente mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente y durante largo tiempo (una vez a la semana por lo menos en 6 meses). A causa de la elevada frecuencia y duración de la conducta hostil, este maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental, psicosomática y social”.^[6]

Leyman, consideró la violencia laboral como un hostigamiento hacia los trabajadores. Dejó al margen del mobbing, toda forma de quiebre en las relaciones laborales, provenientes de las conductas, ideas, pensamientos antagónicos propios del trabajo en equipo o en el que hay varias personas en interacción.

Asimismo, recomienda para salir del trance: buena forma física y mental; confianza en uno mismo con recuperación de la autoestima; reclamar la consideración del entorno; no caer en provocaciones; buscar apoyo en la familia y los amigos; procurarse una estabilidad económica; buscar un margen de maniobra para no sentirse bloqueado y sin salida, y recurrir al apoyo psicológico.”^[7]

El acoso en el trabajo, no solo tiene que ver e que ver con la actuación abusiva del empresario, el sujeto activo puede ser un compañero de trabajo, porque en una estructura jerarquizada el acoso se puede dar precisamente en trabajadores de igual o superior categoría que el acosado que verá en éste un posible rival competidor que debe eliminar. De ahí que tal riesgo debe ser objeto de vigilancia y control periódicos preventivos, es decir, antes de que ocurra el daño, por lo que el empresario debe adoptar las medidas oportunas, más tratándose generalmente de actuaciones sutiles y negadas por el agresor aludiendo a “fantasías de la víctima”.

^[6] Heinz Leymann, psicólogo alemán, profesor de la Universidad de Estocolmo, que en 1990 aplicó el término de “mobbing” o acoso al campo de la psicología laboral en el marco del Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo de Hamburgo. Su obra puede ser consultada en el sitio www.leymann.se , otros sitios de Internet como www.mobbing.nu .

^[7] El acoso moral en el lugar de trabajo: www.prevention-world.com).

Es importante advertir que el acoso psicológico se encamina a inducir sentimientos negativos como miedo, desánimo, preocupación, criticar, amenazar, ridiculizar, perseguir a una persona, crear inseguridad, acechar, aislar del grupo, sobrecargar con exigencias y expectativas incumplibles, dificultar la realización de sus tareas, e inclusive dejar sin trabajo, entre otras manifestaciones.

Si bien resultará difícil achacar la responsabilidad al provocador, toda vez que se trata de un tipo de Violencia invisible, concerniente a los llamados “actos de soledad” en que fundamentalmente el acosador se vale de la vergüenza, la intimidad y la insolidaridad de los testigos que no oyen, ven ni hablan, y es derivada de las relaciones humanas, es menester adoptar medidas jurídicas para evitar o reprimir, en caso de ser imposible lo primero, estos ataques.

Es responsabilidad del empresario actuar para recuperar el sano ambiente de trabajo, si por el contrario sigue en su actitud pasiva, es decir, de impedir la reproducción de estos episodios en su condición de garante del deber de seguridad, de la integridad física y de la dignidad del trabajador en el trabajo, responderá entonces aún cuando él no sea el agresor de los daños causados (culpa in vigilando); siempre y cuando ello pueda demostrarse.

Según Jorge Corsi “La violencia implica una búsqueda de eliminar los obstáculos (las normativas) que se oponen al propio ejercicio del poder, mediante el control de la relación obtenido a través del uso de la fuerza (abuso de poder)” (Corsi, 1995)^[8]

Coincido con el criterio de que el acoso laboral “es producto de una persona o un grupo de personas que actúan veladamente, clandestinamente, en la oscuridad. En la vida diaria hay una variedad inmensa de hechos que pueden causar molestias a un trabajador, sea por otros trabajadores o por sus superiores. Las más comunes: ocultar materiales de trabajo; pérdida de informes y documentos; derrames de líquidos obstaculizantes; llamadas telefónicas inoportunas, etc. La actitud reservada de los autores, además de proveerlos de información directa, a veces de la propia víctima, los deja en situación de medir los efectos de sus ataques”.

En definitiva lo que se pretende es que el trabajador renuncie, abandone el trabajo, se retire voluntariamente, por lo que la situación de violencia moral puede llegar a lo insostenible. El mobbing se mantiene en el tiempo hasta que realmente se logra el propósito.

El daño psicológico causado por esta mala práctica resulta muy elevado para las víctimas; su autoestima se resiente extraordinariamente, y por si fuera poco, la depresión y la ansiedad le pueden acarrear otras enfermedades, especialmente cardiovasculares.

La Organización Mundial de la Salud^[9] que “comprende tanto la violencia interpersonal como el comportamiento suicida y los conflictos armados. Cubre también una amplia gama de actos que van más allá del acto físico para incluir las amenazas e intimidaciones. Además de la muerte y las lesiones, la definición abarca igualmente innumerables consecuencias del comportamiento violento, a menudo menos notorias, como los daños psíquicos, privaciones y deficiencias del desarrollo que comprometen el bienestar de los individuos, las familias y las comunidades^[10]; agregando que “dentro de la definición pudiera tomarse en cuenta la discriminación como elemento conducente a la violencia o que la violencia provoca discriminación”, y que “ésta puede ser por posición económica, nivel y posibilidades de acceso

^[8] Jorge Corsi, citado por Diana Scialpi en su obra “La violencia en la gestión de personal de la Administración Pública como condición necesaria para la corrupción”

^[9] “El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.”

^[10] Del Informe mundial sobre la violencia y la salud de la OMS. Citado por María J. Blanco Barea en la CVV-PSI, Internet.

al trabajo y otras acciones que conducen a los llamados estigmas y prejuicios sobre determinadas personas”, con lo cual concuerdo plenamente.

Esta definición incluye todas las manifestaciones posibles de la violencia, desde la colectiva, hasta la individual, desde la global institucional, hasta la internacional, derivada de las acciones humanas.

El fenómeno de la agresión laboral ha estado y está presente en la mayoría de los países, y me atrevo a aseverar que en todas las naciones del orbe.

Ciertamente siempre han existido manifestaciones y hechos de violencia psicológica, desde que el hombre es hombre y desde que se desarrollaron las relaciones grupales, pero hay una connotación nueva en el hecho de que estas manifestaciones han pasado a ser parte de la vida cotidiana y en algunos momentos aceptadas y consentidas sin que por ello se consideren ilícitos.

El acoso moral en el trabajo, como una de las manifestaciones de la violencia psicológica, no se presenta con conductas homogéneas sino con comportamientos heterogéneos difíciles de reconducir a un único tipo. La jurisprudencia está jugando un importante papel a la hora de delimitar este fenómeno.

3. UNA MIRADA AL CONTEXTO LEGISLATIVO CUBANO

La legislación cubana consultada en los temas de seguridad y salud no registra, expresa ni tácitamente, el término violencia ni acoso psicológico en el ámbito laboral. El Decreto 96 de 2023 “Protocolo de actuación ante situaciones de discriminación, violencia y acoso en el ámbito laboral” introduce la posibilidad de la identificación, prevención y control de este fenómeno, previendo además la capacitación de las y los trabajadores, así como la asistencia a los afectados con el objetivo de garantizar el disfrute de sus derechos en el trabajo.

Cuestión adicional establece la Ley 151 de 2022 “Código Penal” en el acápite referido a los delitos contra los derechos del trabajo y la seguridad social, especialmente en su sección tercera estipula la punición en los supuestos de acoso laboral.

Nuestra Ley Suprema prevé el derecho que tienen todas las personas a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, la educación, la cultura, la recreación, el deporte y a su desarrollo integral (artículo 46), igualmente, al libre desarrollo de su personalidad a que se les respete su intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, su honor e identidad personal, a obtener un empleo digno, en correspondencia con su elección, calificación, aptitud y exigencias de la economía y la sociedad y deben guardar entre sí una conducta de respeto, fraternidad y solidaridad (artículos 47, 48 y 64).

Asimismo, estipula como garantía de los derechos y a su seguridad jurídica la posibilidad de que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos (artículo 92 y 94); a disfrutar de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes:

- a) disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte;
- b) recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene;
- c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido;
- d) acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda;
- e) no ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal;
- f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan;
- g) tener un proceso sin dilaciones indebidas,

Y h) obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba

La Ley 116 “Código de Trabajo”, de 20 de diciembre de 2013, establece entre los principios fundamentales, el trabajo, como un derecho y un deber social del ciudadano; la igualdad en el trabajo y en el salario sin discriminación de ningún tipo y dispone en el Artículo 146 que el empleador es responsable de la dirección, organización y control del proceso de trabajo; así como de desarrollar adecuadas relaciones con los trabajadores, basadas en la atención a sus opiniones y quejas, la protección de la integridad física, psicológica y el debido respeto a su dignidad, pero se omiten los conceptos de discriminación, violencia y acoso en el ámbito laboral, así como el procedimiento de actuación ante estas manifestaciones.

El Decreto 96 de 2023 es un instrumento de prevención, protección y acción destinado a regular el tratamiento de situaciones de discriminación, violencia y acoso en el ámbito laboral que involucren a las personas que buscan empleo y los que desempeñan sus funciones en cualquier espacio laboral, con independencia del sector donde laboran, del tipo de relación laboral que suscriben o la forma de organización del trabajo, incluyendo el trabajo a distancia y el teletrabajo. Se aplica también a las personas de nuevo ingreso en cursos de capacitación, incluidos los estudiantes que se encuentran en prácticas pre profesionales, los trabajadores que aspiran a un cargo y los que ocupan cargos de dirección y ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador, por tanto se aplica a la discriminación, la violencia y el acoso que se manifiestan durante el trabajo.

Enfatiza en su articulado que:

- La discriminación, la violencia y el acoso en el ámbito laboral constituyen una forma de violación de los derechos humanos, del principio de igualdad en el trabajo y una amenaza para la igualdad de oportunidades en el empleo; afecta la salud psicológica, física y sexual de las personas, su dignidad, su entorno familiar y social; son incompatibles con la promoción de empresas sostenibles, y el trabajo digno; incide negativamente en la organización del trabajo, las relaciones en el lugar de trabajo, el compromiso de los trabajadores y la productividad. Artículo 9.
- Se prohíbe en el ámbito del trabajo, la discriminación, la violencia y el acoso, por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, situación de discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana. Artículo 10.1.
- Es nula cualquier cláusula, disposición normativa o práctica administrativa que sea incompatible con los principios de no discriminación en el empleo; así como la que propicie manifestaciones de violencia y acoso en el ámbito laboral (apartado 2).

De igual modo, contiene como principios la no re-victimización; la discreción y confidencialidad en el tratamiento de la información; la imparcialidad; la transversalidad y la participación del trabajador afectado entre otros particulares que le impregnan de novedad a esta temática en el ámbito del trabajo.

La Ley 151 “Código Penal”, de 15 de mayo de 2022, en los artículos 327 y 328 se reconoce como delito, el acoso laboral y la lesión maliciosa de los derechos del trabajo y la seguridad social, incluidos los que se producen por motivos discriminatorios.

El artículo 327.1 se expresa que quien afecte los derechos laborales de una persona con la que mantiene una relación de trabajo o empleo, mediante su acoso directo o indirecto a través acciones de aislamiento, amenazas, exigencias o con cualquier otro acto o medio potencialmente capaz de producir dicho fin, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas, o ambas; agravando dicha sanción a privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas, o ambas, si en el hecho previsto en el apartado anterior:

- a) Se provocan en la víctima efectos nocivos sobre su bienestar e integridad física o mental;
- b) la víctima es una persona menor de dieciocho años de edad, o en estado de discapacidad mental o de otro tipo;

- c) la víctima es subordinada del responsable del delito;
- d) el delito se comete como consecuencia de la violencia de género, o por motivos discriminatorios de cualquier tipo; y
- e) se alcanza el propósito perseguido.

3. Las sanciones previstas en los apartados anteriores se imponen, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor gravedad.

Del mismo modo, la lesión maliciosa de los derechos del trabajo y la seguridad social está establecida en el artículo 328.1. con una sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas, o ambas, para quien, como empleador de una entidad o su representante, por sí mismo o mediante otro, realice acciones o adopte decisiones con el propósito de perjudicar, suprimir o restringir los derechos del trabajo y la seguridad social que uno o varios de los empleados de esta tengan reconocidos por las relaciones laborales, convenios colectivos y disposiciones emitidas por el Estado, o para impedir que los ejerciten en todo o en parte, también a quien, como empleador de una entidad o su representante, por sí mismo o mediante otro, adopte decisiones o medidas de represalias de cualquier naturaleza contra uno o varios empleados de la misma, como consecuencia de que estos hayan reclamado los derechos del trabajo y la seguridad social que tengan reconocidos por las relaciones laborales, convenios colectivos y disposiciones emitidas por el Estado.

En la misma sanción incurre quien cometa los hechos que describen, por motivos discriminatorios de cualquier tipo, agravándose la sanción, de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas, o ambas, si los hechos descritos en los apartados anteriores son ejecutados con violencia o intimidación, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o de discapacidad mental o de otro tipo del empleado; ó. si los hechos se cometen por un funcionario público en este último caso la sanción a imponer es la de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas, o ambas.

Sin embargo, si bien la legislación cubana cuenta con normas específicas para estos temas, además de que, afortunadamente, este flagelo es una problemática inusual en nuestra sociedad, aunque no ausente, la inexistencia de una cultura generalizada en estos temas condiciona su ocurrencia de una manera invisibilizada.

La mejor medicina es la que es capaz de evitar la enfermedad, por ello no tenemos que esperar a que afloren estas prácticas para prevenirlas o reprimirlas, en tanto la experiencia internacional indica que generan el llamado estrés laboral, causante de muy variadas patologías psicológicas, las cuales frecuentemente conllevan afectaciones económicas, fisiológicas y hasta la muerte por colapso o auto provocadas mediante el suicidio.

Se precisa estudiar y divulgar las diferentes modalidades de este actuar conocidas universalmente para que nuestro pueblo trabajador las concientice, prevenga y, de emerger, las combata, máxime por existir un respaldo jurídico concreto.

En esa línea de pensamiento debe ir nuestro derecho, en el sentido de cualificar con los términos adecuados conductas de esta naturaleza que puedan lacerar el espíritu de nuestro proceso revolucionario y de nuestros trabajadores.

Finalmente concluimos que:

1. Contamos con una legislación que precisa la problemática de la violencia y el acoso psicológico en el ámbito laboral. Sin embargo ello no significa que estemos libres de este maléfico engendro. Sucede también que no existe una cultura generalizada en estos temas por no ser un fenómeno frecuente en nuestra sociedad, lo que condiciona su impune ocurrencia y resulta muy peligroso.
2. En una sociedad como la que construimos, la violencia laboral está asociada a la pérdida de valores morales y espirituales cardinales, al desapego de nuestros principios y al abrazo a pasiones negativas como el egoísmo, el individualismo, la doble moral, la codicia, copiados de sociedades consumistas capitalistas.

3. La violencia psicológica está directamente vinculada a la corrupción ideológica.
4. La labor preventiva es posible y necesaria, la organización del trabajo y el medio ambiente laboral pueden aportar importantes elementos para encontrar las raíces y las soluciones.
5. La violencia psicológica en el trabajo, tiene alcance universal, está presente en todos los continentes, en todos los países, lo que sucede es que en algunos hay estudios e investigaciones y en otros ni siquiera se incluyen dentro de las estadísticas.
6. Cuba es ejemplo, faro y guía para América Latina y el mundo, por ello no podemos estar a la zaga del mundo, sino como siempre en la avanzada. Entonces nos urge prevenir y en última instancia reprimir estas conductas.
7. La violencia psicológica es intangible, por ello la posibilidad de que proliferen estas conductas en el ámbito laboral serán mayores en tanto no exista una capacitación intencionada que permita identificarla, evitarlas o controlarlas.

En vista de ello sería loable establecer un programa de capacitación y divulgación institucionalmente sobre las diversas manifestaciones de la violencia psicológica en el trabajo conocidas internacionalmente, así como de nuestras regulaciones especializadas en la materia.

4. BIBLIOGRAFÍA

1. Diana Scialpi, “La violencia en la gestión de personal de la Administración Pública como condición necesaria para la corrupción”.
2. Jorge Corsi, citado por Diana Scialpi en su obra “La violencia en la gestión de personal de la Administración Pública como condición necesaria para la corrupción”.
3. Guevara Ramírez, Lydia, Secretaria de la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Unión Nacional de Juristas de Cuba; Profesora titular adjunta de la Universidad de la Habana, Vicepresidenta General de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas.
4. Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la OMS. Citado por María J. Blanco Barea en la CVV-PSI, Internet.
5. me de OIT a la 281ª. Reunión del Consejo de Administración de 2001.

SITIOS DE LA INTERNET:

1. El acoso moral en el lugar de trabajo". www.prevention-world.com).
2. (www.ilo.org)

LEGISLACIÓN

1. Código sobre Seguridad e Higiene del Trabajo, Madrid: Colex, 1995.
2. Legislación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, Madrid: Tecnos. 1990.
3. Legislación Española consultada: sobre Seguridad e Higiene del Trabajo, Estatuto de los Trabajadores, Ley de Protección de Riesgos Laborales.
4. Constitución de la República de Cuba de 2019
5. Ley No. 116 de 2013, “Código del Trabajo de la República de Cuba.
6. Ley 151 de 2022, Código Penal.
7. Decreto 96 de 2023, “Protocolo de actuación ante situaciones de discriminación, violencia y acoso en el ámbito laboral”.

EL GESTOR CULTURAL EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO COMO HERRAMIENTA INNOVADORA

Manuel Recuero Astray¹
Catedrático jubilado de Historia Medieval

Borja del Campo Álvarez²
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo
ORCID: 0000-0002-8703-7329

<https://doi.org/10.14679/4869>

Fecha de recepción: 3/11/2025
Fecha de aceptación: 22/11/2025

RESUMEN: La innovación docente en el ámbito universitario se centra, sobre todo, en la búsqueda de nuevos sistemas metodológicos, que mejoren la calidad docente y la formación integral de los alumnos. La mayoría de las investigaciones al respecto giran en torno a la necesidad de innovar en el aula y cambiar la hasta hace no mucho preponderante clase magistral, por diferentes y nuevas formas de enseñar. Sin embargo, la innovación en la Universidad no se agota en este punto, sino que encuentra en otras herramientas como la gestión cultural, analizada en este trabajo, como un elemento trascendental y revitalizador en el desarrollo de los campus universitarios.

ABSTRACT: Teaching innovation in the university field focuses, above all, on the search for new methodological systems that improve teaching quality and the comprehensive training of students. Most of the research in this regard revolves around the need to innovate in the classroom and change the preponderant master class until not long ago, for different and new ways of teaching. However, innovation in the University does not end at this point, but rather finds in other tools such as cultural management, analyzed in this work, as a transcendental and revitalizing element in the development of university campuses.

PALABRAS CLAVE: universidad, campus universitario, gestor cultural, innovación

KEYWORDS: university, university campus, cultural manager, innovation

¹Manuel Recuero Astray ha desarrollado su carrera universitaria en las Universidades de Valladolid, Autónoma de Madrid y de La Coruña, hasta su jubilación en el año 2020. Durante varios períodos, compatibilizó su actividad académica e investigadora con responsabilidades de gestión, como las de Director de Departamento, Decano y Vicerrector, en este último caso del Campus de Ferrol; además de Director de Actividades Culturales y de Medios Audiovisuales.

²Borja del Campo Álvarez es graduado en Derecho, con Premio Especial Miguel Traviesas de su promoción, y doctor en Derecho Civil por la Universidad de Oviedo y por la Universidad de Bolonia. Entre 2019 y 2021 realizó respectivas estancias de investigación en la Universidad de Bolonia y en la Universidad de Navarra. Desde 2021 es Profesor Sustituto de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo. Ha participado en varios proyectos de innovación docente vinculados a universidades de diferentes puntos de España, como Sevilla, Valencia, Valladolid, Almería o Navarra, entre otras.

SUMARIO: I. Reflexiones acerca de cultura, gestión y Universidad; II. La importancia de la gestión cultural en la Universidad; 1. El cumplimiento de sus finalidades; 2. Problemas en torno a la gestión cultural. La formación de sus responsables; 3. El impacto del factor humano. Algunas ideas finales; III. Bibliografía

I. REFLEXIONES ACERCA DE CULTURA, GESTIÓN Y UNIVERSIDAD.

Sin duda, en pleno siglo XXI y después de más de ocho siglos de existencia, la Universidad es una de nuestras instituciones que, con mayor vigor, mantiene su vigencia. Aunque resulte paradójico, a la vista precisamente de su validez y permanencia, se trata de un sistema educativo, el universitario, cuyos orígenes hay que buscarlos entre los siglos XII y XIII, durante la llamada Plena Edad Media. Se trata esta última de una época tan injustamente denostada como desconocida; pero crucial para el desarrollo político, social y cultural de Europa.

Es verdad que la grave atonía, por no hablar de clara decadencia, que está sufriendo entre nosotros la enseñanza, especialmente la de las humanidades, alcanza también a las Universidades. Sin embargo, a nuestro modo de ver, sigue existiendo una auténtica vocación a la vida universitaria; incluso podríamos hablar de ideales universitarios. Se puede afirmar, sin ánimo de exagerar, que la dedicación a la Universidad es, hoy más que nunca, un reto que va más allá de lo meramente profesional.

En este sentido, podemos afirmar que la enseñanza universitaria es una verdadera vocación, un compromiso vital, dirigido a la transmisión de los saberes, pero también a la formación integral de los alumnos³. En toda carrera universitaria, desarrollada con verdadera abnegación, acaban por descubrirse tres grandes vertientes de naturaleza complementaria: la docencia, la investigación y la gestión. En este último caso, es necesario incluir lo que llamamos extensión universitaria; es decir, actividades que contribuyan a esa formación integral de los miembros de la comunidad universitaria a que acabamos de referirnos.

No resulta excesivo afirmar que hay pocas tareas tan gratas como la de servir a una sociedad mediante la transmisión de conocimientos y el libre intercambio de ideas⁴. La formación, del tipo que sea, hace a los ciudadanos más libres e iguales⁵. La vida universitaria es uno de los ámbitos donde se puede experimentar con mayor fuerza y profundidad ese progreso a nivel individual y colectivo.

El sistema universitario, tal y como está actualmente organizado, tiene sus vicios, pero también sus virtudes, que no resultan para nada desdeñables. Hay peligros evidentes como los que señala GUTIÉRREZ ALONSO en lo que él llama “la educación en un mundo líquido”, la

³Antes que una misión, incluso antes que una vocación, la enseñanza en general, y la dedicación universitaria en particular, son un ideal que no se pueden reducir a términos “oficiales”, sin desnaturalizar su esencia. Cfr. RECUERO ASTRAY, M. De la A a la Z. Reflexiones de un profesor universitario (2011-2019), Editorial Y, Madrid, 2020, p. 159

⁴“Todo profesor universitario contrae la obligación moral de continuar la tradición de la Cátedra. Entendiendo por tradición la continuidad. Dejar continuadores: que no se rompa la línea, porque solo así se alcanza la eficacia en el trabajo y se gana prestigio para la propia Universidad. Porque la estela que puede dejar un hombre por excelso que sea se acaba con él. Pero la escuela, la tradición que está ligada a la universidad y a la ciudad no mueren nunca, porque siempre hay hombres que la perpetúan, con el estilo y el carácter que entre todos configuraron”. Cfr. PUENTE DOMÍNGUEZ, J.L. Discurso de conmemoración de los 25 años del Departamento de Cirugía de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

⁵Cfr. GUTIÉRREZ ALONSO, J.J. “La educación en un mundo líquido”, Vozpópuli, Mi pequeño salottino, 17/07/13.

superficialidad y mera utilidad práctica de nuestros conocimientos; lo que el autor citado describe como “el arte de navegar sobre las olas” que ha sustituido al de “sondear las profundidades”⁶. Pensamos que una de las misiones de la gestión universitaria y de la innovación docente, ha de ser salir al paso de este tipo de problemas. Por eso mismo resulta imprescindible hacer un análisis sobre la gestión cultural en el ámbito universitario, como elemento innovador y no meramente complementario.

Lo primero que hay que plantearse es cuál es el papel de las actividades culturales en la formación integral del alumno universitario. Y si esas actividades, que han de surgir de forma más o menos espontánea y vigorosa, han de formar parte importante dentro la gestión universitaria. No es una cuestión menor, que afecte más a unas Universidades que a otras, sea cual sea su antigüedad. Así lo podemos comprobar desde la perspectiva de una Universidad de la tradición y solera de la de Oviedo; como de otra mucho más reciente, fundada a finales del siglo XX, con apenas unas décadas de existencia, como es el caso de la Universidad de A Coruña.

Lo que sí resulta en todo caso indudable es que, en cualquier ámbito en que nos situemos, tanto en los de nueva implantación como en los más antiguos, hay una clara relación entre la actividad cultural universitaria y el asentamiento de un conjunto armónico de escuelas o facultades.

La razón última de esta relación hay que buscarla en la necesidad de crear un espíritu universitario, allí donde antes no existía, o mantenerlo donde ya esté implantado. Es, en este sentido, donde cobra una especial relevancia, siempre dentro de las limitaciones que todo promotor pueda tener, la labor del gestor cultural como coordinador de un aspecto importante de la vida universitaria. Y por eso mismo, además de lo que supone la gestión en sí, resultará necesario plantearse, cuál ha de ser el perfil adecuado de los gestores culturales que, en último término, hagan posible la continuidad y el desarrollo de esas mismas actividades culturales⁷.

A pesar de la crisis permanente en la que parece vivir, y al margen de la falta de adecuación de las leyes que pretenden regularla, la Universidad sigue distinguiéndose por la capacidad de desarrollo de unas determinadas formas culturales, dentro y fuera de los estrictos programas docentes que en ella se imparten. Y al margen, por supuesto, de que tales programas tengan un carácter preferentemente técnico o no.

Este último extremo es importante, tanto a la hora de hacer un planteamiento general de la gestión cultural universitaria como a la de seleccionar, por ejemplo, a un determinado tipo de colaborador o becario en esa misma gestión cultural.

Por encima de su estructura académica, lo que la Universidad ofrece a su entorno es un bienestar del que antes carecía. Ese estar bien, según Ortega y Gasset, es el principal empeño del hombre: “el bienestar y no el estar es la necesidad fundamental para el hombre, la necesidad de las necesidades afirmaba el autor citado en el primer curso de verano celebrado en Santander el año 1933”⁸.

⁶La experiencia nos demuestra, que la vida, también la profesional se construye a partir de unos fundamentos sobre los que trabajar y luchar, las posibilidades de éxito y las oportunidades, aunque no dependen por entero de nuestro esfuerzo sí que están muchas veces relacionadas con aspectos formativos más profundos que los puramente prácticos o técnicos. A pesar de que nadie nos garantice nuestro porvenir ni siquiera la plena satisfacción, la formación universitaria (...) siempre será[n] una opción positiva”. Cfr. RECUERO ASTRAY, M. De la A a la Z. op. cit., p. 10.

⁷Cfr. ARIÑO VILLAROYA, A. La misión cultural de la Universidad, Debats: revista de cultura, poder i societat, núm. 2, 2017, pp. 81-102; MARTINELL SAMPERE, A. La gestión cultural en la Universidad, Práctica artística y políticas culturales (coord. José Antonio Gómez Hernández y José Antonio Sánchez Martínez), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2003, pp. 103-112.

⁸Cfr. ORTEGA Y GASSET, J. Meditación de la técnica, Austral, Madrid, 1977, p. 38.

Así las cosas, no es de extrañar que a la hora de un desarrollo universitario concreto, y particularmente allí donde la tradición universitaria sea menos cercana, la labor de un determinado tipo de gestor cultural resulte decisiva, aunque su tarea profesional -o no- pueda parecer encaminada a algo relativamente “superfluo”. De hecho, para el ya citado Ortega, las principales necesidades del hombre incluyen lo aparentemente “superfluo,” hasta el punto de que para él la “técnica es la producción de lo superfluo”⁹.

II. LA IMPORTANCIA DE LA GESTIÓN CULTURAL EN LA UNIVERSIDAD¹⁰

1. EL CUMPLIMIENTO DE SUS FINALIDADES

En nuestra sociedad, y no solo dentro del ámbito universitario, la gestión cultural es uno de los aspectos que se consideran fundamentales, al tiempo que se tratan de definir una serie de perfiles básicos, que abarquen las funciones y cometidos de todos aquellos que la tengan que llevar a cabo: desde un alto directivo hasta lo que para simplificar hoy denominados “animadores culturales”¹¹.

En realidad, dentro del estricto espectro universitario dos son los cometidos fundamentales de la gestión cultural, distintos aunque complementarios: el administrativo y el de coordinación de programas específicos.

La necesidad y amplitud del primero, que incluye el control presupuestario, así como una formación específica -por lo menos en algunos casos- en administración legal o de gestión de recursos humanos, le otorgan desde el primer momento un carácter funcionarial, que no siempre es necesario -en cuanto gestor cultural- en el segundo.

Además, el desarrollo administrativo de un campus universitario en este, como en cualquier otro aspecto que consideremos fundamental, surgirá necesariamente y, desde luego, al margen de la gestión cultural como fórmula de planificación, coordinación o desarrollo inmediato de programas culturales concretos, lo cual, por supuesto, no quiere decir que también en este segundo caso determinadas labores no puedan ser encomendadas a funcionarios de carrera, nombrados *ex professo* para ese cometido.

Lo que sí parece evidente es que un entramado administrativo y puramente funcionarial difícilmente podría llevar a cabo, por sí solo, los cometidos característicos de cualquier política cultural, y mucho menos, si ésta se desarrolla dentro de una institución enormemente burocratizada como es la universitaria.

2. PROBLEMAS EN TORNO A LA GESTIÓN CULTURAL. LA FORMACIÓN DE SUS RESPONSABLES

En este tipo de instituciones, más que en ninguna otra, son los miembros de la propia comunidad en su conjunto los sujetos agentes y pacientes de la gestión cultural. De esa misma comunidad surgen tanto los directivos que han de orientar y canalizar una determinada política cultural en un momento dado, como aquellos que habrán de llevar a cabo la gestión propiamente dicha de esa política en calidad de delegados o colaboradores.

⁹Ibíd., p. 41.

¹⁰Cabe señalar sobre este tema la especial trascendencia que tuvo, por ser uno de los pioneros en el tratamiento académico de la gestión cultural universitario, la celebración de las *II Jornadas Técnicas. La gestión cultural de las universidades*, organizadas por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en 1996.

¹¹En este sentido puede resultar interesante consultar la *Formación de Técnicos y Administradores Culturales en España: perfil profesional de los gestores culturales*, Anexo Mior, Ministerio de Cultura, 1995, pp. 22 y ss.

En cualquier caso, se trataría de llevar a buen término las finalidades que son propias de la mayor parte de los vicerrectorados de Extensión Universitaria¹². Para esto no parece tan necesario una programación más o menos estereotipada, como la capacidad de promover o apoyar aquellas iniciativas que realmente contribuyan a la formación integral de los miembros de la comunidad universitaria.

En este sentido, y posiblemente más que en ningún otro ámbito, en la Universidad el que hace cultura es el que la gestiona, aunque esto pueda plantear problemas importantes desde el punto de vista político, e, incluso, administrativo.

Entre los primeros destacaría el problema de la centralización o descentralización de la política cultural y presupuestaria que, con todas sus habituales limitaciones, le corresponda; entre los segundos la disyuntiva entre el dirigismo administrativo o el respeto a la iniciativa particular.

Desde nuestro punto de vista, y esto resulta esencial también a la hora de pensar en el perfil de un determinado gestor cultural en el ámbito universitario, la imposición de una política cultural positiva desde los órganos rectores de la Universidad no está reñida con el respeto a las distintas iniciativas culturales que surjan en el seno de esa misma comunidad.

Hay que tener en cuenta que el papel de la Universidad y de su vida cultural no se agota en su propia realidad institucional, sino que ha de proyectar sus funciones y servicios a su entorno social, mientras que de ese mismo entorno social también la institución universitaria aprovecha y completa lo que ya existe.

Esto se hace más evidente, y la responsabilidad del gestor cultural se hace más decisiva, allí donde la simbiosis entorno social-universidad es más reciente y, por lo tanto, menos profunda. También es entonces cuando la política cultural ha de ser al mismo tiempo más clara y abierta, más coordinadora, pero menos dirigista, más potenciadora y no por eso menos espontánea.

Al mismo tiempo el gestor cultural debe tener un gran conocimiento de la vida universitaria en su conjunto, y no solo a nivel administrativo, mientras que resulta no menos imprescindible su incardinación en la ciudad o el medio sociocultural en el que la propia Universidad o campus universitario se encuentra inscrito¹³.

Parece, por consiguiente, imprescindible contar para la gestión cultural universitaria con algunos miembros cualificados de entre su personal docente o discente, al margen, por supuesto, de que para determinadas actividades de la Universidad pueda y deba recurrirse a la contratación temporal.

Pero esto último debe referirse a misiones específicas o especializadas, como puedan ser la dirección de un coro o la impartición de un determinado tipo de clases. La labor esencial tiene que corresponder a los propios miembros de la comunidad universitaria. Así, entre otras cosas, se combinarían las capacidades de estos últimos para la aplicación de una política cultural concreta, con la iniciativa generadora de todo el conjunto al que esos gestores nunca dejan de pertenecer.

Si pensásemos, por ejemplo, en el perfil tipo de un profesional de un alto directivo de cualquier política cultural, la primera característica que se le atribuye como necesaria -en este

¹²Cfr. JÉREZ MÉNDEZ, A. La educación permanente y la extensión universitaria, Veinticinco años de la UNED (coord. por Ramón Pérez Juste), Servicio de publicaciones UNED, Madrid, 1999, pp. 389-394; JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, C. Extensión cultural universitaria, La educación personalizada en la universidad (coord. Víctor García Hoz), Rialp, Madrid, 1996, pp. 409-430; MELÓN FERNÁNDEZ, S. La extensión universitaria -antecedentes y características-, Clarín y "La Regenta" en su tiempo: actas del Simposio Internacional, 1987, pp. 93-110.

¹³Cfr. ALCALDE FERNÁNDEZ, A. Los campus universitarios y su futuro, Enciclopedia de Castilla La Mancha (coord. Ramón Tamames y Raúl Heras), vol. 6, Edicsa, Madrid, 1999, pp. 170; JIMÉNEZ RANEDA, I. Sistemas más eficientes de gestión de los campus universitarios, El día después de Bolonia (coord. Francisco F. Milavila Pitarch, María Ripollés Meliá y Francesc Marc Esteve Mon), Tecnos, Madrid, 2011, pp. 125-142.

caso necesidad y conveniencia irían a la par- sería contar con una formación universitaria, lo más cercana posible a las Bellas Artes o a las Humanidades, si bien este último condicionante no parece decisivo.

Sí lo sería, en cambio, como segunda característica, una experiencia profesional que capacitara para la dirección de equipos humanos, la relación en ambientes distintos, el espíritu crítico y, cómo no, el trabajo en equipo. Caracteres que ya de por sí exigimos al profesor universitario.

Un tercer problema bastante distinto, sería el de las aptitudes para cumplir un cometido tan peculiar como el de gestor cultural. No parece difícil que un determinado profesor universitario tenga interés, más o menos permanente, por este tipo de cometidos. Mucho más complicado resulta el inconveniente de la disponibilidad de horarios o, simplemente, de tiempo para un cometido bastante absorbente.

3. EL IMPACTO DEL FACTOR HUMANO. ALGUNAS IDEAS FINALES

El último factor y, a nuestro modo de ver, el más decisivo a la hora de contar con gestores culturales dentro de la propia Universidad es, precisamente, el de las características personales. La madurez humana e intelectual sería una de las más deseables, así como la capacidad de reciclaje permanente y una actitud generosa de servicio.

Este perfil al que nos acabamos de referir tiene bastantes notas comunes con el que correspondería al gestor cultural en el ámbito más estrictamente administrativo, pero también presenta, como es lógico, algunas diferentes.

Como en el primer caso, para el gestor económico-laboral, la formación universitaria también parece deseable, pero no es absolutamente imprescindible. En este punto necesidad y conveniencia no llegan a coincidir y dependería de los cometidos concretos de que se tratara.

Mayor diferencia puede existir todavía en cuanto al tipo de formación específica, que en el caso del administrativo ha de haberse orientado en algún momento preferentemente hacia la gestión propiamente dicha y, si es posible, hacia la gestión de procesos culturales.

Existen también diferencias en cuanto a la trayectoria y experiencia profesional, pues el administrativo puede provenir, de hecho, de sectores de gestión muy alejados del propiamente cultural. Esto siempre será una limitación, aunque su capacitación profesional -capacidad de análisis y de organización- le faciliten los cambios en ámbitos de gestión¹⁴.

Junto a la laboriosidad y la disponibilidad, al funcionario se le pide o, más bien, se le ha de dar motivación. Cuestión que, en la mayoría de los casos dentro del sector que nos ocupa, resulta fácilmente comprobable. Al final, el denominador común de cualquier gestor cultural en el ámbito universitario viene a ser la capacidad de iniciativa y de trabajo, tanto desde el punto de vista administrativo como político. Mientras que la diferencia fundamental entre estos dos aspectos viene a ser el de la tendencia hacia el control del primero y la capacidad de creación del segundo.

A la hora de la verdad ambos aspectos resultan imprescindibles y están estrechamente concatenados, por lo que no parece necesario pensar, por lo menos inicialmente, en ningún tipo de fricción sino en la capacidad de colaboración entre uno y otro. Esta última es posible que se trate de una de las características esenciales del perfil de un buen gestor cultural, desde cualquier ámbito o nivel que esa gestión se plantee, es decir, la de generar cauces de

¹⁴Cfr. CASTILLO BARRIOS, A.L. La formación de gestores culturales en España. Una tarea inacabada, balance del VII Seminario Internacional del Observatorio Cultural del Proyecto Atalaya, *Periférica: Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, núm. 15, 2014, pp. 121-134; LÓPEZ DÍAZ, J. De las palabras a los hechos. O como transitar desde la ambigua formación en gestión cultural a la imprecisa actividad como gestor cultural, *Abaco: revista de cultura y ciencias sociales*, núm. 70, 2011, pp. 129-136; MARISCAL OROZCO, J.L. Formación y capacitación de los gestores culturales, *Apertura: revista de innovación educativa*, núm. 4, 2006, pp. 56-73.

colaboración que faciliten el fin que se persigue: proporcionar a nuestras Universidades, aún a las de más reciente creación, los medios y cauces necesarios para el desarrollo de una vida cultural propia y complementaria de su vida académica.

Quizá la adecuada selección de gestores culturales sea una de las medidas que pueden paliar la falta de medios o de apoyo que este tipo de actividades muchas veces padecen, frente a otras necesidades que pueden parecer -y muchas veces lo son- más urgentes e importantes¹⁵.

Así, a modo de conclusión, se puede llegar a la idea de que la función de un gestor cultural en el ámbito universitario tiene una importancia muchísimo mayor que la que a priori suele atribuírsele. Más allá de la introducción de novedades metodológicas docentes, la innovación en la Universidad española también pasa por la reflexión acerca de la conveniencia, impacto y funciones de un buen gestor cultural.

III. BIBLIOGRAFÍA

Alcalde Fernández, A. Los campus universitarios y su futuro, Enciclopedia de Castilla La Mancha (coord. Ramón Tamames y Raúl Heras), vol. 6, Edicsa, Madrid, 1999, p. 170.

Ariño Villarroya, A. La misión cultural de la Universidad, Debats: revista de cultura, poder i societat, núm. 2, 2017, pp. 81-102.

Castillo Barrios, A.L. La formación de gestores culturales en España. Una tarea inacabada, balance del VII Seminario Internacional del Observatorio Cultural del Proyecto Atalaya, Periférica: Revista para el análisis de la cultura y el territorio, núm. 15, 2014, pp. 121-134.

Gutiérrez Alonso, J.J. “La educación en un mundo líquido”, Mi pequeño salottino, Vozpópuli, 17/07/13.

Jérez Méndez, A. La educación permanente y la extensión universitaria, Veinticinco años de la UNED (coord. por Ramón Pérez Juste), Servicio de publicaciones UNED, Madrid, 1999, pp. 389-394.

Jiménez Fernández, C. Extensión cultural universitaria, La educación personalizada en la universidad (coord. Víctor García Hoz), Rialp, Madrid, 1996, pp. 409-430.

Jiménez Raneda, I. Sistemas más eficientes de gestión de los campus universitarios, El día después de Bolonia (coord. Francisco F. Milavila Pitarch, María Ripollés Meliá y Francesc Marc Esteve Mon), Tecnos, Madrid, 2011, pp. 125-142.

Jiménez, J. y Gil Costa, A. La gestión eficiente de los recursos en planificación y programación universitaria, Sistemas más eficientes de gestión de los campus universitarios, El día después de Bolonia (coord. Francisco F. Milavila Pitarch, María Ripollés Meliá y Francesc Marc Esteve Mon), Tecnos, Madrid, 2011, pp. 238-274.

López Díaz, J. De las palabras a los hechos. O como transitar desde la ambigua formación en gestión cultural a la imprecisa actividad como gestor cultural, Abaco: revista de cultura y ciencias sociales, núm. 70, 2011, pp. 129-136.

¹⁵Cfr. JIMÉNEZ, J. Y GIL COSTA, A. La gestión eficiente de los recursos en planificación y programación universitaria, Sistemas más eficientes de gestión de los campus universitarios, El día después de Bolonia (coord. Francisco F. Milavila Pitarch, María Ripollés Meliá y Francesc Marc Esteve Mon), Tecnos, Madrid, 2011, pp. 238-274.

Mariscal Orozco, J.L. Formación y capacitación de los gestores culturales, *Apertura: revista de innovación educativa*, núm. 4, 2006, pp. 56-73.

Martinell Sampere, A. La gestión cultural en la Universidad, *Práctica artística y políticas culturales* (coord. José Antonio Gómez Hernández y José Antonio Sánchez Martínez), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2003, pp. 103-112.

Melón Fernández, S. La extensión universitaria -antecedentes y características-, *Clarín y "La Regenta" en su tiempo: actas del Simposio Internacional*, 1987, pp. 93-110.

Ortega y Gasset, J. *Meditación de la técnica*, Austral, Madrid, 1977, p. 38.

Puente Domínguez, J.L. Discurso de conmemoración de los 25 años del Departamento de Cirugía de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

Recuero Astray, M. *De la A a la Z. Reflexiones de un profesor universitario (2011-2019)*, Editorial Y, Madrid, 2020, p. 159

LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD MUSICAL MEDIANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y SU REGULACIÓN JURÍDICA: RETOS, TENSIONES Y PERSPECTIVAS MULTICISPLINARES

Dr. Javier Miranda Medina
Profesor Titular de Tuba y Euphonium
Conservatorio Profesional de Música de Granada

<https://orcid.org/0000-0001-6398-2601>

<https://doi.org/10.14679/48670>

Fecha de recepción: 24/02/2026

Fecha de aceptación: 03/03/2026

RESUMEN: La incorporación de inteligencia artificial generativa en la creación musical genera una tensión estructural en el derecho de autor europeo, cuyo fundamento descansa en la creación intelectual humana. Los sistemas actuales pueden producir composiciones complejas sin intervención creativa directa, lo que cuestiona el alcance del estándar de “creación intelectual propia del autor” definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este trabajo sostiene que el marco vigente presenta insuficiencia interpretativa ante la producción algorítmica y propone un criterio basado en intervención humana jurídicamente relevante para diferenciar asistencia técnica y generación autónoma, asegurando coherencia, seguridad jurídica y adecuación regulatoria comparada.

ABSTRACT: The incorporation of generative artificial intelligence into musical creation creates a structural tension within European copyright law, which is grounded in human intellectual authorship. Contemporary systems can produce complex compositions without direct creative intervention, challenging the scope of the “author’s own intellectual creation” standard developed by the Court of Justice of the European Union. This article argues that the existing framework reveals interpretative insufficiencies when applied to algorithmic production and proposes an operational normative criterion based on legally relevant human intervention, distinguishing technical assistance from autonomous generation while ensuring doctrinal coherence, legal certainty, and comparative regulatory adequacy.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Marco teórico; 3. Inteligencia artificial y creación musical; 4. Es estándar jurídico de originalidad ante la música generada por Inteligencia Artificial y el test de control creativo humano cualificado; 5. Impacto estructural de la IA en la industria musical; 6. Reconstrucción teórico-jurídica de la regulación de la música generada por inteligencia artificial: de la autoría clásica a la gobernanza del proceso; 7. Gobernanza algorítmica, mercado y regulación en la industria musical digital; 8. Regulación jurídica de la IA aplicada a la música; 9. Derecho comparado: gobernanza del entrenamiento, titularidad y transparencia en la música generada por IA; 10. Límites estructurales del derecho de autor y reconstrucción normativa ante la música generada por inteligencia artificial; 11.

Regulación *ex ante*, *soft law* y arquitectura de cumplimiento; 12. Función estructurante del derecho en entornos creativos automatizados; 13. Conclusiones; 14. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la inteligencia artificial generativa en el ámbito musical ha reactivado de forma decisiva el debate sobre los fundamentos del derecho de autor en las industrias culturales. A diferencia de innovaciones previas —como la grabación, la digitalización o el *streaming*—, los modelos actuales capaces de producir composiciones musicalmente estructuradas y estilísticamente coherentes no se limitan a transformar los canales de distribución, sino que inciden directamente en los presupuestos conceptuales de la protección jurídica. La autoría, la originalidad y la atribución de valor creativo se ven tensionadas por sistemas que pueden generar resultados perceptivamente indistinguibles de los humanos. El principio clásico del derecho de autor —la creación intelectual humana individualizada como fundamento de la titularidad— se enfrenta así a una presión estructural que no puede resolverse mediante ajustes interpretativos marginales.

La doctrina reciente ha identificado varios ejes problemáticos: la crisis del concepto tradicional de autoría, la emergencia de escenarios de cocreación humano-algoritmo, los vacíos regulatorios y el creciente poder normativo de las plataformas digitales en la circulación musical. Sin embargo, buena parte de estos análisis se han movido entre reflexiones filosófico-tecnológicas de alcance general y exposiciones descriptivas de las dificultades del derecho vigente. Falta, en consecuencia, una arquitectura dogmática capaz de traducir el diagnóstico en criterios normativos verificables aplicables al ciclo completo de la música generada o mediada por IA.

La hipótesis central de este trabajo sostiene que el problema jurídico decisivo no radica únicamente en determinar si existe autoría humana en el resultado final, sino en reorganizar normativamente el conjunto de relaciones que conectan creación humana, generación algorítmica y explotación económica. El debate no debe agotarse en la dicotomía protección/no protección del output, sino desplazarse hacia la gobernanza del proceso: el entrenamiento de modelos con repertorios protegidos, las obligaciones de transparencia y trazabilidad y el poder estructural de las plataformas en la visibilidad y monetización (Quintais, 2025:3; U.S. Copyright Office, 2025:iv; Reglamento (UE) 2024/1689, 2024). La respuesta jurídicamente adecuada no consiste en extender automáticamente la titularidad a resultados generados, sino en diseñar un régimen normativo *ex ante* que preserve incentivos a la innovación sin erosionar la diversidad cultural ni la posición estructural del creador humano.

Sobre esta base se propone un modelo integrado denominado T-T-C (Trazabilidad–Transparencia–Compensación), estructurado en tres dimensiones complementarias. La *primera* consiste en establecer un criterio técnico-jurídico para determinar cuándo existe control creativo humano cualificado suficiente para justificar protección autoral. En el ámbito europeo, la originalidad se define como expresión de la creación intelectual propia del autor basada en elecciones libres y creativas. La música generada por modelos de aprendizaje automático tensiona esta premisa: si el resultado proviene de procesos estadísticos automatizados, la intervención humana debe acreditarse como decisiva y estructural para superar el umbral de protección. La mera introducción de instrucciones genéricas o *prompts* no resulta suficiente; se exige la constatación de decisiones creativas verificables en la configuración final de la obra. Con ello se evita tanto la exclusión automática de toda obra asistida por IA como la extensión indiscriminada de protección a resultados esencialmente automatizados.

La *segunda dimensión* del modelo se refiere a la trazabilidad y transparencia. Independientemente de la protección autoral del resultado, los sistemas de generación y distribución musical deben someterse a obligaciones mínimas de identificación del carácter algorítmico del contenido, conservación de metadatos relevantes y posibilidad de auditoría en caso de conflicto. La transparencia no constituye aquí una exigencia ética abstracta, sino

un presupuesto funcional para la atribución de derechos, la prevención de infracciones y la gestión de licencias. En mercados dominados por plataformas digitales, la trazabilidad se convierte en condición estructural del enforcement y en garantía para titulares y usuarios (Reglamento (UE) 2024/1689, 2024).

La *tercera dimensión* se centra en la compensación asociada al entrenamiento con repertorios protegidos. Los modelos generativos se nutren de grandes volúmenes de datos, incluidos catálogos musicales protegidos, lo que plantea la cuestión del desplazamiento del valor económico hacia operadores tecnológicos y plataformas sin correlato remuneratorio para los titulares. Desde una perspectiva de política legislativa y sostenibilidad cultural, la compensación debe concebirse como mecanismo de equilibrio institucional y no como obstáculo a la innovación. El debate reciente en Europa y Estados Unidos muestra que las cuestiones relativas al entrenamiento y a la distribución de valor ocupan ya un lugar central y exigen soluciones estructurales más allá del análisis del output aislado (U.S. Copyright Office, 2025:iv; Quintais, 2025:3).

Metodológicamente, el trabajo adopta un enfoque dogmático-crítico. Analiza el estándar de originalidad aplicable a la música, examina desarrollos regulatorios recientes en materia de inteligencia artificial—incluido el AI Act europeo— y reconstruye conceptualmente el modelo T-T-C como propuesta sistemática para integrar atribución, transparencia y compensación. El objetivo no es ofrecer una solución cerrada, sino delimitar con precisión el núcleo jurídico del debate y formular una arquitectura normativa susceptible de perfeccionamiento.

En definitiva, la IA generativa obliga a reconsiderar no solo la figura del autor, sino el diseño mismo del sistema de protección y circulación musical. Solo mediante una articulación integrada de criterios de atribución, obligaciones de transparencia y mecanismos de compensación será posible preservar la coherencia del derecho de autor, garantizar equidad en la industria musical y encauzar la innovación tecnológica dentro de un marco jurídicamente sostenible. El modelo T-T-C se presenta, así como una propuesta estructurada para reordenar la relación entre creación humana y generación algorítmica en la sociedad musical contemporánea.

2. MARCO TEÓRICO

La música moderna puede entenderse como una secuencia de reconfiguraciones institucionales impulsadas por tecnologías que transforman simultáneamente las prácticas creativas y las condiciones de circulación cultural. La tecnología no actúa como un mero complemento externo, sino como fuerza que altera la ontología social de la música: redefine qué se considera “obra”, cómo se estabiliza una interpretación, quién obtiene visibilidad y bajo qué reglas se distribuye el valor. El paso del concierto a la grabación y, después, de la grabación a la plataforma digital consolidó una mutación decisiva: la música dejó de ser un acontecimiento situado para convertirse en una “obra” reificable, intercambiable y administrable por infraestructuras técnicas (Goehr, 1992:14). Con ello se reordena el triángulo autor–intérprete–público: la reproducción técnica fija interpretaciones, el público se convierte en audiencia cuantificable y el autor se inserta en circuitos donde la mediación empresarial y técnica adquiere autonomía normativa.

La digitalización e Internet intensificaron ese cambio al alterar el coste de copia y la arquitectura de distribución. La clave no fue solo el aumento del acceso, sino la sustitución progresiva del intermediario editorial por el intermediario algorítmico. Donde el mercado fonográfico organizaba catálogos y puertas de entrada, la plataforma organiza accesos, métricas y trayectorias de escucha. La transformación contemporánea, por tanto, no consiste únicamente en que la música circule en línea, sino en que el descubrimiento y la circulación quedan inscritos en una racionalidad de datos que condiciona oferta y demanda cultural, traduciendo preferencias estéticas en patrones medibles y explotables.

En este marco, la inteligencia artificial introduce un salto cualitativo. No se limita a automatizar tareas periféricas, sino que participa en la producción de material musical y en la organización del gusto mediante sistemas de recomendación. Los modelos generativos han

mostrado que pueden producir coherencia formal sostenida y estilos reconocibles a partir del aprendizaje sobre grandes corpus, lo que tensiona los criterios ordinarios de creatividad y originalidad (Huang et al., 2018:3). La IA altera así la función social del artista en dos planos: como sujeto creador, porque la generación puede prescindir de intervención humana sustantiva; y como sujeto visible, porque reputación y acceso a audiencias se deciden crecientemente en infraestructuras de recomendación.

Sin embargo, el factor sociológicamente más influyente no es la generación automática aislada, sino su ensamblaje con la plataforma. La IA musical comprende sistemas de composición, herramientas de asistencia creativa y, sobre todo, algoritmos de recomendación y clasificación que determinan qué se escucha, cuándo y en qué secuencias (Herremans et al., 2017:9). Este “poder de ordenación” opera como poder normativo indirecto: sin dictar normas jurídicas, produce efectos equivalentes a la normatividad al organizar jerarquías de visibilidad, oportunidades de monetización y trayectorias de legitimación artística (Cohen, 2019:205). De ahí deriva una reorientación de incentivos: componer para playlists, ajustar duraciones y “ganchos” a la lógica de retención, o producir música funcional, con riesgo de instrumentalización estética.

La personalización algorítmica refuerza este giro. A partir de historiales de escucha y señales conductuales, las plataformas construyen perfiles predictivos y ajustan recomendaciones en tiempo real. El efecto no es neutral: la optimización intensifica regularidades previas y refuerza lo dominante, generando homogeneización y cierre del descubrimiento. Surge así el riesgo de “cámaras de eco musicales”, donde el usuario recibe confirmación constante de su gusto y reduce su exposición a diversidad y experimentación (Pasquale, 2015:91; Cohen, 2019:210). En suma, la promesa de diversidad asociada a catálogos masivos convive con una reducción efectiva de diversidad derivada de la mediación predictiva.

A la vez, la IA reconfigura la creación “desde dentro”. Los sistemas generativos automatizan armonización, variación melódica y exploración estilística, reduciendo costes y desplazando el umbral de entrada a técnicas compositivas (Herremans et al., 2017:12). Pero el dilema central no es técnico, sino epistemológico y jurídico: si una composición resulta de recombinación estadística sobre repertorios preexistentes, ¿cómo distinguir influencia legítima, derivación y apropiación? ¿En qué consiste la aportación humana cuando el control creativo se ejerce mediante prompts, selección de outputs y edición posterior? Estas preguntas anticipan una crisis del concepto clásico de obra y desplazan el debate jurídico desde la autoría del resultado hacia la gobernanza del proceso.

Ese desplazamiento se conecta con el entorno regulatorio emergente. En la UE, el Reglamento (UE) 2024/1689 introduce obligaciones de transparencia y documentación para sistemas avanzados y modelos de propósito general, con relevancia directa para industrias culturales en las que el valor depende de trazabilidad y control de usos. La doctrina reciente sostiene que la fricción principal de la IA generativa no se agota en la “copyrightabilidad” del output, sino que se concentra en la licitud y gobernanza del entrenamiento y en la información debida a titulares y público (Quintais, 2025:5; European Parliament, 2025:17). Por ello, la IA debe entenderse como tecnología estructurante: configura condiciones de creación y circulación, redefine prestigio, remuneración y oportunidades, y exige reorientar el análisis jurídico hacia entrenamiento, transparencia de procedencia e intermediación algorítmica (Floridi, 2019:140; Huang et al., 2018:7).

La noción de sociedad algorítmica describe la normatividad que emerge cuando la experiencia cultural depende de sistemas de clasificación y recomendación. Los algoritmos producen relevancia, jerarquizan catálogos y determinan qué contenidos son “encontrables”, estableciendo reglas de visibilidad que influyen en creadores y públicos (Pasquale, 2015:11). En música, ello desplaza la autoridad cultural: la crítica y el gatekeeping persisten, pero quedan subordinados a arquitecturas que integran evaluación cultural con objetivos de retención y monetización (Cohen, 2019:211). Jurídicamente, lo decisivo es que esa normatividad opera en un espacio híbrido: no es derecho estatal, pero produce efectos comparables a la regulación sobre ingresos, exposición y estándares de compatibilidad, e incluso puede inducir discriminaciones estructurales.

En la UE, el punto neurálgico se sitúa en la relación entre entrenamiento y derecho de autor: la Directiva (UE) 2019/790 prevé excepciones de minería de textos y datos y, para usos no investigadores, permite la reserva de derechos por titulares (arts. 3–4). El opt-out del art. 4.3 desplaza la discusión desde “quién es autor del output” hacia “en qué condiciones es lícito entrenar con repertorios protegidos”, cuestión especialmente sensible en música por la detectabilidad estilística y el riesgo de outputs con patrones reconocibles (Ziaja, 2024:453; Quintais, 2025:9). En EE. UU., el debate institucional se articula en torno a réplicas digitales, copyrightabilidad del output y entrenamiento; los informes de la U.S. Copyright Office reafirman la centralidad de la autoría humana y sitúan el entrenamiento como objeto de examen por sus implicaciones de licenciamiento, responsabilidad y mercados creativos (U.S. Copyright Office, 2024:1; U.S. Copyright Office, 2025:iv; U.S. Copyright Office, 2025a:1). La divergencia UE/EE. UU. incide en estrategias industriales y arquitecturas de cumplimiento.

La consecuencia teórica principal es metodológica y normativa: no basta con afirmar que “debe regularse” la IA musical; es imprescindible identificar objetos regulables y técnicas concretas. En la sociedad algorítmica aplicada a la música, esos objetos se concentran en la licitud y gobernanza del entrenamiento, la transparencia y proveniencia del contenido, las reglas de visibilidad y monetización en plataformas y los mecanismos de rendición de cuentas ante daños jurídicos o culturales. Esta reorientación converge con planteamientos internacionales que subrayan la necesidad de respuestas coordinadas por el carácter transfronterizo de modelos y circulación cultural (WIPO, 2024:4). En último término, la regulación eficaz no puede descansar solo en categorías clásicas de autoría, sino en un ensamblaje de propiedad intelectual, obligaciones de transparencia y técnicas de cumplimiento verificables, orientado a permitir innovación sin erosión de diversidad cultural ni captura estructural del valor por infraestructuras de plataforma (European Parliament, 2025:6; Dusollier, 2025:2).

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CREACIÓN MUSICAL

La inteligencia artificial ha dejado de desempeñar una función meramente instrumental en la producción musical para convertirse en una infraestructura creativa y distributiva que incide simultáneamente en la composición, la circulación y la monetización de la música. Los modelos generativos contemporáneos, basados en arquitecturas de aprendizaje profundo y sistemas tipo transformer, permiten producir piezas con coherencia formal, desarrollo armónico y consistencia estilística comparables a las composiciones humanas, desplazando el debate desde la viabilidad técnica hacia la calificación jurídica y normativa de los procesos creativos (Huang et al., 2018:7; Herremans, Chuan y Chew, 2017:15). La cuestión central ya no es si la IA puede componer, sino bajo qué condiciones normativas puede hacerlo sin desestabilizar el equilibrio entre innovación tecnológica, protección de los derechos de autor e integridad del ecosistema cultural.

La creación musical mediante IA se basa en procesos de entrenamiento que implican el análisis masivo de partituras, grabaciones y metadatos. Desde una perspectiva funcional, el entrenamiento consiste en la extracción de regularidades estadísticas a partir de obras preexistentes. El conflicto jurídico surge cuando esta actividad se confronta con el derecho exclusivo de reproducción y transformación reconocido a los titulares. En la Unión Europea, la Directiva (UE) 2019/790 estableció un régimen específico para la minería de textos y datos (TDM), diferenciando entre usos con fines de investigación y otros usos, y permitiendo que los titulares reserven expresamente sus derechos frente a actividades automatizadas (arts. 3–4). De este modo, la licitud del entrenamiento de modelos generativos musicales depende no solo de la existencia de una excepción, sino también del ejercicio efectivo de las reservas por parte de los titulares (Ziaja, 2024:453; Quintais, 2025:6). El entrenamiento se convierte así en el punto neurálgico del debate jurídico.

La entrada en vigor del Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) refuerza esta conexión entre propiedad intelectual y gobernanza tecnológica. El nuevo marco europeo impone obligaciones para sistemas y modelos de propósito general, incluyendo deberes de documentación técnica, evaluación de riesgos y transparencia respecto del uso de datos protegidos en el

entrenamiento. La interacción entre el régimen de TDM y el AI Act desplaza el eje regulatorio desde la discusión sobre la autoría del output hacia la legalidad y trazabilidad del proceso de entrenamiento (Quintais, 2025:9; European Parliament, 2025:17). La música generada por IA debe analizarse, por tanto, en un marco híbrido que combina excepciones, reservas de derechos y obligaciones ex ante de transparencia y cumplimiento.

En Estados Unidos, la aproximación institucional difiere en aspectos clave. La U.S. Copyright Office ha reafirmado que la protección por copyright exige una contribución humana suficiente, excluyendo en principio los resultados generados de forma autónoma sin intervención creativa significativa (U.S. Copyright Office, 2025:iv). Los informes recientes distinguen entre la copyrightabilidad del resultado y la cuestión del entrenamiento de modelos generativos, anunciando un examen específico sobre el uso de obras protegidas como datos de entrenamiento y sus implicaciones en materia de licencias y fair use (U.S. Copyright Office, 2024; 2025a). El enfoque estadounidense preserva el núcleo humanista del copyright y desplaza los conflictos hacia la responsabilidad y el análisis caso por caso del uso legítimo, en lugar de crear nuevas categorías de titularidad algorítmica.

Estas divergencias entre la Unión Europea y Estados Unidos no son meramente doctrinales, sino que inciden en la arquitectura de los modelos de negocio musicales basados en IA. En el entorno europeo, el respeto a las reservas de derechos en TDM y las obligaciones de transparencia del AI Act incentivan el desarrollo de sistemas de documentación y filtrado que permitan acreditar la licitud del entrenamiento y facilitar auditorías regulatorias. En Estados Unidos, el énfasis en la autoría humana y el análisis flexible del fair use genera un entorno más incierto, pero también más adaptable, donde la responsabilidad se define a través de litigios y acuerdos privados. Esta asimetría condiciona la localización de desarrollos tecnológicos, la estructuración de licencias y la negociación colectiva en el sector musical.

La dimensión internacional del debate ha sido abordada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO), que ha subrayado la necesidad de armonizar criterios sobre entrenamiento, transparencia y protección de titulares, evitando tanto la fragmentación normativa como la inhibición de la innovación (WIPO, 2024). Los documentos recientes destacan la importancia de preservar incentivos a la creación humana y asegurar condiciones de competencia leal entre actores tecnológicos y culturales (WIPO, 2024a). Ello refuerza la idea de que la música generada por IA requiere estándares globales mínimos en materia de trazabilidad y cumplimiento.

Conceptualmente, el desplazamiento del debate hacia la gobernanza del proceso creativo obliga a reformular la cuestión del control humano. La exigencia de intervención humana significativa para la protección del output, sostenida en el ámbito estadounidense, no resuelve por sí sola la tensión derivada del uso masivo de repertorios protegidos como base de aprendizaje algorítmico. Del mismo modo, la existencia de excepciones para TDM en la UE no elimina la necesidad de mecanismos efectivos de reserva de derechos y supervisión. La cuestión central es articular un modelo normativo que combine legalidad del entrenamiento, transparencia de contenidos y responsabilidad verificable, evitando que la innovación tecnológica erosione el valor cultural y económico de la creación humana (Quintais, 2025:12; European Parliament, 2025:6).

En definitiva, la IA aplicada a la música transforma el objeto mismo de la regulación. El núcleo del problema ya no reside únicamente en la titularidad de la obra generada, sino en la gobernanza del ciclo completo de creación algorítmica: obtención y tratamiento de datos, generación de contenidos, distribución en plataformas y rendición de cuentas ante posibles infracciones. La interacción entre la Directiva de Copyright en el Mercado Único Digital, el AI Act, las orientaciones de la U.S. Copyright Office y los debates promovidos por WIPO configura un escenario normativo complejo en el que la música generativa actúa como banco de pruebas para la reconstrucción contemporánea del derecho de autor. Esta reconstrucción exige integrar obligaciones de transparencia, trazabilidad y cumplimiento ex ante que aseguren un equilibrio sostenible entre innovación tecnológica y preservación de la diversidad y dignidad cultural de la creación musical.

4. EL ESTÁNDAR JURÍDICO DE ORIGINALIDAD ANTE LA MÚSICA GENERADA POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL TEST DE CONTROL CREATIVO HUMANO CUALIFICADO

La cuestión central que plantea la música generada mediante inteligencia artificial no es, en términos estrictamente jurídicos, si los sistemas algorítmicos “crean” en sentido ontológico o filosófico, sino si los resultados producidos pueden subsumirse en el concepto de obra protegida conforme al estándar vigente de originalidad. El desplazamiento del debate desde la retórica sobre la creatividad artificial hacia el análisis técnico del criterio jurídico de protección resulta imprescindible para evitar formulaciones abstractas que, aun siendo sugestivas, no ofrecen herramientas operativas para la práctica judicial o legislativa.

En el ámbito europeo, el criterio de originalidad ha sido configurado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la idea de “creación intelectual propia del autor”, lo que presupone la existencia de elecciones libres y creativas en la configuración de la obra. Este estándar implica que la protección no se concede por la mera novedad objetiva del resultado, sino por la impronta personal derivada de decisiones creativas humanas. Cuando el resultado está determinado por consideraciones técnicas, reglas automáticas o restricciones funcionales que no dejan margen para la libre elección, la protección autoral no procede. El núcleo de la cuestión, por tanto, reside en determinar si, en los procesos de generación musical asistida o ejecutada por IA, puede identificarse un espacio decisional humano que satisfaga este umbral.

Los sistemas de inteligencia artificial generativa aplicados a la música operan, en términos generales, mediante modelos entrenados con grandes volúmenes de datos, capaces de identificar patrones armónicos, rítmicos y estructurales, y de producir nuevas combinaciones conforme a probabilidades aprendidas. Desde una perspectiva estrictamente técnica, el resultado puede presentar coherencia formal, desarrollo temático y complejidad estructural comparables a composiciones humanas. Sin embargo, esta constatación no resuelve la cuestión jurídica. El hecho de que un output sea musicalmente sofisticado no implica, por sí mismo, que constituya una “creación intelectual propia” atribuible a un autor humano.

La dificultad aumenta en los escenarios híbridos, donde intervienen tanto decisiones humanas como procesos automatizados. En la práctica musical contemporánea, es frecuente que el usuario introduzca parámetros iniciales —por ejemplo, estilo, tempo, instrumentación o mood— y que el sistema genere una pieza que posteriormente puede ser editada o ajustada. En estos supuestos, la pregunta relevante no es si existe alguna intervención humana, sino si dicha intervención alcanza el nivel de control creativo exigido por el estándar de originalidad.

Para responder a esta cuestión, se propone el denominado *test* de control creativo humano cualificado, concebido como criterio técnico-jurídico de atribución autoral en contextos de generación musical mediante IA. Este *test* no pretende alterar el estándar de originalidad vigente, sino operacionalizarlo en el nuevo entorno tecnológico, evitando tanto la exclusión automática de cualquier obra asistida por IA como la extensión indiscriminada de protección a resultados esencialmente automatizados.

El test se articula en torno a cuatro elementos acumulativos.

En *primer lugar*, debe acreditarse una intervención estructural sobre la configuración formal de la obra. Esto implica que el sujeto humano haya adoptado decisiones relativas a elementos sustanciales de la composición —estructura, progresión armónica, desarrollo temático o disposición instrumental— y no se haya limitado a activar un proceso generativo sin ulterior incidencia. La mera introducción de instrucciones genéricas o la selección entre múltiples outputs automáticos no basta, por sí sola, para satisfacer este requisito.

En *segundo lugar*, es necesaria la identificación de elecciones creativas verificables. El estándar europeo exige la existencia de decisiones libres que reflejen la personalidad del autor. En el contexto de la música generada por IA, ello supone que pueda demostrarse una contribución humana que no esté predeterminada por el diseño del sistema o por opciones

cerradas ofrecidas por la interfaz. Si el margen decisional está estrictamente delimitado por el software, la atribución de originalidad se debilita.

En *tercer lugar*, el test requiere una intervención cualificada en la fase de edición o postproducción cuando el resultado inicial sea generado algorítmicamente. La modificación sustantiva de la pieza —alteración de secciones, rearmonización, incorporación de elementos nuevos o reconfiguración expresiva— puede constituir el espacio donde se materialicen las elecciones creativas protegibles. En cambio, ajustes técnicos menores o correcciones automáticas no alcanzan el umbral exigido.

En *cuarto lugar*, debe existir trazabilidad de la intervención humana. Aunque el derecho de autor no ha exigido tradicionalmente un registro detallado del proceso creativo, en entornos de generación algorítmica la posibilidad de reconstruir el grado de control humano resulta esencial para resolver controversias. La conservación de metadatos básicos o registros de edición puede servir como indicio probatorio de la existencia de decisiones libres y creativas.

La aplicación de este test permite distinguir tres escenarios jurídicamente diferenciados. En el primero, la obra es generada íntegramente por el sistema sin intervención creativa humana cualificada; en tal caso, no concurriría el requisito de originalidad atribuible a un autor humano, y la protección autoral clásica no procedería. En el segundo, la intervención humana es meramente instrumental o superficial; aquí la atribución sería igualmente problemática, pues no se satisfaría el umbral de elecciones libres y creativas. En el tercero, el sujeto humano ejerce un control estructural verificable y realiza aportaciones sustantivas que configuran la obra; en este supuesto, la protección autoral puede reconocerse conforme al estándar vigente.

Este enfoque evita dos riesgos opuestos. Por un lado, impide que la mera utilización de herramientas de IA excluya automáticamente la protección de la obra, lo que sería incompatible con la evolución tecnológica histórica del proceso creativo. Por otro lado, evita que cualquier resultado generado con mínima intervención humana sea automáticamente protegido, lo que vaciaría de contenido el requisito de creación intelectual propia y desnaturalizaría el sistema.

Desde una perspectiva dogmática, el test de control creativo humano cualificado no introduce un nuevo concepto de originalidad, sino que adapta el estándar consolidado a un contexto tecnológico diferente. En lugar de redefinir la autoría en términos metafísicos o de atribuir personalidad jurídica a sistemas algorítmicos, la propuesta se mantiene dentro del marco conceptual existente y lo desarrolla con criterios operativos. Esta opción resulta coherente con la función del derecho de autor como sistema de incentivos orientado a proteger la aportación creativa humana, sin extender la protección a procesos puramente automatizados que carecen de subjetividad jurídica.

En consecuencia, el debate sobre la música generada por inteligencia artificial debe desplazarse desde la pregunta abstracta sobre si “las máquinas pueden ser autoras” hacia el análisis concreto del grado de control creativo humano ejercido en cada caso. El test propuesto ofrece una herramienta para realizar esta evaluación de manera estructurada y compatible con el derecho vigente, sentando las bases para integrar posteriormente las dimensiones de transparencia, trazabilidad y compensación en un modelo normativo más amplio.

5. IMPACTO ESTRUCTURAL DE LA IA EN LA INDUSTRIA MUSICAL

La inteligencia artificial no está transformando únicamente los procesos creativos individuales, sino que está reconfigurando la arquitectura estructural de la industria musical como sistema económico y cultural. Tradicionalmente, esta industria se organizaba en torno a intermediarios humanos —sellos discográficos, distribuidores, programadores y medios especializados— que asumían funciones de financiación, selección, promoción y acceso a audiencias. La legitimación y monetización de las obras dependían de decisiones insertas en cadenas de valor relativamente estables. En la actualidad, la centralidad de las plataformas digitales y de los sistemas algorítmicos ha desplazado el núcleo de poder hacia

infraestructuras tecnológicas que determinan, mediante cálculos automatizados, la visibilidad, relevancia y rentabilidad de las obras musicales (Cohen, 2019:215).

Este desplazamiento no implica la desaparición de los actores tradicionales, pero sí altera profundamente su función. Los sellos y productores dejan de operar exclusivamente como gatekeepers culturales para convertirse en gestores de datos y optimizadores de posicionamiento algorítmico. La lógica editorial cede terreno frente a la lógica predictiva: la promoción musical se apoya cada vez más en métricas de comportamiento, modelos de aprendizaje automático y análisis de tendencias globales en tiempo real. Así, la industria se integra en un régimen de gobernanza algorítmica en el que la mediación cultural es ejercida por sistemas automatizados que configuran patrones de consumo y expectativas de mercado (Pasquale, 2015:11).

Uno de los cambios más visibles es la automatización simultánea de creación, producción y marketing. Los sistemas de IA permiten generar composiciones con rapidez y bajo coste, pero también diseñar estrategias promocionales ajustadas a segmentos específicos de audiencia. A partir del análisis masivo de datos de escucha y comportamientos de repetición, los algoritmos identifican nichos y adaptan tanto la producción sonora como la difusión comercial a perfiles altamente definidos (Huang et al., 2018:12). Esta convergencia entre generación creativa y análisis predictivo altera la relación entre mérito artístico y éxito comercial: la rentabilidad puede depender más de la compatibilidad con modelos de recomendación que de la innovación estética.

En términos estructurales, esta dinámica introduce nuevas dependencias industriales. El acceso a grandes volúmenes de datos y a infraestructuras avanzadas de entrenamiento se convierte en un recurso estratégico clave. Las empresas capaces de desarrollar o adquirir modelos generativos robustos consolidan posiciones dominantes, mientras que artistas independientes y pequeñas productoras enfrentan barreras tecnológicas y económicas crecientes. Aunque la hipersegmentación del mercado sugiere una diversificación de la oferta, en la práctica coexiste con una concentración efectiva del poder en plataformas que controlan simultáneamente datos, algoritmos y canales de distribución.

Esta concentración plantea interrogantes regulatorios que trascienden el derecho de autor clásico. En la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) introduce obligaciones específicas para proveedores de modelos de propósito general, incluyendo deberes de transparencia y documentación técnica especialmente relevantes cuando el entrenamiento involucra repertorios protegidos. Estas obligaciones interactúan con el régimen de minería de textos y datos (TDM) previsto en la Directiva (UE) 2019/790. El artículo 4 permite la minería con fines distintos de investigación científica, pero reconoce a los titulares la posibilidad de reservar sus derechos, lo que obliga a los desarrolladores de sistemas musicales generativos a articular mecanismos efectivos de cumplimiento y trazabilidad (Ziaja, 2024:453; Quintais, 2025:5). Así, el impacto estructural de la IA debe analizarse en conexión con la arquitectura normativa que condiciona la legalidad del entrenamiento y la explotación de modelos.

En Estados Unidos, el debate ha seguido una línea distinta, centrada en la exigencia de autoría humana como requisito para la protección por copyright. La U.S. Copyright Office ha señalado que las obras generadas íntegramente por IA carecen de protección si no existe contribución humana suficiente y ha abierto un análisis específico sobre las implicaciones jurídicas del entrenamiento sobre materiales protegidos (U.S. Copyright Office, 2025:iv; 2025a). Estas posiciones influyen en la estructura industrial al delimitar incentivos económicos y riesgos legales asociados al desarrollo de herramientas musicales automatizadas.

Otro elemento estructural decisivo es la fragmentación inducida por la personalización algorítmica. Las plataformas crean entornos de escucha altamente individualizados, en los que cada usuario recibe recomendaciones ajustadas a su historial y perfil. Esta hipersegmentación produce una diversidad aparente, pero puede reforzar sesgos estructurales al priorizar patrones de consumo consolidados y obras con mayor potencial de monetización (Pasquale, 2015:95). El resultado es una redistribución desigual de visibilidad:

artistas sin acceso a herramientas de optimización o sin respaldo institucional pueden quedar relegados en los sistemas de recomendación.

Desde la perspectiva de política cultural, esta dinámica suscita preocupaciones sobre pluralismo y sostenibilidad económica. El Parlamento Europeo ha advertido que la expansión de la IA generativa puede afectar la viabilidad de los creadores humanos si no se establecen mecanismos claros de transparencia y reparto equitativo del valor (European Parliament, 2025:6). La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha señalado igualmente la necesidad de equilibrar innovación tecnológica y protección de los ecosistemas creativos (WIPO, 2024).

La industria musical se encuentra así en un punto de inflexión. La IA amplía la capacidad productiva y redefine los incentivos que orientan la creación y distribución. La lógica de optimización algorítmica puede favorecer formatos diseñados para maximizar métricas de interacción, incidiendo en la configuración estética del mercado. Al mismo tiempo, la generación masiva introduce riesgos de saturación del catálogo digital y reducción de la rentabilidad media por obra.

La cuestión central ya no es si la IA puede crear música, sino cómo su integración transforma la economía política del sector. La combinación de generación automatizada, análisis predictivo y control de plataformas configura un ecosistema en el que innovación tecnológica y concentración de poder avanzan simultáneamente. Comprender esta transformación exige una lectura integrada de las obligaciones emergentes del AI Act, el régimen de TDM y las orientaciones estadounidenses sobre entrenamiento y copyrightabilidad (Quintais, 2025:12; U.S. Copyright Office, 2025a).

En suma, la inteligencia artificial está reconfigurando la industria musical en tres dimensiones interrelacionadas: automatización de la producción y el marketing, concentración de poder en infraestructuras algorítmicas y redefinición de los marcos regulatorios que condicionan el entrenamiento y explotación de modelos generativos. Este impacto estructural exige una respuesta jurídica que atienda no solo a la autoría del resultado, sino a la gobernanza del proceso y a la preservación de la diversidad cultural en un entorno crecientemente mediado por algoritmos.

6. RECONSTRUCCIÓN TEÓRICO-JURÍDICA DE LA REGULACIÓN DE LA MÚSICA GENERADA POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DE LA AUTORÍA CLÁSICA A LA GOBERNANZA DEL PROCESO

La transformación de la música mediante inteligencia artificial exige una revisión sustancial del enfoque jurídico tradicional. Aunque el debate inicial se centró en si los sistemas generativos podían ser considerados autores o si sus producciones carecían de protección por falta de intervención humana, la evolución normativa demuestra que esta cuestión es insuficiente. El problema estructural no radica únicamente en la autoría del resultado, sino en la gobernanza jurídica del proceso que conduce a ese resultado.

El foco regulatorio se desplaza así hacia los momentos jurídicamente controlables del ciclo de vida del sistema: el entrenamiento con repertorios protegidos, la documentación técnica del modelo, su comercialización, la distribución algorítmica de contenidos y la rendición de cuentas ante infracciones o daños culturales. Esta reorientación es visible en la arquitectura normativa europea reciente. El Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) no redefine la autoría ni reconoce personalidad jurídica a la IA, pero sí impone obligaciones específicas a modelos de propósito general en materia de transparencia, documentación y gestión de riesgos. Paralelamente, la Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital establece un régimen de minería de textos y datos (TDM) que permite el entrenamiento automatizado bajo ciertas condiciones, incluyendo la posibilidad de reserva de derechos por parte de los titulares (arts. 3–4). La interacción entre ambos instrumentos configura el núcleo regulatorio de la IA generativa en Europa, desplazando la atención desde el “output” hacia el cumplimiento del proceso de aprendizaje.

Desde esta perspectiva, la reconstrucción normativa puede articularse en torno a cuatro deberes estructurales que sustituyen el enfoque centrado en la autoría por un modelo de gobernanza del proceso.

El *primer deber* es el de legalidad del entrenamiento y trazabilidad de fuentes. Los proveedores y operadores de sistemas generativos deben acreditar que el uso de repertorios protegidos en el entrenamiento o ajuste del modelo respeta el marco de propiedad intelectual aplicable. En la Unión Europea, esto implica atender al mecanismo de reserva de derechos previsto en la Directiva 2019/790, evitando que la excepción de TDM se convierta en una autorización generalizada desvinculada de la voluntad del titular. No basta una declaración formal de cumplimiento: se requieren sistemas verificables de documentación técnica que permitan identificar el origen de los datos utilizados y las medidas adoptadas para excluir obras respecto de las cuales exista reserva válida. El AI Act refuerza esta exigencia al imponer obligaciones de documentación y gestión de riesgos, configurando un estándar de diligencia verificable. Así, la cuestión jurídica deja de ser si la IA “crea” y pasa a ser si el proceso de aprendizaje respeta los límites del derecho de autor.

El *segundo deber* es el de transparencia y proveniencia del contenido generado. En entornos de distribución masiva, el riesgo principal no es sólo la infracción directa, sino la asimetría informativa. Usuarios, titulares y operadores necesitan saber cuándo una obra ha sido generada o modificada por IA. El AI Act incorpora obligaciones de transparencia aplicables a sistemas generativos y a la identificación de contenidos sintéticos, mientras que la Comisión Europea ha impulsado códigos de práctica para el marcado y etiquetado de estos contenidos. Tales mecanismos permiten activar derechos, facilitar licencias y prevenir prácticas engañosas. Además, los debates promovidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual subrayan la importancia de sistemas interoperables de metadatos que aseguren trazabilidad transfronteriza. La transparencia no constituye un simple añadido ético, sino un requisito estructural para que el sistema de propiedad intelectual funcione eficazmente en contextos algorítmicos.

El *tercer deber* es el de justicia distributiva y diseño de licenciamiento. La música generativa altera la economía del derecho de autor al posibilitar producción a gran escala optimizada para plataformas digitales. Sin instrumentos adecuados, el valor puede concentrarse en proveedores de modelos y plataformas, desplazando a los autores cuyos repertorios han servido de base para el entrenamiento. En Estados Unidos, la U.S. Copyright Office ha reiterado que la protección depende de una contribución humana significativa, pero ha reconocido que el entrenamiento plantea cuestiones específicas de licencia y responsabilidad que requieren tratamiento diferenciado. En la Unión Europea, el debate se centra en la efectividad del opt-out en TDM y en la posible implementación de mecanismos colectivos o estándares sectoriales que permitan negociar usos de entrenamiento de manera equilibrada. La justicia distributiva no exige crear derechos para la IA, sino asegurar que los titulares humanos participen efectivamente en la economía derivada de la explotación algorítmica de sus obras.

El *cuarto deber* es el de responsabilidad y rendición de cuentas. Aunque la autoría del resultado pueda ser difusa en sistemas generativos complejos, la responsabilidad no puede serlo. Cuando se producen infracciones —reproducción sustancial, imitación indebida o suplantación vocal— o efectos sistémicos derivados del diseño algorítmico, el derecho debe identificar actores con capacidad real de control. La literatura institucional estadounidense insiste en la atribución de deberes de diligencia a proveedores, integradores y distribuidores, incluso cuando el output no sea protegible por falta de autoría humana. El AI Act refuerza esta orientación mediante obligaciones de gestión de riesgos y documentación que permiten articular responsabilidad ex ante y mecanismos de reclamación ex post. La rendición de cuentas conecta así la propiedad intelectual con la regulación tecnológica.

En conjunto, este modelo desplaza el centro del debate desde la personificación jurídica de la IA hacia la gobernanza efectiva de procesos híbridos. No se trata de reconocer a los algoritmos como autores ni de obstaculizar la innovación, sino de estructurar obligaciones verificables en torno al entrenamiento, la transparencia, el licenciamiento y la responsabilidad. Esta arquitectura preserva la creatividad humana como fundamento del derecho de autor,

fomenta innovación responsable y previene que la automatización y la concentración de plataformas erosionen la diversidad cultural.

La reconstrucción propuesta integra propiedad intelectual, regulación tecnológica y principios de equidad cultural en un marco coherente adaptado a las dinámicas reales del ecosistema musical contemporáneo. En lugar de forzar categorías clásicas para resolver problemas nuevos, propone una adaptación funcional del derecho que garantice que la música generada por inteligencia artificial se desarrolle en un entorno jurídicamente controlado, económicamente equilibrado y culturalmente sostenible.

7. GOBERNANZA ALGORÍTMICA, MERCADO Y REGULACIÓN EN LA INDUSTRIA MUSICAL DIGITAL

La centralidad de las plataformas digitales en la industria musical contemporánea no constituye únicamente un cambio tecnológico, sino una transformación estructural del poder cultural y económico. Los algoritmos de recomendación, motores de búsqueda y sistemas de análisis predictivo no se limitan a organizar catálogos: determinan qué obras adquieren visibilidad, qué artistas acceden a audiencias relevantes y qué contenidos resultan económicamente sostenibles. La circulación cultural queda así progresivamente subordinada a una arquitectura automatizada de decisión que desplaza parte de la autoridad editorial hacia infraestructuras privadas de datos (Cohen, 2019:220).

Este fenómeno fue descrito por Pasquale (2015:11) como “*governance by algorithm*”: una forma de gobernanza indirecta en la que la selección, jerarquización y legitimación cultural se externalizan a sistemas técnicos opacos. En el ámbito musical, dicha gobernanza se integra en modelos de negocio basados en métricas de retención, *engagement* y monetización publicitaria o por suscripción. La legitimación cultural deja de depender exclusivamente del juicio estético humano —críticos, programadores o curadores— para vincularse a la capacidad de los contenidos de ajustarse a patrones predictivos de consumo. La racionalidad algorítmica introduce, por tanto, un criterio económico-técnico en la definición de relevancia cultural.

El elemento decisivo de esta arquitectura es la concentración de datos. La inteligencia artificial aplicada a la música requiere grandes volúmenes de repertorios, metadatos y comportamientos de usuario tanto para el entrenamiento de modelos generativos como para la optimización de recomendaciones. El acceso privilegiado a estos recursos otorga a las plataformas una ventaja competitiva difícilmente replicable por artistas independientes o pequeños sellos, generando barreras de entrada estructurales (Floridi, 2019:128). La asimetría es simultáneamente económica e informacional: quien controla los datos controla la arquitectura de visibilidad y, con ella, la distribución de oportunidades creativas.

Esta concentración plantea interrogantes que exceden la lógica clásica del derecho de autor. La cuestión no se limita a la titularidad sobre obras individuales, sino que alcanza la gobernanza del entorno en el que dichas obras circulan. En la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) introduce obligaciones estructurales para proveedores de sistemas de IA, incluyendo deberes de transparencia, documentación técnica y cumplimiento normativo para modelos de propósito general. En el ámbito musical, estas obligaciones adquieren especial relevancia cuando los modelos han sido entrenados con repertorios protegidos. Como señala Quintais (2025:6), el AI Act no sustituye al derecho de autor, pero lo complementa al exigir trazabilidad y responsabilidad en el proceso de entrenamiento, conectando con el régimen europeo de minería de textos y datos.

La Directiva (UE) 2019/790 establece excepciones para TDM, pero permite a los titulares reservar expresamente sus obras frente a usos automatizados (art. 4(3)). El denominado TDM opt-out se convierte así en un instrumento estratégico para delimitar el uso legítimo de obras musicales en el entrenamiento de modelos generativos. Su aplicación práctica constituye uno de los principales retos regulatorios, especialmente cuando los sistemas se entrenan con bases de datos extensas que integran obras protegidas (Ziaja, 2024:453;

Quintais, 2025:9). El debate jurídico se desplaza, por tanto, del resultado creativo hacia la legalidad del proceso tecnológico.

Una evolución convergente se observa en Estados Unidos. La U.S. Copyright Office ha reafirmado que la protección por copyright exige contribución humana suficiente, descartando la titularidad automática de outputs generados exclusivamente por IA (U.S. Copyright Office, 2025:iv). Además, sus informes recientes analizan específicamente las implicaciones jurídicas del entrenamiento generativo, situando el foco en el uso de obras protegidas en procesos de aprendizaje automático (U.S. Copyright Office, 2025a). Esta orientación evidencia que el núcleo regulatorio se centra en la licitud del entrenamiento y en la transparencia de los sistemas, más que en la atribución formal del resultado.

Desde una perspectiva internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha identificado la IA generativa como uno de los desafíos centrales para el sistema global de propiedad intelectual, subrayando la necesidad de coordinar innovación tecnológica y protección cultural (WIPO, 2024). Dado el carácter transfronterizo de las plataformas musicales, los modelos se entrenan y despliegan en múltiples jurisdicciones, lo que exige coherencia regulatoria y mecanismos de cooperación internacional.

La interacción entre derecho, mercado y tecnología revela así una transformación profunda de los fundamentos regulatorios tradicionales. La música ya no circula exclusivamente mediante contratos editoriales o licencias fonográficas, sino dentro de ecosistemas digitales donde los algoritmos intervienen tanto en la creación como en la intermediación. Desde el punto de vista económico, la IA permite optimizar producción y distribución, identificar tendencias y adaptar contenidos a mercados segmentados. Sin embargo, esta eficiencia intensifica la dependencia de infraestructuras con capacidad de análisis masivo de datos, configurando un mercado algorítmico donde la ventaja competitiva reside en la infraestructura técnica.

El derecho de autor, concebido para proteger la creatividad humana individual, enfrenta una tensión estructural en este contexto. Aunque los sistemas generativos cuestionan la noción clásica de originalidad vinculada a la expresión personal, tanto en la UE como en EE. UU. la tendencia normativa refuerza la centralidad del componente humano en la protección jurídica (U.S. Copyright Office, 2025; Quintais, 2025:12). La cuestión decisiva se desplaza entonces hacia el entrenamiento y la explotación económica de los modelos. Si estos han sido entrenados sin respetar mecanismos de reserva de derechos, puede surgir un conflicto estructural con los titulares originales. El TDM *opt-out* europeo y las obligaciones de documentación del *AI Act* constituyen herramientas clave para garantizar cumplimiento verificable.

Asimismo, el derecho de la competencia adquiere relevancia ante la concentración de datos y capacidad de cómputo en un número reducido de plataformas. La literatura reciente del Parlamento Europeo advierte del riesgo de que el equilibrio entre innovación y protección cultural se incline excesivamente hacia actores dominantes (European Parliament, 2025:17). La regulación debe, por tanto, prevenir dependencias estructurales que limiten la diversidad y la innovación independiente.

En conjunto, la gobernanza privada de la música digital ha configurado una estructura híbrida de poder técnico, económico y cultural. La función del derecho no es obstaculizar la innovación, sino convertir esa gobernanza de facto en una gobernanza jurídicamente responsable mediante obligaciones ex ante de transparencia, trazabilidad y rendición de cuentas. Solo un enfoque que articule propiedad intelectual, regulación de IA y gobernanza de datos podrá equilibrar incentivos económicos con preservación cultural en la industria musical contemporánea.

8. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA IA APLICADA A LA MÚSICA

La incorporación de la inteligencia artificial (IA) a la creación, producción y circulación musical no representa solo un desafío técnico o estético, sino una transformación estructural

de los fundamentos del derecho de autor. El modelo clásico de protección —basado en la centralidad del autor humano, la originalidad como expresión de personalidad y la imputación individual de responsabilidad— se enfrenta hoy a sistemas capaces de generar composiciones autónomas, entrenados con repertorios masivos y desplegados en plataformas que determinan visibilidad y monetización. Por ello, el problema regulatorio no se limita a la titularidad del “resultado”, sino que se desplaza hacia la gobernanza jurídica del “proceso”: el entrenamiento con obras protegidas, la transparencia de la intervención algorítmica y la distribución del valor en entornos mediados por infraestructuras digitales (Piñar, 2020:42; Koopman, 2020:72).

La primera tensión se sitúa en la autoría y la originalidad. Los ordenamientos contemporáneos exigen, como regla general, una contribución humana identificable para reconocer protección. En Estados Unidos, la Oficina de Copyright ha reiterado que la protección requiere autoría humana y que las obras generadas íntegramente por sistemas autónomos no son registrables, aunque sí pueden protegerse aquellos elementos que reflejen control creativo humano suficiente (U.S. Copyright Office, 2025:iv). De este modo, el debate no se resuelve con la mera novedad del output, sino con la identificación de una aportación humana jurídicamente relevante. En ausencia de intervención significativa, el resultado queda fuera del perímetro clásico de protección, generando incertidumbre económica para quienes invierten en generación algorítmica.

En la Unión Europea, el eje del conflicto se desplaza hacia el entrenamiento de los modelos. La Directiva (UE) 2019/790 introdujo excepciones para minería de textos y datos (TDM), distinguiendo entre investigación y otros usos, y permitiendo a los titulares reservar sus derechos en este último caso (Directiva (UE) 2019/790, arts. 3–4). Para la música generativa, la cuestión decisiva no es solo la originalidad del resultado, sino la licitud del aprendizaje automático sobre repertorios protegidos. El mecanismo de “*opt-out*” del artículo 4(3) se convierte en punto crítico, pues determina si el entrenamiento puede realizarse sin autorización o debe respetar reservas expresas (Ziaja, 2024:453). La legalidad del entrenamiento emerge, así como condición estructural del ecosistema creativo.

El Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) refuerza esta reorientación hacia el proceso. Aunque no regula directamente la propiedad intelectual, establece obligaciones de transparencia, documentación y gestión de riesgos para determinados sistemas, incluidos modelos de propósito general. Ello crea un puente normativo entre gobernanza tecnológica y observancia del derecho de autor, exigiendo información verificable sobre entrenamiento, funcionamiento y riesgos (Reglamento (UE) 2024/1689, 2024). La doctrina ha subrayado que, combinado con el régimen de TDM, el AI Act configura un marco híbrido donde la protección de la creatividad humana depende más de la trazabilidad del sistema que de la ampliación automática de la titularidad sobre outputs generativos (Quintais, 2025:5).

Desde una perspectiva económica y cultural, la falta de reglas claras puede favorecer la concentración de valor en desarrolladores y plataformas. La producción masiva de música optimizada para métricas de *engagement* incrementa la capacidad de captura de ingresos por infraestructuras tecnológicas, con riesgo de desplazamiento de creadores humanos. Esta dinámica no solo plantea problemas distributivos, sino que afecta la diversidad cultural, al privilegiar patrones dominantes y reducir la visibilidad de propuestas innovadoras o minoritarias (Cohen, 2019:218; Pasquale, 2015:101). Por ello, la regulación no debe limitarse a resolver conflictos individuales, sino configurar condiciones estructurales que preserven competencia y pluralismo.

En este contexto, la regulación jurídica puede articularse en torno a tres ejes interdependientes. El primero es la legalidad y trazabilidad del entrenamiento. Los operadores deben acreditar la licitud de las fuentes utilizadas, el respeto a reservas de derechos y la adopción de medidas preventivas frente a reproducciones sustanciales. Las obligaciones documentales del AI Act pueden servir como instrumento eficaz si se interpretan en conexión con el derecho de autor (Reglamento (UE) 2024/1689, 2024; Quintais, 2025:9).

El segundo eje es la transparencia e información al público. La opacidad de los sistemas dificulta la atribución, la negociación de licencias y la tutela judicial. La Comisión Europea

ha promovido códigos de buenas prácticas y orientaciones sobre etiquetado de contenido generado por IA para reducir asimetrías informativas y facilitar trazabilidad (Comisión Europea, 2025). Estos instrumentos, aunque en parte de *soft law*, complementan el marco vinculante y fortalecen la confianza en el mercado cultural digital.

El tercer eje es la responsabilidad y la distribución de beneficios. En Estados Unidos, la Oficina de Copyright ha iniciado un análisis específico sobre entrenamiento y responsabilidad jurídica (U.S. Copyright Office, 2025a), mientras que la WIPO ha destacado la necesidad de repensar incentivos y mecanismos de compensación en industrias culturales (WIPO, 2024). Ello sugiere que el derecho debe diseñar mecanismos de imputación y reparto adaptados a procesos distribuidos, sin abandonar los fundamentos axiológicos del derecho de autor.

La música cumple una función social que trasciende su explotación económica. La automatización masiva, si no se equilibra con garantías de licitud, transparencia y equidad, puede erosionar la pluralidad estética y consolidar un entorno dominado por criterios algorítmicos. En consecuencia, la clave regulatoria no reside en extender o restringir sin más la protección de outputs, sino en someter entrenamiento, documentación y responsabilidad a estándares verificables y coherentes con los principios del derecho de autor. Solo un enfoque centrado en la regulación del proceso permitirá equilibrar innovación tecnológica, protección de la creatividad humana y sostenibilidad cultural en la sociedad musical algorítmica (Quintais, 2025:12; U.S. Copyright Office, 2025; WIPO, 2024).

9. DERECHO COMPARADO: GOBERNANZA DEL ENTRENAMIENTO, TITULARIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA MÚSICA GENERADA POR IA

El análisis comparado demuestra que las divergencias regulatorias en materia de música generada por inteligencia artificial (IA) no se agotan en la cuestión formal de la titularidad del resultado, sino que responden a una diferencia más profunda: el punto del ciclo tecnológico en el que cada sistema jurídico sitúa su centro de intervención normativa. Mientras algunos ordenamientos concentran su atención en la autoría del *output*, otros desplazan progresivamente el núcleo regulatorio hacia la licitud del entrenamiento, la trazabilidad de los datos y la transparencia de los sistemas que median la creación y circulación cultural. Esta distinción no es meramente técnica; revela concepciones distintas sobre el papel del derecho de autor en un entorno dominado por modelos generativos y plataformas globales.

En la Unión Europea, la arquitectura normativa descansa sobre una doble base complementaria. Por un lado, la Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital introdujo un régimen específico de minería de textos y datos (TDM), diferenciando entre usos con fines de investigación y usos generales, estos últimos sujetos a la posibilidad de reserva expresan de derechos por parte de los titulares. El mecanismo de *opt-out* previsto en el artículo 4 se ha convertido en uno de los ejes centrales del debate contemporáneo, ya que determina cuándo el entrenamiento de modelos generativos sobre repertorios musicales protegidos resulta jurídicamente admisible (Ziaja, 2024:453; Quintais, 2025:6). En consecuencia, la cuestión decisiva ya no es exclusivamente quién es autor del resultado, sino si el proceso de aprendizaje automático respeta las condiciones impuestas por el régimen de propiedad intelectual.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) introduce obligaciones horizontales de gobernanza tecnológica, especialmente para modelos de propósito general capaces de generar contenidos protegidos. Aunque el Reglamento no modifica directamente el régimen de derechos de autor, sí impone deberes de documentación técnica, transparencia y diligencia que inciden en la relación entre entrenamiento algorítmico y obras protegidas. En particular, la exigencia de proporcionar información suficiente sobre el uso de contenidos en el entrenamiento refuerza una lógica preventiva y ex ante, en la que la responsabilidad se articula mediante trazabilidad y cumplimiento técnico verificable (Reglamento (UE) 2024/1689, 2024; Quintais, 2025:9). El modelo europeo, por tanto, no reconoce una autoría algorítmica autónoma, pero sí configura un sistema de responsabilidades centrado en el proceso y en la interacción entre propiedad intelectual y regulación tecnológica.

En contraste, el sistema estadounidense mantiene una orientación doctrinal más estrictamente anclada en la exigencia de autoría humana como condición estructural de protección. La U.S. Copyright Office ha reiterado que el copyright solo ampara obras que incorporen contribución creativa humana significativa, excluyendo aquellas generadas íntegramente por sistemas automatizados (U.S. Copyright Office, 2025:iv). El informe sobre *copyrightability* insiste en que la mera introducción de instrucciones o *prompts* no basta para atribuir autoría, salvo que exista un control creativo sustancial sobre la forma expresiva final. Esta posición preserva la centralidad del creador humano y evita una expansión automática de la protección hacia resultados generados de manera autónoma.

No obstante, el debate estadounidense también ha evolucionado hacia el análisis del entrenamiento. El informe específico sobre *generative AI training* reconoce que la utilización de obras protegidas para entrenar modelos plantea cuestiones complejas relativas a licencias, *fair use* y responsabilidad, cuyo examen debe atender a la escala del uso, su finalidad y su impacto económico sobre los titulares (U.S. Copyright Office, 2025a). De este modo, aunque los fundamentos conceptuales difieran, tanto el modelo europeo como el estadounidense convergen en un punto esencial: el conflicto jurídico principal no reside únicamente en el resultado generado, sino en el uso de repertorios protegidos como insumo del sistema.

Otros ordenamientos, como el del Reino Unido y Australia, habían desarrollado soluciones intermedias que reconocían protección a obras generadas por computadora cuando existía intervención humana relevante. Sin embargo, tales construcciones fueron concebidas para tecnologías anteriores y resultan hoy insuficientes frente a modelos generativos de gran escala integrados en plataformas transnacionales. El desafío contemporáneo no consiste ya en identificar un “autor sustituto”, sino en gobernar sistemas complejos que combinan entrenamiento masivo, generación automatizada y distribución algorítmica.

En el plano internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO) ha subrayado que la IA generativa obliga a reconsiderar la interacción entre propiedad intelectual, datos y gobernanza tecnológica, destacando la necesidad de coordinación transfronteriza para evitar fragmentación normativa y desequilibrios competitivos (WIPO, 2024). La dimensión global del fenómeno impide soluciones exclusivamente nacionales, dado que los modelos y las plataformas operan a escala internacional y el entrenamiento suele involucrar repertorios provenientes de múltiples jurisdicciones.

En síntesis, el derecho comparado muestra tres tendencias convergentes: la preservación de la autoría humana como principio estructural del copyright; el desplazamiento progresivo del debate hacia la gobernanza del entrenamiento y la licitud del uso de datos protegidos; y la incorporación creciente de obligaciones de transparencia, documentación técnica y cumplimiento *ex ante*. La armonización internacional no pasa necesariamente por reconocer personalidad jurídica a la IA, sino por coordinar marcos regulatorios que integren propiedad intelectual y regulación tecnológica dentro de un sistema coherente de responsabilidades.

10. LÍMITES ESTRUCTURALES DEL DERECHO DE AUTOR Y RECONSTRUCCIÓN NORMATIVA ANTE LA MÚSICA GENERADA POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La música generada por inteligencia artificial (IA) revela tensiones estructurales del derecho de autor que no se resuelven con una respuesta binaria —reconocer o negar— la titularidad jurídica del resultado. El problema central no consiste tanto en decidir si un sistema algorítmico “puede ser autor”, cuanto en comprender cómo la creación automatizada altera los presupuestos conceptuales, económicos e institucionales del régimen clásico de protección, y qué instrumentos jurídicos permiten gobernar el proceso tecnológico completo.

En el plano conceptual, el requisito de originalidad entendido como expresión personal del autor humano entra en fricción con la lógica de la generación algorítmica. Los modelos de aprendizaje profundo pueden producir combinaciones inéditas de notas, armonías y estructuras con coherencia formal, pero esa novedad proviene de operaciones estadísticas y no de una intención creativa consciente en sentido jurídico (Huang et al., 2018:15). La exigencia de contribución humana que refleje personalidad o elección intelectual preserva la

coherencia del fundamento personalista del derecho de autor (Piñar, 2020:45), pero al mismo tiempo excluye de protección una parte creciente de producción cultural automatizada. Se genera así un espacio híbrido: obras social y económicamente relevantes que no encajan plenamente en categorías jurídicas tradicionales.

Esta tensión conceptual produce consecuencias prácticas. Si las composiciones generadas íntegramente por IA no son protegibles por falta de autor humano, pueden circular sin estatuto jurídico claro, aumentando la incertidumbre sobre explotación económica y sobre apropiaciones por terceros. Si, en cambio, se extendiera la protección sin exigir intervención humana significativa, se vaciaría el requisito de autoría y se erosionaría la arquitectura del sistema. El informe de la U.S. Copyright Office sobre “Copyrightability” fija precisamente esta línea divisoria: la protección no debe extenderse automáticamente a resultados generados por sistemas automatizados cuando no exista control creativo humano sustancial (U.S. Copyright Office, 2025:iv). De ahí que el dilema sea estructural: preservar el núcleo del derecho de autor sin ignorar la realidad productiva contemporánea.

En el plano económico, la creación algorítmica introduce dinámicas de concentración de valor que tensionan el equilibrio clásico entre autores, intermediarios y explotadores. La generación a escala, optimizada para plataformas digitales mediante análisis predictivo y segmentación de audiencias, favorece a desarrolladores, proveedores de modelos y plataformas con acceso a datos masivos y capacidad computacional. Si no existen reglas claras sobre licenciamiento del entrenamiento y reparto de beneficios, el valor puede ser capturado estructuralmente por infraestructuras tecnológicas, desplazando a compositores humanos (Koopman, 2020:78). Por ello, el conflicto económico no se agota en la titularidad del output: se despliega sobre la arquitectura misma del proceso productivo.

La literatura reciente subraya que el equilibrio entre innovación e incentivos creativos depende, en gran medida, de la efectividad de mecanismos verificables en el entrenamiento. En la UE, los debates sobre minería de textos y datos (TDM) y la posibilidad de reserva de derechos por los titulares se vuelven decisivos para definir el perímetro de licitud del entrenamiento y las condiciones de mercado que de él derivan (Quintais, 2025:12). La cuestión no es solo si una obra final infringe, sino si el aprendizaje se alimenta de repertorios protegidos sin trazabilidad, sin documentación y sin mecanismos de respeto a la voluntad del titular. Sin instrumentos de transparencia y acreditación, la economía de la música generativa puede consolidar una asimetría duradera entre quienes controlan la infraestructura y quienes producen creatividad humana.

En el plano estructural, emerge una tensión aún más profunda vinculada a la opacidad y la rendición de cuentas en sistemas algorítmicos complejos. Los modelos generativos no operan aislados: se articulan con algoritmos de recomendación y con infraestructuras de distribución que deciden visibilidad, monetización y legitimación cultural. En conjunto, actúan como mediadores normativos indirectos en el mercado musical (Pasquale, 2015:99). La opacidad del entrenamiento y del funcionamiento interno dificulta identificar reproducciones sustanciales, apropiaciones estilísticas o internalización de patrones protegidos. Sin trazabilidad clara se debilita la capacidad de ejercer derechos, reclamar compensaciones o probar infracciones. En términos regulatorios, esto desplaza el foco desde la definición ontológica de autor a la gobernanza de información, pruebas y cumplimiento.

En este marco, la introducción de obligaciones ex ante de documentación, transparencia y evaluación de riesgos adquiere relevancia sistémica. El Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) no redefine la autoría, pero establece un marco de gobernanza tecnológica que puede reforzar indirectamente la efectividad del derecho de autor al exigir información sobre funcionamiento y entrenamiento (Reglamento (UE) 2024/1689, 2024). Se produce así una interacción decisiva entre propiedad intelectual y regulación de IA: la respuesta jurídica adecuada no consiste solo en ajustar categorías de titularidad, sino en articular mecanismos que operen sobre el ciclo completo de creación y distribución.

En paralelo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO) destaca que la IA generativa obliga a reconsiderar la arquitectura institucional del sistema de propiedad intelectual, incluyendo licencias colectivas, gestión de datos y cooperación internacional

(WIPO, 2024). La dimensión transfronteriza de plataformas y modelos refuerza la necesidad de coordinación normativa y estándares comunes: un ecosistema global no puede gobernarse eficazmente mediante fragmentación regulatoria, porque los incentivos y prácticas se desplazan hacia jurisdicciones más laxas o más opacas.

Sobre estas bases, la reconstrucción conceptual y el modelo normativo para la música en la era de la IA no pueden consistir en una extensión analógica del derecho de autor clásico. La aparición de sistemas generativos capaces de producir composiciones autónomas desplaza el problema desde la identificación del “autor” hacia la gobernanza del proceso: entrenamiento con repertorios protegidos, transparencia sobre generación, intermediación algorítmica y distribución del valor económico. Esto exige un modelo normativo estructurado en torno a deberes exigibles para los distintos actores del ecosistema musical digital.

El primer eje de reconstrucción es la protección de la creatividad humana mediante una delimitación operativa de la intervención relevante. La doctrina institucional estadounidense reafirma que la copyrightabilidad exige autoría humana suficiente y que el uso de herramientas generativas puede coexistir con protección si existe control creativo discernible (U.S. Copyright Office, 2025:iv). Ello obliga a precisar “intervención significativa” con criterios verificables —por ejemplo, selección sustantiva, edición y dirección creativa— evitando fórmulas retóricas. El objetivo no es reconocer a la máquina como autora, sino preservar un estándar de imputación humana que mantenga la coherencia del sistema.

En la UE, la discusión se desplaza hacia licitud del entrenamiento y coordinación entre derecho de autor y regulación de IA. La Directiva (UE) 2019/790 diseñó un régimen de TDM que permite ciertos usos y reconoce la posibilidad de reserva de derechos por los titulares (Directiva (UE) 2019/790, 2019: art. 4). La efectividad del *opt-out* se ha convertido en un punto crítico del debate, especialmente en música, donde el entrenamiento puede afectar repertorios y mercados consolidados (Ziaja, 2024:453; Quintais, 2025:5). Un modelo normativo robusto debe incorporar trazabilidad de fuentes y acreditación de licitud, evitando que la innovación erosione derechos patrimoniales por interpretaciones expansivas de excepciones.

El segundo eje es la transparencia y trazabilidad del contenido generado. El AI Act establece deberes de transparencia en relación con contenidos generados o manipulados (Reglamento (UE) 2024/1689, 2024), especialmente relevantes en música por sus efectos contractuales y reputacionales: no es indiferente si una pieza es humana, asistida o automática. Instrumentos de *soft law*, como códigos de práctica sobre marcado y etiquetado, apuntan a metadatos verificables, mecanismos de etiquetado y documentación que permitan identificar el grado de intervención algorítmica (Comisión Europea, 2025; Comisión Europea, 2025a).

El tercer eje es la distribución equitativa del valor. La atribución formal de derechos puede ser insuficiente para evitar capturas por plataformas; se requieren soluciones híbridas que combinen licencias, estándares de información y deberes de diligencia (European Parliament, 2025:17; U.S. Copyright Office, 2025a). Opciones como licencias colectivas ampliadas para ciertos usos de entrenamiento, cláusulas tipo y obligaciones mínimas de reporte sobre categorías de datos son vías plausibles para equilibrar innovación y sostenibilidad creativa (Quintais, 2025:12).

Finalmente, el modelo debe integrar la dimensión ética y cultural: la IA no es neutral, reproduce sesgos y puede invisibilizar expresiones minoritarias. WIPO subraya que la gobernanza de IA generativa debe compatibilizar innovación con preservación de diversidad cultural y respeto de la propiedad intelectual (WIPO, 2024). En conjunto, la tensión central no es ontológica —si la IA “puede ser autora”— sino normativa: cómo gobernar entrenamiento, generación y circulación mediante obligaciones de transparencia, licenciamiento y responsabilidad distribuida, preservando la función cultural, económica y social del derecho de autor en la era de la música generada por IA.

11. REGULACIÓN EX ANTE, SOFT LAW Y ARQUITECTURA DE CUMPLIMIENTO

La velocidad de la innovación tecnológica hace insuficiente una regulación exclusivamente reactiva. La experiencia reciente demuestra que, cuando el derecho interviene solo tras la consolidación de prácticas industriales, la capacidad correctiva se reduce y la captura de mercado se encuentra ya consolidada. Por ello, la regulación de la música generada por IA debe estructurarse de manera predominantemente ex ante, integrando obligaciones preventivas en el diseño, entrenamiento y despliegue de sistemas.

El AI Act constituye un ejemplo paradigmático de esta aproximación preventiva. Aunque no regula específicamente la música, impone obligaciones a proveedores de sistemas de IA, particularmente en relación con modelos de propósito general, que incluyen requisitos de documentación, evaluación de riesgos y transparencia (Reglamento (UE) 2024/1689, 2024). Esta arquitectura puede proyectarse sobre el sector musical como estándar mínimo de diligencia tecnológica. Asimismo, el recurso a instrumentos de *soft law*—códigos de conducta, estándares técnicos y guías interpretativas— permite adaptar la regulación a la rápida evolución de modelos generativos sin sacrificar seguridad jurídica (Comisión Europea, 2025a).

En el ámbito estadounidense, los informes de la U.S. Copyright Office han contribuido a delimitar criterios sobre autoría humana y entrenamiento, proporcionando orientaciones administrativas que, si bien no constituyen legislación formal, influyen decisivamente en la práctica industrial y judicial (U.S. Copyright Office, 2025; U.S. Copyright Office, 2025a). Este tipo de producción normativa flexible demuestra que la combinación de *hard law* y *soft law* puede ofrecer un equilibrio dinámico entre previsibilidad y adaptabilidad.

La arquitectura de cumplimiento debe, por tanto, articularse en torno a deberes verificables: documentación técnica del entrenamiento, mecanismos de trazabilidad, canales de reclamación accesibles y auditorías independientes cuando proceda. Este enfoque desplaza el debate desde formulaciones programáticas hacia instrumentos operativos, reforzando la credibilidad y efectividad del modelo regulatorio.

12. FUNCIÓN ESTRUCTURANTE DEL DERECHO EN ENTORNOS CREATIVOS AUTOMATIZADOS

En entornos creativos automatizados, el derecho no se limita a proteger derechos subjetivos ni a resolver controversias individuales; cumple una función estructurante del ecosistema cultural. La música generada por IA constituye un espacio donde convergen intereses económicos, valores culturales y principios éticos, y donde la arquitectura tecnológica condiciona la distribución de oportunidades y visibilidad.

La función protectora del derecho se manifiesta en la salvaguarda de la creatividad humana y en la garantía de remuneración e integridad moral. Sin embargo, su función reguladora adquiere especial relevancia en la definición de incentivos y límites para la explotación tecnológica. Ello implica establecer estándares de diligencia para proveedores y plataformas, garantizar transparencia frente a consumidores y preservar la diversidad cultural frente a dinámicas de homogeneización algorítmica (Cohen, 2019:223; WIPO, 2024).

En este contexto, el derecho actúa como mediador entre innovación y justicia cultural. La transición desde un modelo centrado exclusivamente en la obra individual hacia un modelo relacional y sistémico exige reconocer la interdependencia entre autor humano, desarrollador tecnológico, plataforma y público. El marco normativo debe, por tanto, configurar las condiciones estructurales de interacción, integrando propiedad intelectual, regulación tecnológica y política cultural en una arquitectura coherente.

De este modo, la regulación de la música en la era de la IA no puede concebirse como una defensa estática de categorías tradicionales ni como una aceptación acrítica de la automatización. Debe configurarse como un sistema dinámico de obligaciones, incentivos y garantías que preserve la centralidad de la creatividad humana, fomente la innovación

responsable y asegure la sostenibilidad cultural en un entorno profundamente mediado por algoritmos (De Miguel Asensio, 2021:160; Quintais, 2025:15).

13. CONCLUSIONES

La transformación de la sociedad musical mediante inteligencia artificial no constituye una mera evolución tecnológica de los instrumentos creativos, sino una mutación estructural del ecosistema cultural y jurídico en el que se inscribe la música. La IA opera simultáneamente como infraestructura de generación, arquitectura de visibilidad y dispositivo de organización económica, reconfigurando las relaciones entre creación, circulación y monetización. En consecuencia, el debate jurídico no puede agotarse en la pregunta clásica por la autoría del *output*, sino que debe desplazarse hacia la gobernanza del *proceso* que hace posible la producción y circulación algorítmica de obras musicales.

El análisis desarrollado permite sostener que el núcleo del problema jurídico no reside en decidir si una máquina puede ser autora, sino en determinar en qué condiciones la intervención humana alcanza relevancia creativa suficiente para satisfacer el estándar europeo de originalidad —expresión de elecciones libres y creativas— y, correlativamente, cómo se gobierna el uso de repertorios protegidos en el entrenamiento de modelos. Esta doble dimensión —atribución del resultado y licitud del input— redefine el campo de aplicación del derecho de autor en entornos generativos.

En el plano de la creación, el artículo ha propuesto un test de control creativo humano cualificado que permite distinguir entre mera asistencia técnica y verdadera autoría humana jurídicamente relevante. Este test no se limita a formular criterios abstractos, sino que opera como estándar probatorio: exige decisiones estructurales verificables sobre la forma final de la obra, trazabilidad del proceso creativo y capacidad de atribución sustantiva del resultado. De este modo, se evita tanto la exclusión automática de obras asistidas por IA como la extensión acrítica de protección a outputs esencialmente autónomos. La originalidad se reconduce así a su fundamento normativo: la imputabilidad creativa humana.

Sin embargo, la autoría del resultado no agota la cuestión regulatoria. La fase de entrenamiento de modelos —particularmente en el marco de la minería de textos y datos y del régimen de reservas de derechos— constituye el punto de fricción más sensible entre innovación tecnológica y tutela patrimonial. La interacción entre la Directiva (UE) 2019/790 y el Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) confirma que la regulación contemporánea tiende a articular obligaciones *ex ante* de documentación, transparencia y cumplimiento técnico que condicionan la legitimidad del proceso algorítmico. El desplazamiento del eje regulatorio hacia la gobernanza del entrenamiento y la trazabilidad no debilita el derecho de autor; lo actualiza frente a arquitecturas de producción masiva basadas en datos.

En el plano industrial, la mediación algorítmica introduce un poder normativo indirecto que incide en la visibilidad y remuneración de los creadores. Las plataformas no solo distribuyen música: organizan jerarquías culturales mediante sistemas de recomendación y optimización métrica. Este fenómeno exige integrar la propiedad intelectual con reglas de transparencia y responsabilidad que impidan la captura estructural del valor cultural por infraestructuras tecnológicas dominantes.

Sobre esta base, el trabajo ha sistematizado un modelo normativo integrado T-T-C (Trazabilidad–Transparencia–Compensación), concebido como régimen operativo y no como mera formulación programática. El primer eje —Trazabilidad— impone deberes de documentación y reconstrucción del ciclo de entrenamiento y generación, habilitando auditoría y carga dinámica de la prueba. El segundo —Transparencia— exige etiquetado y proveniencia verificable de contenidos generados o modificados por IA, en coherencia con las obligaciones emergentes del AI Act. El tercero —Compensación— articula mecanismos de licenciamiento y reparto de valor que eviten desplazamientos estructurales de ingresos cuando el entrenamiento o explotación extrae valor de repertorios protegidos.

Este modelo no pretende sustituir la arquitectura clásica del derecho de autor, sino complementarla mediante técnicas de cumplimiento ex ante, estándares verificables y mecanismos institucionales capaces de operar en entornos automatizados. La regulación adecuada no consiste en prohibir o en reconocer indiscriminadamente, sino en estructurar deberes proporcionales que preserven la creatividad humana, garanticen transparencia tecnológica y sostengan la diversidad cultural.

En definitiva, la inteligencia artificial redefine la sociedad musical porque altera las condiciones de producción, circulación y legitimación cultural. Frente a ello, el derecho debe adoptar una función estructurante y no meramente reactiva. La aportación de este trabajo reside en haber identificado puntos normativamente accionables —control creativo, gobernanza del entrenamiento, trazabilidad, transparencia y compensación— que permiten traducir principios éticos y culturales en obligaciones jurídicas concretas. Solo mediante una regulación integrada, técnicamente informada y orientada a la verificabilidad será posible asegurar que la innovación algorítmica fortalezca —y no erosione— el ecosistema musical contemporáneo.

14. BIBLIOGRAFÍA

- M. CSIKSZENTMIHALYI, *Creativity: Flow and the Psychology of Discovery and Invention* (HarperCollins 1996).
- M. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho y Tecnología: Nuevas Formas de Autoría y Propiedad Intelectual* (Dykinson 2021).
- L. FLORIDI, *The Ethics of Artificial Intelligence: Mapping the Debate* (Oxford Univ. Press 2019).
- L. GOEHR, *The Imaginary Museum of Musical Works: An Essay in the Philosophy of Music* (Clarendon Press 1992).
- C. KOOPMAN, *Artificial Intelligence and Copyright Law: A Comparative Approach* (Routledge 2020).
- F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* (Harvard Univ. Press 2015).
- F. PIÑAR, *Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías: Desafíos de la Inteligencia Artificial* (Tirant lo Blanch 2020).
- T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos de Derecho Penal* (Tirant lo Blanch 2011).
- N. BOSTROM & E. YUDKOWSKY, The Ethics of Artificial Intelligence, in *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence* 67 (Keith Frankish & William Ramsey eds., Cambridge Univ. Press 2014).
- M. PÉREZ PÉREZ & L. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Algunas Acotaciones sobre los Actuales Modelos de Teoría de la Legislación, in *Nuevos Modelos de Teoría de la Legislación* 34 (P. Rodríguez Pérez & M. Ramos Ramos comps., Teorema 2014).
- Sarah COHEN, Algorithmic Mediation in Music Consumption: Cultural and Social Implications, 4 *J. Cultural Analytics* 205 (2019).
- Roger COTTERRELL, The Politics of Jurisprudence Revisited: A Swedish Realist in Historical Context, 28 *Ratio Juris* 1 (2015).
- S. DUSOLLIER, Copyright and Generative AI: Opinion, 16 *JIPITEC* (2025).
- J. C. GINSBURG, Authorship and Artificial Intelligence, 42 *Colum. J.L. & Arts* 51 (2019).
- D. HERREMANS, C. H. CHUAN & E. CHEW, A Functional Taxonomy of Music Generation Systems, 50 *ACM Computing Surveys* 1 (2017).
- C. Z. ANNA HUANG et al., Music Transformer: Generating Music with Long-Term Structure, arXiv (2018), <https://arxiv.org/abs/1809.04281>.

- J. P. QUINTAIS, *Generative AI, Copyright and the AI Act*, 56 *Comput. L. & Sec. Rev.* (2025).
- S. ROMERO CARRASCAL, *Archivos y Delitos: La Actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico* (2008), <http://www.arxiv.org/abs/2008.08052>.
- G. M. ZIAJA, *Text and Data Mining Opt-Out in Article 4(3) CDSMD*, 19 *J. Intell. Prop. L. & Prac.* 453 (2024).
- Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act), 2024 O.J. (L 1689), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng>.
- European Parliament, *Generative AI and Copyright* (Policy Dep't for Citizens' Rights & Constitutional Affairs 2025), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU\(2025\)774095_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU(2025)774095_EN.pdf).
- European Commission, *Code of Practice on Marking and Labelling of AI-Generated Content* (2025), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-ai-generated-content>.
- European Commission, *First Draft of the Code of Practice on Marking and Labelling of AI-Generated Content* (2025), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-publishes-first-draft-code-practice-marking-and-labelling-ai-generated-content>.
- U.S. Copyright Office, *Copyright and Artificial Intelligence: Part 1—Digital Replicas* (2024), <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-1-Digital-Replicas-Report.pdf>.
- U.S. Copyright Office, *Copyright and Artificial Intelligence: Part 2—Copyrightability* (2025), <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report.pdf>.
- U.S. Copyright Office, *Copyright and Artificial Intelligence: Part 3—Generative AI Training* (Pre-Publication Version 2025), <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-3-Generative-AI-Training-Report-Pre-Publication-Version.pdf>.
- World Intellectual Property Organization (WIPO), *Generative AI: WIPO Conversation* (2024), <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2024-2-en-wipo-conversation-generative-ai.pdf>.
- World Intellectual Property Organization (WIPO), *Generative Artificial Intelligence: Patent Landscape Report* (2024).

Recensión a Javier González Martín: Los elementos formativos de la Historia Tiempo, mito, generación. ilustración, progreso, crisis y barbarie. Córdoba Almuzara. 2025

Julio César Muñiz Pérez
P.P.L. Derecho Financiero (acreditado Titular). UNED.
ORCID: 0000-0001-9571-5866

El libro del profesor González Martín constituye una reflexión historiográfica que busca enfrentar una de las debilidades recurrentes de la disciplina: el uso acrítico de conceptos importados de otras áreas del conocimiento. Con frecuencia, los historiadores los aplican de manera mecánica, sin reparar en su significado específico ni en la necesidad de adecuarlos al análisis histórico. Frente a esta limitación, el autor propone un esfuerzo consciente de revisión conceptual, inspirado en los planteamientos de Reinhart Koselleck y su *Historia conceptual* (1998). Su objetivo es doble: por un lado, solventar las lagunas metodológicas en el manejo de categorías fundamentales; por otro, actualizar la práctica de la historia mediante una aproximación interdisciplinaria.

El texto se presenta como un ejercicio de renovación historiográfica en el que la historia se entiende no solo como narración de hechos, sino como acción y dinamismo. Esta perspectiva abre nuevos horizontes interpretativos, enriquece los procesos de investigación y ofrece explicaciones novedosas para fenómenos históricos complejos. El libro, en consecuencia, no se limita a señalar errores, sino que construye una propuesta metodológica que combina rigor conceptual, sensibilidad interdisciplinaria y creatividad intelectual.

Uno de los ejes principales de la obra es el análisis del tiempo y sus múltiples formas. González Martín señala que la temporalidad histórica no debe reducirse a su dimensión cronológica, pues existen experiencias atemporales vinculadas a la memoria, la literatura o incluso los sueños, como ocurría en la antigüedad con las premoniciones. Para profundizar en ello, distingue entre cronos, kairos, aion y pléroma: el primero corresponde a la sucesión de hechos; el segundo, al momento oportuno cargado de sentido; el tercero, a una percepción psicológica más amplia del tiempo; y el cuarto, al instante de revelación de carácter religioso. Esta clasificación enriquece la comprensión del pasado al reconocer que los actores históricos no se movían únicamente en un marco de fechas y cronologías, sino también en horizontes simbólicos y existenciales.

Otro concepto central es el mito, que el autor rescata de interpretaciones reductoras. En lugar de considerarlo mera ficción, lo entiende como un componente psicológico y cultural con capacidad para estructurar creencias colectivas. El mito, en este sentido, es inseparable de la historia, pues configura narrativas de identidad y legitima prácticas sociales. Esta visión se complementa con la categoría de generación, analizada en la tradición de Ortega y Gasset, Laín Entralgo y Julián Marías. Las generaciones no son solo recambios biológicos, sino fuerzas que marcan transformaciones de mentalidad, con implicaciones en la vida política, científica y literaria. De este modo, estudiar las generaciones equivale a rastrear el pulso del cambio social.

La triada de tiempo, mito y generación se acompaña de otras categorías igualmente significativas. El autor dedica espacio a examinar el progreso y la civilización, conceptos que suelen presentarse como contrarios a la barbarie, pero que conllevan tensiones y ambigüedades. A ello añade nociones como conciencia, identidad y memoria, cuya interrelación resulta clave para entender los vínculos entre el pasado y el presente. Para

González Martín, el estudio histórico carecería de sentido sin la curiosidad, la innovación cultural y el deseo de transgredir los límites impuestos por la rutina archivística. En consecuencia, la labor del historiador no debe reducirse a recopilar datos, sino que exige una interpretación creativa y crítica.

En el plano metodológico, la obra refleja una aspiración a la “historia total”, heredera de la tradición francesa, pero adaptada a los debates actuales. González Martín reconoce el valor de las herramientas digitales, aunque enfatiza que su función es auxiliar y no sustitutiva del pensamiento crítico. La verdadera innovación, sostiene, no se logra mediante la mera digitalización de archivos, sino a través de la capacidad del investigador de plantear nuevas preguntas y abrir debates abiertos. En este sentido, el libro no es solo un manual conceptual, sino una invitación a repensar la práctica misma de la historiografía.

La obra de González Martín se erige como una contribución significativa a la renovación metodológica de la historia. Su atención a los conceptos fundamentales —tiempo, mito, generación, progreso, civilización, identidad y memoria— proporciona un marco teórico sólido para comprender los procesos históricos más allá de la simple cronología. La propuesta de integrar categorías psicológicas, literarias y religiosas en el análisis abre el campo a una interdisciplinariedad enriquecedora, sin perder el rigor propio de la disciplina.

En suma, esta obra no se limita a diagnosticar las limitaciones del oficio historiador, sino que ofrece una vía metodológica para superarlas. Su invitación a debatir y a repensar la práctica histórica la convierte en una lectura fundamental tanto para especialistas como para lectores interesados en los fundamentos de la historiografía. Se trata, en definitiva, de un texto que combina profundidad conceptual, amplitud cultural y capacidad de atracción, atributos que lo consolidan como una propuesta estimulante para el estudio de la historia en el siglo XXI.

**DECÁLOGO DE INSTRUCCIONES EN LA REVISTA
REDS INSTRUCTA**

1. PRESENTACIÓN DE TRABAJOS
2. DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD
3. EVALUACIÓN Y VERIFICACIÓN
4. LOS REVISORES POR PARES (PEER REVIEWERS)
5. PLAZOS DE ENTREGA Y PUBLICACIÓN
6. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS: PARÁMETROS BÁSICOS EN SU CONTENIDO
7. INSTRUCCIONES DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS
8. LAS PERSPECTIVAS DE GÉNERO EN LOS CONTENIDOS DE LOS TRABAJOS
9. LOS CRITERIOS SOBRE EL CONTENIDO MATERIAL EXIGIDO
10. FORMATO, COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURAS EN LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS

1.- PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

Sólo se aceptarán trabajos realizados por doctores universitarios, en su defecto, firmados por un doctor en la materia del que vayan acompañados en el artículo. Si es un experto en la materia y no es doctor, la decisión final sobre la posible publicación, la tomará el Consejo Editorial.

El idioma en el que se pueden presentar los artículos es el español e inglés preferentemente, pero se aceptarán en cualquier lengua oficial de la Unión Europea.

Los manuscritos deberán expresar el título en castellano y en inglés. Deberá, asimismo, figurar el nombre y apellidos del autor/a, haciendo constar el cargo y/o categoría académico-profesional y centro de trabajo o Universidad. Deberá además realizar un resumen en castellano y un *abstract* en inglés y además palabras clave y *keywords* en inglés. También es obligatorio el uso del número del ORCID para los autores que dispongan de él.

En su caso, le será remitido al autor/a del manuscrito, siempre que lo solicite, un certificado de la publicación del trabajo.

Ni la Editorial ni la Revista se responsabilizarán de las opiniones mantenidas en las publicaciones.

Asimismo, se incorpora una **plantilla (PLANTILLA REDS)** para cumplir con los estándares editoriales en aras a buscar una uniformidad formal de los trabajos que deberá ser utilizada por los autores y entregar al final de su trabajo implementado en ella.

2.- DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Los manuscritos enviados deberán ser originales, inéditos y en ningún caso cuestionándose su autenticidad.

La cesión a REDS y la Editorial será en formato electrónico.

Los manuscritos, además de ser originales, no habrán tenido que publicarse en otras revistas de ámbito nacional o internacional.

Los manuscritos deberán respetar y cumplir lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual vigente en cuanto a autenticidad de su contenido.

Asimismo, se respetará el cumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos Europeo en cuanto al tratamiento de los datos personales con relación a la publicación de los trabajos presentados a la Revista.

En ningún caso serán admitidos trabajos de fin de grado o fin de máster.

Se prohíbe el uso de Inteligencia Artificial (IA) en la realización de los artículos.

3.- EVALUACIÓN Y VERIFICACIÓN

La evaluación de los trabajos y su verificación se hará por pares ciegos, quien al final de la revisión, del mismo modo, remitirán al responsable/coordinador/a de las revisiones su informe para enviarla al autor/a (omitiéndose cualquier dato personal del verificador/a) como asimismo el criterio de evaluación estimatorio o no para su publicación.

4.- LOS REVISORES POR PARES (PEER REVIEWERS)

Los revisores/as deberán ser externos a la Editorial de la Revista.

Sólo se aceptarán artículos que sean actuales y originales y que tengan relación con los ejes temáticos de la Revista y habida cuenta de la calidad y suficiencia investigadora, la remisión de pares ciegos será considerada en cuenta para el equipo directivo. Si hay dudas sobre su publicación, la decisión final la tomará el Consejo Editorial de la Revista.

El autor/a entregará el trabajo objeto de remisión, una vez subsanado, en el plazo no superior a una semana desde su recepción. De no cumplirse, podrá desestimarse su publicación y, si finalmente se rechazase, será remitido a su autor/a para que decida a su criterio (*ad libitum*) el destino de su publicación.

5.- PLAZOS DE ENTREGA Y PUBLICACIÓN

En cuanto a los plazos de envío, considerando que la Revista tiene carácter semestral o bianual, en el primer período se entregarán los trabajos desde el 1 de enero hasta el 21 de junio y el segundo período comenzará desde el 22 de junio hasta el 31 de diciembre para los manuscritos se correspondiesen al segundo semestre.

6.- EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS: PARÁMETROS BÁSICOS EN SU CONTENIDO

La extensión de los trabajos no podrá exceder de los 50.000 caracteres, es decir, con un mínimo de 15 hojas y máximo de 30 hojas (incluidas las notas a pie de página y la bibliografía).

En el caso de las reseñas, no superarán los 10.000 caracteres no excediéndose de las 4 páginas.

El autor/a, para una política más efectiva y comprometida con el rigor y excelencia del manuscrito, deberá presentar dos versiones del trabajo, una completa y otra anónima, prescindiendo de datos personales y/o de identificación. También en los archivos PDF deberán eliminarse los nombres de los autores/as.

7.- INSTRUCCIONES DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS.

El envío de los originales será vía *online*, se remitirá al correo electrónico de su Director, el profesor Ignacio Lledó Benito (illedo@us.es).

Se permite a los autores/as depositar sus trabajos en repositorios institucionales después de la publicación del número correspondiente en la Revista REDS, en acceso abierto (*open science*) y en relación con la Estrategia Nacional de Ciencia Abierta 2023-2027 (ENCA). Recordando que la Revista REDS nació con ese compromiso de acceso libre y democrático a la Ciencia en el año de su fundación en 2013.

8.- LAS PERSPECTIVAS DE GÉNERO EN LOS CONTENIDOS DE LOS TRABAJOS

En cuanto al cumplimiento de políticas de género y normas deontológicas y/o éticas, la Revista REDS garantiza un porcentaje de un 50% de mujeres en la composición de los diferentes consejos, áreas y/o secciones en la Revista. Asimismo, con los/las revisores y verificadores.

La revista REDS recomienda el uso de un lenguaje inclusivo en la redacción de los manuscritos enviados.

La Revista REDS dará preferencia siempre a aquellos trabajos que promuevan y fomenten políticas en igualdad de género.

9.- LOS CRITERIOS SOBRE EL CONTENIDO MATERIAL EXIGIDO

El contenido del manuscrito entregado para su publicación en red deberá ajustarse a los siguientes criterios:

1. Título del manuscrito en español y en inglés.
2. Nombre completo del autor/a o autores/as (máximo 2), con indicación de su contacto.

3. Un resumen en castellano y *abstract* en inglés con un máximo de 1.500 caracteres, 250 palabras en español y en inglés.
4. Palabras clave: entre 5 y 10, un máximo de 4 líneas en español e igualmente *keywords* en inglés.
5. Sumario. síntesis del trabajo, máximo 4 líneas.
6. El texto del artículo, en español con una extensión mínima de 30 hojas.
7. Bibliografía. Al final del texto se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas más importantes empleadas en la elaboración del artículo, ordenadas alfabéticamente, y los trabajos del mismo autor/a se seguirá un criterio cronológico según el año de publicación.
Ello no obsta a que en la elaboración del trabajo deberá constar las notas a pie de página en el documento objeto de publicación.
8. El autor/a podrá incorporar en el texto o pie de página del artículo referencias a otros documentos que considere oportunos.

10.- FORMATO, COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURAS EN LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS

Las normas de estilo seguirán los siguientes criterios:

Las citas bibliográficas deberán seguir la norma vigente UNE-ISO 690-2024 (que adopta la ISO 690-2021). Son las directrices para la redacción de referencias bibliográficas.

Se resaltarán asimismo el uso del número de ORCID para autores/as debajo de su nombre y centro o institución académica.

Tipo y tamaño de letra. Times New Roman, 12 (10 para las notas a pie de página, espacio 1,5).

Márgenes. Se emplearán los siguientes: superior e izquierdo, 3 cm; inferior y derecho, 2 cm. Se aceptarán igualmente los que aplican por defecto los

procesadores de texto (2,5 cm superior e inferior y 3 cm izquierdo y derecho.

Notas a pie de página: para las notas a pie de página seguimos las normas elaboradas por la Facultad de Derecho para la realización de trabajos por parte de los alumnos/as.

Libros

GIL MEMBRADO, C. *Riesgos del uso de algoritmos en el diagnóstico y en la investigación biomédica*. Edit. REUS, 2023.

ZORRILLA RUIZ, M^a M^a. *Teoría General del Derecho*, (segunda edición), Edit. Dikynson, 2005.

Capítulos de libros

CRUZ BLANCA, M^a. J. “La sexualización de las tecnologías. Los delitos del ciberembaucamiento con fines sexuales del art. 183 ter del Código penal” en *La Robótica, la Inteligencia artificial en la nueva era de la Revolución industrial 4.0* (dirs.) LLEDÓ YAGÜE, F. / BENÍTEZ ORTÚZAR, I. / MONJE BALMASEDA, O. Colección IA, Robots y Bioderecho, Edit Dikynson, 2021.

Artículos publicados en revistas y en periódicos. Artículo de un autor/a

VERDA Y BEAMONTE. J.R. “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad. Interpretados por la reciente jurisprudencia” en *Revista jurídica del Notariado*, nº 115 julio-diciembre 2022, págs. 84-114.

Informes de instrucciones

Nombre completo de la instrucción (ej. Organización Mundial de la Salud [OMS], 2025. Informe sobre la vulnerabilidad y mundialización y sanidad 2024.

-Ministerio / Gobierno / etc. Informe anual en <https://URL>

-ONU /Asamblea General / Consejo de Seguridad, N° resolución /
título / fecha / fuente

Documentos difundidos en Internet

- Autor/a: persona o institución y/o organismo
- Título: en cursiva
- Fecha
- Sitio web
- URL. La dirección completa <http://...>
ejemplo: LLEDÓ YAGÜE, F. / ZORRILLA RUIZ, M. M.
Reinserción, Código penal y Sociedad, 11 de diciembre de 1995
<https://elpais.com/diario/1995/12/11/opinion/>

Jurisprudencia

Jurisprudencia de organismos internacionales

Se utilizará el formato oficial, si lo hubiera, manejado por el órgano en cuestión. Para citar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: Nombre del caso, (PARTE). Tipo de documento (sentencia opinión), fecha ICJ Reports (año), página. Asimismo, se indicará el párrafo específico.

Para citar jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE es necesario incluir el número de asunto, el nombre de las partes, la fecha de resolución, el identificador europeo de jurisprudencia. ECLI. La estructura de la cita: 1) Tribunal 2) Número del asunto 3) Partes 4) Fecha 5) ECLI (identificador europeo).

En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se debe incluir STEDH o (TEDH), partes (apellido *versus* Estado), número de asunto/recurso, fecha y párrafos. Es decir, Tribunal, caso, fecha, referencia, localización.

Jurisprudencia de organismos estatales

Las siglas del Tribunal Constitucional serían STC. En el caso del Tribunal Supremo TS. En el caso de la Audiencia Nacional AN. En el caso de la Audiencia Provincial, AP. En el Supuesto del Tribunal Superior de Justicia STSJ.

Se incluirá el número de Resolución, fecha, recurso. Fundamento de Derecho, en donde se contiene la doctrina legal (indicando el número ordinal donde se explicita).