





32

2023

---

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

# RDUNED

---

REVISTA DE DERECHO UNED

UNED

---



© UNIVERSIDAD NACIONAL  
DE EDUCACIÓN A DISTANCIA - MADRID, 2023

Título clave: RDUNED. Revista de Derecho UNED  
Título abreviado: RDUNED

ISSN: 1886-9912

Impreso en España - Printed in Spain  
Maquetación e impresión: Masquelibros

## **DIRECCIÓN**

Dra. Ana Loreto Mohino Manrique, Decana de la Facultad de Derecho UNED

## **COORDINACIÓN**

D. Jordi Gimeno Beviá, Vicedecano de Investigación e Internacionalización UNED

## **ÓRGANOS DE LA REVISTA**

### **Consejo Asesor**

Jorge Montes Salguero, UNED  
Fatima Yañez Vivero, UNED  
Pedro Herrera Molina, UNED  
Iciar Alzaga Ruiz, UNED  
Mónica Guzmán Zapater, UNED  
Pedro Tamayo Lorenzo, UNED  
Pedro Tenorio Sánchez, UNED  
Federico Fernández de Buján, UNED  
Ana M<sup>a</sup> Marcos del Cano, UNED  
Alicia Arroyo Aparicio, UNED  
Sonia Calaza López, UNED  
Juan José Montero Pascual, UNED  
Juan M. Goig Martínez, UNED  
M<sup>a</sup> José Ciaurriz Labiano, UNED  
Carmen Quesada Alcalá, UNED  
Sagrario Segado Sánchez-Cabezudo, UNED  
Remedios Morán Martín, UNED  
Alicia Gil Gil, UNED

### **Consejo de Redacción**

Fernando Carbajo Cascón, Catedrático de D. Mercantil, Univ. de Salamanca  
Fernando de la Cámara García, Notario  
Carmen Díez del Valle, Abogada del Estado  
Pilar Martín Aresti, Catedrática de D. Mercantil, Univ. de Salamanca  
Claudio Monteiro, Magistrado del Tribunal Const. Portugués.  
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa  
Beatriz Martínez Rodríguez, Magistrada  
Fernando Reinoso Barbero, Abogado  
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Catedrático de Derecho Penal, UCM



## PRESENTACIÓN

### REVISTA DE DERECHO DE LA UNED

La Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), plataforma abierta a las inquietudes intelectuales de profesores e investigadores del mundo del Derecho, contiene trabajos de investigación de todas las especialidades del ordenamiento jurídico. Se fundó en el año 2006 y constituyó la continuación del antiguo Boletín de la Facultad de Derecho, si bien desde el momento de su creación o fundación partimos con parámetros de calidad muy exigentes, razón por la que se encuentra *indexada*, tiene la mayor parte de los criterios *LATIN-DEX* cumplidos y se encuentra clasificada en el Grupo B en la muy prestigiosa base de datos CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas). Cuenta con la existencia de un Consejo Asesor externo y un Consejo de Redacción (con apertura externa). Todos los artículos recibidos son revisados por evaluadores externos mediante un proceso de evaluación independiente e imparcial, y todos ellos cuentan por supuesto con requisitos formales como un *abstract*, un *resumen*, *key words* y *palabras claves*, entre otros.

La revista está distribuida por capítulos. Un primer capítulo está destinado a los trabajos de investigación más extensos, donde publican profesores de la Facultad de Derecho de la UNED, así como profesores de otras Facultades y Universidades. También publican profesionales de otras ramas del ordenamiento jurídico, como notarios, jueces, magistrados, abogados del Estado, registradores de la propiedad, etc.

Un segundo capítulo está destinado a la que denominamos Sección Abierta donde tienen cabida estudios científicos más cortos, noticias de actualidad, comentarios jurisprudenciales, y avances legislativos.

Y por último una sección destinada a la crítica de libros. En esta sección se publican reseñas sobre libros de especial interés para la comunidad científica.

Terminamos simplemente mostrando nuestro agradecimiento a todos los profesores e investigadores que tienen la amabilidad de publicar en nuestras páginas. El nivel de calidad y excelencia alcanzado por la Revista se debe exclusivamente a ellos, y a ellos también

debemos agradecer poder contar con un espacio cuya humilde pretensión es fomentar e incentivar la investigación en nuestra Facultad, elemento indispensable de toda comunidad universitaria.

ANA LORETO MOHINO MANRIQUE

*Directora de la Revista de Derecho de la UNED*

*Decana de la Facultad de Derecho de la UNED*

JORDI GIMENO BEVIÁ

*Coordinador de la Revista de Derecho de la UNED*

*Vicedecano de Investigación e Internacionalización*

*de la Facultad de Derecho de la UNED*



U N E D

---





## ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
<b>ESTUDIOS</b>	
ARANDA SERNA, Francisco J.: Libertad y derecho a la educación en España. El caso del pin parental murciano <i>Freedom and Education Rights in Spain. The case of the parental pin from Murcia</i> .....	17
ARTEAGA, Miguel: Punición y dinámica transgresora <i>Transgression and Punition</i> .....	41
AYALA DE LA TORRE, José María: Sobre el plazo de duración de la instrucción en las causas atribuidas a la fiscalía europea delegada y la más que dudosa constitucionalidad del artículo 42 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021 <i>About the Duration of the Investigation Procedures in the Cases Attributed to the European Delegated Prosecutors and the more than Doubtful Constitutionality of Article 42 of the Organic Law of July 1<sup>st</sup>, 2021</i> .....	65
BADIOLA COCA, Silvia Pilar: Aspectos procesales relativos al Convenio Internacional Sobre Venta Judicial de Buques <i>Procedural Aspects on the International Convention on the Judicial Sale of Ships</i> .....	79
© UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 32, 2023	11

BALLESTEROS, Julio; SANTOS, Andrea; NAVAL, Virginia: Responsabilidad de las personas jurídicas y compliance anglo-ibero-americano	
<i>Criminal Liability of Corporations and Anglo-Ibero-American Compliance</i> .....	97
CAO, Yifeng: Análisis histórico del régimen jurídico chino de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales	
<i>Historical Analysis of the Chinese Legal System of Rural Land as a Residential lot</i> .....	141
IJALBA PÉREZ, Javier: El sujeto activo y el partícipe en los delitos contra la Seguridad Social	
<i>The Active Subject and the Participant in Crimes Against Social Security</i> .....	165
JIMÉNEZ CARRERO, Jorge Antonio: La ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales: análisis y carencias	
<i>Law 7/2023, of 28 March, about Protection of Animal Rights and Welfare: Analysis and Shortcomings</i> .....	207
LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo: Reflexiones acerca de los efectos sanatorios de los programas de <i>compliance</i> penal respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica: ¿reali- dad o mito?	
<i>Some Ideas about Sanatorium Effects of Criminal Compliance on Criminal Liability of Corporations: Myth or Reality?</i> .....	231
LÓPEZ DE LERMA, Jesús: Articulación del poder estatal en los acuerdos comerciales internacionales de la República Popular China. La resolución de controversias jurídicas y el sistema de reconocimiento de sentencias extranjeras en el régimen comunista	
<i>Articulation of State Power in the International Trade Agree- ments of the People's Republic of China. The Resolution of Legal Disputes and the System of Recognition of Foreign Judgments in the Communist Regime</i> .....	261

MURUAGA HERRERO, Pablo: El fomento de la innovación a través de los secretos empresariales	
<i>Promoting Innovation through Trade Secrets</i> .....	297
MIRAS ESTÉVEZ, David: Asesinatos en serie de personas sin hogar: análisis de la SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 de junio	
<i>Serial Murders of Homeless People: Analysis of SAP Barcelona nº 36/2023, of June 30</i> .....	333
ORTEGA MATESANZ, Alfonso: Acerca de la llamada doctrina Parot: la concesión de los beneficios penitenciarios en casos de acumulación de penas	
<i>About the So-called Parot Doctrine: The Granting of Penitentiary Benefits in Cases of Accumulation of Sentences</i> .....	349
DE LA OSA FONDÓN, Adela: Protección de las personas con discapacidad a través de la constitución de un patrimonio protegido	
<i>Protection of People with Disabilities through The Constitution of a Protected Heritage</i> .....	423
PÉREZ FERNÁNDEZ, Francisco: El derecho de defensa y la deontología en España	
<i>The Right of Defence and the Deontology in Spain</i> .....	453
PÉREZ VILLAR, Fernando: Signar en nombre del Rey: accesibilidad a la judicatura de las personas con discapacidad auditiva	
<i>Sign in the Name of the King: Accessibility to the Judicature for People with Hearing Disabilities</i> .....	481

## RESEÑAS

CALAZA LÓPEZ, Sonia: <i>Medidas cautelares eficaces o proceso penal infructuoso: «el que no corre, vuela». Reseña a la monografía: Las medidas cautelares en el proceso penal</i> .....	519
LEAL RUIZ, Rocío: Recensión de: <i>La nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo al albur de la reforma de 22 de diciembre de 2022: un análisis del art. 249.1 b) y 249.2 b) del cp</i> .....	525



---

## ESTUDIOS

---



## LIBERTAD Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN ESPAÑA. EL CASO DEL PIN PARENTAL MURCIANO

FREEDOM AND EDUCATION RIGHTS IN SPAIN. THE CASE OF  
THE PARENTAL PIN FROM MURCIA

Francisco J. Aranda Serna

Profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad Católica  
San Antonio de Murcia (UCAM)

**Sumario:** *I. Introducción. II. Metodología y objetivos. III. Contexto histórico español sobre la libertad de enseñanza. IV. ¿Qué es el pin parental? Contexto social y su impacto en el derecho a la educación. IV.1. Aspectos constitucionales y delimitación del derecho a la educación. IV.2. El encaje del pin parental en los intereses del menor y la posibilidad de objeción de conciencia. V. El pin parental como medida educativa. Posicionamientos acerca de su aplicación. V.1. Reflexiones en contra del pin parental. La predominancia del derecho a la educación. V.2. Reflexiones a favor del pin parental. La predominancia del derecho a la ideología y la libertad religiosa. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

**Resumen:** En este artículo se analizará la figura del pin parental, el cual fue implementado en España en la Región de Murcia en el año 2019. Esta medida permitía a los padres la potestad de autorizar la participación de sus hijos en actividades complementarias educativas que se impartían en los centros educativos, particularmente aquellas relacionadas con la educación sexual. Se examinarán las implicaciones jurídicas del pin parental, especialmente desde la perspectiva constitucional y cómo afecta este al derecho a la educación. Se considerará como el derecho a la educación se contrapone con el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus convic-

ciones morales y religiosas. Se pondrá de relieve la problemática que existe entre estos derechos, abordando el examen de algunas figuras relevantes como es la objeción de conciencia, y señalando cuáles son las posiciones doctrinales y jurídicas al respecto. De este análisis se extraerán una serie de conclusiones que expondrán como ajustar el correcto equilibrio entre estos derechos.

**Palabras clave:** *menores de edad; derecho a la educación; pin parental; objeción de conciencia.*

**Abstract:** This article will analyze the figure of the parental pin, which was implemented in Spain in the Region of Murcia in 2019. This measure allowed parents the power to authorize the participation of their children in complementary educational activities that were taught in educational centers, especially those related to sexual education. The legal implications of the parental pin will be examined, especially from the constitutional perspective and how it affects the right to education. In addition, the conflict between the right to education and the right of parents to educate their children according to their moral and religious convictions will be considered. The current problem that exists between these rights will be emphasized, addressing the examination of some relevant figures such as conscientious objection, and pointing out the doctrinal and legal positions in this regard. From the analysis, a series of conclusions will be drawn that will expose how to adjust a correct balance of these rights.

**Keywords:** *minors; education rights; parental pin; conscientious objection.*

## I. INTRODUCCIÓN

En el año 2018 surge en España una propuesta política del partido político VOX que fue incluida en varios de los programas electorales autonómicos o regionales, medida que finalmente fue implantada en la Región de Murcia en el año 2019 tras un acuerdo con el Partido Popular, partido político que por aquel entonces gobernaba esta Comunidad Autónoma.

Esta medida denominada como «pin parental» fue suspendida cautelarmente poco después por los tribunales españoles a petición del Gobierno Central Español, conformado en aquel momento por una coalición formada por el Partido Socialista y otros partidos de la izquierda política. El pin parental recogía una previsión según la cual los padres debían autorizar específicamente y de forma previa a sus

hijos para que asistieran o no a determinadas formaciones o cursos complementarios que se impartieran en los centros educativos<sup>1</sup>.

Esta decisión provocó un impacto muy significativo en la sociedad, por un lado, un sector de la comunidad educativa mostró su rechazo, también parte de la doctrina científica se mostró crítica con la misma, y sectores políticos de signo progresista e ideológicamente encuadrados a la izquierda del espectro político, especialmente el Gobierno Central, se postularon para conseguir su erradicación. Sin embargo, en algunos ámbitos sociales se mostraron a favor de la medida, y por supuesto los sectores políticos conservadores y encuadrados en la derecha ideológica que también promovieron esta medida.

Es necesario aclarar que en la actualidad el denominado pin parental no se encuentra en vigor en la Región de Murcia tal y como fue planteado en su origen, sí que existe en este momento el deber de informar a los padres con un plazo anterior a 7 días de las actividades que se van a realizar, y, en cualquier caso, también está muy presente en los debates educativos sobre el papel de los padres en la educación de sus hijos.

El análisis de esta figura desde un punto de vista constitucional aporta una serie de reflexiones, que muestran el conflicto que existe entre varios derechos fundamentales relacionados con la educación de los menores de edad y la libertad religiosa e ideológica.

Uno de estos aspectos está relacionado con el propio examen del derecho a la educación y la salvaguarda de los derechos educativos del menor, con la función que desempeñan los padres y tutores dentro de las instituciones educativas, con la limitación del respeto a la libertad ideológica, moral o religiosa, y también en menor medida con el derecho de libertad de expresión, y por último con algunas figuras prominentes que influyen en el conflicto como es la posibilidad de objeción de conciencia<sup>2</sup>.

Precisamente, el derecho fundamental a la educación se recoge en el artículo 27 de la Constitución Española, y ha sido en España objeto de críticas y discusiones políticas en los últimos cuarenta años. En

---

<sup>1</sup> Los cursos y actividades complementarias versaban sobre educación sexual, contenido asociado a las corrientes LGBTI y de diversidad sexual, modelos familiares, entre otros. Véase para ampliar más información sobre la suspensión cautelar: Nota de prensa del Poder Judicial «La Sala de lo Contencioso del TSJMU suspende cautelarmente la resolución autonómica que establece el denominado veto parental», en <https://cutt.ly/vwY1hhAR> (Fecha de consulta 15/11/2023).

<sup>2</sup> GÓMEZ ABEJA, L., «Apuntes constitucionales sobre el pin parental», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 124, 2022, p. 205.

el caso del pin parental, la discusión se centra sobre la autorización de los padres respecto de que sus hijos asistan a actividades en los centros educativos de carácter complementario sobre diversas temáticas, pero especialmente recusando aquellas actividades educativas relacionadas con la sexualidad<sup>3</sup>.

En el caso que se examina la medida surgió por primera vez en la Región de Murcia, pero ésta podrá surgir nuevamente en un futuro en otras comunidades de España, provocando una controversia política similar. Aunque no hay que perder de vista que, en primer lugar y en todo caso, los grandes perjudicados de este conflicto son siempre los estudiantes menores de edad, que son los titulares del derecho a la educación, y que raramente son escuchados a la hora de aportar alguna solución. Estos se encuentran sometidos a una constante tensión social que afecta a sus relaciones familiares y escolares, de modo que el ejercicio de sus derechos también puede verse perjudicado<sup>4</sup>.

## II. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

En este artículo se realiza una reflexión sobre lo que supone para el Derecho constitucional español la propuesta del pin parental, el cual se centra especialmente en consolidar la visión educativa de los padres respecto a sus hijos en cuestiones morales o religiosas, dejando a su juicio la limitación de la visualización y el acceso a la información sobre cuestiones de diversidad sexual y de género a los estudiantes menores de edad.

En primer lugar, se describirá brevemente el contexto histórico relacionado con la libertad de enseñanza y cómo el derecho a la educación se ha consolidado en la Constitución Española, este análisis permitirá definir cuáles son los límites constitucionales de este derecho y sobre qué bases fundamentales se articula.

A continuación, se presentarán dos diferentes visiones doctrinales que existen, favorables unas, y contrarias otras a la aplicación de esta medida. Visiones doctrinales que se apoyan, por un lado, en el derecho vinculado con la educación y la enseñanza, y por otro, en los derechos de educación considerados desde el punto de vista parental y también desde la libertad ideológica y religiosa.

---

<sup>3</sup> SILVERIO LUIS, S., «Problemática constitucional del pin parental frente a la educación sexual y de género», *Cuadernos Constitucionales*, 1, 2021, pp. 73-74.

<sup>4</sup> VÁZQUEZ PARRA, J.C., «Visibilización y Pin Parental. Un reto para las instituciones educativas en México», *Revista Pensamiento Actual*, 22(38), 2022, pp. 58-59.

Específicamente, se analizará el derecho de los padres o tutores a la elección de la formación moral y religiosa de sus hijos, y también la visión de estos derechos por parte sistema educativo español. Mediante el análisis de artículos de investigación y de legislación nacional e internacional, junto con el análisis jurisprudencial relevante se podrá determinar el régimen jurídico que afecta a estos derechos.

El resultado de este análisis nos permitirá extraer una serie de consideraciones acerca de la constitucionalidad del pin parental, y también exponer cuáles son las principales posturas que argumentan tanto a favor como en contra del pin parental, esta exposición permitirá analizar cómo se regula el derecho a la educación de los menores y cómo queda afectado respecto de otros derechos fundamentales.

### III. CONTEXTO HISTÓRICO ESPAÑOL SOBRE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Las problemáticas relacionadas con la libertad de enseñanza, y concretamente con la intervención del Estado en el derecho a la educación tienen su origen en la propia historia política y religiosa de España. Si se toma de partida toda la historia anterior al siglo xix, se observa cómo la libertad de enseñanza quedaba reducida simplemente a establecer centros para la educación los cuáles se configuraban como un reducto del poder temporal reinante en aquel momento<sup>5</sup>.

Con la conformación del Estado liberal español la libertad de enseñanza se seculariza y se reduce la influencia de la Iglesia. Es precisamente a partir de las primeras Constituciones aconfesionales, y sobre todo posteriormente las republicanas, cuando surge la hostilidad entre el modelo de centro privado y el modelo estatal<sup>6</sup>.

Este enfrentamiento tiene lugar especialmente entre los gobernantes políticos y las Órdenes y Congregaciones religiosas, las cuales, aunque habían poseído el monopolio de la enseñanza en el periodo anterior al Estado liberal, también habían aportado igualmente un esfuerzo considerable a la racionalización y democratización de la enseñanza<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> NOGUEIRA SORIANO, R., *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, Centro de Publicaciones, 1988, pp. 19-20.

<sup>6</sup> VIÑAO FRAGO, A., *Escuela para todos: educación y modernidad en la España del siglo xx*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 49-50.

<sup>7</sup> NOGUEIRA SORIANO, R., *Principios constitucionales del sistema educativo español...*, op. cit., p. 21.

En cualquier caso, la libertad de enseñanza se consolida como un derecho en el cual la libertad de pensamiento se transmite precisamente a través de la enseñanza. Este derecho se debe distinguir del derecho a la libertad de cátedra, el cual se interpreta como la libertad que debe tener el profesor frente a intromisiones externas<sup>8</sup>.

Estos dos derechos son diferentes, pero a la vez se encuentran íntimamente relacionados, pues, de hecho, el derecho a crear centros educativos y docentes diferentes a los del Estado surge precisamente de esta libertad de pensamiento en la enseñanza. Posteriormente, con la Constitución Española de 1978 se consagran en el artículo 27 varios principios fundamentales que van a regir el sistema educativo, de entre los cuales destacamos el de libertad de enseñanza.

Dentro de esta libertad de enseñanza, caben proyectos educativos de carácter público y también privado, estando fundamentados tanto el uno como el otro en el principio de neutralidad. En todo caso, los padres poseen el derecho a elegir el tipo de educación no sólo en virtud de la Constitución sino también en base a los principios recogidos en la Declaración universal de los Derechos Humanos en su artículo 4.

Además, es necesario precisar que el derecho a elegir una educación conforme a las convicciones morales y religiosas no descansa solamente en el derecho a la educación recogido en la Constitución Española, sino también en el derecho a la patria potestad regulado en el Código Civil Español de 1889 y actualmente vigente.

Se recoge también en la Constitución Española el derecho educativo de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde a sus convicciones, con la salvedad de que no existe una obligación por parte del Estado de subvencionar todas y cada una de las preferencias de los padres. También es relevante destacar el artículo 16 de la Constitución Española, sobre la proyección religiosa que debe ser garantizada, que una vez más junto con el artículo 27 de la Constitución Española obliga a los poderes públicos a no inmiscuirse en las preferencias religiosas de los padres<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> GALAZ, C., TRONCOSO, L. & MORRISON, R., «Miradas críticas sobre la intervención educativa en diversidad sexual», *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, 10(2), 2016, pp. 94-95.

<sup>9</sup> ALÁEZ CORRAL, B., «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre «Educación para la ciudadanía»», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 5, 2009, p. 27.

De estos principios es interesante destacar brevemente el principio de neutralidad ideológica, por lo relevante que resulta en origen a la creación del pin parental. La neutralidad ideológica es una característica vital para la educación en los centros educativos de tipo público<sup>10</sup>.

Los centros educativos españoles están regidos por el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos que la forman, y también por la aconfesionalidad del Estado. Esta neutralidad significa la absoluta prohibición del adoctrinamiento y actos de proselitismo, especialmente en los que se puedan producir en la transmisión de conocimientos que pueda hacer el profesor. De esta manera, este pluralismo va a estar condicionado por la libertad de conciencia del alumno<sup>11</sup>.

#### IV. ¿QUÉ ES EL PIN PARENTAL? CONTEXTO SOCIAL Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La propuesta del pin parental por el partido político VOX fue planteada no solamente en la Región de Murcia, sino también en varios otros parlamentos autonómicos. Tal y como se establece en la resolución legislativa que lo aplicó, esta propuesta puede describirse del siguiente modo: *«es una solicitud que se dirige a los directores de los centros educativos para que estos informen previamente a los padres o tutores, a través de una autorización expresa, sobre cualquier curso, charla o actividad que esté relacionada y que afecte a cuestiones morales, especialmente las de índole sexual y que de algún modo puedan afectar a la intimidad o conciencia de los estudiantes»*<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> La aconfesionalidad del Estado ha resultado ser un elemento esencial para la aplicación de esta neutralidad, esta ha sido definida por el Tribunal Constitucional como: *«una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no derivada del hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente»*. Véase para más información la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 (STC 5/1981, de 13 de febrero).

<sup>11</sup> NOGUEIRA SORIANO, R., *Principios constitucionales del sistema educativo español...*, op. cit., p. 31.

<sup>12</sup> CLIMENT GALLART, J.A., «El Pin Parental y la jurisprudencia del TEDH», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 2020, p. 105. Véase para ampliar más información: SANMARTÍN, O., «Qué es el pin parental, la herramienta para que los padres puedan vetar contenidos en las aulas». *Periódico ElMundo* en <https://cutt.ly/ZwY1cMuU> (Consultado 14/11/2023); ANPE Murcia. «Instrucciones inicio de curso 2019-2020», en <https://cutt.ly/CwY1bJwM> (Consultado 15/11/2023). Actualmente las instrucciones de inicio de curso 2019-2020 no se encuentran disponibles en el portal de la Consejería de Educación de la Región de Murcia.

Señala Climent Gallart que el pin parental habilita de facto a los padres una potestad de veto respecto de actividades escolares que puedan ser intrusivas para su moral o conciencia. Este veto se basa en el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos de acuerdo con sus convicciones de tipo moral o religioso<sup>13</sup>.

El establecimiento de esta medida chocó frontalmente con el Ministerio de Educación del Gobierno de España, que en primer lugar cuestionó su constitucionalidad y, a continuación, pidió oficialmente que se retirase. Al no obtener respuesta, el Gobierno interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Alegando que la medida vulneraba el derecho de los alumnos a recibir una educación global orientada en los principios democráticos y de educación integral, el Tribunal suspendió cautelarmente el pin parental, aunque es preciso señalar que no entró en el fondo del asunto<sup>14</sup>.

El Tribunal solo llegó a pronunciarse señalando que, aunque no existe un derecho de objeción de conciencia general para este caso, sí está enmarcado indirectamente con un supuesto de objeción. Ya que, por un lado, existe el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones morales o religiosas, y, por otro lado, el Derecho del Estado a impartir la enseñanza, información o conocimiento de acuerdo con el sistema educativo y que tengan cierto reflejo religioso o filosófico<sup>15</sup>.

Resulta interesante señalar que uno de los motivos que la Sala del Tribunal estableció para dejarlo sin efecto es que los padres ya poseían otros mecanismos para expresar su disconformidad frente a este tipo de actividades, y, por tanto, disponían de herramientas de actuación en el caso de que alguna actividad supusiese un perjuicio o lesión para los derechos fundamentales de sus hijos<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> CLIMENT GALLART, J.A., «El Pin Parental y la jurisprudencia del TEDH», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 2020, p. 105-106.

<sup>14</sup> Nota de prensa del Poder Judicial «La Sala de lo Contencioso del TSJMU suspende cautelarmente la resolución autonómica que establece el denominado veto parental»: <https://cutt.ly/vwY1hhAR> (Fecha de consulta 15/11/2023).

<sup>15</sup> CONTRERAS MAZARÍO, J.M., «Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del «pin o censura parental»», *Revista de Derecho Político*, 2021, 110, pp. 83-84.

<sup>16</sup> El recorrido jurídico del pin parental se agotó al finalizar casualmente el curso académico, y aunque el partido político VOX ha vuelto a insistir en la aplicación de la medida en los siguientes cursos académicos, no ha tenido el apoyo ni siquiera de los partidos políticos afines para implantarlo en estas nuevas circunstancias.

Sin embargo, aunque los gobiernos autonómicos que se han conformado desde 2019 sin aplicar la medida, el problema no está resuelto en absoluto, ya que en un futuro podría aplicarse y concretarse normativamente. Tampoco se ha emitido un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, lo cual ayudaría definitivamente en la determinación de los derechos afectados<sup>17</sup>.

#### **IV.1. Aspectos constitucionales y delimitación del derecho a la educación**

El derecho a la educación se encuentra recogido en España en el artículo 27 de la Constitución, se trata del precepto constitucional más extenso en cuanto a los derechos fundamentales. La regulación de este derecho fue una de las más debatidas y polémicas en la Constitución, siendo uno de los motivos principales de discusión la determinación de la existencia de varios derechos subjetivos dentro del derecho a la educación que en principio se configuraban de forma autónoma<sup>18</sup>.

En este sentido, la aplicación del derecho a la educación está delimitado por el denominado «ideario educativo constitucional», esto es, reconocer al derecho a la educación como un derecho fundamental «complejo» que debe servirse de ciertos valores y libertades democráticas, tal y como recoge el apartado segundo del artículo 27<sup>19</sup>.

Este ideario educativo ha sido recurrido en diversas ocasiones con motivo de otros conflictos educativos, como son la educación «en casa» o la objeción de conciencia para la asignatura de la Educación de la Ciudadanía. En cuanto al pin parental, este ideario implica el reconocimiento del derecho a la educación sexual y de género, aspecto que es el que más preocupa a las familias, pues podría suponer una colisión con la enseñanza de valores morales y religiosos a sus hijos<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> GÓMEZ ABEJA, L., «Apuntes constitucionales sobre el pin parental»..., *op. cit.*, pp. 215-216.

<sup>18</sup> Por ejemplo, la libertad de enseñanza religiosa o moral de las familias. Véase COTINO HUESO, L., *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 14-16.

<sup>19</sup> SOUTO GALVÁN, B. (2021). «La educación en valores en España. Discrepancias sobre la consecución de las metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4 de la Agenda 2030», *Revista de educación y derecho*, 1(Extra), 2021, pp. 194-195.

<sup>20</sup> ALÁEZ CORRAL, B., «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17(1), 2011, pp. 96-97.

La educación sexual está reconocida dentro de la programación general de enseñanza en los centros educativos dentro la formación integral de los menores, de hecho, así viene recogida por ejemplo en la planificación familiar del artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño. Si bien, el pin parental omitía específicamente a temáticas en las actividades complementarias, sino que la polémica se circunscribía a lo relativo a derechos LGBTI y los modelos constitucionales de familia, entre otros.

Sin duda, el pin parental carecía de una configuración respecto a una censura del derecho a la educación sexual, sino más bien, al veto a la impartición de actividades y cursos que difundían la ideología de género. Aunque la Constitución incluye el derecho a la educación sexual dentro los principios democráticos y el desarrollo de libertades fundamentales, esta tampoco es exactamente neutral en cuanto a la ideología del derecho a la educación<sup>21</sup>.

En este sentido, es relevante destacar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso «Kjeldsen, Busk Madsen y Petersen contra Dinamarca», en el cual se afirmó por el TEDH que es muy complicado que la educación sexual no incluya cuestiones de tipo religioso o filosófico, ya que se trata de una materia educativa que recoge muchos juicios de valor. En este aspecto, destaca el TEDH que en ningún caso los contenidos educativos deben suponer un intento de adoctrinamiento hacia los menores: «*no supongan un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado*». En este caso, el Tribunal entendió que la impartición de una asignatura de educación sexual no es incompatible con la facultad de las familias de enseñar a sus hijos e hijas de acuerdo con sus convicciones, y también para la potestad para elegir un centro escolar acorde a sus convicciones<sup>22</sup>.

Sin embargo, hay que hacer énfasis en que el pin parental se refiere a las actividades complementarias y no a las asignaturas obligatorias que forman parte necesariamente del programa educativo. En cualquier caso, sea complementaria u obligatoria la impartición de

---

<sup>21</sup> SILVERIO LUIS, S., «Problemática constitucional del pin parental...», *op. cit.*, pp. 77-78.

<sup>22</sup> En este caso jurídico el motivo del conflicto fue que varias familias se negaron a que sus hijos e hijas acudieran a clases de educación sexual en algunos colegios de Dinamarca, por lo que solicitaron una exención de dichas clases. El TEDH desestimó finalmente sus pretensiones, pues entendió que era inevitable que el Estado en el ejercicio de la impartición de contenidos incluyan de forma directa o indirecta juicios de tipo religioso o moral. Véase STEDH, de 7 de diciembre de 1976, Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca.

educación sexual debe estar provista de garantías y cumplir con un principio de neutralidad y que respete los derechos de las familias<sup>23</sup>.

Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, las actividades no pueden adoctrinar a los alumnos preconizando un comportamiento sexual determinado, tampoco incitarlo a realizar prácticas sexuales peligrosas. En este sentido, los padres pueden recurrir a una serie de mecanismos, incluyendo la tutela de los tribunales si consideran que han existido ciertas vulneraciones, si bien es cierto que esto tampoco implica un derecho sin límites para oponerse a la programación educativa<sup>24</sup>.

#### **IV.2. El encaje del pin parental en los intereses del menor y la posibilidad de objeción de conciencia**

Por un lado, la educación en el aula y que imparten los profesores es esencial para la sociedad, en los centros educativos donde los alumnos se forman y adquieren el conocimiento necesario para configurarse como futuros profesionales y también como ciudadanos. Por otro lado, la familia es, junto con el ámbito educativo, el espacio donde los menores desarrollan su personalidad y adquieren su identidad<sup>25</sup>.

El objetivo de la educación es que todo el proceso de aprendizaje de los alumnos no incluya únicamente temas de tipo disciplinar, sino que también se incluyan competencias de tipo personal y social. Por ello, han surgido en los últimos tiempos materias relacionadas con la formación ética y el desarrollo ciudadano, pero todas las asignaturas y las actividades también complementarias deben promover que la formación de la identidad se haga bajo un espectro de calidad y sin disonancias<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> VÁZQUEZ ALONSO, V., (2020). «La cara y la cruz: ¿Vulnera el «pin parental» el artículo 27 de la Constitución?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 960, 2020.

<sup>24</sup> En este sentido recoge el TEDH: «[...] el Estado debe asegurarse de que la información o los conocimientos que se incluyan en el plan de estudios estén expresados de manera objetiva, crítica y pluralista. El Estado tiene prohibido perseguir un propósito de adoctrinamiento que pueda considerarse que no respeta las convicciones religiosas o filosóficas de los padres. Ese es el límite que no debe excederse [...]». Véase para ampliar más información STEDH, de 25 de mayo de 2000, Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España. SILVERIO LUIS, S., «Problemática constitucional del pin parental...», *op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>25</sup> CAMARILLO, J., «El pin parental», *Cuadernos Fronterizos*, 16(49), 2020, p. 77.

<sup>26</sup> VÁZQUEZ PARRA, J.C., «Visibilización y Pin Parental. Un reto...», *op. cit.*, pp. 60-61.

Una de las claves respecto al interés superior del menor es que el límite principal es el derecho que poseen los padres respecto de sus hijos para que reciban formación conforme a sus propias convicciones. Esta idea ya aparece reflejada en el Convenio de Derechos del Niño del año 1990, donde se establece que el interés del menor es un principio jurídico interpretativo fundamental y que en el caso de que deba adoptarse una decisión que afecte, aunque sea a un único alumno, debe estimarse todas las consecuencias, sean estas positivas o negativas<sup>27</sup>.

A este respecto, el pin parental establecía una exención familiar para la asistencia de actividades de tipo complementario impartidas en centros docentes por personal externo. Resulta obvio que en los centros educativos se debe enseñar todo aquello que permita a los menores conocer el mundo en el que viven, no es procedente que los alumnos conozcan únicamente la visión que se les da en su hogar. Sin embargo, es necesario que en el ámbito educativo se trabaje desde los valores y nunca desde el adoctrinamiento. El papel de los padres en la educación de los hijos es esencial, pero este debe regularse en mejor medida y depurarse<sup>28</sup>.

Hay que tomar en cuenta que lo planteado por el pin parental es simplemente una objeción por parte de los padres para que sus hijos participen en la misma, pero no que el centro educativo realice esta actividad. Por ello habría que reflexionar si en la controversia cabría el reconocimiento del mencionado derecho de objeción de conciencia.

Se parte de la dificultad de que en el ordenamiento jurídico español no existe como tal un derecho de objeción de conciencia que sea autónomo, y en tal caso si pudiera justificar si podría encontrar su fundamento en la libertad de conciencia o religiosa al albor del derecho a la educación de los padres establecido en el artículo 27 apartado tercero de la Constitución Española. La base de este derecho descansaría en la oposición de los padres a que sus hijos reciban una enseñanza contraria a sus convicciones morales o creencias religiosas, también respecto a que esta enseñanza lesionaría el derecho a la educación parental previsto en la Constitución<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> CLIMENT GALLART, J.A., «El Pin Parental y la jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 108-109.

<sup>28</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La presencia de los padres en el derecho a la educación», *Revista española de Derecho Administrativo*, 161, 2014, pp. 5-6.

<sup>29</sup> Sobre la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de forma autónoma véase para ampliar más información las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional 160/1987 y 161/1987, ambas de 27 de octubre; y la sentencia del mis-

Sin embargo, el derecho de objeción de conciencia no podría desvirtuar tampoco el derecho a la educación del Estado basado en valores y libertades democráticas. En todo caso, al no estar establecido un derecho a la objeción de conciencia, su reconocimiento recaería únicamente en la voluntad del legislador en futuras disposiciones legislativas<sup>30</sup>.

Finalmente, se podría abordar el veto de los padres no como una objeción de conciencia sino simplemente como una dispensa o excepción, pues el pin parental aludía específicamente a las actividades complementarias en los centros educativos, y por lo tanto podría no aplicarse al derecho a la educación como derecho fundamental<sup>31</sup>.

## V. EL PIN PARENTAL COMO MEDIDA EDUCATIVA. POSICIONAMIENTOS ACERCA DE SU APLICACIÓN

La educación de los menores de edad debe de tener una orientación respecto del libre desarrollo de su personalidad, es cierto que la educación que se imparte no siempre es neutral pues se basa en una serie de valores que están integrados en la Constitución. El derecho de libertad religiosa y de conciencia del menor está reconocido de forma general en la Constitución Española y en otras leyes, por lo tanto, es innegable que posee una protección jurídica bastante amplia. Por ello, tampoco se puede negar el poder que ostentan los padres o tutores a la hora de ejercer este derecho.

En cuanto a los menores, la mayoría de la doctrina coincide en que el rango a partir de los 12 años se entiende suficiente para una madurez en cuanto a estos derechos que le asisten, sin embargo, no hay una disposición legal que establezca cuál es la edad específica para disponer totalmente del derecho de libertad religiosa o de conciencia<sup>32</sup>.

En este sentido, mientras un estudiante sea menor de edad serán los padres los que tomen las decisiones que tengan que ver con el

---

mo Tribunal 321/1994, de 28 de noviembre. Véase también CONTRERAS MAZARÍO, J.M., «Valores educativos, ideario constitucional...», *op. cit.*, pp. 89-90

<sup>30</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., «Educación en valores, democracia y objeción de conciencia», GARRIDO GÓMEZ, M.I. & BARRANCO AVILÉS, M.C. (eds.), *Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en Derecho y educación*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 154.

<sup>31</sup> CONTRERAS MAZARÍO, J.M., «Valores educativos, ideario constitucional...», *op. cit.*, pp. 91-92.

<sup>32</sup> MARTÍNEZ TORRÓN, J., «La objeción de conciencia a ciertos contenidos docentes en la jurisprudencia de Estrasburgo», DOMINGO GUTIÉRREZ, M. (coord.), *Educación y religión: una perspectiva de derecho comparado*, 2008, pp. 115-116.

menor, siempre y cuando tomen en cuenta el principio del interés superior del mismo. Cuando la decisión viene referida a una cuestión religiosa o de conciencia conviene siempre escuchar lo que tiene que decir el menor, por si le supusiera algún tipo de perjuicio<sup>33</sup>.

Las consecuencias que han derivado del pin parental tienen un encaje constitucional complejo, si bien uno de sus planteamientos es legítimo, esto es, que la educación se encuentre libre de adoctrinamiento o ideas que les puedan suponer un perjuicio para su formación. No obstante, es debatible en la práctica si todas las decisiones que toman los padres coinciden con lo que el menor quiera, incluso en las decisiones que tome «por sí mismo» no se puede saber hasta qué punto es una decisión influida por los padres<sup>34</sup>.

Desde la consolidación del derecho a la educación en la Constitución Española, la educación ha sido un tema de controversia en el cual se ha hecho un abordaje desde dos posturas enfrentadas, pero no por motivos técnicos sino completamente ideológicos. Este enfrentamiento además se ha agravado en los últimos años<sup>35</sup>.

### **V.1. Reflexiones en contra del pin parental. La predominancia del derecho a la educación**

Las corrientes doctrinales y jurídicas que se postulan en contra del pin parental alegan en primer lugar que la Constitución permite la defensa de todas las ideas y creencias, incluso de aquellas que podrían llegar a sostener algunas premisas en contra de la misma. Sin embargo, en el campo de la educación existe una excepción en tanto en cuanto la educación está amparada en la existencia del referido ideario educativo constitucional.

Este ideario es el parámetro constitucional a la hora de adoptar medidas en materia educativa, por ejemplo, la obligatoriedad de escolarización se constituye como un límite de la legislación. En cuanto al contenido que debe predominar este debe ser acorde a los

---

<sup>33</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 179-180.

<sup>34</sup> ORTEGA GUERRERO, I., «El principio de interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión europea», *Psicopatología clínica, Legal y Forense*, 2(3), 2002, pp. 92-93.

<sup>35</sup> REY MARTÍNEZ, F., «Pandemia y sistema educativo», BIGLINO CAMPOS, M.P. & DURÁN ALBA, J.F. (dir.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, 2021, p. 327.

principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales<sup>36</sup>.

Partiendo de esta idea, se asume que la actividad educativa del Estado no es en absoluto neutral ya que postula en la enseñanza una serie de valores éticos comunes. Hay en concreto tres puntos que resumen cuál debe ser el contenido de este ideario educativo:

- En primer lugar, que la actividad del Estado en materia de educación es en base a un papel de obligado cumplimiento.
- Que la intervención del Estado en la educación tiene como objetivo difundir el conocimiento sobre los valores necesarios para conocer el funcionamiento del sistema democrático.
- Y tercero, que innegablemente hay una vinculación entre la educación y los valores democráticos, los cuales están alineados al margen de que la enseñanza sea pública o privada<sup>37</sup>.

En relación con la cuestión de cómo evolucionará este ideario educativo en un futuro, parte de la doctrina entiende que muchas derivaciones de los derechos humanos relacionados con la ideología de género y derechos LGTBI están incluidos en el mismo, y como tales deben transmitirse al alumnado (que son precisamente los criticados por el pin parental). En este sentido, el Tribunal Supremo Español arroja algo de luz en las sentencias respecto de la asignatura de Educación para la Ciudadanía, en la cual no apreció adoctrinamiento alguno, o al menos adoctrinamiento ilícito<sup>38</sup>.

Desde la perspectiva del profesor, tampoco existe consenso social en relación a cómo deben ceñirse estos contenidos y enseñarlos, pues en cierto modo, no es tanto qué se explica sino la forma de explicar estos contenidos. Se entenderá que no hay adoctrinamiento siempre y cuando no se expliquen estos contenidos de forma tendenciosa o con ánimo de influir en los alumnos<sup>39</sup>.

No obstante, estos contenidos pueden concurrir de modo transversal, es decir, que estén presentes tanto en actividades obligatorias como en las complementarias (estas últimas son objeto del pin pa-

---

<sup>36</sup> NUEVO LÓPEZ, P., *La Constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, UNED, España, 2009.

<sup>37</sup> GÓMEZ ABEJA, L., «Apuntes constitucionales sobre el pin parental»..., *op. cit.*, pp. 222-223.

<sup>38</sup> REY MARTÍNEZ, F., «Pandemia y sistema educativo...», *op. cit.*, pp. 328-329. Véase para ampliar información STS 340/2009, de 11 de febrero,

<sup>39</sup> ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.

rental), pero en todo caso estas actividades deberían ser impartidas por profesores y maestros adecuados a la formación que se imparte y orientadas a la formación de los alumnos<sup>40</sup>.

Otro argumento en contra del pin parental es el relacionado con la visibilidad de los grupos de diversidad sexual o de género, en tanto en cuanto se valora que la información relativa al colectivo LGTBI está en consonancia con una defensa de los derechos fundamentales y también al derecho a recibir una educación libre y objetiva. Sobre este planteamiento, la educación debe de evitar en todo lo posible cualquier tipo de exclusión que pueda provenir de prejuicios o dogmas morales o religiosos<sup>41</sup>.

El derecho que ampara a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones es un derecho subjetivo recogido en el artículo 27 de la Constitución cuya titularidad recae en los padres y las madres. A este respecto se conecta con la libertad de enseñanza y también con el derecho a elegir centros docentes privados o concertados con un ideario determinado.

Señala Díaz Revorio: *«existen dos dimensiones: una negativa, que implica que las actividades deben acomodarse a la libertad de conciencia del alumnado y sus familias; y otra positiva, con la garantía de que se impartan enseñanzas acordes con las opciones religiosas o morales, de carácter voluntario para el estudiantado»*<sup>42</sup>.

Ante el ejercicio de este derecho algunas corrientes doctrinales señalan que la facultad de las familias está limitada negativamente por los fines de la educación. De hecho, es cierto que existe jurisprudencia del TEDH que señala que no debe ser incompatible la enseñanza de las diversas concepciones del pluralismo de la sociedad con la libertad ideológica y religiosa, siempre y cuando se realice con neutralidad y sin adoctrinamiento<sup>43</sup>.

Esta enseñanza debe realizarse informando sobre la realidad de forma objetiva y desarrollada con sentido crítico, si se abordan plan-

---

<sup>40</sup> VÁZQUEZ ALONSO, V., (2020). «La cara y la cruz...», *op. cit.*

<sup>41</sup> LORENZO, J., «Escuelas Católicas creen que el pin parental es necesario», *Vida Nueva*, (3162), 2020, pp. 16-17.

<sup>42</sup> DÍAZ REVORIO, F.J., *Los Derechos Fundamentales del Ámbito Educativo en el Ordenamiento Estatal y Autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2002.

<sup>43</sup> COTINO HUESO, L., *El derecho a la educación como derecho fundamental...*, *op. cit.*, pp. 407-408.

teamientos de tipo ideológico, religioso o moral, pueden exponerse, pero informando sobre ellos desde la neutralidad<sup>44</sup>.

## **V.2. Reflexiones a favor del pin parental. La predominancia del derecho a la ideología y la libertad religiosa**

Los deberes que poseen los padres respecto de sus hijos siempre han estado muy presentes en el ordenamiento jurídico español, en el Código Civil de 1889 ya se destacaba entre otras obligaciones respecto de la patria potestad la necesidad de proveer alimentos y actuar siempre en beneficio de los hijos (artículo 154 CC).

La propia Declaración Universal de Derechos humanos establece en su artículo 26 que los padres deben ser el punto de partida para una moderna configuración del derecho a la educación, poseyendo de forma preferente el derecho a escoger el tipo de educación más conveniente para sus hijos.

Estos principios, por supuesto, abiertos a una interpretación y ampliación más extensa vienen a recalcar la importancia de los padres para participar en la regulación educativa. Y también es cierto que, a pesar de la posición de los padres, no se puede olvidar que todo el sistema educativo está configurado para que los niños aprendan y se eduquen: es obvio que son los niños los protagonistas de la educación<sup>45</sup>.

Por tanto, el sistema jurídico concede y reconoce una importante variedad de facultades a los padres para asegurar la correcta educación de sus hijos. Estos derechos no son absolutos, pero sí poseen una consideración especial. Los Estados deben respetar la libertad de los padres según las modalidades de aplicación que determinen las leyes de cada Estado, en cuanto a la educación religiosa y moral respecto de sus propias convicciones<sup>46</sup>.

La idea es que el pin parental habilite a las familias para decidir si sus hijos pueden participar en actividades complementarias que

---

<sup>44</sup> SILVERIO LUIS, S., «Problemática constitucional del pin parental...», *op. cit.*, p. 88.

<sup>45</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la «enseñanza en casa»», BRIONES MARTÍNEZ, I.M. (coord.), *Educación en familia: Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 251-252.

<sup>46</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La presencia de los padres en el derecho...», *op. cit.*, pp. 9-10.

tengan que ver con la educación sexual y de género. La educación va más allá de la mera transmisión de conocimientos, por tanto, las posturas a favor de esta medida, aunque contemplen la educación sexual como un deber jurídico dentro del derecho a la educación, este debe desarrollarse respetando los derechos de las familias e impartirse de manera objetiva, crítica y plural.

En otros países, el derecho parental a que los hijos reciban la educación de acuerdo con las convicciones morales y religiosas de los padres siempre se halla bajo el arco del interés superior del menor. Por tanto, el interés superior del menor debe manifestar unos objetivos destinados a perseguir el pleno y libre desarrollo del menor.

Señala el TEDH que los padres tienen el derecho a que los hijos reciban una educación de acuerdo a sus convicciones, no obstante, algunos de los valores que deben estar incluidos en esta formación son la paz, la tolerancia, la igualdad, la libertad y la justicia. Ningún contenido educativo debe separarse de estos valores<sup>47</sup>.

Se ha dejado claro que el adoctrinamiento religioso o moral por parte del Estado se encuentra prohibido, pero hay algunos límites que no están del todo claros, por un lado, la idea de que el Estado en su labor educativa ejerza un impacto negativo en los menores de edad al sobrepasar la línea ética o religiosa, y por otro lado el reconocimiento a las familias de poseer un derecho absoluto de eximir a sus hijos de cualquier contenido que no les guste<sup>48</sup>.

Ambos posicionamientos harían inviable cualquier modelo educativo, más teniendo en cuenta cuando que cada familia está conformada de sus propias ideas y convicciones, y en ciertos casos resultarían en una educación de los niños completamente al margen de la sociedad donde pretenden vivir<sup>49</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Según se ha expuesto, se puede afirmar en primer lugar que el alcance del artículo 27 de la Constitución Española no está exento de polémica, pues este artículo puso en evidencia dos posiciones enfren-

---

<sup>47</sup> CLIMENT GALLART, J.A., «El Pin Parental y la jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 108.

<sup>48</sup> MARTÍNEZ TORRÓN, J., «La objeción de conciencia a ciertos contenidos...», *op. cit.*, p. 120.

<sup>49</sup> REY MARTÍNEZ, F., «Pandemia y sistema educativo...», *op. cit.*, p. 330.

tadas entre sí: por un lado, la defensa del derecho a la educación y por otro la defensa de la libertad ideológica, moral y religiosa.

La conformación de este artículo implica que la proyección de la libertad ideológica y religiosa se desarrolla sobre una libertad de enseñanza que se traduce en la existencia de una pluralidad de centros educativos de diferente configuración. De este modo, los padres tendrían la posibilidad de habilitar a sus hijos para que reciban una formación moral y religiosa acorde a sus convicciones.

No debe existir una primacía de un derecho sobre otro, sino que se debe buscar un equilibrio entre el derecho a la educación de los menores y por otra parte la libertad ideológica, moral y religiosa. Para ello la legislación debe hacer todo lo posible por garantizar el contenido esencial de ambos derechos, y actualmente existen fórmulas como la posibilidad de que los padres elijan entre diversos centros educativos.

Por todo lo anteriormente expuesto, se han destacado como argumentos en contra del pin parental, que es necesario dar difusión al conocimiento en educación sexual y vincular el derecho a la educación a la enseñanza de valores democráticos. Con esto, además, se consigue dar visibilidad a los grupos de diversidad sexual y se evitan las injerencias religiosas u otros prejuicios que se puedan tener en la enseñanza escolar.

Como argumentos a favor del pin parental se da una consideración especial al derecho de educación de los padres respecto de los hijos, al otorgarles un mayor conocimiento y control sobre las actividades complementarias que tienen lugar en los centros de educación. Esto ajusta las enseñanzas recibidas de acuerdo con las convicciones morales o religiosas de los padres.

Se ha señalado también la necesidad de que en el desempeño de la enseñanza no exista una doctrina oficial, sino que ésta se oriente de una forma neutral y, en ningún caso, con intención de adoctrinar o perjudicar a los menores de edad. Se ha hecho hincapié también en la no existencia de un derecho general de objeción de conciencia, por lo que esta necesidad de neutralidad es más vital que nunca.

La ley autonómica que estableció el pin parental en la Región de Murcia pretendía que las familias decidieran si sus hijos debían participar o no en actividades de tipo complementario sobre educación sexual y de género. Esta norma chocaba frontalmente con la intención educativa del Gobierno de España e inmediatamente fue recurrida, y suspendida al poco tiempo después. Uno de los motivos es que se

estableció que las familias que no estuvieran conformes ya tenían algunos mecanismos para salvaguardar sus derechos, como la elección entre centro público o privado, o incluso la tutela de los tribunales. Sin embargo, el problema de fondo fue el choque con el Gobierno Central y las leyes de superior rango, por ejemplo, la concurrencia de la no existencia de una objeción de conciencia para este caso.

Sería interesante también diferenciar, dentro de esta regulación, siempre en pos de favorecer el interés del menor, que también se distinguiese entre menores con madurez suficiente o no, de tal modo que aquellos que cuenten con esta madurez puedan decidir por sí mismos realizar o no este tipo de actividades.

Así, si se considera que la madurez de un menor, con carácter general, la ubica el ordenamiento jurídico español en un rango de entre 12 y 14 años, una solución adecuada sería permitir a los padres cierto control sobre las actividades complementarias que vayan a realizar sus hijos menores de esa edad, ya que, en esos rangos de edad, el menor aún no tiene o puede no tener madurez suficiente para comprender el alcance y la repercusión de determinados contenidos.

Hay que recordar que una de las claves de este favorecimiento del interés del menor es el libre desarrollo de su personalidad y la formación en valores relacionados con libertades y derechos democráticos. Los contenidos que se relacionan con la salud sexual o la ideología de género no necesariamente van en contra de estos valores, pero sí pueden confrontarse con los valores de las familias y los menores de edad, especialmente si se imparten a edades excesivamente tempranas.

Es obvio que en una sociedad democrática y plural estos conflictos son inevitables, sin embargo, el fomento de la tolerancia y el respeto de hecho son unas de las obligaciones de los Estados democráticos. Si las asignaturas o actividades que poseen un grado de incidencia ética o ideológica son enfocadas de un modo verdaderamente neutral se reducirían al mínimo este tipo de casos.

En un futuro sería necesario que las instrucciones jurídicas dirigidas a velar por el interés de los padres no se hagan a través de cualquier tipo de norma (como en este caso una norma autonómica o regional), sino que deberían hacerse a través de una norma con rango legal suficiente para todo el país. No obstante, esto pone de relieve que el factor más importante no es el jurídico, sino el político, que por lo general aparenta estar más pendiente del juego de mayorías y minorías que de los intereses de la sociedad.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aláez Corral, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre «Educación para la ciudadanía», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 5, 2009, pp. 24-33.
- «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17(1), 2011, pp. 91-129.
- ANPE Murcia. «Instrucciones inicio de curso 2019-2020», en <https://cutt.ly/CwY1bJwM> (Consultado 15/11/2023).
- Ansuátegui Roig, F.J., «Educación en valores, democracia y objeción de conciencia», Garrido Gómez, M.I. & Barranco Avilés, M.C. (eds.), *Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en Derecho y educación*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 145-162.
- Camarillo, J., «El pin parental», *Cuadernos Fronterizos*, 16(49), 2020, pp. 76-77.
- Climent Gallart, J.A., «El Pin Parental y la jurisprudencia del TEDH», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 2020, pp. 102-121.
- Contreras Mazarío, J.M., «Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del “pin o censura parental”», *Revista de Derecho Político*, 2021, 110, pp. 79-112.
- Cotino Hueso, L., *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Díaz Revorio, F.J., *Los Derechos Fundamentales del Ámbito Educativo en el Ordenamiento Estatal y Autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2002.
- Galaz, C., Troncoso, L. & Morrison, R., «Miradas críticas sobre la intervención educativa en diversidad sexual», *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, 10(2), 2016, pp. 93-111.
- Gómez Abeja, L., «Apuntes constitucionales sobre el pin parental», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 124, 2022, pp. 203-225.
- Lorenzo, J., «Escuelas Católicas creen que el pin parental es necesario», *Vida Nueva*, (3162), 2020, pp. 16-17.

- Martínez Torrón, J., «La objeción de conciencia a ciertos contenidos docentes en la jurisprudencia de Estrasburgo», Domingo Gutiérrez, M. (coord.), *Educación y religión: una perspectiva de derecho comparado*, 2008, pp. 113-134.
- Martín-Retortillo Baquer, L., «La presencia de los padres en el derecho a la educación», *Revista española de Derecho Administrativo*, 161, 2014, pp. 1-34.
- «Los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la “enseñanza en casa”», Briones Martínez, I.M. (coord.), *Educación en familia: Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 249-272.
- Nogueira Soriano, R., *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, Centro de Publicaciones, 1988.
- Nuevo López, P., *La Constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, UNED, España, 2009.
- Ortega Guerrero, I., «El principio de interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión europea», *Psicopatología clínica, Legal y Forense*, 2(3), 2002, pp. 87-108.
- Poder Judicial «La Sala de lo Contencioso del TSJMU suspende cautelarmente la resolución autonómica que establece el denominado veto parental»: <https://cutt.ly/vwY1hhAR> (Fecha de consulta 15/11/2023).
- Rey Martínez, F., «Pandemia y sistema educativo», Biglino Campos, M.P. & Durán Alba, J.F. (dir.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, 2021, pp. 311-332.
- Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000.
- Sanmartín, O., «Qué es el pin parental, la herramienta para que los padres puedan vetar contenidos en las aulas». *Periódico ElMundo* en <https://cutt.ly/ZwY1cMuU> (Consultado 14/11/2023).
- Silverio Luis, S., «Problemática constitucional del pin parental frente a la educación sexual y de género», *Cuadernos Constitucionales*, 1, 2021, pp. 71-93.

Souto Galván, B. (2021). «La educación en valores en España. Discrepancias sobre la consecución de las metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4 de la Agenda 2030», *Revista de educación y derecho 1(Extra)*, 2021, pp. 192-214.

Vázquez Alonso, V., (2020). «La cara y la cruz: ¿Vulnera el «pin parental» el artículo 27 de la Constitución?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 960, 2020.

Vázquez Parra, J.C., «Visibilización y Pin Parental. Un reto para las instituciones educativas en México», *Revista Pensamiento Actual*, 22(38), 2022, pp. 57-69.

Viñao Frago, A., *Escuela para todos: educación y modernidad en la España del siglo xx*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

## JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional Español 5/1981, de 13 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español 160/1987, de 27 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español 161/1987, de 27 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español 321/1994, de 28 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo Español 340/2009, de 11 de febrero.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1976, Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de mayo de 2000, Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España.



## PUNICIÓN Y DINÁMICA TRANSGRESORA

### TRANSGRESSION AND PUNITION

Miguel Arteaga

Abogado práctico Licenciatura en Derecho  
por la Universidad de Deusto

**Sumario:** *I. La punición reformadora. II. Sociedad abierta. III. Individuo y sociedad actual. IV. Sujeto o transgresor. V. La transgresión como categoría. VI. Sujeto, individuo y penalización reformadora. VII. Individuo y dinámica transgresora. VIII. Conclusiones*

**Resumen:** A partir del cuestionamiento de la validez de la prisión, como pena reformadora del individuo, se categoriza la transgresión como puntal de la dinámica del cambio y como vía para validar un sistema político y normativo de mayor libertad para los individuos.

**Palabras clave:** Derecho penal, Transgresión, Sociedad abierta, Democracia, Individuo

**Abstract:** Criticizing the incarceration as is a reform puniton, *postulamus* the dinamic of transgression in order to validate a most incisive individualism and to dinamize the democracy.

**Key words:** Punition, Individualism, Democracy, Open society, Transgression.

## I. LA PUNICIÓN REFORMADORA

Como es conocido, la cárcel reformadora<sup>1</sup> surge como resultado de la reformulación de las penas infamantes<sup>2</sup> y estamentales para sustituirlas por objetivos disciplinarios<sup>3</sup> y de reacondicionamiento normalizador. En el origen de tal sistema se encuentra presente la idea de igualdad que se traduce en un tratamiento de reclusión igualitario para todo infractor y en el cumplimiento de las mismas penas, independientemente de las condiciones personales o grupales del transgresor. Así se sustituye el sistema de penas estamentalizado, en el cual la misma infracción cometida por personas pertenecientes a distintos estamentos merecía penas diferenciadas. A su vez, el régimen carcelario comparte las prácticas disciplinarias del ejército, de las escuelas y de los hospitales<sup>4</sup>, en las cuales un grupo de individuos es aislado del resto, que queda indemne de su contagio; para ser reformado, entrenado, educado o sanado.

La intención de igualar a los individuos como ciudadanos, sin considerar sus características específicas o grupales, desemboca en la preminencia del delito<sup>5</sup> que se positiva en el tipo penal<sup>6</sup> como resultado de una decisión legislativa estructuradora y jerarquizante. El tipo

---

<sup>1</sup> «Les publicistes de tous les pays, qui, soit dans les livres, soit a la tribune politique, ont examiné la question du systeme pénitentiaire, sont d'accord sur un certain nombre de principes. Ainsi l'objet du système est de rendre meilleurs des criminels que la société a momentanément retranchés de son sein, ou tout au moins de s'opposer a ce que, dans leur prison, ils ne deviennent plus méchants. Les moyens pour parvenir á ce double but sont le silence et l'isolement» TOCQUEVILLE, Alexis de., «*Systeme penitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France, suivi d'un appendice sur les Colonies Penales et de notes statistiques*» Librairie de Charles Gosselin 30, Rue Jacob, Paris, 1845. Introduction a la seconde édition. Pág. 5

<sup>2</sup> «Les quakers, a dont les principes repousant toute effusion de sang, avaient toujours protesté contre les lois barbares que les colonies tenaient de la mère-patrie. En 1786 leur voix parvint á se faire entendre, et, a partir de cette epoque, la peine de mort, la mutilation et le fouet, furent successivement abolis dans presque tous les cas par la legislatura de Pennsylvanie» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Première Partie, Chapitre premier Págs. 85-86;

<sup>3</sup> «... tous proclament unanimement cet principe fundamental de tout systeme penitentiaire, la séparation des détenus dans la prison, soit par la cellule qui isole les corps, soit á l'aide du silence qui divise les intelligences» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Introduction a la seconde édition. Pág. 6

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel de., «El nacimiento de la clínica» Siglo XXI Editores, México, 1966; FOUCAULT, Michel de., «Vigilar y castigar» Siglo XXI Editores, México, 1976

<sup>5</sup> BINDING, Karl., «*Die normen und die Uebertretung Dritter band Der Irrtum*», Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1918.

<sup>6</sup> En el alcance y contenido establecido por BELING Ernst «*Die lehre von Tatbestand*» Tubinga 1930 traducido al español como «La doctrina del delito tipo» Buenos Aires 1944.

penal viene a ser, entonces, un producto social<sup>7</sup> siempre moderno o modernizante; así, se desplaza la categorización fundada en la persona del infractor que remansa en la tradición y que no resulta ser más que un decantado histórico. Este esquema se confrontará, desde el primer día, con las singularidades individuales o grupales que esconden el tipo penal, que arrastran tras sí todo un universo de situaciones ambientales, de origen, educación, sanitarias y otras que, además resultan ser todas únicas, irrepetibles, cuando no excepcionales. A ese idealismo igualitario no tarda en sucederle el propósito de ver en los sistemas de reclusión, medios de readaptación o de reforma de conductas que permitieran contar también, con buenos ciudadanos<sup>8</sup> al fin del período carcelario, tal como se obtienen individuos sanos luego de su hospitalización, soldados luego de su entrenamiento y profesionales o académicos luego de su educación. Estas disposiciones contrastaban con las del antiguo régimen en el que el crimen no es un tipo penal, sino un decantado de la tradición o una imposición monárquica<sup>9</sup> siempre moldeado y modificado por los condicionamientos estamentales y singularidades del infractor, del tiempo y del lugar de la acción u omisión criminal<sup>10</sup> y no subsistente, ni válido por sí mismo y menos aplicable en todos los casos. Si bien en la reformulación ilustrada el delito es preminente, quedando en el trasfondo el comitente con sus características particulares; en el antiguo régimen quien prima es el comitente, con toda su carga individual y estamental, quedando el crimen en un segundo plano. Pero, principalmente la consideración del acto u omisión criminal se encontraba supeditada no solo a los condicionamientos y particularidades del criminal<sup>11</sup>; sino a la ponderación del crimen y del criminal con los principios, máximas,

---

<sup>7</sup> WELZEL, Hans, «El nuevo sistema del derecho penal» Espasa Calpe, Madrid 1964

<sup>8</sup> «Les publicistes de tous les pays, qui, soit dans les livres, soit a la tribune politique, ont examiné la question du systeme pénitentiaire, sont d'accord sur un certain nombre de principes. Ainsi l'object du systéme est de rendre meilleurs des criminels que la société a mommentanément retranchés de son sein, ou tout au moins de s'opposer a cé que, dans leur prison, ils ne deviennent plus méchants. Les moyens pour parvenir á ce double but sont le silence et l'isolement» Introduction a la seconde édition. TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Pág 5

<sup>9</sup> TOMÁS, Francisco. «El derecho penal de la monarquía absoluta» Editorial Tecnos. Madrid, 1969.

<sup>10</sup> «...E aun deue catar el tiempo y el lugar en que fueren fechos los yerros. Ca, si el yerro que han de escarmantar es mucho usado de fazer en la tierra a aquella sazón, deuen entonce poner crudo escarmiento, porque los omes se recelen de lo fazer» LAS SIETE PARTIDAS. Andrea de Portonariis. Salamanca. 1555. P VII 31, 8.

<sup>11</sup> «Catar deben los juzgadores, quando quieren dar juyzio de escarmiento contra alguno, que persona es aquella contra quien lo dan; si es siervo o libre...ca más crudamente deuen escarmantar al siervo que al libre, al mancebo que al viejo, nin al mozo» LAS SIETE PARTIDAS. Ob. Cit. P VII 31, 8

formulas y prácticas tradicionales de conducta aceptadas o aceptables en el cristianismo. Así, un crimen tradicionalmente considerado como tal, podía ser, sin embargo, un ejercicio virtuoso y encomiable<sup>12</sup> por sí mismo o devenir a serlo<sup>13</sup> y quizá, por tanto, no castigado o atenuada la aplicación de las penas infamantes. Esa ponderación no implicaba la supuesta confusión, que era uno de los caballos de batalla de los ilustrados contra el sistema de penas del antiguo régimen, entre crimen y pecado o falta, ya que un crimen podía no ser un pecado ni una falta o bien, ser simplemente indiferente<sup>14</sup> desde el punto de vista de la moral cristiana. Como además la práctica de la moral cristiana variaba según el lugar y las características del ejercicio de la potestad eclesiástica y además se fue modificando con el tiempo, incluyendo actos u omisiones como pecados o faltas o suprimiéndolos simplemente como tales; la suposición que ve en el cristianismo un monolitismo ético dogmático o práctico permanente a través de los siglos, de los lugares y de los grupos humanos, es una simplificación histórica y doctrinal, cuando no una completa falsedad. Por tanto, se ponderaba al criminal y al crimen partiendo de la concepción de que no solo todo individuo es un *speculum Dei*<sup>15</sup>, sino que todo acto u omisión es único e irrepetible, irrevocable una vez cometido e irrefragable, ya que no puede enmendarse, ni una vez ejecutado dar marcha atrás. Así que, la confesión de su comisión y la posible contrición y propósito de enmienda, siendo ponderables desde el punto de vista de su consecución moral, al no suprimir el acto u omisión punible, ni reparar los daños cometidos y sus consecuencias, provocaba que la aplicación de la pena, también en ambos casos, sacramental como procesal, venía a ser inexorable y definitiva; de ahí la justificación de la punición infamante, sea del yerro candente, de la mutilación y de las expurgaciones públicas o autos de fe en la tradición católica.

Esos criterios dependían de la ontología cristiana sobre el hombre, en la cual, cada individuo, solo y siempre él mismo, es el responsable de sus yerros como de sus aciertos y en último término de su salvación o perdición eterna ante su conciencia y ante Dios<sup>16</sup>. En conse-

---

<sup>12</sup> SOTO, Domingo de. «An liceat civitates infidelium expugnare ob idolatriam» Salamanca .1554. También el tiranicidio y el asesinato del enemigo en tiempo de guerra

<sup>13</sup> El expolio del enemigo o del oponente y la acumulación del botín.

<sup>14</sup> Así la traición, el mercerinaje, el raque, la entrega de algo o alguien para modificar el curso de los acontecimientos, etcétera; en las cuales había que ponderar, ante todo, el momento de su comisión y las condiciones del entorno.

<sup>15</sup> DANTE, Alighieri. La divina comedia. BAC, Madrid, 1965

<sup>16</sup> «Si el hombre es ya como uno de nosotros, versado en el bien y el mal, ahora solo le falta echar mano al árbol de la vida, coger, comer y vivir para siempre» GENESIS, 3, 22 Versión de SCHOEKEL, Luis. EGA, Mensajero. Bilbao, 1993. Pág. 66.

cuencia, tampoco parecía aceptable el involucramiento de terceros<sup>17</sup> como *causa* ya que, cada individuo está generalmente capacitado para discernir sobre lo bueno y lo malo, lo conveniente e inconveniente a partir de su entrada en el estado de razón<sup>18</sup>, salvo que fuera idiota o loco<sup>19</sup>. En ese marco, la práctica de la *confessio* en su sentido sacramental, pero fundamentalmente en su sentido de prueba procesal se fundaba en el libre albedrío del individuo que confiesa sus yerros ante el confesor o que era forzado a confesar sus delitos mediante la *questio*<sup>20</sup>, la tortura. Desde esa óptica individualista la confesión, también atacada por los ilustrados<sup>21</sup>, era la reina de las pruebas ya que las pruebas indirectas, circunstanciales o testimoniales, no dejaban de ser indiciarias hasta que el individuo no admitiera o negara su participación en el acto o la omisión criminal; de ahí también la insistencia en la tortura. Este individualismo que distingue al cristianismo de otras religiones místicas, salvíficas o reveladas, que giran en torno al concepto grupal de los elegidos, salvados, puros, etcétera<sup>22</sup>, no solo

---

<sup>17</sup> «...ca non es guisado, que por el mal que un ome faze, den escarmiento a otro; porque la pena deue apremiar e constreñir a los malfechores tan solamente» LAS SIETE PARTIDAS. Ob. Cit. P VII 31, 9

<sup>18</sup> «...que, si algund ome que fuesse loco o desmemoriado o mozo que non fuese de edad de diez años y medio, matasse a otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe, nin entiende el yerro que faze» LAS SIETE PARTIDAS. Ob. Cit. P. VII 8, 3

<sup>19</sup> Las incapacidades procesales y la inimputabilidad también podían aplicar a las mujeres y a los tutelados.

<sup>20</sup> *Questio* significa interrogar y en español es también «cuestión».

<sup>21</sup> «Comenzaré diciendo que las palabras sospechas, indicios, semi-pruebas, semiplenas, cuasi pruebas, etc., y otras bárbaras distinciones, jamás pueden mutar la naturaleza de las cosas. Pueden, por cierto, difundir las tinieblas y ofuscar las mentes incautas, pero siempre se debe reducir la cuestión a este punto: o el delito es cierto o bien solamente probable. Si es cierto el delito los tormentos son inútiles y la tortura se inflige superfluamente, aunque fuese un medio para hallar la verdad, ya que se condena a un reo constreñido por nosotros, a pesar de mantenerse en la negativa. La tortura, por consiguiente, en este caso, sería injusta, porque no es justo inferir un mal, un mal gravísimo, a un hombre, sin necesidad. Si el delito, en cambio, es solamente probable, cualquiera sea el vocablo con el que los doctores distingan el grado de probabilidad, hartamente difícil de medir, es evidente que será posible, que el probablemente reo sea, de hecho, inocente; entonces es suma injusticia exponer a un suplicio seguro y a un cruelísimo tormento, a un hombre quizá inocente y el someter a un inocente a desgarramientos y miserias es tanto más injusto, cuanto que se hace mediante el propio poder público, confiado a los jueces para proteger de ultrajes al inocente» VERRI, Pietro. Observaciones sobre la tortura. Depalma, Buenos Aires, 1977 Pág. 93.

<sup>22</sup> Desde el gnosticismo, todas las herejías parten del supuesto conocimiento cierto ante el falso de los otros y se consolidan en el cisma —que los distingue como grupo ante los demás—; así en el catarismo, en los albigenses, husitas, luteranos, calvinistas y en sus secuelas unitaristas, metodistas, pentecostalistas, presbiterianas, evangelistas, etc.

se manifiesta en el ámbito de las conciencias o procesalmente; sino en la negación evangélica de toda práctica de pureza ritual,<sup>23</sup> de toda externalidad que conduzca a consolidar un cierto tipo de conducta colectiva, social o política como «salvadora»<sup>24</sup>. Al ser cada individuo responsable de sus actos u omisiones, poco o nada podía hacer el poder público o terceros para modificar conductas libremente adoptadas por cada cual, y en todo caso, el intentarlo no solo atentaba quizá contra una disposición divina<sup>25</sup>, sino que ante todo forzaba de forma inconveniente a algo que cada individuo, si le correspondía, también debía alcanzar libremente. En el cristianismo, religión individualista por definición, la reforma de las conductas no es sino resorte de cada individuo, como lo es su conversión. La colectivización de esta última, quizá políticamente oportuna y adecuada, poco o nulo efecto soteriológico podría tener sin una disposición individual libremente adoptada; de ahí la práctica del adoctrinamiento permanente o casi permanente. Es por eso que, el antiguo régimen nunca insistió en las prácticas colectivizadoras de la escuela, el hospital, la prisión o el ejército y, más bien, las toleró temporalmente, fundando dicha tolerancia en la necesidad o la búsqueda de la pertinencia; pero nunca las maquilló como buenas para el individuo y su imposición nunca dejó de calificarse como indeseable al atender contra el libre albedrío del individuo; de ahí su improcedencia e inutilidad.

En cambio, la idea ilustrada de la reforma individual y luego de la reforma penitenciaria, se funda en que la conducta del individuo es distorsionada por diversos imperativos, relacionales, educativos, am-

---

<sup>23</sup> «Mientras hablaba, un fariseo lo invitó a comer en su casa. Nada más entrar, se recostó a la mesa. El fariseo, que lo vio, se extrañó que no se lavase antes de comer. Pero el Señor le dijo: — Vosotros los fariseos limpiáis por fuera la copa y el plato, cuando por dentro estáis llenos de robos y malicia. ¡Necios! Él, que hizo lo de fuera ¿no hizo también lo de dentro? Dad más bien, lo interior en limosna y tendréis todo limpio» LUCAS, 11, 37-41. Versión de SCHOEKEL, Luis. EGA, Mensajero. Bilbao, 1993. Pág. 162.

<sup>24</sup> Lo que diferencia también al cristianismo católico y ortodoxo griego o ruso de otras «modalidades» de cristianismo; pero también del judaísmo y el islam, religiones de colectivos «elegidos» y de «sometidos» a la ley divina.

<sup>25</sup> «¿Qué decís ahora gentiles? ¿Creéis que los cristianos sienten las penalidades de la cárcel y se espantan de las tinieblas en que el mundo los encierra, ellos, a quienes aguarda el gozo de eterna luz? El espíritu que con fiel esperanza de la gracia que le acorre, se abraza íntimamente con los cielos, no está presente a sus propios sufrimientos. Podéis buscar una morada oculta y recóndita para vuestros suplicios, durísimos horrores de un antro caliginoso, una casa de tinieblas, para los que en Dios confían, no hay lugar tenebroso, no hay tiempo que sea triste. A los consagrados a Dios Padre, noche y día, los socorre la fraternidad de Cristo» ACTAS DE LOS MARTIRES versión de RUIZ, Daniel. BAC, Madrid 1974. Martirio de Santiago y Mariano y otros muchos en Numidia, bajo Valeriano Pág. 830

bientales, afectivos, religiosos, etcétera y que podría ser reorientada por métodos apropiados. Ahora bien, esa conducta no necesariamente mala en origen<sup>26</sup>, puede ser neutra o buena, de acuerdo a la concepción que se tenga de las consecuencias o pervivencias del estado natural y del pecado original; pero se considera que el individuo es siempre mejorable, adaptable y modulable de acuerdo a los parámetros de la normalidad ciudadana. Esas concepciones se fundan en la idea de que toda reforma es siempre posible<sup>27</sup> en el hombre, menospreciando su naturaleza animal o si se quiere, su particular condición entre los ángeles y las bestias. En todo caso, la idea de reforma de las conductas es la negación de la individualidad, pese a las reservas, cuidados o prevenciones<sup>28</sup> puestas en la colectivización reformadora<sup>29</sup>, pero también por ellas mismas, cuando el tratamiento de readaptación depende de las características individuales o grupales del infractor, es decir de su origen, su formación, sus experiencias, etcétera ya que si bien el individuo es segregado por esas características, éstas no impiden que se lo integre en un colectivo con otros individuos que se consideran similares o compatibles y que se proceda a su normalización.

En el antiguo régimen los individuos se encontraban adscritos a colectivos *per nativitatem*; pero también por tradición, herencia o por interés personal; sin embargo, la adaptación consiguiente era un resorte individual, apoyado o no por los mecanismos sociales de la familia, el estamento o el poder público; pero todo esto, aun cuando supusiese el uso de la fuerza, no era suficiente para encuadrarlo en un tipo de normalidad predeterminada, puesto que esta no existía o si se aceptaba como tal se encontraba circunscrita funcionalmente, territorialmente, grupalmente o estamentalmente. En cambio, el sistema de reforma penitenciaria de la ilustración pretende la mejora a pesar del individuo y aún contra el individuo. Esto se entiende fácilmente

---

<sup>26</sup> «Sea lo que fuere de estos orígenes, al menos se ve, por el poco cuidado que se tomó la naturaleza en acercar a los hombres por las necesidades mutuas y en facilitarles el uso de la palabra, cuán poco preparó su sociabilidad y cuán poco puso ella de su parte en todo lo que ellos hicieron, para establecer los vínculos ROUSSEAU, Jean Jacques. «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres» versión de ARMIÑO, Mauro. Editorial Alianza, Madrid, 1980, Pág. 232.

<sup>27</sup> «Le peril d'innover est le mot sacramental de toutes les administrations, et il faut avouer que l'absurdité de certaines reformes proposees semble légitimer l'opposition aux réformes les plus sages» TOCQUEVILLE Ob. Cit. 42

<sup>28</sup> «La peine de l'isolement appliquée au criminel pour le conduire á la réforme par la réflexion repose sur un pensé philosophique et vraie. Mais les auteurs de cette Theorié ne l'avaient point entourée de ce qui pouvait la rendre practicable et salutaire.» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Pág. 87

<sup>29</sup> «Quel est l'object principal de la peine relativement á celui que la subit? et Cést de lui donner des habitudes sociables, et d'abord de lui apprendre á obéir.» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Pág. 112

si se considera que los objetivos de la ilustración son todos colectivos o tienden hacia lo que se considera el bien de la colectividad: la educación, la salud, etc. Y aún el curso del pensamiento debe ser o tender a lo colectivo, de ahí el interés por los estudios de agregados: la economía, la sociedad, etc. De este modo, el sistema penitenciario promovido por el principio de igualdad de pena para igualdad de infracción retorna, paradójicamente a la orientación anterior *sub speciae personarum* criticada y supuestamente abandonada. Este retorno se produce en la medida en que el tratamiento de readaptación depende de las características individuales y grupales del infractor, es decir su origen, su formación, sus experiencias, etcétera.

Por otra parte, los sistemas de aislamiento, que someten a grupos de individuos a tratamientos diferenciados, tal como los orfanatos, las escuelas, los cuarteles, los hospitales y las casas de retiro para ancianos, cumplen la función educativa de recordar al resto de la población la existencia de la potestad coercitiva del Estado. En todo caso, la institución penitenciaria está avalada por consideraciones expresas o implícitas acerca del reacondicionamiento del infractor<sup>30</sup> tal como en los otros sistemas de aislamiento<sup>31</sup>; pero también en el mantenimiento del derecho a la seguridad de todos los ciudadanos. A partir de esas consideraciones, se concluye que el transgresor debe ser disciplinado<sup>32</sup> y, de ese modo, hacer posible el mantenimiento del orden público. Sin embargo, el derecho a la seguridad, que solamente tendría que ser comprendido como el mantenimiento del principio de legalidad y de la efectividad del sistema de convenios particulares, en su manifestación en los sistemas penitenciarios contemporáneos e históricos, termina por identificarse con criterios de orden público, que finalmente constituyen su razón de ser. Apoyándose en el concepto de orden público el Estado tiene la facultad de hacer uso de la

---

<sup>30</sup> «Les theories sur la réforme des détenus sont vagues et incertaines. On ne sait pas encore jusqu'à quel point le méchant peut être régénéré, et par quels moyens cette régénération peut être obtenue: mais si l'on ignore l'efficacité de la prison pour rendre meilleure les détenus, on sait, parce que l'expérience l'a fait connaître, sa puissance pour les rendre pires. Les nouveaux pénitenciers dans lesquels cette influence contagieuse est évitée ont donc obtenu un avantage capital; et tant qu'on n'aura pas trouvé une prison dont la discipline soit évidemment régénératrice, peut-être serait-il permis de dire que la meilleure prison est celle qui ne corrompt pas» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Págs. 140-141

<sup>31</sup> La celda y el silencio, formas consagradas del monaquismo y expresión del estado de mayor perfección cristiana, son convertidos en la prisión reformadora como métodos de disciplina y de supuesta y caricaturizada «rehabilitación» social del delincuente.

<sup>32</sup> La práctica del aislamiento y la disciplina entronca con la domesticación de animales, reclusos para amansarlos y finalmente para lograr su reproducción en cautiverio.

coerción; así se explica que cuando se habla de orden público, nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado que adquiere un contenido sustantivo por decisiones administrativas o judiciales producto de un momento político. Así la cárcel se convierte en un medio político de reforma del transgresor o de su eliminación física y esto se muestra de forma patente en el delito político.

La *crimina majestatis*<sup>33</sup>, es decir el delito político, presenta dos vertientes de importancia en el antiguo régimen, la del crimen individual y la del crimen colectivo. La primera comprende las diversas formas de traición y, especialmente, la del atentado contra la persona del Monarca<sup>34</sup>, de sus comisarios o de individuos caracterizados por su actuación política nobles o no. A estos crímenes se adjunta el del atentado contra el clero católico u ortodoxo. Esta vertiente que subsistirá, con las reformas consiguientes, en el período revolucionario y posteriormente, se verá ampliamente incrementada con la categorización del espionaje, como forma particularizada de la traición.

La segunda vertiente, se nutrió especialmente de la pertinacia herética cristiana y de la pertinacia pagana, tal como se muestra frecuentemente en los casos de judíos, musulmanes y gitanos.

Pese a las proclamas ilustradas y a sus consiguientes corolarios constitucionales y codificadores, la *crimina majestatis* seguirá un curso independiente, de máxima severidad, comparado con el de los delitos ordinarios, aplicando la pena de muerte o la prisión perpetua a los transgresores. Dada su residualidad, considerando la masa de las otras infracciones, viene a ser, en tiempos de paz o de guerra, la piedra de toque del sistema penal de un Estado ya que saca a la luz la entraña misma de la punición, despojada de sus revestimientos ilustrados o simplemente cristianos.

Finalmente, desde la óptica del contractualismo, piedra angular en la justificación del derecho penal ilustrado, fundado en la imposición de límites a la monarquía<sup>35</sup>, la reforma de los transgresores conduce a la paradoja que el contrato social conllevaría también la cláusula implícita de la reforma de los contratantes; reforma que se

---

<sup>33</sup> CLARUS, Julius. «Sententiarium receptarum liber quintus. Item Practica criminalis, totius criminalis iudicii ordinem delictorum poenas complectens ab eodem auctore postremo supradicti libri addita» Venecia. 1568

<sup>34</sup> La descripción morosa de la ejecución de la pena de la *crimina majestatis* es un tema recurrente en los autores de lengua francesa; así en el «Tratado de la tolerancia» de VOLTAIRE, como en «Vigilar y castigar» de FOUCAULT.

<sup>35</sup> El término frecuente en los textos pre y post revolucionarios es el de «despotismo»

postula y ejecuta de acuerdo a un criterio de normalidad meta jurídico, no explícito en el contrato.

En ese marco, parece adecuado preguntarse si existe la posibilidad de encontrar una salida a una situación contradictoria, cuando no incoherente. Para eso, seguidamente, postularemos, algunos conceptos que pretenden ser aclaratorios.

## II. SOCIEDAD ABIERTA

Para categorizar la dinámica transgresora en un marco más amplio que el meramente punitivo, instrumentaremos el concepto de «sociedad abierta»<sup>36</sup> considerando que esta lo es cuando permite el más amplio juego de intereses y la satisfacción de necesidades sin una idea rectora que pretenda uniformar y homogeneizar. En ese marco, las sociedades abiertas son concurrentes y los bienes, entendidos en un sentido amplio, económicos, culturales, sociales, políticos, religiosos y éticos que circulan en dichas sociedades, son ofertados en el mercado bajo un régimen de costo-beneficio. La decisión política que determina, qué bienes son convenientes para cada sociedad en un momento determinado, se establece mediante el régimen competitivo de los individuos y los grupos. Dicho régimen se califica a estos efectos, como democracia<sup>37</sup>.

El Estado, en este tipo de sociedad abierta, es sólo instrumental, ya que formaliza el resultado de la competencia de los individuos y de los grupos en un momento dado, mediante el sistema normativo, la actuación administrativa y la aplicación de fallos judiciales en última instancia. En esta sociedad abierta no existe ninguna verdad ni trascendente ni inmanente, ya sea referida al hombre, a la sociedad misma, o a cualquier otro aspecto o concepto de la vida humana o del mundo, que el Estado deba proteger más allá de lo aprobado mediante la concurrencia democrática. Así se puede postular que una sociedad es abierta en la medida en la que la verdad sobre cualquier

---

<sup>36</sup> Se utiliza la frase «sociedad abierta» popularizada, luego de la publicación de «The open society and its enemies» de K. POPPER en 1957. Sin embargo, en el presente texto, queda ajustada a límites estrictamente jurídicos; por tanto, su alcance y contenido no responden necesariamente a los establecidos por POPPER,, pero tampoco los excluyen completamente.

<sup>37</sup> Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco «Ilustración y Política en la Grecia Clásica» Ediciones de la Revista de Occidente. Madrid. 1966. SARTORI, Giovanni «The Theory of Democracy Revisited» Chatham House. New Jersey 1987, traducida al español por Santiago Sánchez González con el título de «Teoría de la Democracia» y publicada en Madrid por Alianza en 1988.

asunto, es vacía y formal y puede ser cualquier alternativa propuesta y votada. En dicha sociedad, el Estado respalda la ideología dominante, entendida no como valores o intereses que se cree propios de la especie humana, de una determinada sociedad, o de cualquier grupo, actividad o persona, cuanto de la propuesta más votada. Al no existir parámetro alguno, que no sea el normativo y concretamente el penal, que establezca no solamente lo prohibido, sino la tabla de valores que los individuos están obligados a respetar, pero en modo alguno a asumir como valores propios, cada individuo en la sociedad abierta se encuentra obligado a actuar de acuerdo a sus intereses individuales o grupales y a enmascararlos mediante una legitimación en la ideología dominante.

Ninguna sociedad actual es una sociedad abierta como la postulada, ya que las sociedades actuales pretenden respetar e imponer valores y concepciones que se entiende, no pueden encontrarse sujetas a concurrencia. ¿Pero acaso las condiciones de concurrencia no permeabilizan todas las esferas de la vida humana y también las de lo que se entiende como específicamente humano?

### III. INDIVIDUO Y SOCIEDAD ACTUAL

La conformación del individuo contemporáneo se funda en unos valores que se consideran de aceptación general; sin embargo, también se pretende que los individuos sean capaces de adaptarse, de crear, de ser innovadores y de poder controlar, en alguna medida, su vida y su entorno. Todas esas pretensiones no son compatibles entre sí y menos con las restricciones manifestadas en el sistema de prohibiciones, de penas y de «valores» respaldados administrativamente y judicialmente, sea cual fuere este. En suma, se entiende que el individuo conformado de cualquier manera que sea, podrá ser contenido por la punición estatal y que la penalización de los actos indeseables servirá para no estimular en otros actores la comisión de los actos penalizados. Ahora bien, la tensión entre las demandas innovadoras y los costos de la concurrencia de bienes y servicios, por un lado, que exigen conductas no necesariamente de contención y, por otro lado, las políticas existentes, generan una crisis en el individuo. Esta escisión entre las demandas de transformación —cuanto, de transgresión, originadas en la concurrencia y que permiten continuar con la vida de cada individuo— y el cumplimiento, al menos aparente, de las pretensiones ideológicas que le permiten legitimar su vida, evidencia la contradicción entre dichas ideologías y el modelo de sociedad abierta. Dicha contradicción no sólo se presenta en el ámbito de la

legitimidad, o en el de la coherencia entre fines y medios jurídicos y materiales, cuanto en el de la práctica cotidiana, que enfrenta a las personas a problemas éticos y a confusiones morales permanentes.

En la sociedad actual, cada individuo se encuentra solo y enfrentado a sí mismo, constreñido a actuar no porque sea razonable lo que se penaliza, sino simplemente porque está penalizado. El individuo, por tanto, está condenado a la imposibilidad de interrogarse, ni en la más absoluta soledad, sobre la racionalidad, coherencia y oportunidad de las políticas penales vigentes, ya que, si así lo hiciera, se encuentra sujeto a considerarse a sí mismo, o en el peor de los casos, a ser considerado, disfuncional, extraño, o un peligro potencial para sí y para los demás.

#### IV. SUJETO O TRANSGRESOR

La actuación de los individuos en el marco del sistema de normas en general, puede ser entendida con referencia a dos clases: sujetos o transgresores.

El concepto de sujeto corresponde al tipo de aquellos individuos que se definen por un acuerdo práctico y cognitivo con la norma o, simplemente con un acuerdo práctico sin una racionalización a favor o en contra. El transgresor se identifica con el individuo caracterizado por un desacuerdo práctico o cognitivo con la norma. Por tanto, en la categoría de transgresor entran individuos tan distintos como el delincuente común, el opositor civilizado o el partidario de un acto de desobediencia civil, entre otros.

Entendemos como acuerdo o desacuerdo cognitivo a cualquier tipo de racionalización o justificación que concluya en la aceptación o rechazo de la norma, ya se trate de una racionalización sustentada en un cálculo de intereses, en una posición ética o en un intento de concretar un pretendido derecho humano<sup>38</sup> o preservacionista del mundo.

Los individuos comprenden dos clases disjuntas, los sujetos y los transgresores. Los conceptos de sujeto y transgresor son mutuamente excluyentes, pero no lo son los conceptos de sujeto e individuo. Todo

---

<sup>38</sup> Vid. Welzel, Hans. «Naturrecht und materiale gerechtigkeit». Vandenhoeck und Ruprecht. Goettingen.1951, traducido al castellano por Felipe González Vicen con el título: Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material. Madrid. Aguilar.1971

sujeto es un individuo, pero no todo individuo es un sujeto, ya que puede ser un transgresor.

Si bien la sociedad abierta pretende privilegiar la libertad del individuo, los sistemas de normas jurídicas que estructuran las sociedades, no necesariamente privilegian la libertad del individuo. Así, dentro de un sistema de normas jurídicas, los actos posibles de los individuos pueden dividirse en prohibidos, permitidos y no previstos. Los actos permitidos pueden dividirse en obligatorios y libres; es decir que un acto es jurídicamente libre cuando no es obligatorio ni prohibido. Una sociedad puede calificarse como protectora de la libertad, si en su sistema normativo, el conjunto de actos libres potenciales supera el conjunto de actos obligatorios o prohibidos. Este superar no se establece únicamente contando actos, ya que tendrá que considerarse en función de la eficacia de la concurrencia como de la inexistencia de la inamovilidad de principios, ideas, derechos u otros conceptos, tal como el de naturaleza humana<sup>39</sup> o el de mundo preservable, por ejemplo.

Por lo demás, paradójicamente, para concretar la concurrencia, se debe establecer condiciones más o menos igualitarias para todos los individuos, negando así, su individualidad. Así el individuo se encuentra con restricciones no solamente conceptuales y de principio, cuanto con situaciones procedimentales que afectan su actuación y su identidad como tal individuo. La dicotomía entre un sistema concurrente y unos valores supuestamente perennes no sólo muestra la incongruencia ideológica de las denominadas democracias modernas y contemporáneas, cuanto la contención producida por el temor a liberarse de unas condiciones que supuestamente, son las únicas que legitiman dicho sistema. De ahí que, la transgresión se encuentre en último término, como motor del sistema normativo y de la concurrencia, ya que los individuos para ser competitivos y ejercer su libertad, tendrían que adoptar la decisión de actuar como transgresores. Así, la transgresión, entendida en su acepción tradicional, es un elemento que dinamiza el sistema y plantea interrogantes sobre la pervivencia de las ideologías sustentadoras de la sociedad.

También, la sociedad abierta, puede entenderse, como la propuesta de eliminar la pertinencia de la disyunción obligado-prohibido del conjunto de actos posibles de los individuos o del ámbito específico del conjunto de actos posibles. Es claro que esa disyunción no puede eliminarse de todos los actos sin quitar sentido al sistema jurídico, sin embargo, si preconceptos como los contemporáneos sobre el hombre

---

<sup>39</sup> WELZEL Ob. Cit.

y el mundo tienden a desaparecer como categorías metafísicas, el sujeto normalizado tendería a desaparecer y los conceptos hipostasitados del hombre y del mundo se reducirían a categorías transitorias, sujetas a revisión.

En el sistema normativo de una sociedad abierta —en el cual, como en toda otra sociedad, se permitirán ciertos actos, se penalizarán otros y no se regulará el resto— si bien no todos los actos serían libres, no habría un límite para la libertad, puesto que no habría un límite para los actos que pueden ser libres, tal como sucede en las sociedades actuales, en las que está fuera de discusión la despenalización de ciertos actos, o la aceptación de otros que impliquen el cambio de «valores» sobre el mundo y el hombre. En una sociedad abierta el límite de la libertad, si bien siempre está presente, se elimina como categoría metafísica en relación con cualquier paradigma, garantizando que el hombre como categoría y sus actos se puedan redefinir en el marco del ejercicio de la libertad y tolerando y garantizando la existencia del transgresor como transgresor.

Si bien el individuo está inscrito en una dinámica concurrente de alejamiento-acercamiento respecto a los mandatos normativos, esta dinámica es susceptible de ser descrita de una manera histórica, ya que el individuo, siempre que se cumplan las condiciones de concurrencia y de libertad que caracterizan a las sociedades abiertas, se estructura y se desestructura permanentemente, de una forma proteica. Podríamos visualizar este movimiento histórico, mediante una línea horizontal en la cual se grafica el cumplimiento de las normas por el sujeto, mientras que la línea vertical permitiría mostrar el movimiento del individuo mediante la transgresión. El movimiento del individuo respecto de la línea vertical mostraría el ejercicio de la libertad del mismo, ante una hipotética pasividad mostrada por la línea horizontal. En esa medida, la distancia del individuo es transgresión y coincide con el cambio y el efectivo ejercicio de la libertad y la tolerancia en una sociedad que se pretenda abierta.

La defensa de la movilidad del individuo se opone al carácter estático del régimen de negación de la transgresión; así, mientras la formalidad normativa ubicada en el ámbito del movimiento histórico vertical puede ser restrictiva o más progresiva en cuanto a la libertad del individuo y a la tolerancia en el cumplimiento de las normas, las normas que precautelan la dinámica horizontal deben ser propiamente formas, cuyos contenidos deben ser llenados mediante la concurrencia democrática y no pretender contener categorías eternas e intangibles.

## V. SUJETO, INDIVIDUO Y PENALIZACIÓN REFORMADORA

En una sociedad abierta cualquier pretensión de justificar el sistema de rehabilitación<sup>40</sup> de cualquier individuo, en base a consideraciones sustantivas acerca de la naturaleza humana, o de la naturaleza del individuo como miembro de una sociedad, se vuelca sobre sí misma, puesto que el principio de concurrencia define al sujeto como una referencia sin un contenido sustantivo y como la negación de una verdad social eterna. Por otra parte, si la naturaleza humana justificara el sistema de rehabilitación, entonces el sistema de rehabilitación no podría ser justificado porque la naturaleza humana, si existiera, sólo podría operar socialmente como una verdad social y esto significa, en una sociedad abierta, como una verdad que, en principio está permanentemente sujeta a la aceptación o al rechazo.

Al establecerse el régimen de verdad social en la sociedad abierta mediante el juego competitivo de los intereses individuales y grupales; esa «verdad» se reflejaría en la normativa que, como vehículo vacío y formal, permitiría la conformación contingente del sujeto como modelo social. Así, el sujeto como individuo conformado de acuerdo a la verdad social vigente, nunca sería un infractor; solo podría serlo el individuo que transgreda las normas que posibilitan la vigencia de la verdad social coyuntural entre ellas, los tipos penales.

Sin embargo, ninguna sociedad abierta podrá prescindir de tipos penales ni de la posibilidad de la infracción, aunque si deba prescindir de sistemas e instituciones que reafirman políticas desnaturalizadoras del sistema de concurrencia y que prolongan condiciones de prevalencia de una verdad social eterna y valedera para todos los tiempos, lugares y personas.

El régimen de verdad social en una sociedad abierta dado su carácter vacío y formal, como las normas mismas, ya que su contenido resulta ser siempre contingente; radica en la necesidad de su transgresión. Bajo este régimen y como garantía de continuidad, la posibilidad de transgresión se torna imprescindible, ya que las sociedades abiertas lo son en la medida en que el individuo tiene derecho a plan-

---

<sup>40</sup> Rehabilitar significa volver a habilitar. La locución nos remite en la clínica a una actividad o función perdida o disminuida producida por un trauma, sea este resultado de una lesión, de una enfermedad adquirida o del desarrollo de una degeneración congénita. El trauma puede ser curado y en ese caso, se inicia la rehabilitación o no, ya que existen traumas que son incurables. La rehabilitación penal nos conduce a una analogía nada feliz ya que el delito al ser irrefragable y generar consecuencias no enmendables, no puede ser «saneado» y cuando se habla de la «rehabilitación» del delincuente se da un salto mortal analógico al vacío.

tear y a llevar a efecto, todo tipo de postulados y actividades, hasta las supuestamente más dañinas al cuerpo social. Cuando esos postulados y actividades no han sido socializados, se presenta la transgresión y, en la medida en que sean aceptados como posibilidad permitida pierden su carácter transgresor.

## VI. LA TRANSGRESIÓN COMO CATEGORÍA

La transgresión se entiende tradicionalmente como un no cumplimiento, como la omisión en la observancia de una norma que se manifiesta en una acción de quebrantamiento, pero que también puede ser un no hacer, un no actuar, un inhibirse del mandato, tal como se ejemplifica penalmente en la no prestación de auxilio. Cuando hablamos de transgresión en el sentido de incumplimiento normativo, ésta también puede darse como el quebrantamiento de una obligación de hacer y se refiere a quienes por su condición, situación o actividad se encuentran obligados a realizar determinadas acciones que permitan la continuidad de ciertas actividades o bien, prevengan la pérdida de bienes o derechos o, finalmente, impidan dichas pérdidas. Estas obligaciones se encuentran comprendidas en el concepto de diligencia, predicándose del sujeto obligado *diligens*<sup>41</sup> *ad custodiendum*, solícito en guardar lo que se le manda. Así, la diligencia se origina en un mandato cuyo origen puede ser determinado o bien difuso, comprendiéndose en este último las denominadas obligaciones sociales, políticas o civiles.

La transgresión es concebible como una omisión de un deber de actuar que, a diferencia de la actividad transgresiva directa, irrumpirá, en sus efectos de cambio fatal, cuando el incumplimiento haya alcanzado el grado suficiente para determinar un curso inevitable; es decir, que no pueda ser enmendado. Puesto que la diligencia involucra cuidado, exactitud, escrupulosidad y atención, la transgresión no siempre se presenta como el resultado del descuido, ya que puede ser la concreción de un plan, en el que, si bien se realizan acciones, éstas no son suficientes o no son eficaces, o se hallan *in extremis* destinadas a realizar la modificación fatal en que consiste la transgresión. En este último caso si en efecto, no puede hablarse de un no hacer abso-

---

<sup>41</sup> Participio del término latino *diligo* que significa escoger, elegir, apreciar y que se traduce al español como diligente, solícito, pero también como cuidadoso y ahorrativo.

luto, el resultado transgresivo será la concreción de un no hacer, de una *desideratio*<sup>42</sup> máxima.

Los términos latinos *transgressio*<sup>43</sup>, *transgressionis* (*transgredior*), que originan el vocablo castellano ‘transgresión’, tienen el siguiente significado: 1) pasar a otro sitio, ir al lado opuesto, atravesar, cruzar, franquear; 2) sobrepasar, rebasar, exceder, colmar; 3) transición, infracción, violación (de las normas) 4) tránsito, paso, cruce; 5) pasaje, travesía y pueden usarse en las siguientes acepciones: 1) pasarse al bando de uno; 2) pasar de una cosa a otra; 3) colmar la medida 4) recorrer de un extremo a otro, exponer por entero un tema; 5) pasar en silencio, omitir, *et al.*

Los componentes de dichos términos latinos son la preposición *trans* que significa más allá de, al otro lado de, o por encima de y que, cuando se usa como primer elemento de un compuesto, indica el paso de un punto a otro. En segundo lugar, el participio *gressus* se origina en el lexema *gradior* y significa andar, caminar, avanzar, ir. Ambos vocablos remarcan la idea de paso, de andadura, de marcha. Es interesante señalar, además, que cuando el segundo término se sustantiva, tal como en *gradus*, significa grada, nivel o zanja y origina los vocablos castellanos ‘grado’, ‘degradar’, ‘progresar’, ‘agredir’ y ‘transgredir’; así, comprende también, la idea de superación de obstáculos, actuar sobre un tercero, para limitarlo y la imagen de saltar.

El origen latino de las sinonimias castellanas de transgresión ilustra, también, algunos aspectos que completarán dicho significado, ya que *frangere*, de donde se origina el término castellano ‘infracción’, significa fragmentar, romper, hacer pedazos, desmenuzar, destrozar; *fractus* significa ‘quebrado’ en castellano y origina el verbo quebrantar; finalmente vulnero (*vulnus*) significa herir, golpear y origina el término castellano ‘vulnerar’.

Si bien el uso común español del término ‘transgresión’ se refiere principalmente, aunque no exclusivamente, al 1) quebrantamiento,

---

<sup>42</sup> *Desideratio* es una locución latina compuesta por la partícula *de* utilizada para establecer la ausencia y *sideris* o estrella; de ahí que su traducción literal sea la ausencia de la estrella. El significado de *desideratio*, sin embargo, es extensivo ya que se usa para la añoranza; como aquello que uno quiere volver a ver o querría ver por vez primera. En español se traduce por anhelo, deseo.

<sup>43</sup> Vid. SEGURA MUNGUÍA, Santiago «Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas». Universidad de Deusto. Bilbao 2003. SALAS, Pedro de. «Compendium Latino –Hispanum, utriusque linguae» Ibarra, Madrid, 1830. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA «Diccionario de la lengua castellana» Tomo VI. Madrid, 1739. ALONSO, Martín «Enciclopedia del idioma» Tomo III. Aguilar. Madrid.1958.

infracción, vulneración, inobservancia o violación de algún estatuto, ley o precepto; también se usa el término para la 2) formación sedimentaria que avanza sobre las más antiguas cubriéndolas y solapando sus bordes y para la 3) invasión de aguas marinas en un territorio hasta entonces emergido. Entonces, el vocablo transgresión se aplica no sólo al acto humano voluntario, sino también al distanciamiento involuntario, o quebrantamiento inevitable, de cualquier norma, ley, regularidad o equilibrio natural. Sin embargo, se debe notar que, en los dos sentidos mencionados, tanto en el que media la voluntad como en el que media el azar, la transgresión siempre significa un cambio. Si el cambio es irreversible, no puede volverse al estado anterior y si es irrevocable, no es posible suspenderlo una vez iniciado. Así, la transgresión sería el comienzo de algo nuevo, distinto al estado de partida. De ahí que, de acuerdo a este enfoque etimológico, la transgresión vendría a ser un elemento omnipresente en el mundo material y humano.

Entonces, la transgresión podría ser descrita como el cambio en las formas o en los contenidos, el paso de un estado a otro de forma gradual o bien, la acción o el hecho en que un móvil interno o externo, irrumpe y genera una ruptura con el estado anterior. Así partimos del presupuesto de que la transgresión es la culminación de un proceso en el cual el medio en el que se produce, o el agente transgresor han sufrido modificaciones tales, que la transformación manifiesta no sólo un cambio de grado cuanto, de naturaleza, tal como cuando el hombre envejece y muere. Por tanto, de acuerdo a lo anterior, la ruptura de un estado o de un proceso por la acción de un agente interno o externo que, voluntaria o involuntariamente irrumpe y modifica el curso probable o esperado de los acontecimientos, definiría a la transgresión. Desde el punto de vista del agente o subjetivo, se caracterizaría por su irrevocabilidad y objetivamente, o desde los resultados, se caracterizaría por su irreversibilidad

Categorizar la transgresión implica romper con la tradición de la insustancialidad del concepto, de acuerdo a la cual, solo podría mencionárselo defectivamente, como *apousia*<sup>44</sup>, como carencia, ya que su

---

<sup>44</sup> *Apousia/Ousia*. La anteposición de la partícula *ap* al vocablo *ousia*, participio presente del verbo *einai* o ser, indica la ausencia. Es utilizada por GREGORIO DE NISA (ca.335-post.394) en su *Logos kateketichos* o *Megas* (ca.385) que en su versión latina se denomina *Oratio catechetica magna*. El término *ousia* se aplicaba en la Grecia arcaica y clásica para designar el patrimonio o conjunto de bienes hereditarios, los que hacían que un hombre sea considerado como tal hombre y luego, especialmente con ARISTÓTELES (ca.384 aC-ca. 322 aC), por ejemplo, en el *Organon*, se extendió para significar el ser, o para enunciarlo a partir de una evidencia empírica. El *Discurso Catequético* aplica el vocablo *apousia* referido al mal y, contrapuesto a la *ousia* divina;

entidad y sustancia, le vendría dada por la norma jurídica o social vulnerada. En ese entendido, la transgresión sólo sería un enunciado general vacío de contenido, que se concretaría mediante ejemplificaciones de negaciones o defectos de comportamientos o actividades protegidas o deseables. Los listados de prohibiciones normativas, tales como los tipos penales o las infracciones administrativas, constituirían el ejemplo más conocido de transgresión; mientras que para otro tipo de quebrantamientos tendríamos que postular la negación, o el defecto de preceptos religiosos, sociales o de la buena vida.

Por consiguiente, la transgresión solamente podría ser caracterizada de manera casuística y dispersa, ya que los listados de negaciones o defectos en que se ejemplificaría, no siempre serían compatibles entre sí, ni serían completos, ya que las prohibiciones no son, en ningún caso, absolutas, pues están sujetas a excepciones. Tampoco son permanentes en el tiempo, ni las mismas en los diversos grupos humanos. De ahí que transgresión como ruptura, irrupción y modificación, tal como se postula en el presente texto, no sea, necesariamente identificable con dichas caracterizaciones tradicionales.

Aún podemos categorizar la transgresión epistemológicamente, como la ruptura que irrumpe como modificación, generando una nueva situación y que puede provocar la emergencia de un nuevo paradigma.

Decimos ruptura, ya que es imprescindible que se produzca un quebrantamiento, una lesión en el orden existente o en la normalidad esperada; sea en el mundo de la acción o del pensamiento; en los valores, contenidos o formas, o que la misma afecte la vida, personalidad o las condiciones para la pervivencia material o moral de los seres.

Dicha ruptura irrumpe, es decir no es esperada, ni es esperable ya que, si así lo fuera, nos encontraríamos ante un proceso que, si bien podría desembocar en un cambio, no implicaría necesariamente una transgresión. Por consiguiente, la transgresión es sorpresiva e indeleble, sea generada interna o externamente. Es indeleble, en cuanto que, para ser tal, una vez desatada, no puede ser suprimida o ignorada, puesto que su evidencia, la que fuere, es patente. La transgresión, también es irrefragable, no porque no pueda ser resistida cuanto que, una vez que irrumpe, no se puede retornar a la situación *ex ante*.

Finalmente, la transgresión implica una modificación fatal de algo o de alguien. Esta condición, que sólo puede ser verificada *a posteriori*

---

por tanto, como defectivo. *Ousia* se tradujo al latín como *substantia* y el defectivo *apousia* mediante una perífrasis, como lo carente de substancia.

*ri*, permite distinguir la transgresión de los cambios que se presentan en el mundo o en la vida de los seres humanos y que no necesariamente deben ser calificados como transgresivos. La fatalidad implica permanencia e irreversibilidad. La permanencia se refiere a una situación que, a partir de la transgresión, sigue el curso que ésta le ha impreso. La irreversibilidad comprende la imposibilidad de retorno al estado de partida previo a la transgresión. Sin embargo, es oportuno puntualizar que la permanencia e irreversibilidad que implica la fatalidad debe encontrarse *in nuce* en la transgresión de que se trate, condición que es, en último término pleonástica, ya que toda ruptura es irruptora y por serlo, modifica el objeto de la transgresión, al transgresor y al medio en el que se opera, aun cuando no se pretenda tal cambio, o se tenga el cuidado de intentar evitarlo.

## VII. INDIVIDUO Y DINÁMICA TRANSGRESORA

En ese marco categorial, el individuo quedaría definido como aquél que puede llevar a cabo actos que jurídicamente no son obligatorios, abstenerse de hacer algo que jurídicamente no está prohibido, cumplir con lo normado, o bien quebrantar la norma y así constituirse en transgresor. En esta enumeración se evidencia cómo la libertad, entendida como la potencialidad de realizar actos normados, prohibidos o no normados, puede tener grados.

Se entiende que toda sociedad censura y penaliza el quebrantamiento individual de pautas de conducta social que se consideran imprescindibles para la pervivencia del grupo. Ese conjunto de pautas, que también se califican como valores, no es necesariamente congruente, ni completo, ni permanente en ninguna sociedad. En una sociedad abierta, dichas pautas deben ser concurrentes. En una sociedad cerrada como la moderna y contemporánea, los valores que se defienden, no son concurrentes. Esas pautas se consideran necesarias para la pervivencia del grupo, pero nunca han sido puestas a prueba en cuanto a su eficacia para dicho objeto, salvo mediante la transgresión individual. Así la transgresión termina siendo la posibilidad de redefinir los marcos de libertad y de poner a prueba los grados de libertad efectivamente existentes en una sociedad.

Las sociedades actuales, independientemente del régimen político que ostentan, coinciden en dos aspectos: 1) en reducir o eliminar los espacios de libertad del individuo y 2) en negar a los individuos la posibilidad en la toma de decisiones sobre asuntos considerados intangibles, tales como los derechos humanos, la preservación ecológica y

de formas de vida, etc. En ambos casos, se impide que el individuo decida sobre la coincidencia o no del marco jurídico con sus intereses, deseos, ideales, o criterios individuales o grupales. Aún más, los derechos declarados para los individuos o grupos que realizan las prácticas protegidas, son excepciones al principio de igualdad ante las normas y, como tales, terminan consolidándose en privilegios que se legitiman como inatacables por el hecho de ser proteccionistas. Actualmente, la transgresión es una vía que permite poner un límite a la penalización de los actos contrarios a las políticas de contención del mundo y de la vida. Así, la transgresión se postula como una garantía de movilidad del individuo ante la inamovilidad hacia la que tienden las sociedades contemporáneas.

El sujeto está inscrito en una tensión de alejamiento–acercamiento respecto del cumplimiento de las normas y de la imagen, ante sí mismo y ante los demás, como sujeto normalizado. Esta dinámica de alejamiento–acercamiento a lo socialmente sancionado, es susceptible de ser descrita de una manera genética, de acuerdo a la cual, el sujeto se estructuraría y desestructuraría en forma permanente, tal como una vasija que se vaciara y llenara de contenido. Así, podría encontrarse en situaciones transgresoras o potencialmente transgresoras y adoptar conductas de aceptación o de negación de las mismas. Para ello, no es necesario, ni suficiente, que se encuentre en condiciones calificadas de desequilibrio social o psicológico; simplemente las situaciones se plantean o presentan de esa forma, independientemente de que el individuo tenga una herencia biológica de ancestros transgresores o que anteriormente, hubiera cometido alguna transgresión. El transgresor de ayer puede ser el pilar del orden del mañana. En todo caso, la distancia en relación con el cumplimiento normativo, la reserva, así sólo sea mental, es también transgresión.

## VIII. CONCLUSIONES

La defensa de la movilidad del individuo para que su ámbito de acción quede garantizado entre el cumplimiento, la resistencia, o el quebrantamiento de la norma, garantiza la continuidad de la libertad.

La posición extrema de eliminar la penalización de la transgresión no es posible en ningún tipo de sociedad, pero en una sociedad que pretenda ser abierta, el límite de la penalización debe ser colocado en la defensa del transgresor y no en reacomodar al sujeto transgresor a una supuesta norma metafísica e intangible, reformándolo como en el sistema de penas actuales. Además, paradójicamente en una socie-

dad que se pretenda abierta el reacondicionamiento del transgresor resulta irracional al estar a merced de las condiciones que establece la concurrencia, ya que, si existe una real competencia de ideas y conceptos y no sólo de bienes y servicios, las ideas sobre el hombre y el mundo, como cualquier otro tema, deberían, en principio, ser cambiantes. Entonces ¿Cómo reformar al transgresor? ¿En función de qué presupuestos debería establecerse esa reforma, si ninguno de éstos, por definición, debería ser intemporal? Por otra parte, las sociedades actuales, tal como actúan en referencia a la transgresión, al establecer un modelo de hombre y mundo que es obligatorio acatar ¿no estarán formando a los inadaptados y a los transgresores del mañana? Si es que en ese mañana se lograra concretar una sociedad abierta, en la que no debería existir ninguna idea trascendente del mundo y del hombre.

## BIBLIOGRAFÍA

- Actas de los mártires, versión de Ruiz, Daniel. Madrid: BAC, 1974.
- Biblia del peregrino versión de Schoekel, Luis. Bilbao: EGA, Mensajero, 1993.
- Beling, Ernst «*Die lehre von Tatbestand*» Tubinga 1930 traducido al español como «La doctrina del delito tipo» Buenos Aires 1944.
- Binding, Karl., *Die normen und die Uebertretung. Dritter band. Der Irrtum.* Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1918.
- Clarus, Julius. *Sententiarium receptarum liber quintus. Item Practica criminalis, totius criminalis iudicii ordinem delictorum poenas complectens ab eodem auctore postremo supradicti libri addita,* Venecia, 1568.
- Dante, Alighieri. *La divina comedia,* Madrid: BAC, 1965.
- Foucault, Michel de., «El nacimiento de la clínica», México: Siglo XXI Editores, 1966.
- «Vigilar y castigar», México: Siglo XXI Editores, 1976.
- Las siete partidas.* Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555.
- Rodríguez Adrados, Francisco, *Ilustración y política en la Grecia clásica.* Madrid: Revista de Occidente, 1966.
- Rousseau, Jean Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* versión de Armiño, Mauro. Madrid: Editorial Alianza, 1980.

Salas, Pedro de, *Calepino*. Madrid: Ibarra, 1830.

Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*. Traducción de Santiago Sánchez González. Madrid: Alianza, 1988.

Segura Mungia, Santiago. *Nuevo diccionario etimológico latín español y de las voces derivadas*. Bilbao: Deusto, 2003.

Soto, Domingo de, *An liceat civitates infidelium expugnare ob idolatriam* Salamanca, 1554.

Tocqueville, Alexis y Beaumont de, *Systeme penitentiarie aux Etats-Unis et de son application en France, suivi d'un appendice sur les Colonies Penales et de notes statistiques*, Paris: Libraririe de Charles Gosselin 30, Rue Jacob, 1845.

Tomás, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid: Editorial Tecnos, 1969.

Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires: Depalma, 1977.

Welzel, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. Traducción de Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1971.

— *El nuevo sistema del derecho penal*, Madrid: Espasa Calpe, 1964.



**SOBRE EL PLAZO DE DURACIÓN DE LA  
INSTRUCCIÓN EN LAS CAUSAS ATRIBUIDAS  
A LA FISCALÍA EUROPEA DELEGADA Y LA MÁS  
QUE DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DEL  
ARTÍCULO 42 DE LA LEY ORGÁNICA  
DE 1 DE JULIO DE 2021**

**ABOUT THE DURATION OF THE INVESTIGATION PROCEDURES  
IN THE CASES ATTRIBUTED TO THE EUROPEAN DELEGATED  
PROSECUTORS AND THE MORE THAN DOUBTFUL  
CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 42 OF THE ORGANIC LAW  
OF JULY 1<sup>st</sup>, 2021**

José María Ayala de la Torre

Socio director de Ayala de la Torre Abogados.  
Abogado del Estado en excedencia

**Sumario:** *I. El plazo de instrucción en el artículo 324 de la LECR y las consecuencias de realizar actuaciones fuera de plazo. II. El artículo 42 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021 y la inaplicabilidad del artículo 324 de la LECR a las instrucciones de causas penales asumidas por la Fiscalía Europea Delegada. Problemas de constitucionalidad de la norma.*

**Resumen:** En el presente trabajo pretendemos interpretar el artículo 42 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021 y la exclusión del artículo 324 de la LECR en los procedimientos de instrucción atribuidos a la Fiscalía Europea delegada, procediendo a un estudio sistemático de la evolución del plazo de instrucción en las causas penales desde una perspectiva constitucional del derecho de defensa y el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas y con todas las garantías

del artículo 24.2 de la CE. Concluyendo que carece de justificación constitucional el distinto tratamiento del plazo de instrucción en la Lecr y en la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021, que origina un tratamiento desigual que por ser discriminatorio vulnera el artículo 14 de la CE. Sin que encuentre justificación esa discriminación en la jurisprudencia del TJUE contenida en la sentencia de 5 de junio de 2018.

**Palabras clave:** Plazo máximo de instrucción, Fiscalía Europea, dilaciones indebidas, principio de igualdad, no clausura del procedimiento penal.

**Abstract:** In this paper we intend to interpret article 42 of the Organic Law of July 1<sup>st</sup>, 2021 and the exclusion of article 324 of the Criminal Procedure Act in the investigation procedures attributed to the European Delegated Prosecutors, doing a systematic study of the evolution of the investigation period in criminal cases from a constitutional perspective of the right of defence, the right to be tried without undue delay and the right to a due process recognized in Article 24.2 of the Spanish Constitution. Concluding that the different treatment of the investigation period in the Criminal Procedure Act and in the Organic Law of July 1<sup>st</sup>, 2021 lacks constitutional justification, as it originates an unequal and discriminatory treatment that violates Article 14 of the Spanish Constitution. This discrimination is not justified in the CJEU jurisprudence contained in the judgment of June 5<sup>th</sup>, 2018.

**Key words:** Maximum duration of the investigation period, European Public Prosecutor's Office, undue delays, equal treatment principle, non-closure of criminal procedures.

## I. EL PLAZO DE INSTRUCCIÓN EN EL ARTÍCULO 324 DE LA LECR Y LAS CONSECUENCIAS DE REALIZAR ACTUACIONES FUERA DE PLAZO

La polémica en torno al plazo de duración de la instrucción de las causas penales y a los efectos del incumplimiento de los referidos plazos a través de la práctica de diligencias acordadas con anterioridad o con posterioridad a la expiración del plazo de instrucción, está, a día de hoy, totalmente superada, pudiendo señalar muy resumidamente los siguientes hitos más relevantes de la discusión:

1.º Un primer momento tiene lugar a raíz de la relevante **reforma operada a través de la Ley 41/2015**, que vino a dar redacción al artículo 324 de la LECR, poniendo fin al, en palabras del preámbulo de la

referida norma, «exiguo e inoperante» plazo de un mes de instrucción que contemplaba en su versión anterior el artículo 324 de la LECR<sup>1</sup>, y fijando un plazo máximo de instrucción, así como las consecuencias procesales del incumplimiento de los referidos plazos.

Tras esa reforma, el artículo 324 vino a disponer:

«1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurren de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.».

La referida reforma supuso un paso fundamental en la protección del derecho de defensa del investigado y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, contemplados en el artículo 24.2 de la CE; todo ello por cuanto que (por utilizar la terminología de la Ley 2/2020 de reforma del artículo 324) *«como es sabido, el proceso penal es en sí mismo una pena, que comporta aflicción y costes para el imputado. Por identidad de razón por la que en otros ámbitos (por ejemplo, en materia tributaria o sancionadora) se establecen límites a la duración de las actividades inspectoras o instructoras, debe articularse un sistema que cohoneste la eficacia del proceso penal con los derechos fundamentales de presunción de inocencia, derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías que se sustancie en un plazo razonable»*.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Exiguo e inoperante por cuanto que el trascurso del plazo provocaba únicamente el deber del secretario judicial de dar parte semanal de las razones que habían llevado a no finalizar la instrucción en el referido plazo de un mes, nada más.

<sup>2</sup> Como gráficamente señala la Sentencia del Tribunal Supremo 52/2022 de 21 de enero, Fundamento Jurídico Primero, *la finalidad de estos plazos es que ningún ciudadano quede cuestionado en su presunción de inocencia y sometido a proceso de*

No obstante la redacción de 2015 dejaba una serie de dudas que, doctrina y jurisprudencia se han ocupado de resolver, que podemos sistematizar del siguiente modo (STS de 18 de mayo y 22 de junio de 2017, entre otras):

- a) El establecimiento del plazo máximo para llevar a cabo la instrucción tiene la consideración de plazo propio siendo posible su ampliación previa «declaración de complejidad», con intervención de las partes.
- b) Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor deberá ineludiblemente dictar el auto de conclusión, si es procedimiento ordinario, o la resolución que proceda conforme al artículo 779 de la LECRIM. si se trata de procedimiento abreviado.
- c) Transcurridos dichos plazos no pueden practicarse más diligencias de prueba, sin perjuicio de incorporar a la causa las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo y practicadas con posterioridad (diligencias probatorias «rezagadas»). Son válidas las diligencias probatorias realizadas después de expirado el plazo pero acordadas durante la vigencia del plazo de instrucción; no son válidas las diligencias probatorias acordadas con posterioridad al vencimiento del plazo de instrucción.
- d) El transcurso del plazo no supone, «*en ningún caso*» el archivo de la causa, si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 y 641 de la LECR, sino la conclusión de la fase de instrucción y la continuación del proceso. Se trata de un efecto preclusivo por expiración del plazo de instrucción (por todas, Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo 62/2017 de 18 de mayo).

2.º Para disipar las escasas dudas interpretativas que quedaban, la **Ley 2/2020 de 27 de julio**, procedió a reformar el precepto, que queda redactado del siguiente modo:

«1. La investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa.

Si, con anterioridad a la finalización del plazo, se constatare que no será posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses.

---

*investigación indefinido, inagotable y temporalmente irrazonable para una sociedad democrática.*

Las prórrogas se adoptarán mediante auto donde se expondrán razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las concretas diligencias que es necesario practicar y su relevancia para la investigación. En su caso, la denegación de la prórroga también se acordará mediante resolución motivada.

2. Las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o de sus prórrogas serán válidas, aunque se reciban tras la expiración del mismo.

3. Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha.

4. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda.»

El Tribunal Supremo ha venido a interpretar el precepto y extraer una serie de consecuencias que se resumen en la **Sentencia 455/2021**:

- a) La fijación de plazos máximos de instrucción constituye una opción de política legislativa que determina que las diligencias de investigación acordadas y practicadas fuera de este plazo serán nulas, sin posibilidad de subsanación (sin perjuicio de las denominadas «diligencias rezagadas», que se acuerdan dentro del plazo de instrucción, pero cuya práctica se produce tras la finalización de este plazo, conforme al actual art. 324.2 LE-Crim). Por eso los plazos de instrucción son de obligado cumplimiento, sin que sea admisible una interpretación flexible de los mismos.<sup>3</sup>
- b) Pese a ser una opción de política legislativa, el establecimiento de un plazo de instrucción entra dentro del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías del artículo 24.2 de la CE<sup>4</sup>, existiendo una relación directa entre el

---

<sup>3</sup> Por ello, el Tribunal Supremo, en la referida sentencia, hace suyos los argumentos de la Sala de la Audiencia Provincial de Murcia, al sostener que la ampliación indebida del plazo de instrucción «*constituye un fraude al derecho fundamental del investigado a un proceso sin dilaciones indebidas contrario a la Ley y a la Constitución*».

<sup>4</sup> Esta afirmación del Tribunal Supremo pudiera parecer una contravención de la interpretación que de las dilaciones indebidas hizo en su momento el Tribunal Constitucional, en concreto en la sentencia 103/2006 de 6 de julio, FD 5º, al indicar: «*este derecho es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones supone una vulneración del derecho*».

- establecimiento de un plazo de instrucción y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas
- c) El legislador ha querido fijar un plazo de «movilidad práctica temporal de diligencias» en la fase de instrucción, y que más que de preclusión se trata de que el Fiscal, en el ejercicio de su función de postulación de la práctica de diligencias y potenciación, también de su labor instructora, sea el que las inste ante el juez de instrucción y ejerza una función fiscalizadora de la agilización de las diligencias, así como que no transcurra el plazo fijado de seis meses al momento de los hechos y de doce en la actualidad que evite la paralización de las diligencias<sup>5</sup>.
  - d) La práctica de diligencias de investigación de forma extemporánea conlleva indefensión material para el investigado. La vulneración del derecho de defensa reside en que se hubiese permitido *«a la acusación aportar diligencias de investigación que no podía haber aportado, y construir un material para sostener la acusación altamente improcedente, basado en una actuación contra legem que debe tener la sanción de la nulidad de lo aportado fuera de los plazos legales. (Por eso) La indefensión no fue formal, sino material»*. En un sentido similar, también afirma el Alto Tribunal que admitir la práctica de diligencias tras el fin del plazo de instrucción *«produciría un desequilibrio de la reciprocidad entre las partes en el proceso»*, pues el Ministerio Público debe tener una postura proactiva en el procedimiento, *«sancionándose la pasividad con la declaración de nulidad de diligencias extemporáneas»*.
  - e) La consecuencia del incumplimiento del plazo de instrucción es la nulidad de las actuaciones posteriores a ese plazo (salvo si hubiera sido acordadas con anterioridad a la expiración del plazo).
  - f) Se excluye cualquier riesgo de impunidad por el transcurso de los plazos al excluirse que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa<sup>6</sup>.

---

*fundamental que estamos comentando (por todas, STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4º), sin que, por otra parte, el derecho fundamental referido pueda identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal e todo proceso y su razonabilidad».*

<sup>5</sup> Téngase en cuenta que con la reforma operada por la Ley 2/2020 puede ser acordada de oficio por el Juez la prórroga, aun cuando no sea solicitada por el Fiscal.

<sup>6</sup> *«El artículo 324 LECR no crea una nueva causa de extinción de la responsabilidad penal»*, como acertadamente dice el apartado 20 del Fundamento de derecho segundo

Resta por decir que la **Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2021 de 8 de abril** ha de quedar totalmente superada por esta jurisprudencia toda vez que la misma mantiene una interpretación de los plazos máximos incompatible con los derechos del investigado, al indicar que los plazos máximos no tienen una «conexión directa» con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) o con el derecho a un proceso equitativo en plazo razonable (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), sin que sea posible «vincular los plazos —más que de un modo remoto— con el tiempo razonable para la tramitación del procedimiento». La finalidad de los plazos máximos de instrucción sería, según la Circular FGE 1/2021, la de «ordenar el curso del procedimiento».<sup>7</sup>

Esta afirmación de la Fiscalía General del Estado de la inexistencia de conexión directa entre los plazos máximos de la instrucción y los derechos de los investigados es manifiestamente contraria no sólo al preámbulo de la LO 2/2020 que modifica el artículo 324 de la LE-Crim, al que antes se ha hecho referencia, sino que también se separa del anterior criterio de Fiscalía, el defendido en la Circular 5/ /2015 de la FGE, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, donde se afirmaba que «no debe olvidarse que una de las principales finalidades de esta norma es garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», que «la limitación de los plazos de instrucción está en conexión con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas» y que «el incumplimiento de los plazos podrá generar una infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas».<sup>8</sup>

---

de la STS 455/21 que venimos comentando. No obstante no crear una nueva causa de exención de responsabilidad, es cierto que no serán válidas las actuaciones de instrucción acordadas con posterioridad al vencimiento del plazo de instrucción, incluida la declaración en calidad de investigado, siendo así que si vence el plazo sin que haya declarado el investigado como tal no cabrá sino acordar el sobreseimiento provisional sin que quepa la posterior reapertura del procedimiento, salvo si ésta se fundamenta en algo distinto a aquello que formaba parte de la investigación al tiempo del vencimiento del plazo de instrucción.

<sup>7</sup> Tratando de volver, de esta suerte, a la superada polémica de si nos encontramos ante un plazo propio o impropio.

<sup>8</sup> También en esto conviene «estar de acuerdo con uno mismo»; como decía Deleuze, el filósofo de la diferencia, «no hay nada más peligroso que no estar de acuerdo con uno mismo».

## II. EL ARTÍCULO 42 DE LA LEY ORGÁNICA DE 1 DE JULIO DE 2021 Y LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 324 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL A LAS INSTRUCCIONES DE CAUSAS PENALES ASUMIDAS POR LA FISCALÍA EUROPEA DELEGADA. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Consecuencia del Reglamento UE 2017/1939 de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, es el surgimiento, como órgano de la Unión y con personalidad jurídica propia, de una Fiscalía Europea para la persecución e investigación de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, Fiscalía que «*iniciará y llevará a cabo sus investigaciones sin retrasos injustificados*» (artículo 5 del Reglamento) y la aprobación de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021, en cuyo artículo 4.2 se establece que la Fiscalía Europea tendrá competencia para el conocimiento de los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales, el fraude de subvenciones y ayudas europeas, el delito de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión; de los delitos de cohecho cuando perjudiquen o puedan perjudicar a los intereses financieros de la Unión y del delito de malversación cuando perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la Unión y el delito de contrabando cuando afecten a los intereses financieros de la Unión.

Por su parte el artículo 42.2.º dispone que *las previsiones contenidas en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no serán de aplicación en los procedimientos que se sigan ante la Fiscalía Europea.*

El artículo 324 de la LECrim ha quedado, por consiguiente, taxativa y expresamente excluido en los procedimientos que son competencia de la Fiscalía Europea, asumiendo el prelegislador (el Gobierno en el Proyecto de ley orgánica) y el legislador (en la norma final) la recomendación del CGPJ contenida en el Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento interno al Reglamento de la Unión Europea 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Así las cosas, el argumento del CGPJ para excluir la aplicación del artículo 324 de la LECrim a los procedimientos cuya competencia se atribuye a la fiscalía europea delegada se encuentra en el apartado sexagésimo séptimo:

«Ni en la regulación del inicio del procedimiento investigador, ni en la de su conclusión, se hace referencia a los límites de su duración, encontrándonos únicamente con la referencia al «tiempo mínimo imprescindible para la consecución de los fines que le son propios» en el artículo 71.1 del ALO. Si bien, el que las investigaciones de la Fiscalía Europea puedan verse sujetas a plazos máximos impuestos por los Derechos nacionales entrañaría un riesgo o dificultad para el eficaz desarrollo de las funciones de investigación de la Fiscalía en todo el territorio de la Unión, sería procedente que el prelegislador aclarase la no aplicación del límite temporal de la instrucción del artículo 324 de la LECrim.»

Añadiendo el apartado nonagésimo del referido informe:

«El apartado 2 del artículo 71 viene a desarrollar uno de los principios básicos que rigen la actividad de la Fiscalía Europea, de acuerdo con el artículo 5 del Reglamento, consistente en que el inicio y desarrollo de las investigaciones se llevará a cabo «sin retrasos injustificados». En línea con este principio, el prelegislador ha dispuesto que los Fiscales Europeos Delegados deben impulsar el procedimiento de investigación, evitar su paralización y asegurarse de que «se desarrolla en el tiempo mínimo imprescindible para la consecución de los fines que le son propios». La opción del Reglamento de sujetar la duración de la investigación a un límite temporal de carácter principal («sin retrasos injustificados») debe leerse en línea con la STJUE de 5 de junio de 2018, Kolev y otros, en la que el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 325 TFUE se oponía a una norma nacional que un límite temporal al procedimiento de investigación de delitos que afecta a los intereses financieros de la Unión (apdos. 49 a 76). El Anteproyecto debería, explicitar, en este sentido, la no aplicabilidad por vía supletoria de los límites temporales de la instrucción previstos en el artículo 324 LECRIM.»

Por consiguiente, la razón de la exclusión del artículo 324 de la LECR y del plazo de doce meses máximo de duración de la instrucción cuando se trata de causas atribuidas a la Fiscalía europea se basa en la doctrina contenida en la sentencia de 5 de junio de 2018 del TJUE y las conclusiones que la misma alcanza sobre el artículo 325 del TFUE, en concreto en el apartado 76 de la referida sentencia:

«El artículo 325 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido que se opone a una normativa nacional que establece un procedimiento de clausura del proceso penal como el regulado en los artículos 368 y 369 del Código Procesal Penal, en la medida que tal normativa se aplique a procesos incoados por fraude grave u actividad ilegal grave que afecte a los intereses financieros de la Unión en materia aduanera. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional dotar de plena eficacia al artículo 325 TFUE, apartado 1, inaplicando, en su caso, dicha normativa y velando al mismo tiempo por garantizar el respecto de los derechos fundamentales de las personas acusadas.»

Como se ve con facilidad, la conclusión alcanzada por esta Sentencia de la Gran Sala trae causa del hecho de que si se aplicasen los artículos 368 y 369 del código Procesal Penal de Bulgaria se vulneraría el artículo 325 del TFUE dado que el juez nacional búlgaro debe decretar la clausura del proceso penal a instancia de la persona acusada cuando, transcurrido el plazo de dos años, incrementado en tres meses y medio y en otro adicional de un mes, el fiscal no ha concluido la investigación y, en su caso, establecido y notificado a la defensa los cargos, y presentado un escrito de acusación al juez. Es decir, conforme al Derecho procesal búlgaro, en esos casos, el trascurso del plazo del procedimiento de instrucción conllevaba la obligatoriedad para el juez nacional de decretar la clausura del proceso.

Precisamente esa obligación de decretar la clausura del proceso por el trascurso de los plazos es el presupuesto de la contravención del derecho interno al derecho de la UE, en concreto al artículo 325 del TFUE, en cuya virtud:

«1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión».

En cambio, el supuesto de hecho necesario para declarar la incompatibilidad del derecho interno con el referido artículo del TFUE, sencillamente, no se da en Derecho español. En efecto, como hemos visto, el artículo 324 de la LECR establece un plazo propio cuyo incumplimiento genera la nulidad de las actuaciones de instrucción realizadas con posterioridad a ese plazo salvo que hubieran sido acordadas antes de la expiración del término, sin que exista riesgo alguno de impunidad por el mero transcurso de los plazos al descartar que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa. Es decir, transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor deberá ineludiblemente dictar el auto de conclusión, si es procedimiento ordinario, o la resolución que proceda conforme al artículo 779 de la LECRIM. si se trata de procedimiento abreviado, sin que el artículo 324 de la LECR, por consiguiente, haya previsto una *nueva causa de extinción de responsabilidad penal* (como ha dicho gráficamente la STS 455/2021, antes comentada).

Nuestra regulación procesal es, en definitiva, perfectamente compatible con el artículo 325 del TFUE y con la doctrina contenida en la Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 e impide que se vulneren

los intereses financieros de la UE, y protege, al propio tiempo, el derecho del investigado a un procedimiento sin dilaciones indebidas, cumpliendo, de esta suerte de forma escrupulosa, el principio básico establecido en el artículo 5. 5 del Reglamento 2017/1939 de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea en el que establece que *«la Fiscalía Europea iniciará y llevará a cabo sus investigaciones sin retrasos injustificados.»*

Llegado este punto y **siendo compatible la legislación procesal española con el Derecho de la Unión** y la protección de sus intereses financieros debemos plantearnos si el artículo 42 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 2021 contraría el **principio de equivalencia**, dado que el artículo 324 de la LECR establece una regulación más favorable sin duda para el investigado. Nuevamente en este punto debemos traer a colación lo dispuesto en la sentencia de 5 de junio de 2018 del TJUE, en concreto en el apartado 75, al indicar que *«el tribunal remitente no puede decretar la clausura del proceso penal con arreglo a la normativa nacional controvertida en el litigio principal por el mero hecho de que dicha clausura parezca constituir la solución más favorable para las personas acusadas en relación con el derecho de éstas a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable y con sus derechos de defensa. En efecto, si los tribunales nacionales están facultados para aplicar sus estándares nacionales de protección de ellos derechos fundamentales, es a condición de que esa aplicación no ponga en peligro la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión»*. Y nuevamente descartar la aplicación de esa doctrina al caso concreto, dado que en nuestra ley procesal penal el trascurso del plazo no origina la clausura del proceso, sino la finalización de la instrucción, sin que se haya configurado una nueva causa de extinción de la responsabilidad penal.

Finalmente, debemos analizar si esta regulación específica del artículo 42 de la Ley orgánica de 1 de julio de 2021, una vez determinado que no es una consecuencia necesaria del Derecho de la Unión, es **compatible con la Constitución española** y con el bloque de constitucionalidad<sup>9</sup>.

A tal efecto, hemos de indicar que el artículo 324 de la LECrim tiene la finalidad de delimitar el marco temporal de las diligencias, por-

---

<sup>9</sup> Definido por Ignacio de Otto, con base al artículo 28.1 de la LOTC de 3 de febrero de 1979, como el conjunto de normas cuya infracción determina la inconstitucionalidad de otras normas que, sin embargo, tienen idéntico rango que las primeras.

que el investigado no puede ser sometido a proceso de investigación indefinido, inagotable y temporalmente irrazonable. Estando conectada esta finalidad con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho amparado en el artículo 24.2 de la CE y, a su vez, con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE. Además, este límite temporal en el desarrollo de un procedimiento judicial también está protegido en el artículo 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada a propósito del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (por todas, STC 103/2006 antes citada), ha venido a indicar que *este derecho es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando (por todas, STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4º), sin que, por otra parte, el derecho fundamental referido pueda identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal e todo proceso y su razonabilidad*, como acertadamente ha señalado, ahora sí, la Fiscalía en su Circular 1/2021 de 8 de abril; y de igual modo es doctrina reiterada del TJUE señalar, en esa línea, que el carácter razonable de la duración del proceso no pueda fijarse en relación con un límite máximo preciso, determinado de forma general, sino que debe ser apreciado caso a caso, en función de la complejidad y trascendencia del caso.

Por ello la inconstitucionalidad de la norma no va a derivar del artículo 24.2 de la CE o no exclusivamente, si bien el criterio de la STS 455/2021 parecería ir en esa línea, sino de la vulneración del principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la CE, que exige que supuestos iguales sean tratados de forma igual y supuestos desiguales de forma desigual, siendo discriminatorio tratar de forma desigual supuestos iguales.

En efecto, no aplicar el artículo 324 de la LECR cuando el delito, por ejemplo, fiscal afecta intereses financieros de la Unión y aplicarlo cuando el delito fiscal afecte a intereses financieros del Estado es directamente contrario al principio de igualdad y carece de toda razonabilidad<sup>10</sup>, no resultando de recibo que una instrucción esté o no

---

<sup>10</sup> Que una norma sea constitucional depende, al fin y al cabo, de que sea razonable, como decía Carl Schmitt.

sujeta a un plazo en función del órgano competente para conocer de la causa. Lo contrario es hacer de peor derecho a quien delinque en función del titular del bien jurídico protegido.

En este sentido, ha de indicarse que el TC ha venido a señalar que *«el art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.»* (STS 200/2001, de 4 de octubre), habiendo señalado igualmente que *«así planteadas las cosas, no es impertinente recordar que, como tiene con reiteración señalado este Tribunal, el artículo 14 CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.»* (STC 49/82 de 14 de julio).

Por consiguiente, la inconstitucionalidad de la norma viene determinada por la disconformidad del artículo 42 de la Ley orgánica de 1 de julio de 2021 con el artículo 14 de la CE por cuanto que contempla una aplicación de una consecuencia desigual a un supuesto igual, lo que sin duda contravienen la igualdad y prohibición de discriminación.

Queda por dilucidar cómo articular esa pretensión de inconstitucionalidad, debiendo recordar que nuestro ordenamiento jurídico contempla una doble vía: el control concentrado de inconstitucionalidad de las leyes a través del recurso de inconstitucionalidad, que sólo

corresponde a ciertos sujetos legitimados y en el plazo de tres meses a contar desde la publicación de la norma en el BOE; y el control difuso de constitucionalidad, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, que debe promover el órgano judicial cuando, en cualquier tipo de proceso, considere que una norma con rango de cuya validez dependa el fallo sea contraria a la Constitución, tal y como indica el artículo 163 de la CE.

Habida cuenta de que el plazo de tres meses desde la publicación de la ley en el BOE, establecido en la LOTC para interponer el recurso de inconstitucionalidad, ha sido sobradamente superado sin que se haya interpuesto el referido recurso de inconstitucionalidad, la única vía será el planteamiento por el órgano judicial, siendo así que la Fiscalía Europea no es un órgano judicial a efectos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que exigirá al investigado instar a la Fiscalía la finalización del plazo de instrucción invocando el artículo 324 de la LECR en relación con la inconstitucionalidad del precepto y, caso de que la Fiscalía rechace por decreto la finalización de la instrucción, deberá reproducir la cuestión ante el Juez de Garantías a través del correspondiente recurso frente al referido decreto, solicitando al Juez de Garantías el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; y si el Juez de Garantías no promoviese la referida cuestión de inconstitucionalidad por entender que la norma es acorde a la Constitución, el investigado siempre podrá, previo agotamiento de las vías ordinarias, promover el recurso de amparo constitucional por vulneración del artículo 14 de la CE (artículo 53.2 de la CE), siendo así que el propio Tribunal Constitucional, en tal caso, pueda, al estimar el recurso de amparo constitucional, plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de la norma (la denominada autocuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la LOTC) por entender que la misma contraviene la Constitución.

## ASPECTOS PROCESALES RELATIVOS AL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE VENTA JUDICIAL DE BUQUES

### PROCEDURAL ASPECTS ON THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE JUDICIAL SALE OF SHIPS

Silvia Pilar Badiola Coca

Magistrada Suplente Audiencia Provincial de Navarra.  
Profesora Ayudante Doctora Universidad Pública de Navarra

**Sumario:** *I. Premisas de partida. II. El convenio internacional sobre venta judicial de buques. II.A. Introducción. II.B. Ámbito de aplicación del Convenio Internacional sobre Venta Judicial de Buques. III. Cuestiones procesales del Convenio Internacional sobre Venta Judicial de Buques. III.A. Introducción. III.B. La notificación de la venta judicial. III.B. La certificación de la venta judicial. IV. Conclusiones. Bibliografía.*

**Resumen:** La Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques (Convención de Beijing sobre venta judicial de buques) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de diciembre de 2022, tiene como objetivo principal establecer un régimen internacional uniforme a las ventas judiciales de buques, respetando la legislación nacional aplicable al procedimiento de venta judicial, garantizando un título de propiedad limpio, exento de cargas *mortgages*, derechos, privilegios y reclamaciones a los compradores de buques, incluso a los efectos de la inscripción registral. Se prevé que la adopción del Convenio promoverá la armonización y unificación internacional de la legislación en materia de venta judicial de buques; minimizando los conflictos legales, ofreciendo protección jurídica a los propietarios y compradores de buques, así como a los acreedores, y, en definitiva, contribuirá

a una mayor seguridad económica en el ámbito del transporte marítimo y comercio internacional.

**Palabras clave:** Venta Judicial, Buques, Reconocimiento Internacional, Convención de Beijing, Notificación, Certificación.

**Abstract:** The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships (Beijing Convention on Judicial Sale of Ships) adopted by the United Nations General Assembly on December 7, 2022, has as its main objective to establish an international regime uniform to judicial sales of ships, respecting the national legislation applicable to the judicial sale procedure, guaranteeing a clean title of ownership, free of charges, rights and claims to ship buyers, including for the purposes of registration. It is anticipated that the adoption of the Convention will promote the international harmonization and unification of legislation on the judicial sale of ships; minimizing legal conflicts, offering legal protection to ship owners and buyers, as well as creditors, and, ultimately, will contribute to greater economic security in the field of international maritime transport and trade.

**Key words:** Judicial Sales, Ships, Cross-border, International Recognition, Beijing Convention, Notification.

## I. PREMISAS DE PARTIDA

El transporte marítimo internacional es el motor que impulsa la economía global, y se configura como la columna vertebral del comercio internacional. De facto, alrededor del 90 por ciento del comercio mundial en volumen, y más del 70 por ciento del comercio mundial por valor, se transportan por vía marítima en alrededor de 50.000 buques mercantes, y toneladas de mercancías son manipuladas por los puertos de todo el mundo. El transporte marítimo presenta una notable superioridad respecto a los otros tipos de transporte (aéreo, ferroviario y por carretera) en cuanto a volumen y capacidad de almacenaje de mercancías, variedad de materias y género transportable, seguridad y estabilidad en el transporte, cobertura y seguro y la gran economicidad de los fletes.

En este contexto, la industria naviera, presenta una posición privilegiada en el ámbito del comercio y el transporte internacionales, industria en la que destaca a su vez el alto valor económico de los buques utilizados tanto en la navegación marítima como en la navegación fluvial o de interior.

Sin embargo, recurrentemente los armadores y propietarios de buques deben hacer frente a grandes desafíos que afectan negativamente tanto a su desempeño como a su situación financiera, como son las disminuciones drásticas de la demanda de exportación e importación de bienes, el efecto dominó de las cadenas de suministros o la crisis sanitarias, que se traducen en graves situaciones de insolvencia con numerosos acreedores. Es entonces cuando, los acreedores van en busca del gran activo: el buque, para en una jurisdicción adecuada, proceder a embargarlo y posteriormente proceder a su venta forzosa, y satisfacer su derecho de crédito.

Partiendo de esta situación, resulta necesario diferenciar el efecto de una venta judicial al de una venta privada. Así, en las ventas privadas de un buque realizadas por el propietario o armador (o en su caso el acreedor hipotecario), la cantidad obtenida de la venta es ingresada por el vendedor y el comprador adquiere un título de propiedad sobre el buque sobre el que recaen todos los créditos, gravámenes y obligaciones existentes.

Mientras que, en las ventas judiciales de buques, epílogo de los procedimientos judiciales de reclamación de deudas marítimas, la cantidad obtenida de la venta permanece en un fondo custodiado por el Tribunal en aras de proteger y beneficiar a todas las partes interesadas en la resolución, especialmente a los acreedores que formularán posteriormente las correspondientes reclamaciones, y el comprador adquiere un título limpio de propiedad, esto es, un buque libre cargas y gravámenes.

A día de hoy, no contamos con ningún instrumento internacional uniforme en el que se aborde específicamente<sup>1</sup> el reconocimiento internacional de las ventas judiciales de buques<sup>2</sup>, factor que repercute negativamente en los nuevos propietarios de buena fe, y en aquellos sujetos que financian la compra de buques, ya que con posterioridad a la adquisición pueden toparse con reclamaciones de los acreedores del anterior propietario que exigen el buque como garantía de su crédito<sup>3</sup>. En síntesis, las ventas judiciales de buques se dictan conforme

---

<sup>1</sup> Los Convenios sobre Privilegios Marítimos e Hipotecas navales de 1926 y 1993 y de 1926, prevén en su articulado varios preceptos sobre la venta forzosa de buques, pero no ofrecen una regulación integral de la materia.

<sup>2</sup> En extenso, véase: YINGFENG, S., *Harmonisation in the rules governing the recognition of foreign judicial ship sales*, Tesis Doctoral. Disponible en: [https://commons.wmu.se/phd\\_dissertations/31/](https://commons.wmu.se/phd_dissertations/31/)

<sup>3</sup> El origen o germen del Convenio de Beijing, se encuentra en las manifestaciones realizadas por HENRI HAI LI, en las destacaba los obstáculos con los que se enfrentaban en la práctica los compradores de buques de buena fe por parte de los

a la legislación nacional aplicable y carecen por lo tanto de efectos internacionales, salvo en aquellos casos en los que puedan aplicarse Tratados de reconocimiento y ejecución de sentencias.

El régimen diseñado en La Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques, popularmente conocida como la Convención de Beijing, tiene como finalidad cubrir la laguna existente en materia de reconocimiento internacional de ventas judiciales de buques. En ese sentido, en el Preámbulo de la resolución aprobada por la Asamblea General el 7 de diciembre de 2022, con motivo del Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques, se destacó: «*El papel fundamental de la actividad naviera en el comercio y el transporte internacionales, el alto valor económico de los buques utilizados tanto en la navegación marítima como en la navegación interior, y la función que desempeñan las ventas judiciales como medio de ejecutar créditos*».

Esta armonización internacional parece a *prima facie* no sólo conveniente, para evitar los posibles derivados de problemática relativa al no reconocimiento de las ventas judiciales de buques, sino además necesaria para otorgar una protección jurídica adecuada a aquellos compradores que adquieren un buque en una subasta celebrada en el seno de un proceso judicial (administrativo o extrajudicial) que tenga lugar en un Estado parte. Partiendo de esta seguridad jurídica (sobre lo que volveremos más adelante, el elemento central de la Convención de Beijing se plasma en la obtención de un título de propiedad libre de cargas y mortgages, incluidos los privilegios marítimos («*maritime lien*»)<sup>4</sup> que pudieran recaer sobre el buque, internacionalmente reconocido en todos los Estados parte.

## II. EL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE VENTA JUDICIAL DE BUQUES

### II.A. Introducción

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques, es instrumento que se

---

acreedores anteriores del buque, que no les permitían obtener la baja del buque de su anterior registro véase: HAI LI, H., «A brief discussion on Judicial Sale of Ships», *CMI Yearbook*, 2009, págs. 342-356.

<sup>4</sup> Por «*privilegio marítimo*» (art. 2 g) del Convenio): «*se entenderá toda carga que la ley aplicable reconozca como privilegio marítimo o maritime lien sobre un buque*».

elaboró entre 2019 y 2020 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI), durante seis períodos de sesiones de su Grupo de Trabajo VI<sup>5</sup>, siendo finalmente aprobado con fecha de 7 de diciembre de 2022.

Se trata de un instrumento internacional compuesto por un total de 23 artículos y dos Anexos: Anexo I: Información mínima que debe contener la notificación de la venta judicial. Anexo II. Modelo de certificado de venta judicial, cuyo objetivo es instaurar un régimen internacional uniforme a las ventas judiciales de buques, respetando simultáneamente la legislación nacional que rige el procedimiento de las ventas judiciales y las circunstancias en que las ventas judiciales confieren un título de propiedad limpio o «*clean title*», entendiéndose como tal, conforme al art. 2 c): «*la propiedad libre y exenta de cualquier hipoteca o mortgaga y de cualquier carga*».

Finalmente, la Convención fue firmada el 5 de septiembre de 2023 por 15 países: la República Popular China; Burkina Faso; Comoras; El Salvador; Granada; Honduras; Kiribati; Liberia; Santo Tomé y Príncipe; Arabia Saudita; Senegal; Sierra Leona; Singapur; Suiza; la República Árabe Siria; y el 21 de septiembre de 2023, por la República Unida de Tanzania<sup>6</sup>. Si bien, resulta llamativo que, en un primer momento, los principales precursores de citado instrumento internacional, esto es, la República Popular China<sup>7</sup>, Suiza y Malta no hayan procedido a su firma.

---

<sup>5</sup> Sobre el Proyecto de Convenio sobre venta judicial de buques, véase: RODRÍGUEZ DELGADO, «Algunas observaciones sobre el Proyecto ...», *op.cit.*, págs. 472-497; RODRÍGUEZ DELGADO, J.P., ALBA, M., «Proyecto de Convenio sobre el Proyecto de Convenio de Uncitral sobre la Venta Judicial de Buques», *Revista de Derecho del Transporte* N° 29, 2022, págs. 250-264; ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J.M., «Consideraciones en torno al proyecto del Comité Maritime Internacional sobre venta judicial de buques», GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., DÍAZ DE LA ROSA, A., QUINTANS-EIRAS, M.R. (Directores), *El derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 419-439; FARIA, E., ANGELO, J., «Vers Pékin via Vienne et New York: le voyage commun CNUDCI/CMI vers la toute nouvelle convention de droit maritime sur les effets internationaux des ventes judiciaires de navires», *Droit maritime française* N° 857, 2023, págs. 391-404; STANKOVIC, G., «Judicial sales of ships – A rocky road to unification», *Poredbeno pomorsko pravo* Vol. 60 N° 175, 2021, págs. 11-35.

<sup>6</sup> Puede consultarse la situación actual de la Convención de Beijing sobre la Venta Judicial de Buques, en la web de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, véase: <https://uncitral.un.org/es/judicialsaleofships/status> (Última consulta el 30 de octubre de 2023).

<sup>7</sup> Directamente relacionado con el reconocimiento de las ventas judiciales internacionales de buques, preocupa y afecta especialmente a la República Popular China los casos de insolvencia transfronteriza, relacionados con el derecho marítimo, tal y como plantea JINGCHEN, X, en el paper en el que tomando como referencia la quiebra del buque coreano «*Hanjin Shipping Co Ltd*» estudia el enfoque adoptado

Su entrada en vigor, tendrá lugar 180 días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (art. 21.1 de la Convención de Beijing). Mientras que, para todos los demás Estados u organizaciones regionales de integración económica, como es el caso de la Unión Europea, que ratifiquen, acepten o aprueben la Convención o se adhieran a ella después de que se haya depositado el tercer instrumento, la Convención entrará en vigor 180 días después de que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión<sup>8</sup>.

Tras la adopción de la Convención sobre los efectos internacionales de las ventas judiciales de buques, la Organización Marítima Internacional apoya la misma actuando como depositaria de las notificaciones y certificados de venta judicial y anima a sus Estados Miembros a ratificarla<sup>9</sup>.

En el caso de la Unión Europea (en adelante UE), la adopción del presente instrumento internacional se alinea con los objetivos de la Comisión establecidos en las orientaciones políticas de la Comisión Europea (2019-2024) y, en especial con la prioridad «Una Europa más fuerte en el mundo», que paralelamente sustenta los objetivos de las categorías principales: «Una Economía al Servicio de las Personas» y «Un Nuevo Impulso a la Democracia Europea». Por ese motivo, en la propuesta de decisión del Consejo de 30 de enero de 2023, se manifestó un claro interés principalmente económico en ratificar el Convenio, ya potencialmente podrá: «*satisfacer las necesidades comerciales del sector marítimo y del sector financiero y de esa forma contribuir a impulsar aún más el mercado financiero de la UE*»<sup>10</sup>. En la práctica, la ratificación del Convenio puede ser de interés incluso para Estados

---

por los tribunales chinos para resolver los conflictos que surgen entre los regímenes de insolvencia transfronteriza y de derecho marítimo, véase: JINGCHEN X., «Maritime cross-border insolvency in China», *NUS Centre for Maritime Law Working Paper No. 2019/013*, 2019, págs. 1-29.

<sup>8</sup> Véase: CNUDMI, *Folleto informativo. Convención de las Naciones Unidas sobre los efectos internacionales de las ventas judiciales de buques*, pág. 3. Disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/info\\_brochure\\_bjss\\_and\\_signing\\_ceremony\\_sp.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/info_brochure_bjss_and_signing_ceremony_sp.pdf) (Última consulta el 31 de octubre de 2023).

<sup>9</sup> Véase: OMI, «La OMI celebra la adopción de la Convención sobre la Venta Judicial de Buques. Disponible en: <https://www.imo.org/es/MediaCentre/Paginas/WhatsNew-1951.aspx> (Última consulta el 30 de octubre de 2023).

<sup>10</sup> Véase: Propuesta de DECISIÓN DEL CONSEJO relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 7 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0343>

miembros que no poseen costa o ribera, ya que les permitiría mantener una ventaja competitiva el día de mañana, tanto por su actual vinculación con negocios relacionados con la industria marítima, como por su futura relación comercial con industria marítima<sup>11</sup>.

Por todo ello, se prevé la firma, ratificación o adhesión de la UE, a más tardar el último trimestre de 2023. En consecuencia, si finalmente como propone la Comisión la UE firma y ratifica esta Convención, se atribuirían efectos internacionales a las ventas judiciales de buques vendidos libres y exentos de cualquier hipoteca o mortgage y de cualquier carga, incluso a los efectos de la inscripción registral de los buques, entre los Estados miembros de la UE que la firmen y la ratifiquen y con otros Estados contratantes de la Convención.

La relevancia del presente Convenio, también se identifica al otro lado del mundo, concretamente en Australia, tras el arresto y posterior venta del buque «*Yangtze Fortune*», un buque con bandera de Liberia, de 1.600 toneladas y 132 metros de eslora, construido en 2005 como buque portacontenedores, pero convertido con posterioridad en buque de transporte de ganado. La venta judicial del buque se produjo en marzo de 2023 por el Tribunal Federal de Australia, después de que fuera abandonado<sup>12</sup> frente a la costa suroeste de Victoria, junto con 30 miembros de la tripulación, el 20 de diciembre 2022 en medio de una deuda cuantiosa deuda. La venta judicial, fue finalmente ordenada, sin solicitud, utilizando una licitación cerrada para lograr su venta<sup>13</sup>. Por ello, debido a las complejidades involucradas en el procedimiento de venta judicial de buques en Australia, se identifica

---

<sup>11</sup> Véase. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., «El convenio sobre la venta judicial de buques: una visión europea», Disponible en: <https://www.economista.es/opinion/noticias/12499130/10/23/el-convenio-sobre-la-venta-judicial-de-buques-una-vision-europea.html>. (Última consulta el 30 de octubre de 2023).

<sup>12</sup> Sobre el incidente de abandono del buque «*Yangtze Fortune*», puede consultarse la siguiente base de datos de la Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/dyn/seafarers/seafarersbrowse.details?p\\_lang=en&p\\_abandonment\\_id=720&p\\_search\\_id=230401232345](https://www.ilo.org/dyn/seafarers/seafarersbrowse.details?p_lang=en&p_abandonment_id=720&p_search_id=230401232345) (Última consulta el 30 de octubre de 2023).

<sup>13</sup> En Australia, la venta judicial de buques se rige por las Reglas del Almirantazgo de 1998 (Cth) (las Reglas). Según la regla 69(1) de las Reglas, un buque puede venderse a petición de una de las partes, antes o después de la sentencia. Una «parte» es parte en el procedimiento en el que el buque está detenido. La regla 69(5) establece que cuando el valor del buque se está deteriorando, el tribunal puede ordenar su venta en cualquier etapa del procedimiento, con o sin solicitud de cualquiera de las partes. Una orden judicial para vender un buque sólo puede dictarse si el buque se encuentra bajo embargo preventivo en el momento de dictarse la orden. Según la regla 70 del Reglamento, las ventas judiciales de buques las lleva a cabo el Mariscal del Almirantazgo, quien puede vender un buque mediante subasta, licitación pública o cualquier otro método que determine el tribunal, véase: NELL, G., «Some practical aspects associated with the judicial sale of ships», *National Admiralty Seminar 2017*.

la necesidad de adoptar la Convención de Beijing con el fin de obtener un procedimiento que ofrezca una mayor certeza a los compradores, propietarios de buques, así como a los acreedores.

En efecto, todo parece indicar que el **Convenio Internacional sobre venta judicial de buques** entrará en vigor<sup>14</sup>. En ese sentido, podemos identificar una triada de factores que vaticinan su éxito: en primer lugar, la inexistencia de un régimen armonizado en materia de efectos internacionales de venta judicial de buques<sup>15</sup>. En segundo lugar, la venta judicial del buque permite al nuevo propietario obtener un título de propiedad limpio, exento de cargas<sup>16</sup>, hipotecas, derechos y reclamaciones, puesto que dichos créditos insatisfechos se repercuten al precio de venta. Y, en tercer lugar, la seguridad jurídica que ofrece el título de propiedad limpio, previsiblemente se traducirá en un mayor precio de venta de la nave y, en consecuencia, en una mayor cantidad económica disponible para satisfacer los créditos de los acreedores.

Si bien, será determinante para decretar la aceptación internacional del Convenio conocer cuál será la posición que adopten las jurisdicciones marítimas del *Common Law*<sup>17</sup>, puesto que en caso de aplicar una visión pragmática en la que se pondere el costo-beneficio de adherirse a la misma, la decisión podría ser negativa<sup>18</sup>.

---

Disponible en: <https://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/national-practice-areas/admiralty/admiralty-papers/nell-20170725> (Última consulta el 30 de octubre de 2023).

<sup>14</sup> El artículo 21 del Convenio de Beijing prevé que la Convención entrará en vigor 180 días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

<sup>15</sup> Es importante clarificar que el objeto de la Convención no es el reconocimiento de las decisiones de venta de un buque en otro Estado.

<sup>16</sup> El art 2 e) establece que por «carga» se entenderá: *«todo derecho de cualquier naturaleza u origen que pueda hacerse valer contra un buque, ya sea mediante embargo preventivo, secuestro o cualquier otra vía, y que abarca los privilegios marítimos, los privilegios, los gravámenes, los derechos de uso y los derechos de retención, pero no incluye las hipotecas o mortgage»*.

<sup>17</sup> Véase: YING-FENG, S., CARBALLO PIÑEIRO, L., MEJÍA, M., «Allanando el camino para el reconocimiento de las ventas judiciales de buques celebradas en el extranjero. Análisis comparado de los procedimientos de venta judicial en jurisdicciones seleccionadas», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15 (1), 2023, pág. 160.

<sup>18</sup> En extenso, sobre esta cuestión, Sobre el *common law* inglés y la Convención de Beijing, véase: MYBURGH, P., «International Recognition of Judicial Ship Sales: English Common Law and the Beijing Convention», 28 *JIML*, 2022, págs. 410-424.

## II.B. **Ámbito de aplicación del Convenio Internacional sobre Venta Judicial de Buques**

En primer lugar, y con carácter previo al estudio del ámbito de aplicación de la presente Convención, es necesario clarificar qué se entiende por buque a los efectos del presente Convenio. Conforme al art. 2 b) se establece que, deberá entenderse por buque: *«todo buque u otro tipo de embarcación que esté inscrito en un registro de acceso público y que pueda ser objeto de un embargo preventivo o de cualquier otra medida similar que pueda dar lugar a una venta judicial de conformidad con la ley del Estado de la venta judicial»*. Sin embargo, el legislador internacional, matiza más adelante, (art. 3.2) que el presente Convenio en ningún caso, será de aplicación a: *«los buques de guerra ni a sus buques auxiliares, ni a otros buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado que, inmediatamente antes del momento de la venta judicial, fueran utilizados exclusivamente para un servicio público no comercial»*.

Para que el Convenio Internacional sobre Venta Judicial de Buques sea de aplicación<sup>19</sup>, se prevé que deben concurrir dos condiciones (art.3): en primer lugar, que la venta judicial se lleva a cabo en un Estado parte. Y, en segundo lugar, que el buque se encuentre físicamente dentro del territorio del Estado de la venta judicial en el momento de esa venta. Conviene señalar que, el Convenio al localizar el buque *«físicamente dentro del territorio»* nos sitúa en un espacio físico y no en un espacio legal, como habría ocurrido en caso de localizar al buque dentro de la jurisdicción del Estado de la venta judicial. En ese sentido, como señala acertadamente RODRÍGUEZ DELGADO: *«Pese a que la soberanía de un Estado se extiende más allá de su territorio terrestre y mar territorial (en Alta Mar el buque está sujeto a la jurisdicción exclusiva de su pabellón —artículo 92 de la Convención sobre el Derecho del Mar—), esto no significa, que un buque que navega bajo la jurisdicción de su Estado de abanderamiento esté «físicamente dentro de su jurisdicción»<sup>20</sup>*.

Finalmente, conforme a la letra del artículo 15, se prescribe que nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará: a) al procedimiento de distribución del producto de una venta judicial o al orden de prelación en esa distribución, b) a los créditos personales que pue-

---

<sup>19</sup> En extenso sobre el ámbito de aplicación del Convenio, véase: RODRÍGUEZ DELGADO, P., «The scope of application of the UNCITRAL instrument on the Judicial sale of ships», *Comparative maritime law journal* 61:176, 2022, págs. 705-744.

<sup>20</sup> Véase: RODRÍGUEZ DELGADO, «Algunas observaciones sobre el Proyecto de Convenio de Uncitral sobre la ...», *op.cit.*, pág. 480.

dan existir contra una persona que haya sido propietaria del buque o haya tenido derechos reales sobre este antes de la venta judicial, ni c) regirá los efectos que, conforme a la ley aplicable, emanen de una resolución dictada por un órgano judicial en ejercicio de la competencia para conocer cualquier impugnación para sobre la venta judicial.

### III. CUESTIONES PROCESALES DEL CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE VENTA JUDICIAL DE BUQUES

#### III.A. Introducción

En aras de garantizar la correcta aplicación del Convenio y la seguridad jurídica sobre el buque que tengan las partes (propietario, comprador y acreedores), se prevé la expedición de dos documentos: de un lado, la notificación de la venta judicial <sup>21</sup> (art. 4) y, de otro lado, un certificado de venta judicial (art. 5).

La finalidad principal de ambos instrumentos no es otra que, posibilitar el acceso a los todos los acreedores al procedimiento de venta judicial del buque y que, de ese modo puedan comunicar sus créditos a la Autoridad competente, para que una vez se realice la venta del buque puedan recuperar la cantidad proporcional que les corresponda conforme a la cantidad obtenida de la venta.

Paralelamente, el Convenio regula la creación de un archivo (art. 11) público a nivel mundial, de carácter informativo en el que se publiquen las notificaciones de ventas judiciales, los certificados de ventas judiciales, o las resoluciones de anulación o suspenso de ventas judiciales (art. 9), en la forma y en el idioma en que se hayan recibido. Dicho archivo, también podrá recibir notificaciones de ventas judiciales procedente de un Estado que haya ratificado, aceptado o aprobado la presente Convención o se haya adherido a ella y para el cual la Convención todavía no haya entrado en vigor; facultando la publicidad de las mismas.

Se prevé, que la información relativa a las ventas judiciales de buques (pendientes y completadas), pueda ser consultada online a través de un apartado específico de la plataforma del Sistema Mundial

---

<sup>21</sup> Sobre el futuro de las notificaciones de ventas judiciales de buques en la República Popular China, véase: XINWEI, L., BEIPING, C., «¿Reformará China su sistema de notificación en el extranjero en virtud de una convención internacional sobre ventas judiciales de buques de la CNUDMI?», SUÁREZ XAVIER, P.L., FLÓREZ ÁLVARES, L.A., FONTESTAD PORTALES, L.(Directores), *Derecho procesal y derecho marítimo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Integrado de Información Marítima («*Global Integrated Shipping Information System*», GISIS) de la Organización Marítima Internacional. Organismo Internacional que fue designado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional como responsable del archivo debido al papel crucial de citada institución en la materialización del Convenio de Beijing.

### **III.B. La notificación de la venta judicial**

Conforme al artículo 4 de la Convención la venta judicial «*se llevará a cabo de conformidad con la ley del Estado de la venta judicial, la que también establecerá procedimientos para impugnar la venta judicial antes de su finalización y determinará el momento de la venta a los efectos de la presente Convención*».

Por ello, en nuestro país, conforme al art. 480 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM), la venta forzosa de buques se regirá por la Ley de Enjuiciamiento Civil o en la normativa administrativa que resulte de aplicación para la subasta de los bienes muebles sujetos a publicidad registral en todo lo no previsto en el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, y la LNM.

En consecuencia, el procedimiento de la notificación de la venta judicial regulado en el art. 482 de la Ley de Navegación Marítima que establece que: «*1. La notificación a que se refiere el artículo anterior deberá efectuarse, al menos, con treinta días de antelación a la fecha prevista para la venta forzosa y expresará: a) La fecha y el lugar de la venta forzosa, así como las circunstancias relativas a la venta forzosa o al proceso conducente a la misma que la autoridad judicial o administrativa que entienda del proceso estime suficientes para proteger los intereses de las personas que deban ser notificadas. b) Si la fecha y el lugar de la venta forzosa no pudiera determinarse con certeza, se notificará la fecha aproximada y el lugar previsto para la venta forzosa, así como las circunstancias indicadas en el párrafo anterior. No obstante, cuando estos datos lleguen a ser conocidos, se procederá a notificar la fecha y el lugar efectivos de la venta forzosa con una antelación mínima de siete días respecto a la fecha prevista para la venta. 2. La notificación se hará por escrito a las personas interesadas que se indican en el artículo anterior, si fueren conocidas, a través de los medios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil o en la normativa administrativa, según se trate de una venta judicial o administrativa, respectivamente, por correo certificado, por medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo*

que permita obtener constancia de su recepción, aun cuando la persona a notificar tenga su domicilio fuera de España.

*Asimismo, y en aquellos casos en que lo exijan los tratados aplicables, la notificación se practicará por anuncios publicados en dos periódicos de ámbito nacional, pudiendo, además, insertarse los edictos en otras publicaciones si la autoridad judicial o administrativa que procede a la venta forzosa lo estima conveniente».*

A su vez, la Convención de Beijing, prevé que la venta judicial sea notificada (art. 4.3):*«a) al registro de buques o registro equivalente en que esté inscrito el buque; b) a todos los beneficiarios de hipotecas o mortgages y de cargas inscritas, a condición de que el registro en el que estén inscritas y los instrumentos que deban inscribirse de conformidad con la ley del Estado de matrícula sean de acceso público, y siempre que sea posible obtener del registro extractos de la información registral y copias de esos instrumentos; c) a todos los titulares de privilegios marítimos, a condición de que hayan notificado al órgano judicial u otra autoridad pública que lleve a cabo la venta judicial la existencia del crédito garantizado por el privilegio marítimo de conformidad con las reglamentaciones y procedimientos del Estado de la venta judicial; d) a quien sea el propietario del buque en ese momento, y e) si se hubiera inscrito un contrato de arrendamiento a casco desnudo del buque: i) a la persona inscrita como arrendatario a casco desnudo del buque en el registro de arrendamientos a casco desnudo, y ii) al registro de arrendamientos a casco desnudo».*

En ese sentido, resulta llamativo que, la regulación prevista en la Convención de Beijing, presenta una redacción similar a la prevista en el art. 481 LNM<sup>22</sup>, del Capítulo III. «De la venta forzosa de buques», del Título IX «Especialidades procesales», en la Ley 14/2014, de 2014, de Navegación Marítima española<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Artículo 481 LNM. Notificación de la venta forzosa: *«Antes de proceder a la venta forzosa del buque, la autoridad judicial o administrativa competente notificará dicha venta: a) Al registrador titular del Registro de Bienes Muebles, así como a la autoridad competente encargada de la inscripción del buque en el Estado que lo hubiera autorizado a enarbolar temporalmente su pabellón, si fuere el caso. b) A la persona que tenga inscrita a su favor la propiedad del buque. c) A todos los titulares de las hipotecas o gravámenes inscritos que no hayan sido constituidos al portador. d) A todos los titulares de las hipotecas o gravámenes inscritos constituidos al portador y de los privilegios marítimos enumerados en el artículo 4 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, siempre que el juez u órgano administrativo competente hubiera recibido notificación de sus respectivos créditos».*

<sup>23</sup> Sobre la venta forzosa de buques en la Ley de Navegación Marítima, véase: GARCÍA-SAÑUDO DÍEZ, E., «La venta forzosa de buques», *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, EMPARANZA SOBEJANO, A., MARTÍN OSANTE, J.M.

Finalmente, en el Anexo I del Convenio, establece la información mínima que debe contener la notificación de la venta judicial, como sigue: «1. Declaración de que la venta judicial se notifica a los efectos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques 2. Nombre del Estado de la venta judicial 3. Órgano judicial u otra autoridad pública que ordenará, aprobará o ratificará la venta judicial 4. Número de referencia u otro identificador del procedimiento de venta judicial 5. Nombre del buque 6. Registro 7. Número de la OMI 8. (Si no se dispone del número de la OMI) Otra información que permita identificar el buque 9. Nombre del propietario 10. Dirección de residencia o establecimiento principal del propietario 11. (En el caso de venta judicial en subasta pública) Fecha y hora y lugar previstos de la subasta pública 12. (En el caso de venta judicial por acuerdo de partes) Cualquier detalle pertinente, incluido el plazo para la venta judicial que haya fijado el órgano judicial u otra autoridad pública 13. Declaración por la que se confirme que la venta judicial conferirá un título de propiedad limpio sobre el buque o, si no se sabe si la venta judicial conferirá un título de propiedad limpio, declaración en la que se indiquen las circunstancias en que la venta judicial no conferirá un título de propiedad limpio 14. Otra información que exija la ley del Estado de la venta judicial, en particular cualquier información que se considere necesaria para proteger los intereses de la persona que recibe la notificación».

### **III.B. La certificación de la venta judicial**

Tal y como, se ha plasmado con anterioridad, la Convención de Beijing prevé un segundo instrumento para garantizar la publicidad de las ventas judiciales de buques: el certificado de la venta judicial.

Conforme al artículo 5 de la Convención, una vez finalizada la venta judicial, que haya conferido un título de propiedad limpio sobre el buque, que se haya llevado a cabo de conformidad con los requisitos exigidos por la Ley del Estado de la venta judicial, y los requisitos previstos en la Convención, el órgano judicial u otra autoridad pública que haya llevado a cabo la venta judicial u otra autoridad competente del Estado de la venta judicial expedirá, de conformidad con sus reglamentaciones y procedimientos, un certificado de venta judicial al comprador.

---

(Directores), Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 455-462; HERNÁNDEZ PÉREZ, E., «La venta forzosa de buques y los avances en el Proyecto de Convenio sobre Reconocimiento de efectos de la venta judicial de buques», *Revista de Derecho del Transporte* N° 28, 2021, págs. 301-327.

Citado certificado, deberá ajustarse al modelo que se detalla en el Anexo II del Convenio, pudiendo en su caso, adoptar la forma de documento electrónico (art. 5.6 y 7) y, se prevé que presente un contenido mínimo: «a) la declaración de que el buque fue vendido de conformidad con los requisitos exigidos por la ley del Estado de la venta judicial y los requisitos establecidos en la presente Convención; b) la declaración de que la venta judicial confirió al comprador un título de propiedad limpio sobre el buque; c) el nombre del Estado de la venta judicial; d) el nombre, la dirección y los datos de contacto de la autoridad que expide el certificado; e) el nombre del órgano judicial u otra autoridad pública que llevó a cabo la venta judicial y la fecha de la venta; f) el nombre del buque y el registro de buques o registro equivalente en que esté inscrito el buque; g) el número de la OMI o, si no se dispusiera de ese dato, otra información que permita identificar el buque; A/RES/77/100 Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques 6/14 22-28244 h) el nombre y la dirección de residencia o establecimiento principal de la persona que era el propietario del buque inmediatamente antes de la venta judicial; i) el nombre y la dirección de residencia o establecimiento principal del comprador; j) el lugar y la fecha de expedición del certificado, y k) la firma o el sello de la autoridad que expide el certificado u otra confirmación de la autenticidad del certificado».

El certificado de venta judicial debidamente cumplimentado y emitido, bien en formato papel o electrónico, confiere un título de propiedad limpio al comprador, y despliega sus efectos en los demás Estados Parte (Art. 6), no siendo necesario realizar ningún trámite ulterior (p.e. legalización) para obtener un reconocimiento transfronterizo de la venta judicial realizada. Empero, la venta judicial no surtirá los efectos anteriormente descritos en un Estado parte que no sea el Estado de la venta judicial si un órgano judicial de ese otro Estado parte determina que el efecto sería manifiestamente contrario al orden público de ese otro Estado parte (art. 10).

En síntesis, el certificado de venta judicial, se configura, por tanto, como el título de propiedad limpio, que permite al nuevo propietario del buque acreditar la inexistencia de cargas o «mortgages» sobre el buque e inscribir la nueva titularidad. Y, a solicitud del comprador (o comprador posterior<sup>24</sup>), el Registro u Autoridad competente de un Estado parte procederá conforme a la reglamentación o procedimiento que rija en su Estado, sin perjuicio de los efectos del art.6, procederá

---

<sup>24</sup> A los efectos del Convenio, se entiende como «comprador posterior», conforme al art. 2 j): «la persona que compre el buque a quien figure como comprador en el certificado de venta judicial mencionado en el artículo 5».

a: a) cancelar la inscripción de todas las hipotecas o mortgages y cargas inscritas que graven el buque y que se hayan inscrito antes de que la venta judicial esté finalizada; b) cancelar la inscripción del buque del registro y expedir un certificado de cancelación de la inscripción a los efectos de la nueva inscripción; c) inscribir el buque a nombre del comprador o comprador posterior, a condición de que el buque y la persona a cuyo nombre se haya de inscribir el buque reúnan los requisitos exigidos por la ley del Estado de matrícula; Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques. d) actualizar la información inscrita en el registro añadiendo cualquier otro dato pertinente que conste en el certificado de venta judicial (art.7)

#### IV. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de estas líneas, en la actualidad, las ventas judiciales de buques carecen de normativa internacional en la materia, factor que se traduce en una notable inseguridad jurídica, siendo su principal consecuencia el incremento de los costes que deben ser soportados por los principales actores económicos que actúan en el ámbito del comercio y del transporte marítimo internacional.

En este contexto, en aras de lograr la ansiada seguridad jurídica en la materia, se propugna la necesidad de adoptar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques. Sin embargo, en la práctica los casos problemáticos derivados de la venta judicial de buques resultan insignificantes, tanto es así, que en ningún caso podemos afirmar que existe un (grave) problema internacional generalizado relacionado con el no reconocimiento o la ejecución del título limpio derivado de sentencias extranjeras *in rem* y judiciales

Por ello, en la práctica, no se puede ofrecer una evaluación internacional real sobre la problemática relativa al no reconocimiento de las ventas judiciales de buques. Si bien, no podemos perder de vista que existen determinadas jurisdicciones, principalmente asiáticas, que optan por entender como ilegales las ventas judiciales de sus buques registrados realizadas por otros Tribunales o definirlos como contrarias al orden público.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques, no se configura como un texto revolucionario en la materia, puesto que los Tribunales no

pueden en ningún caso convertirse en mercados para los acreedores hipotecarios o de otro tipo. En consecuencia, nos encontramos ante regulación notablemente conservadora que, no presenta grandes innovaciones en la materia, salvo por las previsiones internacionales reforzadas relativas a la notificación y la publicidad de los efectos de las ventas judiciales internacionales de buques.

En conclusión, teniendo presente, la indubitada seguridad jurídica que puede aportar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques, tanto el Comité Marítimo Internacional, como la Unión Europea defienden su ratificación. Máxime, cuando además la Convención de Beijing promueve el activo económico más valioso de cuantos hay: la confianza. Sin embargo, el impacto y el valor de la Convención de Beijing dependerá inexorablemente del número total de Estados opten por adherirse a ella.

## BIBLIOGRAFÍA

Alcantara González, J.M., «Consideraciones en torno al proyecto del Comité Maritime Internacional sobre venta judicial de buques», García-Pita y Lastres, J.L., Díaz de la Rosa, A., Quintans-Eiras, M.R. (Directores), *El derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 419-439.

CNUDMI, *Folleto informativo. Convención de las Naciones Unidas sobre los efectos internacionales de las ventas judiciales de buques*. Disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/info\\_brochure\\_bjss\\_and\\_signing\\_ceremony\\_sp.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/info_brochure_bjss_and_signing_ceremony_sp.pdf)

Faria, E., Angelo, J., «Vers Pékin via Vienne et New York : le voyage commun CNUDCI/CMI vers la toute nouvelle convention de droit maritime sur les effets internationaux des ventes judiciaires de navires», *Droit maritime française N° 857*, 2023, págs. 391-404.

Fernández-Tresguerres, A., «El convenio sobre la venta judicial de buques: una visión europea», Disponible en: <https://www.economista.es/opinion/noticias/12499130/10/23/el-convenio-sobre-la-venta-judicial-de-buques-una-vision-europea.html>

García-Sañudo Díez, E., «La venta forzosa de buques», *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Emparanza Sobejano, A., Mar-

- tín Osante, J.M. (Directores), Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 455-462
- Hai Li, H., «A brief discussion on judicial sale of ships», *CMI YEAR-BOOK*, 2009, págs. 342-356.
- Hernández Pérez, E., «La venta forzosa de buques y los avances en el Proyecto de Convenio sobre Reconocimiento de efectos de la venta judicial de buques», *Revista de Derecho del Transporte N° 28*, 2021, págs. 301-327.
- Jingchen X., «Maritime cross-border insolvency in China», *NUS Centre for Maritime Law Working Paper No. 2019/013*, 2019, págs. 1-29.
- Myburgh, P., «Report on the Comité Maritime International Working Project on Recognition of Judicial Ship Sales», *NUS Centre for Maritime Law Report 18/01*, 2020. Disponible en: <https://law.nus.edu.sg/cml/wp-content/uploads/sites/8/2020/04/CML-R1801.pdf>
- «International Recognition of Judicial Ship Sales: English Common Law and the Beijing Convention», *28 JIML*, 2022, págs. 410-424.
- Nell, G., «Some practical aspects associated with the judicial sale of ships», *National Admiralty Seminar 2017*. Disponible en: <https://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/national-practice-areas/admiralty/admiralty-papers/nell-20170725>
- Rodríguez Delgado, J.P., Alba, M., «Proyecto de Convenio sobre el Proyecto de Convenio de Uncitral sobre la Venta Judicial de Buques», *Revista de Derecho del Transporte N° 29*, 2022, págs. 250-264.
- Rodríguez Delgado, J.P., «Algunas observaciones sobre el Proyecto de Convenio de Uncitral sobre la Venta Judicial de Buques», *Cuadernos de Derecho Transnacional 13 (2)*, 2021, págs. 472-497.
- «The scope of application of the UNCITRAL instrument on the Judicial sale of ships», *Comparative maritime law journal 61:176*, 2022, págs. 705-744
- Stankovic, G., «Judicial sales of ships – A rocky road to unification», *Poredbeno pomorsko pravo Vol. 60 N° 175*, 2021, págs. 11-35.
- Xinwei, L., Beiping, C., «Reformará China su sistema de notificación en el extranjero en virtud de una convención internacional sobre ventas judiciales de buques de la CNUDMI?», Suárez Xavier, P.L., Flórez Álvarez, L.A., Fontestad Portales, L. (Directores), *Derecho procesal y derecho marítimo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021. (Libro electrónico)

Ying-Feng, S., Carballo Piñeiro, L., Mejía, M., «Allanando el camino para el reconocimiento de las ventas judiciales de buques celebradas en el extranjero. Análisis comparado de los procedimientos de venta judicial en jurisdicciones seleccionadas», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15 (1), 2023, págs. 136-160.

Yingfeng, S., *Harmonisation in the rules governing the recognition of foreing judicial ship sales*, Tesis Doctoral. Disponible en: [https://commons.wmu.se/phd\\_dissertations/31/](https://commons.wmu.se/phd_dissertations/31/)

RESPONSABILIDAD DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS Y COMPLIANCE  
ANGLOIBEROAMERICANO

CRIMINAL LIABILITY OF CORPORATIONS AND  
ANGLO-IBERO-AMERICAN COMPLIANCE

Julio Ballesteros<sup>1</sup> - Andrea Santos<sup>2</sup> - Virginia Naval<sup>3</sup>

**Sumario.** *I. Introducción II. Experiencias de los ordenamientos jurídicos no latinoamericanos A) España B) Estados Unidos C) Análisis comparado III. Experiencias comparadas en los ordenamientos latinoamericanos de referencia A) Argentina B) Brasil C) Chile D) México E) Perú IV. Análisis comparado V. La experiencia en el ordenamiento ju-*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca con Premio Extraordinario y Mención Internacional. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Máster en Cumplimiento Normativo Penal por la Universidad Castilla-La Mancha. Docente en la Universidad de Salamanca en la actualidad. Email de contacto: HYPERLINK «mailto:jbs@usal.es» jbs@usal.es. El art. Es parte de la actividad investigadora de Julio Ballesteros: estancia de investigación realizada en el Interdisciplinary Research Center on Crime, Justice and Security (CJS) de la Universidad de Oporto y de los Proyectos PID2020-117403RB-I00 y PID2022-142211NB-C21 del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. También es parte del GIR Programas de Cumplimiento y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas de la Universidad de Salamanca.

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta, Colombia con grado Cum Laude, Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Docente en la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Santa Marta. Email de contacto: andreasantosp123@gmail.com

<sup>3</sup> Abogada por la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Estudios de Maestría en Ciencias Penales en Universidad de San Martín de Porres, Perú. Título de Especialista en Cumplimiento Normativo por AENOR – Bilbao. Abogada Senior en Caro & Asociados. Gerente de Cumplimiento en Asociación Peruana de Compliance. Email de contacto: vnavalinares@gmail.com

*rídico colombiano A) Desarrollo específico B) Análisis comparado VI. Conclusiones VII. Referencias bibliográficas*

**Resumen:** La implementación de instrumentos jurídicos angloamericanos en legislaciones europeas y latinoamericanas justifica un análisis comparativo, de sus similitudes, diferencias y consecuencias. Se presenta un estudio comparado de los Programas de Cumplimiento (PCs), en un primer momento, entre Estados Unidos y España, país que sirvió de inspiración para Latinoamérica; luego se examinan diferentes países latinoamericanos como Chile, Argentina, México, Perú y Colombia. Se evidencian las diferencias en la regulación de los PCs, considerando la regulación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (RPPJ), los elementos mínimos constitutivos de los PCs, su aplicación como causal de ausencia de RPPJ y las consecuencias jurídicas de la implementación de los PCs en el proceso penal. De otro lado, se identifican las obligaciones de los entes colectivos respecto a la prevención de delitos. En esos términos, se realizan recomendaciones para los países latinoamericanos, a fin de lograr, reconocer y controlar los riesgos delictivos al interior de las empresas desde los PCs, contando con medios y procesos judiciales efectivos para su juzgamiento y sanción.

**Palabras Clave:** Latinoamérica, Programas de Cumplimiento, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Cooperación Internacional, Cultura Corporativa.

**Abstract:** The implementation of Anglo-American legal instruments in European and Latin American legislations justifies a comparative analysis of their similarities, differences and consequences. A comparative study of Compliance (Cs) is presented, firstly between the United States and Spain, country that served as inspiration for Latin America; then different Latin American countries such as Chile, Argentina, Mexico, Peru and Colombia are examined. The differences in the regulation of the Cs are evidenced, considering the existence of Criminal Liability of Legal Entities (CLLE), the minimum elements of the Cs, their application as grounds for the absence of CLLÉ and the direct effects of the Cs in the criminal process. On the other hand, the obligations of the collective entities with respect to crime prevention are identified. In these terms, recommendations are made for Latin American countries, in order to recognize and control criminal risks within companies from the PCs, with effective means and judicial processes for their prosecution and punishment.

**Key words:** Latin America, Compliance, Criminal Liability of Legal Entities, International Cooperation, Corporate Culture.

## I. INTRODUCCIÓN

La globalización de los mercados y la complejidad de las operaciones empresariales han impulsado una creciente preocupación por la ética y la legalidad en el mundo corporativo. A consecuencia, los sistemas jurídicos de herencia romano-germánica, adoptaron instituciones jurídicas provenientes del derecho anglosajón, una de ellas los Programas de Cumplimiento Empresarial y la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. En consecuencia, los ordenamientos jurídicos internos han creado instrumentos similares adaptados a la realidad, europea y latinoamericana. Así, países como España, Chile, Brasil y Argentina han adoptado la RPPJ, mientras Perú mantiene un proceso llamado administrativo que impone penas por delitos y Colombia sigue el principio *societas delinquere non potest*.

Tratándose de sistemas jurídicos romano-germánicos, el PC se ha convertido en un indicador de la responsabilidad de los entes corporativos, lo cual dependerá del modelo de imputación elegido para endilgar la conducta a las empresas. La persecución de los fenómenos criminales actuales, exige cooperación internacional para sancionar conductas cometidas por sujetos colectivos y difuminadas en el tiempo y espacio. Por ello, la identificación de riesgos delictivos al interior de las compañías adquiere importancia para la prevención de crímenes; de ahí la relevancia de los PCs, como mecanismo interno para reducir la ocurrencia de conductas lesivas de bienes jurídicos tutelados.

En consecuencia, es pertinente estudiar las legislaciones internas, explicando las posiciones comunes y disímiles respecto a los PCs y la RPPJ en América Latina. De esta manera, se tendría una visión amplia y específica sobre países convertidos en paraísos criminales para las empresas, respecto a otros comprometidos con la penalización de la delincuencia empresarial. Se denota la necesidad de adoptar estrategias coherentes con la realidad latinoamericana, acceso a denuncias entre Estados empleando la información de los PCs; los cuales deberán tener elementos mínimos comunes a todos los sistemas jurídicos, desde una cultura de ética y legalidad tanto en lo público como en lo privado.

## II. EXPERIENCIAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NO LATINOAMERICANOS

### II. A. España

La reforma del CP español de 2010 introdujo la RPPJ<sup>4</sup>, abriendo así el debate jurídico-penal sobre la función de los PCs como medio para atenuar o excluir la imposición de sanciones penales siempre que reúnan determinadas características<sup>5</sup>. Con ello, se abrió un perio-

---

<sup>4</sup> Según el artículo 31 bis CP español, son penalmente responsables las siguientes entidades: las sociedades civiles, las sociedades mercantiles personalistas, las sociedades mercantiles capitalistas, las asociaciones, las fundaciones, las sociedades ocultas, las sociedades en formación, las sociedades irregulares, las cooperativas, las sociedades agrarias de transformación, las sociedades profesionales, las entidades de capital de riesgo, las agrupaciones de interés económico, los partidos políticos y los sindicatos. La ley excluyó, sin embargo, la responsabilidad penal para el Estado, las administraciones públicas territoriales (estatales, autonómicas, locales) o institucionales, los organismos reguladores (por ejemplo, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores), las entidades públicas empresariales (ADIF, RTVE, SEPI, ICO) y las organizaciones internacionales de Derecho público (ONU, OCDE, OTAN), porque no tendría sentido imponer una pena de multa al propio Estado o sus organismos si finalmente el dinero de la pena recae nuevamente en la Hacienda Pública y, por tanto, en el mismo Estado. La ley excluyó, sin embargo, la responsabilidad penal para el Estado, las administraciones públicas territoriales (estatales, autonómicas, locales) o institucionales, los organismos reguladores (por ejemplo, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores), las entidades públicas empresariales (ADIF, RTVE, SEPI, ICO) y las organizaciones internacionales de Derecho público (ONU, OCDE, OTAN), porque no tendría sentido imponer una pena de multa al propio Estado o sus organismos si finalmente el dinero de la pena recae nuevamente en la Hacienda Pública y, por tanto, en el mismo Estado.

<sup>5</sup> El Código Penal español contempla la RPPJ para los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis); trata de seres humanos (art. 177 bis 7); delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis); delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3 segundo párrafo); descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies) estafas y fraudes (art. 251 bis); alzamiento de bienes y frustración de la ejecución (art. 258 ter) insolencias punibles (art. 261 bis); daños informáticos (art. 264 quarter); delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis. También 285 bis y ter); blanqueo de capitales (art. 302.2); delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (art. 310 bis); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis. 5); delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4); delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6); delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.2); delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3); delitos contra la salud pública (arts. 362, 366 y 369 bis); falsificación de moneda (art. 386.5) y tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje (art. 399 bis); cohecho (art. 427bis); tráfico de influencias (art. 430); malversación de caudales públicos (art. 435.5) corrupción en las transacciones comerciales internacionales

do de reflexión sobre la legitimación y las consecuencias de la «autorregulación regulada» (Silva, 2015: 1).

Las técnicas de autorregulación han florecido intensamente en las últimas décadas, especialmente desde los años 70, por diversos factores, entre los que destacan «la incapacidad del Estado de intervenir en el ámbito de las grandes empresas, ya sea por imperativos ideológicos, por los efectos de la desregulación de los años ochenta y noventa, por la captura regulatoria, o por las particularidades de la estructura económica y política del capitalismo». Finalmente, estas formas de autorregulación responden a un fin último: preservar la economía de mercado y el respeto por la competencia y facilitar la transparencia (Maroto, 2010: 326).

Años más tarde, la Ley Orgánica 1/2015 modificó la configuración del régimen de RPPJ, realizando, como señala el preámbulo de dicha ley, una mejora técnica que delimita «adecuadamente el contenido del «debido control», para dejar claro que se asume un modelo de culpabilidad corporativa con base en el defecto de organización (Jaén, 2018: 4)<sup>6</sup>. De esta manera, se afirma que el quebrantamiento del debido control permite fundamentar la RPPJ, mientras que la diligencia

---

(art. 445.2); delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 510 bis), delitos vinculados al terrorismo (art. 580 bis). A este listado habría que añadir recientemente los delitos de agresiones, acoso, abusos sexuales (art. 173) y descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies); los delitos de frustración de la ejecución (art. 258ter) y los delitos de discriminación (art. 510ter). También, esta responsabilidad será aplicable en determinados supuestos de contrabando conforme a la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. De todos ellos, admiten la modalidad imprudente: insolvencias punibles (259.3 CP); blanqueo de capitales (301.3 CP); delitos medioambientales (331 CP); delitos contra la salud pública (367 CP); financiación del terrorismo (576.4 CP) y el contrabando (regulado en virtud del artículo 3.3 en relación con el art. 2.6 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando).

<sup>6</sup> El actual artículo 31 bis CP español señala lo siguiente:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:
  - a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
  - b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
- 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup>

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.
4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:
  - 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
  - 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
  - 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
  - 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
  - 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
  - 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

con respecto al mismo excluye la responsabilidad penal (antes solo la atenuaba). Además, se extiende la RPPJ a las sociedades mercantiles estatales «que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general» (Jaén, 2018: 6).

La Ley Orgánica 1/2015 también introduce en su artículo 31 bis, numeral 5, los elementos nucleares que deben reunir necesariamente los PCs para que puedan atenuar, o incluso eximir, la responsabilidad de las PJs implicadas en ilícitos penales (además de recogerse formalmente en los PCs, dichos elementos han de gozar de cierta eficacia real en el caso concreto). Así mismo, establece que la implementación de un PC con posterioridad a la comisión de un delito puede tener, también, efectos atenuantes para las PJs (artículo 31 quater.1 d) del CP español).

Son elementos indispensables de los PCs aquellos que permiten: (a) identificar, mediante un mapa de riesgos, aquellas actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos por los que las PJs pueden ser penalmente responsables; (b) establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de las PJs, la adopción de decisiones y la ejecución de las mismas (Gómez, 2020: 70); (c) disponer de los recursos financieros suficientes para implementar, mantener y revisar los PCs (Nieto & García, 2018: 26); (d) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia de los PCs (canales *whistleblowing*); (e) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establecidas en los PCs; y (f) verificar periódicamente los PCs, modificando los mismos cuando se detecten infracciones o nuevos riesgos, consecuencia de cambios en la organización empresarial o en la apertura de nuevas líneas de negocio.

Finalmente, es de destacar que, como las PJs de pequeñas dimensiones (que en España suponen el 99% de las empresas existentes) son también penalmente responsables, se ha establecido jurisprudencialmente que los PCs pueden tener efectos jurídicos atenuantes o eximentes para estas empresas, aunque sean menos robustos estructuralmente. Como la sentencia de la Audiencia Provincial 5ª 701/2018, de 16 de noviembre, ha afirmado:

«La formalización de los controles (preventivos) no puede ser la misma en una empresa de grandes dimensiones, que, en una familiar, pero [...] la regulación legal de la exención exige, para su operatividad, que dichas estructuras de control existan, aun cuando resulten más o menos estructuradas».

## II.B. Estados Unidos

En los EE.UU. se presentan los primeros atisbos de la RPPJ y de los PCs que se conocen en la actualidad, como resultado de la tradición jurídica anglosajona perteneciente a la familia del *Common Law*, donde la práctica jurisprudencial marca la pauta como principal fuente del derecho y determina los nuevos enfoques e instituciones jurídicas. Uno de los paradigmas iniciales fue la célebre sentencia de 23 de febrero de 1909 emitida por la Corte del Distrito Sur de Nueva York, en el caso de la *New York Central & Hudson River Railroad Company*, en la que tanto la empresa como su gerente fueron penalmente condenados al pago de 108.000 dólares, por cometer actos contra la libre competencia relacionados al reembolso ilegal de tasas de aranceles y manipulación irregular de tarifas. El fallo constituyó un hito a nivel federal sobre la atribución de RPPJ (que era ya admitida en algunos Estados), otorgando reconocimiento pleno a este tipo de responsabilidad (Caro, 2019).

A raíz de estos precedentes, cada vez más compañías fueran procesadas penalmente por actos ilícitos, principalmente empresas ligadas a la industria pesada, lo que llevó a que, con el propósito de salvaguardar su patrimonio y activos comerciales, optaran por mayor autorregulación. De esta manera, este grupo de empresas condenadas implementaron los primeros PCs (Antich, 2017).

Tras el desplome de la Bolsa de *Wall Street* de 1929, se emitió la Ley de la Bolsa de Valores (1934), que creó la *Security Exchange Commission* (SEC), constituyéndose como el principal órgano de fiscalización financiera. Posteriormente, en los años 70 luego del escándalo *Watergate*<sup>7</sup>, la SEC realizó diversas investigaciones que destaparon una serie de sobornos y casos de corrupción en el ámbito empresarial, por lo que adoptó un rol de mediador entre los acusados y la Fiscalía, con el fin de negociar beneficios a cambio de información.

Como consecuencia de esta situación, en 1977, se promulgó la FCPA, que se convirtió en la principal norma de prevención de la corrupción en el extranjero, al imponer sanciones a las empresas norteamericanas que sobornaran a las autoridades y funcionarios de terceros países. En 1988, fue modificada por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (1988), y la *International Anti Bribery and Fair Competition Act* (1998). Actualmente, se aplica a personas naturales

---

<sup>7</sup> Caso de corrupción y actividades ilícitas dentro de la esfera gubernamental que trajo como consecuencia la renuncia de Richard Nixon al cargo de presidente de los Estados Unidos.

y jurídicas, tanto estadounidenses como extranjeras, cuya práctica de sobornar tenga algún vínculo con los EE.UU.<sup>8</sup>, imponiendo la obligación de implementar medidas de control interno antisoborno como los PCs (Sota, 2020).

Como resultado, en los años 80 se popularizaron en las corporaciones la adopción de códigos de conducta y programas de capacitación, entre otras medidas de prevención. Además, las investigaciones y procesos llevados a cabo contra empresas y empleados trajeron consigo un suficiente desarrollo jurisprudencial en relación con su enjuiciamiento y sanción, permitiendo la elaboración de los *Federal Sentencing Guidelines*, o criterios federales para la imposición de penas (Antich, 2017).

Los *Federal Sentencing Guidelines* (1991), contienen un compendio de criterios jurisprudenciales para la individualización de la pena, teniendo especial relevancia el apartado de *Sentencing of Organizations*, donde se reconoce por primera vez, de modo oficial, los PCs. Cabe mencionar que, para afrontar estos casos, también deben considerarse los memorandos remitidos por el *US Deputy Attorney General* a los fiscales encargados del enjuiciamiento a empresas.

Con relación a los PCs, el Departamento de Justicia (DOJ) emitió los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, donde detalla el estándar ideal y las características que deben tener. A ello se le suma el *Thompson Memo* (2003) que trata sobre la existencia y adecuación de los PCs de la compañía en caso de ejercicio de la acción penal por la Fiscalía, y los *McNulty Memo* (2006) y *Filip Memo* (2008) que versan sobre la preexistencia y efectividad de los PCs.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el sistema de evaluación norteamericano especifica que la evaluación de la eficacia de un

---

<sup>8</sup> Según señalan Fronza & Insolera (2021: 66): «En particular, en lo que se refiere al alcance aplicativo de la normativa en relación con los sujetos sometidos a sus prescripciones (Mongillo, 2012, pp. 372-375), hay una multiplicidad de previsiones que operan en distintos planos. La primera, que presupone la posibilidad de acceder al sistema financiero estadounidense, dispone que la FCPA es aplicable a «any issuer which has a class of securities registered», de acuerdo con el Securities and Exchange Act de 1934 (SEA) (15 U.S.C. § 78dd-1(a)). La segunda se refiere a los «domestic concerns», que se definen como toda persona física o jurídica estadounidense, o entidad cuyo centro de negocios principal esté radicado en Estados Unidos o esté organizado con base en las normativas estadounidenses (15 U.S.C. § 78dd-2(b) and § 78dd-2(h)(1)). Finalmente, la operatividad de la tercera norma alcanza a toda persona física o jurídica que «mientras se encuentre en territorio de Estados Unidos utilice los servicios postales o cualquier otro medio instrumental del comercio interestatal, o cometa una acción dirigida a favorecer el esquema corruptor» (15 U.S.C. § 78dd-3(a)).».

sistema de prevención dependerá de cada caso particular de acuerdo con la naturaleza, estructura y actividad de la empresa. No obstante, se establecen los siguientes lineamientos generales para que los fiscales estadounidenses puedan realizar una evaluación objetiva: (a) la existencia de un sistema de evaluación de riesgos (este es el punto neurálgico de todo modelo de prevención, ya que busca evaluar integralmente la empresa, considerando su modelo de negocio y los riesgos a los cuales se expone); (b) la existencia de políticas y procedimientos que den contenido y validez a las normas éticas de la compañía; (c) la capacitación y comunicación del programa de prevención; (d) la presencia de mecanismos de denuncias y de un proceso de investigación; (e) la gestión de terceros, en el sentido que la empresa debe tener cierta observancia en las relaciones contractuales, logísticas y reputacionales de sus socios como parte de su diligencia debida; y (f) la debida diligencia en fusiones y adquisiciones, en el sentido que la empresa debe tener un escrutinio adecuado de la función de cumplimiento en el proceso de fusión o adquisición, corrigiendo y remediando los aspectos irregulares o poco transparentes del procedimiento.

Así mismo, para evaluar si el sistema de cumplimiento ha sido implementado de manera efectiva se agregan ciertos criterios como el compromiso de los niveles altos y medios de dirección, y la autonomía funcional y económica de quienes ejercen la función de cumplimiento. Además, la supervisión del cumplimiento interno de los criterios de evaluación debe estar acompañados de una política de incentivos en caso de un adecuado desempeño en la cultura de cumplimiento y de procedimientos disciplinarios a modo de disuasión de los comportamientos negativos.

Los PCs pueden dar lugar a la atenuación de la RPPJ<sup>9</sup>, o también a beneficios procesales como la suspensión o terminación del proceso, dependiendo en todo caso de la Fiscalía, la negociación y aplicación de los *Non-Prosecution Agreements* o *Deffered Prosecution Agreements*. Estos últimos son acuerdos o pactos entre la empresa infractora y el fiscal del caso donde la corporación acepta su responsabilidad a cambio de la imposición de sanciones económicas, absteniéndose el fiscal de ejercer la acción penal hasta por un plazo de 2 o 3 años, dentro

---

<sup>9</sup> La base normativa de la atenuante de responsabilidad se encuentra específicamente en los *Sentencing of Organizations* de los *Federal Sentencing Guidelines* (1991), que en su capítulo 8, parte B, prevé «la reparación de los daños causados por conductas delictivas, y un programa eficaz de cumplimiento y ética.», recogiendo en su numeral 2 los lineamientos que debe tener un programa efectivo de cumplimiento y ética para que pueda tener una incidencia atenuante o de disminución de responsabilidad (Sepúlveda, 2021).

del cual la empresa deberá colaborar con la investigación y reformar su PC.

Por otro lado, una vez iniciado el juicio, corresponde al jurado evaluar la conducta de la empresa y las características de su PC en el caso concreto, siendo objeto de análisis, entre otros factores, la naturaleza y gravedad de la conducta punible, la calidad y eficacia del PC y la presencia de sobornos (Selvaggi, 2018). La evaluación a afectos de atenuar o no la RPPJ debe realizarse de acuerdo con las explicaciones jurídicas del juez y la Guía de Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo elaborada por el Departamento de Justicia del gobierno federal (DOJ). Así mismo, en caso de condena, se tendrá en cuenta, a la hora de imponer la pena, las *Federal Sentencing Guidelines*.

Finalmente, en cuanto al modelo de atribución de la RPPJ en EE.UU., éste obedece al modelo de responsabilidad vicarial, de acuerdo con la doctrina del *respondeat superior*, donde las PJs responden objetivamente por los delitos dolosos o culposos cometidos por sus empleados y/o representantes (aunque sea en violación de las órdenes de sus superiores). En consecuencia, no se funda en un acto propio de las PJs, si no en la transferencia de responsabilidad de sus empleados o representante a éstas, cuando actúen en su beneficio y dentro de la autoridad conferida. Por otro lado, es de aplicación el modelo de catálogo abierto de delitos, no limitándose solo a delitos financieros o contra la administración pública, lo cual ha permitido un mayor desarrollo de los PCs.

## II.C. Análisis comparado

Los PCs y la RPPJ tienen su génesis en la esfera del derecho anglosajón. Sin embargo, sus instituciones jurídicas y enfoques se han difundido al resto del mundo, incluyendo a los sistemas de herencia romana-germánica. Esta adopción de dispositivos e instituciones nacidos de un sistema jurídico distinto presenta ciertas diferencias, pero también coincidencias.

Al ser un sistema que se rige por el principio de legalidad, lo fundamental en el modelo español ha sido la reforma al CP de 2010 y la Ley Orgánica 1/2015. Por su parte, en el sistema estadounidense, no existen normas o reglas preestablecidas sobre el tratamiento de la RPPJ o de los PCs, sino que su análisis parte de los precedentes jurisprudenciales recopilados en las *Federal Sentencing Guidelines*, que

han sido posteriormente complementados por la Guía de Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativo elaborada por el DOJ.

El modelo español, que ha servido de inspiración para la mayoría de los sistemas latinoamericanos, es calificado por muchos autores como «mixto» porque parte del hecho delictivo cometido por la persona física (al estilo del modelo del *alter ego* del sistema británico, donde solo determinados sujetos dentro de la organización, como el administrador, el director o el representante de hecho o derecho, tendrían la capacidad de actuar delictivamente en nombre y beneficio de la organización), y desarrolla la culpabilidad de las PJs por la ausencia de vigilancia o control. Como resultado, la RPPJ tiene un constructo de un injusto propio, donde la infracción del deber de vigilancia y prevención de los delitos es un reflejo del defecto de organización (De la Cuesta, 2011).

Lo anterior dista mucho del sistema norteamericano, dentro del cual no es necesaria una teoría de culpabilidad contra las PJs, sino que, de acuerdo con la doctrina del *respondeat superior*, estas últimas responden objetivamente por los delitos dolosos o culposos cometidos por cualquiera de sus empleados y/o representantes (aunque sea en violación de las órdenes de sus superiores), no limitándose, por tanto, a los miembros con poder de decisión o representación.

Una segunda diferencia importante en el modelo de RPPJ radica en el catálogo de delitos perseguibles. Así, en el sistema español se mantiene un sistema de *numerus clausus*, que incluye los delitos contra el orden económico, la propiedad intelectual, la salud pública o la libertad, así como los delitos de corrupción e informáticos, siendo la tendencia en Europa continental ampliar cada vez más los catálogos cerrados de responsabilidad corporativa. En contraste, en el sistema norteamericano, las PJs pueden responder por la comisión de cualquier delito.

Con respecto al contenido de los PCs, ambos sistemas prevén que los PCs deben contar con ciertos elementos generales (elementos indispensables en el caso español, y elementos de evaluación general en el sistema estadounidense). Además, existen algunas coincidencias en el contenido de dichos elementos, como la necesidad de implementar un mapa de riesgos (elemento neurálgico de todo PC), la existencia de protocolos, políticas y procedimientos internos claros, la autonomía económica de la oficina de cumplimiento, y la existencia de los respectivos conductos disciplinarios. Así mismo, en ninguno de los dos modelos existe una regulación específica en relación con el fenómeno de la corrupción asociada al COT.

Sin embargo, cabe resaltar que en el modelo norteamericano se maneja un sistema de criterios de evaluación; es decir que, de acuerdo al modelo, actividad, estructura y demás características de las PJs, el fiscal deberá evaluar la eficacia o no de su modelo de prevención, (sin que existan elementos obligatorios o normativamente nucleares, pero si guías que ayudan al fiscal a realizar esta valoración). En contraste, el sistema español, como la mayoría de los modelos latinoamericanos, establece elementos obligatorios o nucleares que las PJs han de cumplir sea cual sea su estructura y actividad.

Finalmente, en cuanto al tratamiento de los PCs, el artículo 31bis (2)(1) del CP español regula de forma expresa la exigente de la RPPJ cuando se «[...] ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión». Este precepto obedece a que el fundamento de la responsabilidad corporativa es el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Dicha naturaleza jurídica ha sido desarrollada por el Tribunal Supremo español en su Sentencia 154/2016 cuando estipula que el análisis de atribución debe partir del análisis sobre si «[...] el delito cometido o facilitado se debió a una ausencia de una cultura de respeto al Derecho como fuente de inspiración de su estructura organizativa, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control de comportamiento de directivos y subordinados, lo cual se podría traducir en una responsabilidad por un ‘no compliance’». Este análisis debe realizarse, en todo caso, en un proceso penal con el debido control jurisdiccional.

Por su lado, el sistema norteamericano no regula los PCs como una exigente de responsabilidad, si no que, en base a las *Federal Sentencing Guidelines*, éstos podrían ser una atenuante de su responsabilidad, aunque en la mayoría de los casos los delitos que implican a corporaciones terminan con la suscripción de un *Non-Prosecution Agreement* o un *Deffered Prosecution Agreement*; acuerdos suscritos entre la empresa implicada y la Fiscalía, que, a cambio de información, colaboración o sanción económica, se abstiene de procesar penalmente a la organización, o retrasa su procesamiento, constituyendo un tipo de justicia penal negociada.

### III. EXPERIENCIAS COMPARADAS EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA

#### III.A. Argentina

En el año 2016 el Poder Ejecutivo argentino elaboró un proyecto de ley sobre RPPJ que terminaría, tras su paso correspondiente por el Parlamento, por convertirse en la Ley 27.401 sobre RPPJ. Dicha ley se aprobaría el 1 de diciembre de 2017. Antes de ese momento, la legislación argentina ya preveía a través de distintas normas la imposición de sanciones a las PJs. Un ejemplo de ello puede ser el Código Aduanero (Ley N° 22.415), la Ley de Abastecimiento (Ley N° 20.680, Defensa de la Competencia (Ley 25.156) o la Ley Penal Tributaria (Ley N° 24.769). La mencionada Ley 27.401 incluye, además, en sus artículos 22 a 24 los programas de integridad, que son equivalentes a los ya mencionados en este trabajo como PCs, e igualmente, no es obligatorio<sup>10</sup> para las PJs su implementación.

En la actualidad, el régimen argentino de responsabilidad de las PJs se aplica a los siguientes delitos mencionados en el artículo 1 de la Ley 27.401: cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (265 del CP), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión (268 del CP), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (artículo 268 apartado 1 y 2 del CP) y balances e informes falsos agravados (artículo 300 bis del CP). Durante los debates parlamentarios previos a la aprobación hubo serios esfuerzos por intentar que en dicho sistema de responsabilidad rigiera el principio de generalidad y, por tanto, se aplicara frente a todo tipo de delitos. Finalmente, la aprobación contempló un sistema de *numerus clausus* probablemente porque se centró en la corrupción pública y afines y no en la delincuencia empresarial en sentido estricto (Orsi, 2021: 62)

Dicho régimen de responsabilidad también será de aplicación para las infracciones vinculadas al blanqueo de capitales (Ley 26.683) y a cuestiones tributarias (Ley 24.769). En este trabajo nos limitaremos a analizar exclusivamente la primera de las leyes citadas ya que es allí donde se profundiza, en nuestro tema en cuestión.

Inicialmente debemos mencionar que dicha responsabilidad, tal y como señala el artículo 1 de la Ley 27.401, se aplica a las PJs privadas

---

<sup>10</sup> Sin embargo, en las leyes de contratación pública del país ya se están exigiendo estos programas para poder participar en los procesos de licitación. Vid. Decreto Reglamentario 277/2018.

de capital nacional o extranjero independientemente de su tamaño (Cesano, 2020: 782), con o sin participación estatal. Entre estas se incluyen las siguientes: sociedades, fundaciones, cooperativas, asociaciones civiles, mutuales, entidades religiosas (incluida la Iglesia Católica), el consorcio de la propiedad horizontal y todas aquellas señaladas en el código penal u otras leyes. Dichas entidades serán responsables por los delitos realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

En cuanto a la posible exención de pena a las PJs por cuestiones vinculadas a los PCs, el artículo 9 de la Ley 27.401 establece que para que ésta se produzca es necesario que acumulativamente se den los siguientes requisitos: (a) espontáneamente hayan denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; (b) hayan implementado un sistema de control y supervisión adecuado<sup>11</sup> en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación haya exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; (c) hayan devuelto el beneficio indebido obtenido. En este punto es importante resaltar el primero de los requisitos porque no es habitual dentro del panorama internacional que se exija la autodenuncia para lograr la exención. Esto revela un elevado nivel de exigencia que puede entenderse desde el punto de vista de la acreditación de que no estamos ante un delito corporativo del que la empresa se quiera beneficiar, pero, también, puede colisionar con el derecho a la no autoincriminación<sup>12</sup> y la presunción de inocencia de las PJs<sup>13</sup>.

Los programas de integridad, conforme a la ley argentina, son un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos por los que las PJs

---

<sup>11</sup> El citado artículo afirma que el sistema de control y supervisión debe ser «adecuado». En este punto se aleja de la regulación española que incide en el elemento «eficacia».

<sup>12</sup> «son de aplicación sin restricciones tanto el derecho a guardar silencio como el derecho de no autoincriminarse (no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable)» (Gómez: 1077, 2019). Pérez (como se citó en Gómez: 1077, 2019) «no puede hacerse recaer en el investigado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación»

<sup>13</sup> En palabras de Moreno (2019)

*el reconocimiento de estos derechos impide absolutamente tanto al instructor como a los acusadores exigir o imponer a la persona jurídica y, por derivación, a quien la personifica en el procedimiento, al representante especialmente designado, cualquier deber u obligación de colaboración, incluida todo tipo de intimación o de apercibimiento, porque eso sería incompatible con el derecho a no autoincriminarse. (p.1033)*

responden. El artículo 23 de la Ley 27.401 menciona los requisitos obligatorios que deben cumplir éstos:

(a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; (b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; (c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados».

Como puede observarse, dentro de los requisitos obligatorios se encuentra la realización de capacitaciones periódicas, requisito que, sin embargo, no se menciona, por ejemplo, en el CP español.

Por el contrario, según la legislación argentina son elementos potestativos que pueden incidir en la graduación de una eventual pena:

I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias; V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las PJs involucradas; VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica».

Como vemos, dentro de los elementos potestativos se encuentra la realización del mapa de riesgos, que es un elemento obligatorio según el artículo 31 bis (5), apartado 1 del CP español. Con ello, lo que se quiere resaltar es el hecho de que, a pesar de lo dispuesto en los estándares internacionales de la norma ISO 37001, los PCs/integridad varían entre los distintos sistemas nacionales con relación a algunos

de sus elementos (mientras en Argentina la formación es una condición obligatoria, en España lo es la elaboración del mapa de riesgos penales).

Además, llama la atención que el CP argentino no contemple como requisito obligatorio la existencia de un canal de denuncias y la incorporación de un oficial de cumplimiento en el marco de un área independiente y autónoma<sup>14</sup>.

### III.B. Brasil

Brasil ha ratificado la *CNUCC*, la *CICC* y la *Convención OCDE*. Además, según el artículo 10 de la Constitución Federativa de Brasil (1988), se configura como una economía social de mercado, que promueve los principios de libre concurrencia, función social de la propiedad y reducción de las desigualdades sociales. La única norma que contempla expresamente la RPPJ en Brasil es la Ley No. 9.605 de 1998, llamada *Ley de Crímenes Ambientales*, que recoge un modelo de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad por los delitos contra la fauna, la flora, la contaminación, la planificación urbana, el patrimonio cultural y la Administración Pública. No obstante, en el 2013 el Supremo Tribunal Federal, determinó que la imputación del hecho delictivo a las PJs ya no dependería de su imputación a la persona física (Xavier, 2020). Sin embargo, ello no significó tampoco la introducción de un sistema de autorresponsabilidad.

Respecto a la comisión de actos de corrupción dentro de las empresas, la Ley No. 12.846 (2013), denominada *Ley Anticorrupción* o *Ley de la Empresa Limpia*, instaura un régimen de responsabilidad objetiva para las compañías consorciadas y aquellas sucesoras en operaciones de fusiones y adquisiciones por la práctica de actos de corrupción en detrimento de la administración pública, nacional o extranjera. En ese sentido, recomienda la creación de sistemas de gobierno empresarial a fin de prevenir hechos que pudieran dar lugar a tal responsabilidad.

El Decreto N° 8.420 (2015) reglamenta el contenido de la Ley, señalando los parámetros de evaluación de los «programas de integridad», los cuales deben incluir los siguientes elementos: análisis de

---

<sup>14</sup> Estos requisitos posteriormente fueron detallados en los Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad Ley 27.401. Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2019. Disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos\\_para\\_la\\_implementacion.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_para_la_implementacion.pdf)

riesgos, registros contables, controles internos, procesos para prevención de fraudes, canales de denuncia, medidas para la contratación de terceros, órgano interno e independiente responsable de implementarlo y monitorearlo, normas de conducta y procedimientos de integridad. Además, se tiene que asegurar la capacitación correspondiente a los empleados. Como resultado, se evalúan bajo cuatro ejes: instrumentos de auditoría, incentivos de denuncias, códigos de ética y conductas, y directrices de detección y reparación de actos ilícitos en detrimento de la administración pública (nacional o extranjera).

Las normas referidas contemplan la aplicación de los «programas de integridad», de un lado como atenuantes de la sanción a imponer, y como condición para otorgar acuerdos de clemencia negociados entre las empresas y la Administración. Al respecto la Ordenanza N° 909 (2015) dispone que, para solicitar la rebaja en la sanción, el programa debió ser implementado con anterioridad al acto investigado. Por su parte, la Ordenanza N° 910 (2015) recoge los criterios para celebrar los acuerdos de indulgencia por confesión. Cabe mencionar que los entes federativos de Brasil no han adoptado parámetros complementarios a la reglamentación federal, previamente descrita, relativa a la evaluación de los programas de integridad de la *Ley Anticorrupción* (Tardelli, 2018).

### III.C. Chile

En Chile se regula un sistema de RPPJ desde la promulgación de la Ley N° 20.393 el 25 de noviembre de 2009, que establece la RPPJ, tanto de empresas de derecho privado, como del Estado. Es aplicable únicamente a la comisión de ciertos delitos, como el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, el cohecho a funcionario público nacional e internacional, la receptación de especies robadas, la apropiación indebida, la administración desleal, la corrupción entre particulares, la negociación incompatible, los delitos contemplados en la Ley General de Pesca y Acuicultura, la obtención indebida de beneficios y la instrucción de concurrir a lugar de trabajo en cuarentena o aislamiento.

El modelo chileno de RPPJ es un mixto con una fuerte tendencia hacia la autorresponsabilidad, porque es necesario que se declare responsable del delito a una persona natural como presupuesto de su aplicación (artículo 3° de la Ley 20.393), para luego exigir, además de una conexión formal entre el condenado y la persona jurídica, un aporte organizacional al delito (García, 2012; Hernández, 2010: 217).

La legislación chilena no exige a las PJs la adopción de PCs. No obstante, a través de la Ley 20.393 se reconoce la facultad de las empresas para adoptar a iniciativa propia PCs, que —a fin de que generen los efectos previstos en la ley— deben contar con los siguientes elementos: (a) designación de un encargado de prevención; (b) definición de medios y facultades del encargado de prevención; (c) establecimiento de un sistema de prevención de delitos; y (d) supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos. Cuando la adopción de este modelo de prevención se da antes del comienzo del juicio, se considera una circunstancia atenuante de la RPPJ.

Además, aunque no se ha considerado la adopción de un PC con anterioridad a la comisión del delito como un supuesto de eximente de responsabilidad penal, sí se ha considerado este supuesto como una presunción del cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de las PJs, con lo cual, se entiende que dicha adopción importa la atipicidad de las conductas por parte de las PJs y, consecuentemente, la no verificación de delito alguno.

### III.D. México

En México, al igual que en la gran mayoría de países iberoamericanos con tradición jurídica europea continental, hablar de la existencia de una RPPJ solía plantearse como un imposible jurídico y como algo inexistente por muchos años en sus ordenamientos jurídicos, ello ante su aparente incompatibilidad con los principios jurídico penales de los sistemas romano-germánicos en los cuales se desarrolla la teoría del delito pensada fundamentalmente para personas naturales y arraizada al principio *societas delinquere non potest*. Al respecto Martínez Zurita, refiere que el sistema mexicano (planteado como un sistema clásico teniendo como base al individuo), ha tenido como fundamento la imputación individual, excluyendo el enjuiciamiento criminal a las PJs, siendo solo con la reforma del 2014 con la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales que estableció la posibilidad de acreditar la RPPJ. (Martínez: 2018)

No obstante, en México un factor importante que impulsó a cambiar este paradigma fueron los acuerdos internacionales en materia de lucha contra la corrupción y prevención del delito, los acuerdos de cooperación económica que exigían mayores controles anticorrupción, y la gran influencia de los EE.UU. como motor económico continental (el cual viene aplicando la RPPJ desde hace más de cien años, de acuerdo con la doctrina *respondeat superior* y la *Foreign Corrupt*

*Practices Act* (1977) y sus posteriores reformas. Dicha normativa hizo que muchas corporaciones de origen estadounidense y con actividad en México y otros países incursionaran en los *PCs* por primera vez, obedeciendo a las políticas de prevención exigidas en EE.UU., e incentivados por los beneficios procesales que dichas empresas podrían obtener ante la justicia norteamericana en caso se cometiera algún delito de corrupción. Lo anterior, como precisa Blanco, obedece a que la FCPA fue la primera norma en tipificar actos de corrupción en transacciones comerciales internacionales, por lo que aún si el acto de corrupción se consumaba en otro país, si la empresa domiciliaba en Estados Unidos o mantenía su estructura constitutiva de acuerdo con las normas norteamericanas, ésta podía ser sancionada por los actos cometidos por sus empleados, directivos, administradores o agentes externos. (Blanco: 2020)

No obstante, en la propia legislación mexicana era inconcebible una atribución de la RPPJ, lo que cambiaría en el año 2014 con la reforma del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, el cual en su artículo 421° regula por primera vez el procedimiento para las PJs, estableciendo una responsabilidad por vinculación (responsabilidad vicarial), esto es, cuando un miembro o representante de una PJ cometiera un delito en uso de los medios de la PJ, siendo que el delito se haya cometido bajo su nombre, amparo o beneficio, dicha PJ podría ser susceptible de una acción penal, si también se procesara a la persona física. El resto de la regulación (artículos 422°, 423° y 424°) hace referencia a la investigación de las PJs, sus garantías, la formulación de la imputación, y las formas de terminación anticipada, dejando a los Códigos Penales de cada Estado de la federación mexicana regular sustantivamente lo relacionado y complementario para su aplicación.

Esta regulación primigenia se asemejaba a las denominadas consecuencias accesorias del delito, dentro del modelo de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad, en el cual el delito cometido por la persona física se traslada a la PJ (llamada persona moral en México), y esta podía ser sujeto de consecuencias jurídicas (fundamentado en la peligrosidad objetiva de la PJ más no en su culpabilidad), siempre y cuando se hubiera identificado y procesado también a la persona física. Asimismo, los Códigos Penales estatales, como el Código Penal Estatal del Distrito Federal, en respuesta a la nueva regulación, agregaron a sus códigos penales lo concerniente a las consecuencias jurídicas para las personas morales regulado en su artículo 32°, agregando que las personas morales también serían responsables por los delitos que cometiesen las personas sometidas a la autoridad

de sus administradores o representantes legales por no haber ejercido sobre ellas el debido control organizacional (Goena, 2018).

Posteriormente, en julio de 2016 se aprueba la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción y la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA), estableciendo una serie de políticas y nuevos controles administrativos para la prevención de la corrupción. En dicho sentido, la LGRA, establece la sanción de PJs por los actos violatorios cometidos por las personas físicas que actúen en su nombre, beneficio o representación, y especifica como elemento de valoración de la sanción la existencia de un «plan de integridad», el cual debe incluir un manual de organización y funciones, un código de conducta debidamente socializado con los miembros de la organización, sistemas de denuncia interna, sistemas de capacitación o entrenamiento, políticas de recursos humanos y mecanismos que aseguren transparencia y publicidad de interés (LGRA Art. 24° y 25°). Este podría considerarse el primer acercamiento a un PC en México, enfocado desde la óptica de políticas anticorrupción y dentro de la esfera del control administrativo. Por otro lado, ese mismo año también se aprobaron reformas sustanciales relativas a la RPPJ regulada en el artículo 421° del Código Nacional de Procedimientos Penales, reformando en gran medida la anterior redacción y pasando a titularse «ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma».

Como su misma nomenclatura nos lo indica, el artículo 421° del CNPP dejó de regular la heterorresponsabilidad vicarial y propuso un sistema de atribución de responsabilidad autónoma por defecto de organización. De este modo, la nueva regulación establece que:

Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

La citada redacción agrega y modifica dos aspectos esenciales, el primero es que regula expresamente que deberá determinarse que haya existido una inobservancia del debido control de organización, dándole una naturaleza jurídica y esencia de culpabilidad expresa a dicho dispositivo, al mismo tiempo que brinda importancia a los denominados *PCs*, como forma de acreditar la debida diligencia, ya que, como menciona Uribe (2018), en una interpretación *contrario sensu*, si se ha cometido un delito en beneficio de la empresa pero no llega a determinarse que dicho delito se cometió por una inobservancia del

programa de control implementado, entonces podría hablarse de una ausencia de responsabilidad.

El segundo punto de gran relevancia es la autonomía de la RPPJ, estableciéndose que por más que se extinga la responsabilidad de la persona física, o aún si ésta se sustrae de la justicia, de igual modo podrá accionarse penalmente contra la PJ.

Por otro lado, el artículo 422° del CNPP reformado establece los tipos de consecuencias jurídicas, sanciones o «penas» a imponerse, pudiendo ser sanción pecuniaria o multa, decomiso de instrumentos, publicación de sentencia, disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos, prohibiciones de actos relacionados al delito, inhabilitación temporal, intervención judicial, y amonestación pública. Ahora bien, para determinar qué sanción deberá imponerse, el mismo artículo hace referencia a los criterios de evaluación, como la magnitud de la inobservancia al debido control de la organización, el monto económico involucrado en el hecho ilícito, la naturaleza jurídica y el volumen de negocios de la PJ, el puesto o jerarquía de las personas físicas involucradas, el grado de cumplimiento de la normativa nacional y el interés público generado (aspecto social).

De lo anterior se advierte que la implementación de un PC no es en efecto y de forma expresa una eximente de responsabilidad (figura que no se encuentra regulada), sino que se puede catalogar como una atenuante de ésta, en cuyo caso su implementación y efectividad serán valoradas por el juez al momento de imponer la sanción. Sin embargo, como referimos anteriormente, queda abierta la posibilidad de que, si no se acredita una inobservancia del control organizacional por un incumplimiento del PC implementado, se plantee una ausencia de responsabilidad por falta de tipicidad, lo que, de alguna forma, tiene un resultado equivalente a una eximente de responsabilidad (Uribe, 2018).

Finalmente, en relación con los delitos por los que pueden ser procesadas penalmente las PJs en México, la norma opta por el modelo de *numerus clausus*, al mencionar que serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas. Al respecto el artículo 11° bis del Código Penal Federal, establece que los delitos por los cuales podrán ser responsables la PJs incluyen el terrorismo, el cohecho, el robo, el fraude, los delitos ambientales y otros, por lo que aun cuando opta por un catálogo cerrado de delitos, este es bastante extenso y deberá ser tomado en cuenta al momento de la implementación de un PC.

### III.E. Perú

En el Perú se han recogido importantes iniciativas y promulgado diversas normas de alcance nacional dirigidas a prevenir y enfrentar el fenómeno de la corrupción, entre ellas encontramos la *Política Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción*, aprobada mediante Decreto Supremo N° 092-2017-PCM y el *Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021*, aprobado mediante Decreto Supremo No. 044-2018-PCM. Este último tiene como línea de acción complementaria a la sanción, la prevención del fenómeno de la corrupción.

En materia de PCs anticorrupción, se promulgó, en un primer momento, la Ley No. 30.424 (2016), que regula la responsabilidad administrativa de las PJs por el delito de cohecho activo transnacional, la cual ha sido objeto de tres modificaciones: (i) a través del Decreto Legislativo No. 1352 (2017), que amplió el alcance de la norma a los delitos de cohecho activo genérico y cohecho activo específico; (ii) mediante la Ley No. 30835 (2018), que modificó la denominación de la norma a [l]ey que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y amplió su alcance a los delitos de colusión desleal y tráfico de influencias, esta ley ha sido reglamentada mediante Decreto Supremo No. 002-2019-JUS, de enero de 2019; y (iii) mediante la Ley No. 31740 (2023) que —entre otras modificaciones—, cambió la denominación de la Ley a «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal» y amplió el alcance a ciertos delitos como el de contabilidad paralela, atentado contra monumentos arqueológicos prehispánicos, omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, negativa o retardo o falsedad en el suministro de información, delitos aduaneros, delitos tributarios, delitos de terrorismo, etc.

Existe un debate en la doctrina sobre la naturaleza de la responsabilidad de las PJs regulada por estas normas, de manera que mientras una parte de la doctrina defiende el carácter administrativo de la responsabilidad con base en una interpretación literal (Carrión Díaz, 2019: 281), otra parte afirma que se trata de una efectiva responsabilidad «penal» y no administrativa (considerándose por ello un «fraude de etiqueta») (Caro, 2017); en otras palabras, se refiere a una responsabilidad judicialmente determinada por la comisión de un delito en un proceso penal (García, 2020: 79).

En todo caso, a efectos de este trabajo, lo importante es que el plexo normativo regula una serie de atenuantes de la RPPJ, como la adopción de un modelo de prevención de delitos después de su comisión. Así mismo, regula circunstancias eximentes como la adopción

de un modelo de prevención antes de la comisión del delito. El legislador ha tratado también de proporcionar una serie de elementos mínimos para reconocer la existencia de un modelo de prevención adecuado, que son los siguientes: (a) la existencia de un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la PJ o quien haga sus veces, según corresponda, que ejerza su función con autonomía; (b) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos con el fin de prevenir los delitos que se haya detectado que pueden ser cometidos; (c) la implementación de procedimientos de denuncia; (d) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; y (e) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Sin embargo, la redacción presenta ciertas ambigüedades al afirmarse que el modelo de prevención debe contar con ciertos «elementos mínimos», lo cual puede generar confusiones sobre la necesidad de adoptar un programa adecuado a las necesidades de la organización (Reyna, 2018: 44). Por ello, el proyecto de reforma más reciente, Proyecto de Ley N° 676/2021-PE (actualmente devuelto a comisión), propone agregar que las PJ, en el ejercicio de su autorregulación, puedan implementar o incorporar a su modelo de prevención, cualquier otro elemento (política, procedimiento, protocolo, lineamiento, etc.) conforme a su mapa de riesgos y diseñar los mecanismos que resulten necesarios para su mitigación.

La Superintendencia del Mercado de Valores ha aprobado también, mediante Resolución SMV No. 006-2021-SMV/01 de 29 de marzo de 2021, los lineamientos para la implementación del funcionamiento del modelo de prevención (Ley 30424, sus modificatorias y su reglamento). Su finalidad es proporcionar una guía referencial para la implementación y funcionamiento del modelo de cumplimiento por las PJs que decidan de modo voluntario desarrollar e implementar un modelo de prevención.

Los lineamientos se presentan tanto como criterios de orientación, mas no como una norma o estándar de obligatorio cumplimiento. Así, podríamos considerarlos una norma de *soft law* de importante relevancia práctica que da luces a las empresas para el diseño de un modelo de prevención adecuado que pueda ser efectivo. Además, contiene ciertos criterios interpretativos de los elementos mínimos contemplados en la Ley 30424, para efectos de una eventual aplicación de la atenuante o eximente de responsabilidad prevista en dicha ley.

En base a lo anterior, los lineamientos orientan el desarrollo de:

- 1) La identificación, evaluación y mitigación de riesgos, conforme a las siguientes etapas: (a) etapa previa; (b) identificación de

- riesgos; (c) evaluación y análisis de riesgos; y d) mitigación de riesgos.
- 2) El establecimiento de la figura del encargado de prevención, que ha de venir acompañado de la especificación de las funciones y perfil profesional que ha de tener (conocimiento de la organización, experiencia, solvencia moral, honorabilidad y solvencia económica).
  - 3) La implementación de procedimientos de denuncia, que han de prever aspectos como la designación de la persona u órgano responsable, el diseño, establecimiento y difusión de los canales de denuncia, los protocolos que garanticen la reserva y anonimato de la información y la aplicación de incentivos (sean económicos o disuasivos) para la formulación de denuncias.
  - 4) La difusión y capacitación periódica del modelo de prevención, que han de especificar los recursos con los que se va a contar para dichas actividades y los medios para comunicarse eficazmente con los distintos niveles de la empresa y para hacer accesible la información.
  - 5) La evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención, de manera que la persona u órgano encargado tenga el acceso a la información necesaria para evaluar el sistema de prevención y a quienes se encargan de su funcionamiento y para recomendar las mejoras necesarias (las cuales deben ser adecuadamente comunicadas para su implementación).

Como se aprecia, los lineamientos de implementación recogidos en la Resolución SMV No. 006-2021-SMV/01 se corresponden con los elementos mínimos que debe tener un programa de prevención de acuerdo con la Ley 30424. Así mismo, recogen las buenas prácticas internacionales previstas en la FCPA de los EE.UU., la *Bribery Act Guidance* (2010) del Reino Unido, el Manual para empresas sobre Ética, Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento del Banco Mundial, la ONUDC y la OCDE (2013), así como documentos técnicos de normalización, como las ISO 37301, 37001, 31000, 31010, la UNE 19601 y la COSO ERM 2017, entre otros.

#### IV. ANÁLISIS COMPARADO

En los últimos años Latinoamérica ha tenido grandes reformas jurídicas, tanto en un sentido procesal como sustantivamente, dejando de ser una región que solamente emulaba sin más las normas y

dispositivos jurídicos europeos, para pasar a interpretar y adaptar a su realidad las diversas instituciones jurídicas que trae el avance de la sociedad, por lo que en la actualidad podríamos hablar de un Derecho latinoamericano en desarrollo.

El campo de los PCs y la RPPJ constituye una de las materias de mayor innovación y reforma en la región, siendo que cada país latinoamericano ha regulado bajo su criterio estos dispositivos legales, tomando como inspiración principalmente los modelos español e italiano, pero también con una clara influencia norteamericana y británica, lo que hace que el Derecho penal empresarial latinoamericano sea una combinación de regulaciones con coincidencias y diferencias, acercamientos y distancias, por lo que a continuación comparamos la regulación de algunos de sus principales exponentes resaltando sus características esenciales.

Para empezar, todos los modelos estudiados (argentino, brasileño, chileno, mexicano, y peruano) han incorporado elementos tales como un catálogo cerrado de delitos para los que la RPPJ es aplicable, los efectos procesales de la existencia de un PC, los «elementos esenciales» (o algunas características de éstos) y su forma de evaluación recurriendo a entidades administrativas.

Sobre el primer aspecto, todos los ordenamientos jurídicos citados han optado por establecer un catálogo cerrado de delitos, o *numerus clausus*, por los que las PJs pueden ser imputadas. La mayor parte de los delitos recogidos se tiene que ver con el fenómeno de la corrupción, como el cohecho nacional e internacional, el tráfico de influencias, la negociación incompatible, el enriquecimiento ilícito y el lavado de activos. Cabe mencionar que esto se da principalmente porque el fundamento casi común de la introducción de la RPPJ en Latinoamérica han sido los compromisos internacionales en materia de lucha anticorrupción asumidos por los Estados de la región en la CNUCC, la CICC y la Convención OCDE (estos tratados contienen apartados dedicados a las sanciones a las PJs implicadas en delitos de corrupción, blanqueo de capitales y conexos).

De este modo, el modelo argentino de responsabilidad penal corporativa solo se aplica a los delitos de cohecho nacional e internacional y tráfico de influencias (265 del CP), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión (268 del CP), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (artículo 268 apartado 1 y 2 del CP), balances e informes falsos agravados de conformidad con lo regulado en la Ley 27.401 (artículo 300 bis del CP), blanqueo de capitales (Ley 26.683) y cuestiones tributarias (Ley 24.769). La misma

aproximación se observa en el modelo peruano, que se refiere especialmente a delitos relacionados con la corrupción, delitos aduaneros, tributarios, contabilidad paralela, lavado de activos y terrorismo. Caso distinto es el de México, que si bien es cierto mantiene un catálogo cerrado, éste es mucho más extenso, recogiendo gran variedad de delitos que van desde los cometidos contra el patrimonio hasta los relativos a la corrupción y los de naturaleza financiera.

Sobre los PCs y su tratamiento, el modelo argentino tiene tres características relevantes, siendo la primera que esta normativa regula la eximente de responsabilidad por la existencia previa al delito de un PC, el cual recibe el nombre de Programa de Integridad, pero añade como requisitos para la aplicación de la eximente que se hayan devuelto todos los beneficios indebidos y que la misma organización haya denunciado el hecho ilícito cometido en su interior, como resultado de su propia investigación interna. Este último requisito no es de aplicación general en el ámbito internacional, dado que si bien es cierto puede significar un indicio de la efectividad de los PCs, también podría entrar en conflicto con el principio de no autoincriminación.

Por su lado, el sistema brasileño también recoge el concepto de programas de integridad al igual que el sistema argentino. No obstante, no tiene la eficacia de una eximente, si no que, como mucho, podría constituir una atenuante de la sanción, así como un prerequisite para acceder a un acuerdo procesal (esto último en referencia al modelo norteamericano).

En el caso de Perú y Chile, sus diferencias normativas radican en que el catálogo chileno ampara mayores delitos de carácter patrimonial como receptación o apropiación indebida. Asimismo, el modelo peruano regula taxativamente la responsabilidad de las PJs, incurriendo, según una buena parte de la doctrina, en un fraude de etiquetas al mantener el *nomen iuris* como responsabilidad administrativa de la PJ. Sin embargo, la diferencia más clara es que la norma peruana (al igual que la argentina) regula taxativamente la eximente de responsabilidad por la existencia previa de un PC, excepto cuando el delito sea cometido por los altos directivos de la empresa; mientras que la regulación chilena omite mencionar el eximente, estableciendo solamente que la implementación de un PC antes del juicio será un atenuante de la responsabilidad (ahora bien, cuando una empresa acredite en Chile el funcionamiento de un PC antes de la comisión del delito, podría afirmar también que ha cumplido con sus deberes de supervisión y dirección, lo que le permitiría discutir la propia existencia de RPPJ). Lo anterior también sucede en el modelo

mexicano, el cual no considera a los PCs como eximentes de responsabilidad, pero sí los considera como un elemento de valoración de la sanción (pudiendo, en caso se acredite la preexistencia de un PC eficaz, el no configurar una inobservancia del control organizacional, lo que supondría la falta de responsabilidad por ausencia de tipicidad).

De lo anteriormente mencionado, podemos identificar que en lo referente a los PCs como elemento valorativo de exclusión de responsabilidad penal, existen dos posturas legislativas en Latinoamérica. La primera es la que regula expresamente la existencia previa de un PC como eximente de responsabilidad, y la segunda es la que no regula la eximente, pero, en base a la naturaleza jurídica de la sanción (defecto de organización o inobservancia del deber de vigilancia y control), permite que la preexistencia de un PC pueda valorarse como un elemento negativo de tipicidad objetiva de la PJ, lo que en la práctica también la eximiría de responsabilidad.

Otro punto de encuentro entre los modelos peruano y chileno es que en sus respectivas regulaciones establecen los elementos mínimos que debe tener un PC, a fin de que sea valorado como atenuante o eximente. Algunos de los elementos comunes son el establecimiento de un código de ética o de conducta, la designación de un encargado de prevención, la definición de los medios y las facultades del encargado de prevención, el establecimiento de un sistema de prevención de delitos, la elaboración de un mapa de riesgos y la capacitación y el entrenamiento de personal. Cabe hacer especial mención el caso argentino, el cual establece la obligatoriedad de ciertos elementos de los PCs, sin que se incluyan entre los mismos por considerarse meramente facultativos la implementación de un mapa de riesgos, la existencia de un canal de denuncias, o la designación de un oficial de cumplimiento. Lo anterior llama la atención porque ese tipo de elementos no solamente son considerados aspectos esenciales de todo PC, sino que, de acuerdo a la normativa internacional, constituyen el primer paso a seguir para implementar un PC efectivo. De ahí, las dudas que despierta la mencionada legislación argentina.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que las diferencias de los ordenamientos latinoamericanos radican en: (a) los delitos que admiten la RPPJs; (b) los elementos mínimos o aspectos esenciales que han de tener los PCs para que las actuaciones de las empresas puedan ser calificadas como atípicas, o puedan dar lugar a atenuantes, eximentes o beneficios procesales; y (c) los efectos directos de los PCs en el proceso penal.

## V. LA EXPERIENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

### V.A. Desarrollo legislativo

Los artículos 189 (24) y 334 de la Constitución Política de Colombia (1991) facultan al Estado para intervenir de forma limitada en la economía, dando al Presidente de la República potestades de inspección, vigilancia y control sobre la actividad financiera, bursátil y aseguradora, las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles. La Corte Constitucional en Sentencia C-320/98 (30 de junio de 1998) ha manifestado la posibilidad de responsabilizar a las empresas cuando sus actividades den lugar a la comisión de hechos delictivos. Los directivos deben dirigir las corporaciones a fin de no incumplir la ley, promoviendo una cultura de ética dentro de las mismas. Si los delitos son llevados a cabo por y en beneficio de la empresa, no existen impedimentos para limitar la acción penal a los directivos, dejando impune a la PJ favorecida por el delito.

Desde el constitucionalismo moderno, el Estado puede intervenir a fin de proteger los intereses colectivos frente a la actividad empresarial. Si en un sector de la sociedad tiende a predominar la ventaja de las corporaciones, el Estado está facultado para actuar a fin de salvaguardar los derechos constitucionales. Dicha facultad podría consistir en garantizar el cumplimiento de los derechos, asegurar su protección judicial o administrativa o regular las actividades empresariales (Milkes, 2019: 252). El control estatal sobre la actividad económica del país se entiende desde el concepto de empresa como ente político. Su responsabilidad trasciende lo interno, pues están sujetas a la normatividad del país y su fin último también es la protección del interés general. De ahí que, la existencia de los PCs signifique «postular a la empresa como un ente público a cargo de la protección del ser humano» (Sanclemente-Arciniegas, 2021:200).

En ese sentido, el artículo 102 del *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero* (Ley 663, 1993) exige el diseño y ejecución de PCs y de medidas de prevención y control frente a conductas constitutivas de blanqueo de capitales. Esta exigencia se dirige a los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras, y los intermediarios de seguros y reaseguros.

La norma indica que las entidades arriba mencionadas, bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, deben diseñar y poner en marcha PCs, que incluyan medidas de control idó-

neas y eficaces a fin de prevenir que sus actividades sean un medio para ocultar, manejar, invertir, aprovechar dinero o bienes producto de conductas delictivas o dispuestos para su financiamiento, o bien con el propósito de darles apariencia de legalidad a las mismas o a las transacciones y fondos a ellas vinculados.

Los representantes legales, directores, administradores y funcionarios están obligados a conocer las actividades económicas de sus clientes y el volumen, frecuencia y características de las transacciones y depósitos que llevan a cabo. Además, cuando adviertan operaciones que puedan relacionarse con actividades delictivas, deben reportarlo ante la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF). Aunado a ello, la Superintendencia Financiera puede realizar observaciones a las medidas adoptadas, solicitando los respectivos ajustes de los instrumentos diseñados cuando no sean suficientes a fin de prevenir e identificar la comisión de hechos punibles. La Superintendencia ha impartido también instrucciones relativas al Sistema de Administración del riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, para adecuar la normativa nacional a los estándares internacionales (Circular externa 022, 2007).

De otro lado, el artículo 12 del *Estatuto Anticorrupción* (Ley 1474, 2011) crea un Sistema Preventivo de Prácticas Riesgosas Financieras y de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social. La finalidad del instrumento es evitar los fraudes en el Sistema de Salud colombiano, para lo cual dispone indicadores de alerta temprana a fin de reportar sospechas de corrupción. Así mismo, exige notificar potenciales fraudes en los aportes a la seguridad social a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud. Esta última puede, además, sancionar administrativamente a las entidades que omitan tales obligaciones.

Frente a la responsabilidad de las PJs por actos de corrupción transnacional, existe la Ley Antisoborno Transnacional y Nacional (Ley 1778, 2016), la cual dispone un régimen de responsabilidad administrativa de las PJs cuando a través de sus empleados, administradores o asociados realicen conductas encaminadas a que un funcionario público extranjero realice, omita o retarde un acto propio de sus funciones con relación a una operación internacional. Así mismo, su artículo 2 insta la creación de Programas de Transparencia y Ética Empresarial (PTEE), a fin de crear instrumentos internos anticorrupción y promoción de transparencia.

La Superintendencia de Sociedades (2016) emitió una guía para el diseño e implementación de los PTEE, y de las medidas internas

de auditoría, anticorrupción y prevención del soborno transnacional (Circular Externa No. 100-000003). Con posterioridad, la misma entidad incrementó el número de empresas obligadas a poner en práctica PTEE (Resolución 100-006261, 2020, Artículos 1 y 2) y dejó de discriminar por sectores económicos, para establecer un único umbral de activos mínimos para las empresas (cuarenta mil salarios mínimos legales vigentes) y las transacciones internacionales (cien salarios mínimos) que deben cumplir con estos requisitos. En consecuencia, la Superintendencia de Sociedades puede imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta por doscientos salarios mínimos, a las empresas obligadas que no cumplan con el diseño y ejecución de un PTEE, o que no realicen los respectivos reportes a la Unidad de Información y Análisis Financiero.

Finalmente, en el año 2020, la Superintendencia de Sociedades modificó el capítulo X de su Circular Básica Jurídica (2017), para adoptar las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). En consecuencia, se reemplazó el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo por el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (SAGRILAFT) (Circular externa 100-000016, 2020).

Dentro del SAGRILAFT se incluyen los siguientes elementos: (a) establecimiento por las empresas de un oficial de cumplimiento que rinda informes a la Superintendencia de Sociedades, el cual debe ser designado por el máximo órgano social, estar capacitado para el cargo y contar con 6 meses de experiencia en labores similares; (b) capacitaciones por el SAGRILAFT a los miembros competentes de las empresas por lo menos una vez al año, dejando constancia de su realización, sin que ello sea un impedimento para llevar a cabo otras capacitaciones; (c) asignación con claridad por las corporaciones de las funciones para garantizar la ejecución y cumplimiento de los PTEE (los empleados deben tener reglas de conducta que orienten sus actuaciones, debiéndose asignar funciones específicas (aprobación del programa y del manual de funcionamiento, designación del oficial de cumplimiento y provisión de los recursos necesarios para implementar el SAGRILAFT) al más alto órgano social, como responsable último del funcionamiento y ejecución del SAGRILAFT (Superintendencia de Sociedades, Circular externa 100-000016, 2020).

El representante legal debe presentar el PTEE y su manual de funcionamiento para su aprobación, llevar reportes, solicitudes y alertas

al máximo órgano social y verificar la correcta implementación de los procedimientos. El Oficial de cumplimiento tiene que participar activamente en el diseño, la dirección, verificación y monitoreo del programa, vigilando su cumplimiento preciso, a fin de entregar por lo menos un informe al año a la Junta Directiva y promover su actualización por los menos dos veces al año (Superintendencia de Sociedades, Circular externa 100-000016, 2020).

La norma deja a decisión de la empresa si adopta un revisor fiscal, a fin de efectuar los correspondientes reportes a la UIAF, cuando advierta operaciones sospechosas, así como realizar las correspondientes denuncias e iniciar los procedimientos sancionatorios a los que hubiere lugar. También se recomienda implementar un plan de auditoría interna dentro de la revisión anual, que podrá incluir recomendaciones y acciones de mejora (Superintendencia de Sociedades, Circular externa 100-000016, 2020).

Para considerar efectivo un PTEE se debe identificar y medir el riesgo, dependiendo de las operaciones de cada empresa. La clasificación de los riesgos obedecerá a la actividad económica empresarial, estableciendo la metodología para su categorización. En ese sentido, las sociedades deben adoptar medidas de Debida Diligencia Mínima e Intensificada, a fin de conocer las personas naturales o jurídicas con quienes contratan, sus operaciones, negocios y transacciones. Bajo ciertas condiciones de modo, tiempo y lugar, bajo las cuales ejecutar tales medidas. Una vez identificado el riesgo, deberá medirse la probabilidad de su consecución y su impacto, determinando un perfil de riesgo inherente a la empresa. Ahora bien, frente al control de los riesgos, se exige la creación de una matriz para definir las medidas de contención más adecuadas, frente a cada clase de riesgo, con instrumentos de localización de operaciones sospechosas, para lograr un monitoreo eficiente (Superintendencia de Sociedades, Circular externa 100-000016, 2020).

Cada compañía está obligada a implementar estrategias de diligencia mínimas, las cuales dependerán de sus operaciones, los sujetos externos con quienes las lleven a cabo, su ubicación geográfica y el tamaño del negocio. Deberán tener en cuenta por lo menos, la identificación clara de la contraparte, el beneficiario final, el fin y el carácter de la relación comercial, garantizando la debida diligencia en cada transacción. Siendo posible que se requiera a la empresa la respectiva información cuando la Superintendencia de Sociedades lo requiera, actualizando las medidas de monitoreo mínimo cada dos años. La aplicación de una debida diligencia intensificada obedecerá

al contacto con personas políticamente expuestas, la identificación de un riesgo más alto del normal para el sector empresarial, y la prestación de servicios de activos virtuales (Superintendencia de Sociedades, Circular externa 100-000016, 2020).

Lo anterior con el objetivo de lograr monitorear y controlar el riesgo, de tal forma que disminuyan la probabilidad de lavado de activos, financiación del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva dentro de la organización. La nueva normativa pretende profundizar el enfoque basado en riesgos, partiendo de la creación de políticas y matrices en las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales, las cuales dependerán de los riesgos propios de la empresa, los tipos de negocios, operaciones, áreas geográficas donde funciona y demás características particulares. Por tanto, una vez en marcha, el SAGRI-LAFT debe ser capaz de identificar y manejar los riesgos propios de la compañía, considerando que a mayor riesgo más control deberá existir (Superintendencia de Sociedades, Circular externa 100-000016, 2020).

Frente al delito del lavado de activos o blanqueo de capitales, las empresas se encuentran obligadas a prevenir la comisión del hecho delictivo (pudiendo ser sujeto pasivo del mismo), teniendo siempre en cuenta la inexistencia de la RPPJ en Colombia (Hernández, 2014: 98). Los representantes legales solo pueden entrar a responder penalmente del delito de omisión de control, de no haber implementado el respectivo PTEE con el propósito de ocultar el origen ilícito de los activos. De lo contrario, la correcta implementación de las medidas de control se considera como una debida diligencia, que deja a la organización como una víctima más de quien realizó la conducta de forma aislada, obligando a buscar un responsable individual del delito.

Recientemente, se expidió la Ley 2195 (2022), la cual reformó la regulación de la responsabilidad de las PJs. El artículo 9 de la norma adiciona un artículo a la Ley 1474 de 2011, estableciendo la obligación de adoptar PTEE para las PJs, el cual debe incluir procesos de auditoría interna en las compañías. Además, los programas deben adaptarse a las características propias de la empresa y las actividades que desempeñe, para evitar la comisión de delitos de corrupción, acaparamiento, uso ilegítimo de patentes o contra el medio ambiente, entre otros. En ese sentido, se evidencia la comprensión de la corrupción más allá de la descripción de una conducta punible, como fenómeno que afecta cada parte de la sociedad, abarcando diferentes hechos que menoscaban el orden económico y social.

El artículo 31 de la referida norma trae consigo la implementación de los PTEE en el sector Público (PTEEP) y faculta a la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la Republica para diseñar los parámetros mínimos de estos programas, que, como mínimo, deberán incluir: (a) instrumentos de debida diligencia, prevención, gestión y administración de riesgos del LA, la FT y la FPADM; (b) redes interinstitucionales para prevenir la corrupción, fortalecer la transparencia y la legalidad; (c) medidas de transparencia y medios de acceso a la información pública; y (d) canales de denuncia (Ley 2195 (2022)).

Los PETT y los PETTP deben contemplar un Registro Único de Beneficiarios Finales. Esta es una medida de debida diligencia para identificar el beneficiario final (así como su estructura y titularidad en caso ser una PJ) de las corporaciones con las que se celebre cualquier negocio jurídico o contrato estatal. También se busca conocer el fin del negocio y asegurar la congruencia entre el objeto del contrato y el objeto social del contratista, sus operaciones comerciales, su perfil de riesgo y la licitud de su patrimonio (Ley 2195 (2022)).

Además, se regulan las sanciones impuestas a las PJs dentro del procedimiento administrativo sancionador, cuando un integrante de su personal sea condenado por delitos relacionados con el patrimonio público, el orden económico, el medio ambiente, el terrorismo y grupos de delincuencia organizada. Se tiene como atenuante de la sanción la implementación de un proceso adecuado de debida diligencia (Ley 2195 (2022)).

Mediante el Decreto 092 (2022), se creó la Dirección de Cumplimiento del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, la cual deberá vigilar la adopción de los PETT de acuerdo a los parámetros dictados por el Superintendente de Industria y Comercio.

En ese orden de ideas con la Ley 2195 (2022), Colombia se inclinó por un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas fundamentado en la idea de vigilancia y control empresarial. Si bien conserva elementos de promoción de la cultura de la legalidad, la normatividad nacional se ha preocupado más por adoptar medios de control sobre las actividades empresariales (Bernate, 2018: 7). De esta manera, el propósito principal de los PTEE y los PTEET es obtener la mayor cantidad de información posible para lograr la vigilancia más efectiva de sus actividades. La existencia del UIAF y ahora del Registro Único de Beneficiarios Finales, son claros ejemplos de esta clase de medidas, dentro de las cuales el denunciante se limita a confirmar o negar los datos ya recogidos en estos sistemas.

Ahora bien, la finalidad de los PTEE y los PTEET va más allá del control, incluyendo también el fomento de una cultura de la legalidad, la transparencia y la ética empresarial, para que las compañías muestren transparencia e integridad en cada una de sus operaciones, evidenciando el respeto a la ley dentro de su objeto de funcionamiento (Ramírez, 2021:121).

Finalmente, respecto a la corrupción asociada al COT, garantizan la adopción de medidas preventivas frente a la comisión de los delitos arriba mencionados que, en gran medida, son característicos del COT.

## VI.B. Análisis comparado

Establecer los PCs como exigibles jurídicamente a las empresas en un ordenamiento jurídico, o bien tenerlos como una mera recomendación para las compañías, denota el modelo adoptado por cada país para la prevención de los delitos de corrupción pública o privada (incluidos aquellos causados por el COT). En ese sentido, España y Chile (y para un importante sector de la doctrina, también Perú) claramente se inclinan por una respuesta penal al fenómeno, contemplando la RPPJ y estableciendo como incentivos la adopción de ciertas medidas administrativas de prevención. Teniendo en cuenta que la implementación de los PCs podría significar la exención de responsabilidad penal, se busca estimular su adopción, pero su inexistencia no comporta *per se*, la imposición de una sanción a las empresas.

De otro lado, Brasil se encuentra en un punto medio, pues dispone una responsabilidad administrativa para las compañías, limitando la penal a los delitos contra el medio ambiente y manteniendo la regulación de los Programas de Integridad en normas de *soft law* (lo que no impide que sean tenidos en cuenta a la hora de graduar la sanción administrativa a imponer).

En cuanto al ordenamiento jurídico colombiano, este se inclina por un modelo preventivo, limitando la responsabilidad empresarial al ámbito administrativo y exigiendo la adopción de PTEE a las empresas y de PTEEP a las entidades del sector público. A este respecto, destaca, en particular, como la Ley 2195 (2022) extendió la obligación de adoptar PTEE o PTEEP a todas las PJs constituidas legalmente en el país a fin de prevenir actos de corrupción.

En cuanto a los elementos de los PCs exigidos en las distintas legislaciones, la existencia de un oficial de cumplimiento o responsable interno de la implementación del programa es facultativa en Argenti-

na, mientras que Chile, Colombia, México, Brasil y Perú la consideran como un elemento obligatorio del programa. Ello evidencia el nivel de control sobre el diseño e implementación de los PCs, cuya relevancia es manifiesta al recoger los parámetros de actuación empresarial. Por esta razón, es recomendable que exista siempre dentro de las empresas una persona responsable por su cumplimiento como un elemento mínimo de todo PC.

Por otra parte, todos los sistemas latinoamericanos estudiados hacen énfasis en la necesidad de crear matrices a fin de identificar, evaluar y mitigar riesgos. Se trata de detectar las actividades que podrían dar lugar a riesgos dentro de cada empresa a fin de poder diseñar las medidas que podrían evitarlos, o al menos controlarlos. Ello es una expresión más de la tendencia del derecho penal preventivo, el cual comprende a los entes colectivos como fuentes de riesgos, a controlar dentro de los parámetros permitidos. Lo mismo sucede con la capacitación periódica de los empleados (a excepción de México donde no es parte de los elementos mínimos de los PCs).

En cuanto a los canales de denuncia y la protección del anonimato del denunciante, destaca la diferencia entre la regulación colombiana, que se limita a mencionar la necesidad de articular este tipo de canales que amparen al delator interno o externo, y las de países como Perú o España, que son mucho más claras en cuanto a la exigencia de la anonimidad de los denunciantes. A este respecto, parece no tener mucho sentido el contemplar canales de denuncia eficientes si no se salvaguarda a quienes colaboran con la investigación.

En todo caso, es importante subrayar que la aplicación de PCs eficaces no significa solo obligar a las empresas a registrar en sus bases de datos cada uno de sus movimientos y la información de cada uno de sus clientes (lo cual, si bien es suficiente para evitar incurrir en responsabilidad administrativa, se queda corto para investigar penalmente la conducta punible). Por el contrario, supone también encontrar un responsable penal de forma individual en estos casos. Por ello, es tan importante establecer canales anónimos de denuncia y una cultura empresarial de transparencia, ética y legalidad que sea aplicada en todas sus operaciones (Ballesteros, 2020: 85). Quedarnos con una responsabilidad objetiva, propia del derecho administrativo sancionador, desconoce los elementos de intención especiales de los delitos relacionados con la corrupción y el soborno transnacional, limitando la investigación y reduciendo las posibilidades de encontrar a los responsables de los hechos punibles.

Por tanto, aunque en la legislación colombiana se han realizado grandes esfuerzos para prevenir hechos de corrupción (incluyendo

aquellos asociados a la COT), no es suficiente con exigir información a las PJs (bajo la amenaza de incurrir en responsabilidad administrativa), sino se garantiza el fortalecimiento de la ética empresarial, así como medios claros y seguros para que los denunciantes recurran con plenas garantías a los oficiales de cumplimiento. Esto a su vez ha supuesto que, en gran medida, la lucha contra la corrupción, en general, y contra la asociada al COT en particular, haya sido parcial, porque no ha involucrado realmente al sector empresarial.

## VI. CONCLUSIONES

A la luz de lo anterior, proponemos las siguientes recomendaciones para América Latina en los próximos años. En primer lugar, la adopción de una posición común referente a la RPPJ en América Latina, a fin de eliminar los paraísos criminales e impedir que las empresas busquen cometer delitos en países donde no podrán ser sancionadas penalmente. Como se expresó en líneas anteriores, en Colombia no es posible perseguir penalmente a las empresas y en Perú se mantiene un proceso llamado administrativo con sanciones penales. Por ende, habría que establecer una consecuencia equiparable en los distintos ordenamientos jurídicos, frente a delitos relativos al blanqueo de capitales, la corrupción y el soborno transnacional, producidos por defectos de organización corporativa.

Aunque cada Estado puede determinar su legislación interna para combatir los hechos punibles, tratándose de delitos transnacionales, carece de eficacia una estrategia interna desligada de la realidad del continente. Por tanto, se recomienda crear canales de acceso a denuncias entre los Estados, a fin de asegurar una cooperación efectiva en la persecución de estos hechos punibles. Se sugiere robustecer la capacidad de investigación de los órganos estatales y utilizar los PCs como fuente de información en las investigaciones; no solo respecto a las denuncias, sino a los datos recaudados dentro de ellas acerca del funcionamiento y operaciones de las organizaciones.

Es pertinente incluir dentro de los PCs de las distintas legislaciones como mínimo: i) la promoción de cultura de legalidad y ética corporativa, como medida preventiva, ii) un oficial de cumplimiento capacitado, iii) matrices para identificación, prevención y control de riesgos de acuerdo a la actividad empresarial, ubicación y tamaño de la corporación, iv) revisión y actualización periódica del programa, v) capacitación constante y vi) canales de denuncia anónimos con medidas de protección para los delatores. Los PCs deben comprenderse

desde un derecho preventivo, a partir del cual evitar la ocurrencia de delitos, siendo su comisión una excepción. Por tanto, al interior de las corporaciones públicas o privadas es fundamental formar y sensibilizar a las personas para respetar la ley y actuar bajo parámetros de ética en sus labores diarias.

Así mismo, se torna necesario adoptar PCs en el sector público y exigirlos a las empresas que quieran contratar con el Estado en los países de América Latina, con el objetivo de promover una cultura ética en lo público. En consecuencia, si la PJ es responsable de hechos relacionados con blanqueo de capitales, corrupción y soborno transnacional, los PCs deberían tomarse como un atenuante de la sanción o un eximente de responsabilidad. Bajo tales parámetros, se tendría una legislación continental propicia y coherente en la persecución de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

De otra parte, para Brasil sería importante ampliar los delitos por los cuales se responsabiliza penalmente a las PJs, más allá de los delitos ambientales. En el caso de Perú, se requiere una legislación precisa en cuanto a los elementos mínimos de los PCs, teniendo en cuenta las necesidades de cada compañía. Por último, la normativa mexicana carece de claridad frente a la exigencia de los PCs a las empresas como medidas de prevención del delito, a fin de evitar la acción penal, siendo necesario expedir disposiciones legales que solucionen tal vacío.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Doctrina

Ballesteros Sánchez, J. (2020). «Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas. La perspectiva Española». *Derecho PUCP*, (85), 41-78. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22971>

Blanco Cordero, I. (2020). «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y ne bis in idem». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 22-16. (pp.1-47). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7908249>

Caro Coria, D. (24 de septiembre de 2019). *Responsabilidad penal de empresas: la histórica sentencia que la consagró*. *Semana Económi-*

ca. <https://semanaeconomica.com/blogs/legal-politica/la-historica-sentencia-que-consagro-la-responsabilidad-penal-de-la-persona-juridica-en-los-eeeeu>

- Fronza, E. & Insolera, P. (2021). «El caso Odebrecht». En Olasolo, H., Buitrago, E., Mané, C.S., & Sánchez Sarmiento, A. Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 12. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Capítulo 1. Pp. 43-76.
- García Cavero, P. (2012). «Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista de Estudios de la Justicia*, 16, 55–74. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2013.29493>
- (2020). «*Anticorruption compliance* en la legislación peruana». En A. Carrión y M. Kubiciel (Dir.), *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Editores del Centro.
- Goena, Beatriz (2018). «Responsabilidad penal Corporativa y Compliance Programs: Un estudio comparado de las legislaciones mexicana y española». En L. Reyna (Dir.), *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas*. Ideas.
- Gómez Doñate, P. (2020). «Modelo de Prevención y Control». En *Practicum compliance*. Arazandi.
- Hernández Basualto, H. (2010). «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile». *Política Criminal*, 5(9-Julio), 207–236. [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf)
- «Lavado de activos: responsabilidad de los funcionarios del sector financiero por la omisión de control». *Revista Derecho Penal y Criminología*. No. 98. 2014. (pp. 93-130). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4155>
- Jaén Vallejo, M. (2018). «La persona jurídica y su responsabilidad penal: modelo de imputación basado en defecto de organización». *Boletín Digital AJFV*, Núm. 23, pp. 1-18. <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2018/04/AJFV-Bolet%C3%ADn-penal-abril.pdf>
- Maroto Calatayud, M. (2010). *La financiación ilegal de partidos políticos*. Marcial Pons.

- Martínez Zurita, A. (2018). «El defecto de organización en México: bases elementales para la comprensión de la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el proceso penal acusatorio». En L. Reyna (Dir.), *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas*. Ideas.
- Milkes Sánchez, S. «Implicaciones jurídicas de los programas de cumplimiento o compliance en la garantía de los derechos constitucionales fundamentales en Colombia». *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Vol, 6. N. 2. (pp. 245-281). 10.14409/redoeda.v6i2.9105.
- Nieto Martín, A y García Moreno, B. (2018). «De la ética pública al public compliance: Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas». En Gómez Colomer, J (Coor.). *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Tirant lo Blanch.
- Orsi, G. (2021), «Argentina», en Rodríguez-García, Nicolás (Director), *Tratado Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pérez Monguió, J. (2019). «La irrupción del Estado del denunciante: un instrumento del buen gobierno para la lucha contra la corrupción». En F, Castillo (Coord.), *Compliance e integridad en el sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Reyna Alfaro, L. (2018). «Compliance y Derecho Penal Is this the end of the world as we know it? Breve introducción a los problemas que plantean la Ley N° 30424 y el Decreto Legislativo N° 1352». En L. Reyna (Dir.), *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas*. Ideas.
- Sancllemente-Arciniegas, J (2021). «El compliance: repercusiones en la concepción de la empresa». *Revista Escuela de Administración de Negocios*. (193-212). <https://doi.org/10.21158/01208160.n90.2021.2975>.
- Silva Sánchez, J. (2015). «¿Derecho penal regulatorio?». *Indret*. No.2. (pp.1-2). <https://indret.com/derecho-penal-regulatorio/>
- Selvaggi, N (2018). «Responsabilidad penal de las corporaciones y programas de cumplimiento (Compliance Programs) en el sistema de los Estados Unidos de América». En L. Reyna (Dir.), *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas*. Ideas.

- Sota, A. (2020). *El compliance penal en la atribución de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas*. Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. <https://www.ppulegal.com/covid/el-compliance-penal-en-la-atribucion-de-responsabilidad-penal-administrativa-de-las-personas-juridicas/>
- Uribe, A. (2018). «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México. Preguntas y respuestas». En L. Reyna (Dir.), *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas*. Ideas.
- Tardelli Alves, G. (2018). *La Ley Anticorrupción y los parámetros de evaluación de los programas de integridad en Brasil*. [Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Salamanca]. Repositório de Conhecimento Da CGU. <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/42036>
- Xavier Januário, T. (2020). «El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal. En E. Demetrio, D. Caro y M. Escobar. (Eds.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. (pp. 15-23). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. [http://doi.org/10.18239/congresos\\_2020.24.00](http://doi.org/10.18239/congresos_2020.24.00)

## **Resoluciones, informes y otros documentos**

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31 de octubre, 2003 [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)
- Convención Interamericana Contra la Corrupción, 2 de marzo, 1996 [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp)
- Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 21 de noviembre, 1997 [https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/manual\\_de\\_normas\\_apa\\_7a\\_completo.pdf](https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/manual_de_normas_apa_7a_completo.pdf)
- Circular externa 022 de 2007. (2007, 19 de abril). Superintendencia Financiera de Colombia. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circulares-externas-cartas-circulares-y-resoluciones-desde-el-ano-/circulares-externas/-20145>

- Circular Externa No. 100-000003 de 2016. (2016, 26 de julio). Superintendencia de Sociedades. [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_aec/Documents/Circular\\_Externa\\_100-000003\\_del\\_26\\_de\\_julio\\_de\\_2016.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_aec/Documents/Circular_Externa_100-000003_del_26_de_julio_de_2016.pdf)
- Circular Externa No. 100-000016 de 2020. (2020, 24 de diciembre). Superintendencia de Sociedades. [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/NormatividadCircularbasicaJuridica/Circular\\_100-000016\\_de\\_24\\_de\\_diciembre\\_de\\_2020.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/NormatividadCircularbasicaJuridica/Circular_100-000016_de_24_de_diciembre_de_2020.pdf)
- Constitución de la República Federativa del Brasil. (1988, 5 de octubre). Asamblea Nacional Constituyente. Diario Oficial No. 1988-10-05. [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF\\_espanhol\\_web.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf)
- Constitución Política de Colombia. (1991, 20 de julio). Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia C-320/98. Objeciones presidenciales al proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, «por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones». Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. 30 de junio de 1998
- Decreto 092 de 2022. (2022, 24 de enero). Presidencia de la República de Colombia. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20092%20DEL%2024%20DE%20ENERO%20DE%202022.pdf>.
- Decreto 8.420 de 2015. (2015, 18 de marzo). Presidencia de la República. Diario Oficial No. 2013-03-19. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm)
- Decreto No. 8.420 de 2015. (2015, 18 de marzo). Presidencia de la República. Diario Oficial No. 2015-03-19. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm)
- Decreto Legislativo No. 1352 de 2017. (2017, 7 de enero). Presidente de la República. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-amplia-la-responsabilidad-administrativa-decreto-legislativo-n-1352-1471551-4/>
- Decreto Supremo N° 092-2017-PCM. (2017, 14 de septiembre). Presidente de la República. Política Nacional de Integridad y

Lucha contra la Corrupción. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/212009-092-2017-pcm>

Decreto Supremo N° Decreto Supremo N° 002-2019-JUS. (2019, 9 de enero). Presidente de la República. <https://www.gob.pe/institucion/can/normas-legales/441953-decreto-supremo-n-002-2019-jus>

Ley 20.393 de 2019 (2009, 2 de diciembre). Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668&idVersion=2020-06-20&idParte=8811454>

Ley 12.846 de 2013. (2013, 1 de agosto). Congreso Nacional. Diario Oficial No. 2013-08-02. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)

Ley Orgánica 10 de 1995. (1995, 23 de noviembre). Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado Núm. 281, de 24/11/1995. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Ley Orgánica 1 de 2015. (2015, 30 de marzo). Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado Núm 77, de 31/03/2015. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>

Ley N° 30835 de 2018. (2018, 2 de agosto). Congreso de la República. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-la-denominacion-y-los-articulos-1-9-y-10-d-ley-n-30835-1676524-1/#:~:text=La%20presente%20ley%20tiene%20por,por%20el%20Decreto%20Legislativo%201352.>

Ley N° 30424 de 2016. (2016, 21 de abril). Congreso de la República <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/>

Ley 663 de 1993. (1993, 2 de abril). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 40.820 de 5 de abril de agosto de 1993. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto\\_organico\\_sistema\\_financiero.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html)

Ley 1474 de 2011. (2011, 12 de julio). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

Ley 1778 de 2016. (2016, 2 de febrero). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 49.774 de 2 de febrero de 2016. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1778\\_2016.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1778_2016.html)

Ley 2195 de 2022. (2022, 18 de enero). Congreso de la República de Colombia. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/leyes-de-la-republica/article/2306-por-medio-de-la-cual-se-adoptan-medidas-en-materia-de-transparencia-prevencion-y-lucha-contrala-corrupcion-y-se-dictan-otras-disposiciones>

Resolución 100-006261 de 2020. (2020, 2 de octubre). Superintendencia de Sociedades. [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_resoluciones/Resoluci%C3%B3n\\_100-006261\\_de\\_2\\_de\\_octubre\\_de\\_2020.PDF](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_resoluciones/Resoluci%C3%B3n_100-006261_de_2_de_octubre_de_2020.PDF)

Resolución SMV N° 006-2021-SMV/01. (2021, 29 de marzo). Superintendencia del Mercado de Valores. <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/documento.aspx?vidDoc={B0D18878-0000-C511-90B5-6F027040FD1B}>

## ANÁLISIS HISTÓRICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO CHINO DE LAS TIERRAS RURALES DESTINADAS A PARCELAS RESIDENCIALES<sup>1</sup>

### HISTORICAL ANALYSIS OF THE CHINESE LEGAL SYSTEM OF RURAL LAND AS A RESIDENTIAL LOT

Yifeng Cao

Universidad de Estudios extranjeros y Comercio Exterior  
de Guangdong (GDUFS)

**Sumario:** *I. Introducción; II. 1949-1962: sistema de propiedad privada sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales; III. 1962-2017: sistema de «la separación de dos derechos» sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales»; III.A. Formación del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales; III.B. Desarrollo del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales; IV. 2018: La reforma del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y la exploración de «la separación de los tres derechos»; IV.A. Implicaciones políticas de «la separación de los tres derechos»; V.B. Asignación de derechos bajo marco «separación de tres derechos» de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales; IV.C. Expresión legal de separación de tres derechos sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales; IV.C.1. Conexiones entre el colectivo campesino y la organización económica colectiva rural; IV.C.2. Naturaleza y expresión jurídica del derecho de califica-*

---

<sup>1</sup> Este artículo es el resultado parcial del Proyecto del Fondo Nacional de Ciencias Sociales de China “investigación empírica de 100 aldeas operadas por personas jurídicas especiales de las organizaciones económicas colectivas rurales” “Nº 19CFX059” (本文为中国国家社科基金项目“农村集体经济组织特别法人运行的百村实证研究”<项目编号:19CFX059>阶段性成果).

*ción sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales; IV.C.3. Materializar la utilización suficiente de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales mediante «el derecho legal de arrendamiento»; V. Conclusiones*

**Resumen:** El régimen de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales en China tiene como función principal garantizar que los campesinos puedan construir viviendas en estas tierras colectivas. Desde la fundación de la Nueva China, este régimen ha evolucionado desde la propiedad privada a la propiedad de los colectivos. Con el cambio de la paradoja principal de la sociedad china y el fortalecimiento de la integración entre zonas urbanas y rurales, el régimen de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, caracterizado por la separación de dos derechos (el derecho de propiedad y el derecho de uso) ha enfrentado varias dificultades, lo que ha llevado a la propuesta de una reforma conocida como «la separación de los tres derechos». Este artículo se enfoca en el desarrollo del régimen jurídico de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales desde 1949, analiza su evolución y los problemas existentes, y propone la idea de responder al dilema de la transferencia de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales con «el derecho legal de arrendamiento».

**Palabras clave:** las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales; el derecho de propiedad colectiva; seguridad de residencia; el derecho legal de arrendamiento.

**Abstract:** The main function of China's rural land as a residential lot regime is to ensure that peasants can build houses on these collective lands. Since the founding of New China, this regime has evolved from private ownership to collective ownership. With the change of the main paradox of Chinese society and the strengthening of integration between urban and rural areas, the regime for rural land as a residential lot, characterised by the separation of two rights (the right of ownership and the right of use has faced various difficulties, leading to the proposal of a reform known as «the separation of three rights». This article focuses on the development of the legal regime of rural land as a residential lot since 1949, analyses its evolution and existing problems, and puts forward the idea of responding to the dilemma of transferring rural land as a residential lot with «the legal right to lease».

**Keywords:** rural land as a residential lot; collective property rights; residential safety; legal lease rights.

## I. INTRODUCCIÓN

El sistema económico de China está basado en la propiedad pública, cuya característica fundamental consiste en que todos los recursos naturales del territorio chino son de propiedad pública, incluida la propiedad estatal y la colectiva. Siendo uno de los recursos naturales más importantes, la tierra también distingue entre propiedad estatal y colectiva. Vinculado con ambas propiedades se encuentra el usufructo basado en el uso de la tierra, incluido el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales. Este derecho tiene como función proporcionar al titular un terreno colectivo en el que construir una casa para vivir<sup>2</sup>. El propósito principal que informa el sistema del régimen de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, es garantizar que cientos de millones de campesinos tengan donde vivir y mantener la armonía social y la estabilidad en las zonas rurales.

El sistema arriba mencionado ha experimentado una larga historia de cambios y desarrollo. Según unos estudios, las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales ya existían en la antigua China, como «las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales de cinco mu» (un ‘mu’ es una unidad de medida de la tierra en China que equivale aproximadamente a 666,67 m<sup>2</sup>) en la época del sistema de campos cuadrados, las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales asignadas como recompensa de hazañas militares en las dinastías Qin y Han, y las tierras destinadas al cultivo y a la construcción de viviendas rurales del sistema equitativo de tierra<sup>3</sup>. Sin embargo, otros estudios señalan que el régimen de la tierra rural destinadas a parcelas residenciales de entonces se debía a que el gobierno exigía a los campesinos que cultivaran morera en la tierra como criterio para la tributación, lo cual marcaba una diferencia significativa con el sistema actual de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Artículo 362 del Código Civil de la República Popular China: El titular del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales tiene derecho a ocupar y utilizar las tierras propiedad del colectivo de conformidad con la ley, y tiene derecho a utilizar dichas tierras para construir la vivienda y sus instalaciones auxiliares de conformidad con la ley.

<sup>3</sup> El Centro de Investigación de Seda de la Academia China de Ciencias Sociales. *Colección de investigaciones sobre láminas de bambú de la dinastía Han occidental de Zhangjiashan «Las leyes y decretos de los dos años»*, Editorial de la Universidad Normal de Guangxi, Guilin, 2007, pág.180.

<sup>4</sup> HAN, SHENG, «Investigación sobre el campo de morera», *Revista Académica de Pingzhun*, 5ª serie, 1º volumen, 1989, págs. 598-600.

Desde la proclamación de la Nueva China, dicho sistema ha evolucionado desde el reconocimiento a los campesinos del derecho de propiedad a otro en el que solo se les reconoce el derecho de uso. En la actualidad, a pesar de la propiedad colectiva de estas tierras, las adquieren los agricultores por familia de manera gratuita y las destinan únicamente a la construcción de sus propias viviendas; caracterizado así, el sistema ha desempeñado un papel importante a la hora de garantizar la vivienda a los agricultores. No obstante, con el fortalecimiento de la integración de zonas urbanas y rurales y el desarrollo ininterrumpido de la economía rural, se ha evidenciado cada vez más el valor económico de las tierras rurales, las cuales se han liberado gradualmente de la necesidad de ser asignadas a la construcción de viviendas por parte de los agricultores, pasando a ser destinadas en la práctica a otros propósitos y explotaciones como los turísticos y los B&B rurales. Frente a esta nueva situación, el sistema, que antes funcionaba de manera cerrada, ha afrontado retos constantes, por lo que en 2015 empezaron las reformas de las tierras rurales. Entre estas reformas, la más compleja y difícil ha sido la del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, lo que también muestra el valor y la importancia de investigar la trayectoria de desarrollo de este sistema y explorar las leyes de su evolución, no sólo para comprender en profundidad la función de seguridad social que desempeña el sistema, sino también para analizar con más detalle los retos a los que se enfrenta en los cambios sociales actuales y la orientación de las reformas posibles en el futuro. En este sentido, este trabajo tiene como objeto de estudio el desarrollo y los cambios del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales de China tras la fundación de la Nueva China (1949), a fin de contribuir a la investigación teórica ya existente.

## II. 1949-1962: SISTEMA DE PROPIEDAD INDIVIDUAL SOBRE LAS TIERRAS RURALES DESTINADAS A PARCELAS RESIDENCIALES

La expresión «las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales» no existía en China antes de 1962. El artículo 27 del Programa Común de la Conferencia Consultiva Política del Pueblo Chino de 1949 formuló que se debía proteger la propiedad de las tierras adquiridas por los campesinos para que el cultivador tuviera su propia tierra. Se trata de la protección del derecho a las tierras de labranza en el medio rural y no hace referencia al concepto de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales. De hecho, en aquella época el

concepto de «las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales» no se había separado del de vivienda, y el término «vivienda» o «casa» que se mencionaba cotidianamente se utilizaba para referirse no sólo a las mismas viviendas, sino también a las tierras dentro de cierto límite asociadas a la vivienda y reconocidas por la sociedad civil o el Estado<sup>5</sup>, o sea, las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales. Tanto la vivienda como estas tierras eran propiedad privada de los campesinos, quienes disfrutaban del derecho de dominio sobre ellas. En aquel entonces, el derecho de propiedad de las mismas tierras no se había separado todavía del derecho de uso y los campesinos eran los mismos propietarios, lo cual quedó constado además en la Constitución de la República Popular China de 1954<sup>6</sup>.

En 1956, se establecieron ampliamente las cooperativas avanzadas de producción agrícola con características socialistas. El Estatuto Modelo de estas cooperativas exigía que los campesinos adscritos transfirieran sus principales medios de producción, como tierras privadas, animales de granja y grandes aperos de labranza, a la propiedad colectiva de la Cooperativa, excluyendo los cementerios, las viviendas y las tierras adheridas a ellas. Durante este periodo, aunque los principales medios de producción, como las tierras de labranza, se convirtieron en propiedad colectiva, con una gestión y distribución unificadas y trabajo en común, tanto las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales de los campesinos como las propias viviendas no se integraron en las Cooperativas durante este proceso. En cambio, siguieron perteneciendo a los mismos campesinos, y esta situación perduró hasta 1962.

En esta fase, el derecho de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales no se convirtió en un derecho independiente. Estas tierras seguían siendo propiedad privada de los campesinos, lo que les permitía realizar compraventas, alquileres y herencias, y estaban protegidas por la ley<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> CHEN, XIAOJUN, «Examen e investigación de la realidad del régimen jurídico de las tierras rurales – informe de investigación en diez provincias de China», *Editorial Jurídica*, Pekín, 2010, pág. 220.

<sup>6</sup> Artículo 8.1 de la Constitución de la República Popular China (1954): El Estado protege la propiedad de los campesinos sobre la tierra y otros medios de producción de conformidad con la ley.

<sup>7</sup> HAN, JUN, «Investigación de las cuestiones de las tierras rurales de China», *Editorial de Yuandong de Shanghai*, Shanghai, 2009, pág. 89.

### III. 1962-2017: SISTEMA DE «LA SEPARACIÓN DE DOS DERECHOS» SOBRE LAS TIERRAS RURALES DESTINADAS A PARCELAS RESIDENCIALES»

A partir de 1962, las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales pasaron de un régimen de propiedad privada de los campesinos a propiedad de los colectivos rurales, iniciando la separación de la propiedad y el uso de esas tierras. Dicha etapa se subdividió a su vez en dos fases para el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales: la de formación y la de desarrollo.

#### III.A. Formación del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales

En 1962, el Proyecto de Enmienda al Reglamento de Trabajo de la Comuna Popular Rural adoptó por primera vez el concepto de «las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales»,<sup>8</sup> y también estableció por primera vez de manera explícita y escrita que la propiedad de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales pertenecía al colectivo. La Circular sobre unos Reglamentos Complementarios de las Cuestiones de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales de los Miembros de la Comuna emitidos por el Comité Central del Partido Comunista de China constató otra vez esa propiedad de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y propuso al mismo tiempo el sistema de uso a largo plazo de estas tierras por parte de los agricultores y la adquisición del derecho de su uso de manera gratuita, con lo que se inició la separación del derecho de uso y propiedad.

En la década de 1980, además de los agricultores, los residentes con registro familiar no agrícola en áreas urbanas también podían obtener el derecho de uso de tierras mediante aprobación. El artículo 41 de la Ley de Administración de Tierras de la República Popular China, en su versión enmendada en 1988, ordenaba que «si los residentes con registro familiar no agrícola necesitaban utilizar terrenos de propiedad colectiva para construir viviendas residenciales, debían solicitar la aprobación del gobierno popular a nivel de condado. La superficie de estos terrenos no debía exceder las áreas prescritas por las provincias, regiones autónomas o municipios directamente su-

---

<sup>8</sup> DIAO, QIHUAI, «Cambios históricos de las viviendas rurales y el sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residencialesdestinadas a parcelas residenciales tras la proclamación de la nueva china», *Inmobiliaria de China*, n° 6, 2012, págs. 67-68.

bordinados, y la indemnización y el subsidio de reasentamiento se pagarían siguiendo las normas para la expropiación de tierras para la construcción estatal».

Sin embargo, la Ley de Administración de Tierras enmendada nuevamente en 1998 solo incluyó disposiciones sobre el uso residencial de tierras para los aldeanos rurales, eliminando la posibilidad para los residentes con registro no agrícola de utilizar tierras de propiedad colectiva para la construcción residencial. Desde entonces, dichos residentes ya no pueden solicitar terrenos residenciales rurales<sup>9</sup>. Además, la Ley arriba mencionada estableció formalmente el principio de que un hogar sólo podía poseer una parcela de tierra para la construcción de viviendas rurales.

El derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales de esta fase se caracterizó porque su propiedad pasó a pertenecer a los colectivos rurales y se fue formando, separándose del de propiedad privada. El derecho de uso lo adquirirían los agricultores de manera gratuita, una parcela por hogar, y no se sometía a ninguna limitación con respecto a la duración, lo cual pone de manifiesto su función de seguridad social.

### **III.B. Desarrollo del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales**

En mayo de 1999, la Oficina General del Consejo de Estado de China emitió la Circular sobre el Reforzamiento de la Gestión de la Transferencia de Tierras y la Prohibición de la Especulación con la Tierra, estableciendo que las viviendas de los agricultores no se podían vender a residentes urbanos, ni se podía aprobar que los residentes urbanos ocuparan tierras colectivas campesinas para construir viviendas, y que las entidades competentes no podían emitir certificados de uso de la tierra y los de propiedad para las viviendas construidas o adquiridas en violación de la ley. La Decisión sobre la Profundización de la Reforma y la Gestión Estricta de Tierras emitida por el

---

<sup>9</sup> Según el artículo 41 de la Ley de Administración de Tierras de la República Popular China enmendada en 1988, si los residentes con registro familiar urbano no agrícola necesitan utilizar terrenos de propiedad colectiva para construir viviendas residenciales, deben contar con la aprobación del gobierno popular a nivel de condado, y la superficie de estos terrenos no debe superar la superficie prescrita por las provincias, regiones autónomas o municipios directamente subordinados y la indemnización y el subsidio de reasentamiento se pagarán con referencia a las normas para terrenos requisados para la construcción estatal. Este artículo fue suprimido en la enmienda de 1998.

Consejo de Estado en 2004<sup>10</sup>, las Opiniones del Ministerio de Tierras y Recursos sobre el Reforzamiento de la Gestión de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales<sup>11</sup> y la Circular de la Oficina General del Consejo de Estado sobre la Aplicación Estricta de las Leyes y Políticas sobre las Tierras para la Construcción Colectiva Rural en 2007<sup>12</sup>, entre otras disposiciones, restringieron de manera manifiesta la compraventa de derechos de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales.

Con el desarrollo de la economía de mercado socialista en China, la población rural se traslada a las ciudades, lo que provoca una oleada de movimientos de población. Esto producía una reducción del espacio vital en las zonas urbanas y grandes desafíos en términos de capacidad de carga poblacional. Como consecuencia, las ciudades continuaron expandiéndose y, gracias a ello, los suburbios rurales pudieron aprovechar sus escasos recursos de tierra para obtener el máximo beneficio económico. Además, el avance en la construcción de un nuevo campo y la generalización de numerosas políticas de apoyo y beneficio al sector rural, junto con generosas compensaciones por la expropiación de tierras debido a la expansión urbana y la construcción de infraestructuras, incrementaron significativamente el valor económico de las tierras colectivas rurales. De esta manera, la función de activos de las tierras rurales, incluyendo las destinadas a la construcción de viviendas rurales, se manifestaba cada vez más claramente. Asimismo, la contradicción entre la movilidad poblacional y la

---

<sup>10</sup> La Decisión sobre la Profundización de la Reforma y la Gestión Estricta de Tierras emitida por el Consejo de Estado en 2004 estipuló que «se prohíbe a las organizaciones económicas colectivas rurales transferir o arrendar ilegalmente tierras colectivas para construcciones no agrícolas y «se reforma y mejora el sistema de aprobación de las tierras rurales destinadas a parcelas residencialesdestinadas a parcelas residenciales, se refuerza la gestión de dichas tierras en las zonas rurales y prohíbe a los residentes urbanos comprarlas».

<sup>11</sup> Las Opiniones del Ministerio de Tierras y Recursos sobre el Reforzamiento de la Gestión de las tierras rurales destinadas a parcelas residencialesdestinadas a parcelas residenciales de 2004 estipularon que «se prohíbe estrictamente a los residentes urbanos adquirir las tierras rurales destinadas a parcelas residencialesdestinadas a parcelas residenciales en el campo y está prohibida la expedición de certificados de uso de la tierra para casas residenciales compradas o construidas ilegalmente por residentes urbanos en zonas rurales».

<sup>12</sup> La Circular de la Oficina General del Consejo de Estado sobre la Aplicación Estricta de las Leyes y Políticas sobre las Tierras para la Construcción Colectiva Rural estableció que «las tierras residenciales rurales solo pueden asignarse a los mismos aldeanos de las aldeas, y no se permite a los residentes urbanos adquirir las tierras rurales destinadas a parcelas residencialesdestinadas a parcelas residenciales, viviendas de campesinos o “viviendas con derechos de propiedad limitados” en zonas rurales. No se permite a ninguna entidad o particular alquilar u ocupar ilegalmente tierras de propiedad colectiva de los campesinos para el desarrollo inmobiliario».

ubicación fija de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales se hacía más patente<sup>13</sup>.

En 2007, se promulgó y aplicó la Ley de la República Popular China sobre Derechos de Propiedad (en lo sucesivo, «Ley de Propiedad»), que incluyó «el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales» en un capítulo independiente. Este derecho, junto con el derecho de uso de tierras de construcción y el derecho de contratación y gestión de tierras, formó parte de la sección sobre derechos de usufructo. Es la primera vez que China regula y ajusta el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales en forma de ley fundamental, lo cual tiene una gran trascendencia. A pesar de lo anterior, la Ley de Propiedad no introdujo ningún avance o innovación en la cuestión de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, lo que refleja la sensibilidad y precaución del legislador en esta cuestión<sup>14</sup>. Además, el capítulo de «el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales» sólo contiene cuatro artículos, que no pueden resolver esta cuestión compleja que implica tanto al derecho público como al privado.

Durante este período, el sistema del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales logró cierto desarrollo. Y en los círculos académicos empezaron a estudiar las controversias sobre la transferencia de dicho derecho. Pero de acuerdo con las diversas disposiciones y políticas de entonces, la atención se centró en completar el sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y fortalecer y regular enérgicamente la gestión de estas tierras<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> HAN, QINGHUI, «Análisis de las ideas de la reforma del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Estudio del desarrollo urbano*, n° 8, 2010, págs. 1-4.

<sup>14</sup> SONG, ZONGYU y WANG, RE, «La deficiencia institucional y la elección real del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Ciencia, Economía y Sociedad*, n° 1, 2008, pág. 100.

<sup>15</sup> ZHOU, XIAOPING y GAO, YUANZHU, «Evolución y previsión de las políticas de gestión de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales de China durante los 40 años de la Reforma y Apertura—un análisis textual basado en las políticas asociadas a las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Revista académica de la Universidad de Hehai* (Sección de fisiología y ciencias sociales), n° 5, 2018, pág. 5.

#### IV. 2018: LA REFORMA DEL SISTEMA DE LAS TIERRAS RURALES DESTINADAS A PARCELAS RESIDENCIALES Y LA EXPLORACIÓN DE «LA SEPARACIÓN DE LOS TRES DERECHOS»

Desde la adopción de la Decisión del Comité Central del Partido Comunista de China sobre Varias Cuestiones Importantes sobre La Profundización Integral de la Reforma en la Tercera Sesión Plenaria del XVIII Comité Central del Partido Comunista de China en 2013, la reforma del sistema de tierras se ha convertido en el enfoque principal de la profundización de la reforma. En los últimos años, con el desarrollo socioeconómico y la continua promoción de la integración urbano-rural, la mercantilización del factor tierra se ha convertido en una tendencia inevitable. Sin embargo, el actual diseño del sistema de tierras rurales, limitado a su función de seguridad, no puede satisfacer plenamente las necesidades realistas, como la escasez de recursos de tierra y la manifestación de su valor económico. Este problema es aún más acuciante en el caso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, que sirven como garantía de vivienda para los agricultores. El sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, que se caracteriza por el hecho de que los miembros de los colectivos rurales las adquieren de manera gratuita y las utilizan únicamente para construir viviendas según el principio de «un hogar, una parcela», con una superficie menor a la norma fijada por las provincias, regiones autónomas o municipios directamente subordinados, se ha venido enfrentando a numerosas dificultades prácticas, como la distribución desigual de los recursos, la circulación restringida y la escasa retirada. Especialmente en el contexto de la actual aplicación de la estrategia de vitalización rural, este sistema ya no puede satisfacer plenamente las necesidades urgentes de la integración urbano-rural y el desarrollo económico rural, por lo que es imperativa su reforma<sup>16</sup>.

##### **IV.A. Implicaciones políticas de «la separación de los tres derechos»**

A principios de 2015, tomando como punto de partida y destino la protección y salvaguardia eficaz de los derechos e intereses de los

---

<sup>16</sup> CHEN, XIAOJUN y CAO, YIFENG, «Informe de investigación de la reforma del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales en el proyecto piloto de reforma de 'tres parcelas de tierra'», *Ciencia legislativa de las tierras*, tomo I, 2022, pág. 46.

agricultores sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, se puso en marcha formalmente su reforma, que se esforzó por mejorar la protección de los derechos e intereses de dichas tierras y los medios de adquisición, explorar el sistema de su uso remunerado y el mecanismo de su renuncia voluntaria remunerada, así como establecer y mejorar el sistema de «la adquisición justa conforme a la ley, uso económico e intensivo y renuncia voluntaria remunerada» a fin de generar un sistema mejorado. 15 ciudades y condados, con la ciudad de Yiwu de la provincia de Zhejiang como representante, se convirtieron en el primer lote de zonas piloto para la reforma del sistema.

En la reforma, la ciudad de Yiwu propuso estudiar la práctica de «la separación de los tres derechos» de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales. Más tarde, en 2018, el documento N° 1 del Gobierno Central—Opiniones sobre la Implementación de la Estrategia de Vitalización Rural—propuso claramente mejorar las políticas sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales de los agricultores y las mismas viviendas rurales en estado ocioso, examinar «la separación de los tres derechos» de propiedad, calificación y uso, implementar la propiedad colectiva, garantizar la calificación para los agricultores y sus derechos de propiedad de las viviendas, y flexibilizar adecuadamente el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y las mismas viviendas rurales de los agricultores». Esto constituye otra innovación de la reforma tras «la separación de los tres derechos» de las tierras rurales contratadas.

Según unos estudios, la tradicional separación en dos derechos del sistema sirve para proteger los derechos básicos de vivienda de los agricultores y mantener la estabilidad social en las zonas rurales, mientras que contradice a los valores de equidad y eficiencia... La reforma de «la separación de los tres derechos» pretende garantizar la función de protección de la propiedad colectiva al tiempo que libera la función de financiación del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales<sup>17</sup>. Algunos académicos, basándose en la práctica de la reforma de «la separación de los tres derechos» en la ciudad de Yiwu, creen que ella, además de garantizar mejor el derecho de residencia de los miembros del colectivo mediante la innovación del derecho de calificación, puede eliminar la raíz institucional de la imposibilidad de transferir el derecho de uso entre colectivos, reforzar el atributo de usufructo del derecho de uso y pro-

---

<sup>17</sup> WEN, SHIYANG. Y MEI, WEIJIA. «La implicación jurídica y la implementación institucional de «la separación de los tres derechos» de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales destinadas a parcelas residenciales», *Estudios jurídicos*, n° 9, 2018, pág. 53.

mover el flujo adecuado del derecho de uso como factor de recurso en la economía de mercado, mediante innovaciones institucionales como la fijación del plazo para la transferencia del derecho de uso a los no miembros del colectivo y el pago de tasas<sup>18</sup>. Aunque existen divergencias en los círculos académicos sobre la vía de establecer los derechos de «la separación de los tres derechos», su sentido y función de la política consiste en romper el punto muerto institucional de la prohibición de la transferencia del derecho de uso al exterior y revitalizar las viviendas rurales y las tierras para su construcción en estado ocioso, bajo la premisa de salvaguardar la vivienda básica de los agricultores. Esto también manifiesta la mayor contradicción entre el sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y las necesidades reales.

#### **IV.B. Asignación de derechos bajo marco «separación de los tres derechos» de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales**

El Documento Central No. 1 propuso explorar la factibilidad de la separación de los tres derechos: el derecho de propiedad, el derecho de calificación y el derecho de uso, sin perjudicar la naturaleza de propiedad colectiva de las tierras. Por un lado, las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales tienen un propósito específico de residencia. Garantizar la naturaleza colectiva es un requisito para que los propietarios de las tierras satisfagan las necesidades de supervivencia y desarrollo de los agricultores mediante el establecimiento de derechos<sup>19</sup>.

Por otro lado, la gobernanza colectiva es una medida importante para evitar la pérdida de los activos colectivos y aprovechar plenamente el valor de la propiedad. En la reforma de la separación de los tres derechos, solo mediante el aseguramiento de la gobernanza colectiva se puede garantizar la naturaleza residencial de los agricultores, asegurando el dominio colectivo de la explotación y asignando tierras solo a las personas con identidad colectiva calificadas.

---

<sup>18</sup> GAO, HAI, «La implementación jurídica de «la separación de los tres derechos» de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales destinadas a parcelas residenciales», *Juristas*, n° 4, 2019, pág. 135.

<sup>19</sup> HAN, SONG, «Política de legislación de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales destinadas a parcelas residenciales y reforma del sistema de derechos de su uso», *Estudios Jurídicos*, n° 6, 2019, pág. 75.

Por lo tanto, la insistencia en la propiedad colectiva de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales es la solución para evitar la pérdida de tierras colectivas al revitalizarlas. Para cumplir con este requisito fundamental, se deben desempeñar activamente las funciones de gestión colectiva y distribución del ingreso en la reforma, basándose en una determinación clara del derecho de propiedad de las tierras.

Aunque la política de separación de los tres derechos propone proteger el derecho de calificación de los agricultores, se queda solamente en nivel de una expresión política y no han sido respaldado por la ley, y existen varias interpretaciones en el ámbito académico. Algunos estudios creen que el derecho de calificación de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales debe sujetarse al derecho de membresía. Es la garantía de renovar automáticamente el derecho de uso del agricultor de las tierras<sup>20</sup>, mientras que otros consideran que el derecho de calificación es el derecho completo que disfruta el agricultor sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, abarcando tanto el derecho de asignación de tierras como el de uso de tierras<sup>21</sup>. Algunos expertos tratan de identificar la verdadera significación del derecho de calificación por estudiar su origen práctico. La puesta en práctica del derecho de calificación se originó en la reforma del sistema de tierras rurales en la ciudad Yiwu, que definió el derecho de calificación como la calificación de acceder a las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales de los miembros de la organización económica colectiva rural<sup>22</sup>. Según este caso, el derecho de calificación se entiende como el derecho extraído de los derechos de membresía, expresado políticamente como «derecho de calificación de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales». Su significado legal radica en otorgar a unidades de agricultores de la colectividad el derecho a realizar sus intereses residenciales mediante la adquisición gratuita.

La flexibilización adecuada del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales fue un objetivo importante

---

<sup>20</sup> LIU, HENGKE, «Interpretación teórica de la «separación de tres derechos» en las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales destinadas a parcelas residenciales y su estructura jurídica», *Revista de la Universidad de Ciencia y Tecnología de Huazhong (Ciencia Social)*, n° 4, 2020, pág. 109.

<sup>21</sup> SONG, ZHIHONG, «Implicación jurídica y el diseño institucional de la «separación de tres derechos» de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales destinadas a parcelas residenciales», *Comentario Legal*, n° 4, 2018, pág. 150.

<sup>22</sup> CAO, YIFENG, «Definición de la naturaleza y expresión jurídica del derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Estudios de Derecho Privado*, vol. 26, n° 1, 2021, págs. 273 - 274.

durante la reforma del sistema de tierras rurales y también representa un tema complicado que debe abordarse mediante un cambio legislativo. En la actualidad, el valor de la propiedad de estas tierras de construcción rural, especialmente en áreas desarrolladas o con ventajas geográficas, se manifiesta gradualmente. Sin embargo, debido a las limitaciones impuestas por los derechos sobre estas tierras y la función de seguridad social que desempeñan, el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales no puede entrar en la circulación del mercado, lo que también afecta la transferencia de viviendas en dichas tierras.

Las viviendas rurales son uno de los bienes más importantes para los agricultores, pero su transferencia y herencia se ven restringidos por varias razones:

i) Solo las personas con identidad de membresía colectiva tienen la calificación para adquirir de forma gratuita las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, mientras que no existe una forma legal para que otros fuera de esta naturaleza obtengan dichos derechos sobre esas tierras.

ii) Estas tierras se otorgan gratuitamente por el colectivo rural a los miembros que forman parte de dicho colectivo, lo que conlleva una fuerte característica de seguridad social. Por lo tanto, una transferencia pagada a otros violaría las restricciones de uso y su función social.

iii) Si a los miembros que ya poseen una parcela se les otorga el derecho de comprar otras tierras, es probable que se viole el principio de «un hogar, una parcela» establecido en la Ley de Administración de Tierras de la República Popular China (2019), así como la restricción de la máxima área permitida por cada familia dispuesta por los gobiernos provinciales y municipales.

Resolver estos problemas es clave para la reforma de «la separación de los tres derechos» en las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales.

Aunque la expresión política de la separación de los tres derechos es «flexibilizar adecuadamente el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y las viviendas», en la circulación sobre el derecho de propiedad tales como transferencia y herencia, es la propiedad de la vivienda la que el cesionario adquiere, excepto en los arrendamientos. Por lo tanto, la separación de los tres derechos debería dar solución para el problema de la circulación de tierras mientras que se circulan las viviendas sobre ellas, al revitalizar el uso de las viviendas.

En resumen, el objetivo de la asignación de los tres derechos separados debe ser: proteger los derechos e intereses residenciales de los miembros de colectivos rurales bajo la premisa de propiedad colectiva de la tierra rural; facilitar la circulación adecuada y el uso diversificado de las viviendas rurales, y confirmar los derechos del cesionario que ocupa y usa estas tierras al transferir las viviendas.

#### **IV.C. Expresión legal de separación de tres derechos sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales**

La expresión política de la separación de los tres derechos todavía no se ha confirmado plenamente en el ámbito legislativo. Aunque la ley establece que la tierra es propiedad colectiva, todavía existen problemas tales como la incerteza y ausencia de sujeto. Se debe determinar la expresión legal de separación de tres derechos a partir de los tres aspectos siguientes.

##### ***IV.C.1. Conexiones entre el colectivo campesino y la organización económica colectiva rural***

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución (2018), las tierras rurales, incluidas las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, son generalmente de propiedad colectiva. El primer párrafo del artículo 261 del Código Civil de la República Popular China (en lo sucesivo, «el Código Civil») no sólo especifica que las tierras rurales, incluidas las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, son de propiedad colectiva, sino también indica que este «colectivo» se entiende como «colectivo campesino». El artículo 262 del Código Civil dispone además que «...Cuando pertenezca al colectivo campesino, la organización económica colectiva rural o el comité de aldeanos ejercerá la propiedad en nombre del colectivo de conformidad con la ley...». El significado de este artículo es: la organización económica colectiva rural o el comité de aldeanos sólo actúa como agente y ejerce la propiedad en nombre del colectivo campesino<sup>23</sup>. Sin embargo, en la práctica, la mayoría de los campesinos creen que las organizaciones económicas colectivas rurales son

---

<sup>23</sup> En términos generales, en las zonas rurales donde se han establecido colectivos económicos rurales, la propiedad es ejercida por colectivos económicos rurales en nombre de la colectividad; En las zonas donde aún no se han establecido estos colectivos, la propiedad colectiva es ejercida por representantes de los comités de aldeanos.

propietarios colectivos de tierras<sup>24</sup>. En los documentos normativos para la reforma del sistema de derechos de propiedad colectiva rural en varias localidades, la expresión de la relación entre los colectivos campesinos y las organizaciones económicas colectivas rurales también es bastante confusa. Hay normas legales que establecen que «las organizaciones económicas colectivas rurales disfrutan de propiedad de las tierras y otros bienes colectivos»<sup>25</sup>, y también existen disposiciones indicando que «las organizaciones económicas colectivas rurales ejercen el derecho a ocupar, usar, disfrutar y disponer de activos colectivos en nombre de todos los miembros»<sup>26</sup>. En términos sustantivos, incluso si algunas disposiciones utilizan la expresión «representante», todas ellas otorgan derechos completos de propiedad de la tierra a las organizaciones económicas colectivas rurales<sup>27</sup>. Por lo tanto, no podemos dejar de preguntarnos: ¿Son las organizaciones económicas colectivas rurales las titulares de propiedades, o simplemente están actuando como representantes? ¿Cuál es su relación con el colectivo campesino?

En realidad, los colectivos campesinos no son ni personas físicas, ni jurídicas ni organizaciones no jurídicas, y tampoco entran en el ámbito de los sujetos civiles en virtud del Código Civil. Por el contrario, el artículo 96 del Código Civil otorga a la organización económica colectiva rural el estatuto de sujeto civil de persona jurídica especial. Por lo tanto, algunos estudios indican que, en lugar de ejercer la propiedad en nombre de los colectivos campesinos, las organizaciones económicas colectivas rurales están ejerciendo la propiedad en nombre de todos los miembros colectivos, y los colectivos campesinos son las denominaciones generales para todos los miembros colectivos<sup>28</sup>. Se puede ver que las organizaciones económicas colectivas rurales son representantes directos de todos los miembros, ejerciendo el derecho de propiedad sobre todos los bienes colectivos.

---

<sup>24</sup> Según los datos de la encuesta del Proyecto del Fondo Nacional de Ciencias Sociales de China «investigación empírica de 100 aldeas operadas por personas jurídicas especiales de las organizaciones económicas colectivas rurales» N° 19CFX059, más del 66% de los 528 agricultores encuestados creen que las organizaciones económicas colectivas rurales son titulares de la propiedad de los activos colectivos (incluida la tierra).

<sup>25</sup> Reglamento sobre la gestión de las organizaciones económicas colectivas rurales en la provincia de Guangdong (revisado en 2013).

<sup>26</sup> Reglamento de la provincia de Zhejiang sobre la gestión de bienes colectivos rurales (revisado en 2020).

<sup>27</sup> SONG, ZHIHONG, «Sobre la relación entre los colectivos campesinos y las organizaciones económicas colectivas rurales», *Revista de Derecho de China*, n° 3, 2021, pág.166.

<sup>28</sup> SONG, ZHIHONG, «Sobre la relación», cit., pág. 176.

Después de establecer que la organización económica colectiva rural es el sujeto de la propiedad colectiva, se aborda el tema de la implementación de la propiedad colectiva en la separación de los tres derechos para las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales. Es fundamental garantizar los derechos de las organizaciones económicas colectivas rurales para que puedan ejercer plenamente el dominio sobre las tierras, lo que incluye el derecho de distribuir, administrar y supervisar las tierras, así como el derecho de distribuir los ingresos y recuperar las tierras bajo circunstancias específicas.

Específicamente, en la distribución de las tierras, se debe destacar el papel de las organizaciones económicas colectivas rurales como sujetos de distribución, mejorando el mecanismo de distribución equitativa de las tierras. Aunque estas organizaciones no son poseedoras directas de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, deben ejercer su función de supervisar y administrar el uso de las mismas. En cuanto a la distribución de los beneficios, es importante definir los derechos de las organizaciones económicas colectivas rurales sobre los ingresos y establecer un mecanismo de distribución sobre los ingresos por tierras coordinado con la mejora del sistema de transferencia y extinción de los derechos sobre las tierras. Con respecto a la extinción del derecho de las tierras, se debe definir el derecho de las organizaciones económicas colectivas rurales para recuperar las tierras en circunstancias específicas. Al mismo tiempo, se alienta a los agricultores que se han establecido en las ciudades a retirarse voluntariamente de sus tierras rurales destinadas a parcelas residenciales.

#### ***IV.C.2. Naturaleza y expresión jurídica del derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales***

En China, las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales son adquiridas por los campesinos en función de sus familias, por lo que la expresión política de la «separación de los tres derechos» propone «proteger los derechos de calificación de cada familia». Sin embargo, en términos del derecho en sí, el sujeto del derecho de calificación sigue siendo los miembros de las organizaciones económicas colectivas rurales, y la unidad para ejercer este derecho son las familias. Si se establece en la ley el nombre de «derecho de calificación de familias campesinas sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», podría generar confusión entre el sujeto del derecho, que son los «miembros del colectivo», y la unidad para ejercer el de-

recho, que son las «familias». Además, el término «derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales» no solo tiene el mismo significado que el «derecho de calificación de familias campesinas», sino que también se utiliza con más frecuencia en documentos normativos prácticos.

La función principal del derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales es afirmar jurídicamente que los miembros de los colectivos rurales son elegibles para adquirir el derecho de uso sobre tierras rurales destinadas a parcelas residenciales sin compensación, pero en la práctica, en algunas zonas rurales donde no hay tierras no utilizadas, los miembros de aquellos que tienen derechos de calificación no puedan adquirir (el derecho de uso sobre) las tierras rurales. Por lo tanto, esto es diferente del derecho de uso de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales basado en la «posesión» y el «uso». En algunas regiones, este derecho de calificación también se define como derecho de membresía, que es un derecho sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales con seguridad residencial adquirido por su identidad de miembros. Por lo tanto, el derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales es coherente tanto con la lógica interna del régimen jurídico como con la lógica de la práctica, ya que forma parte del sistema de derechos de membresía de China.

El derecho de membresía es un conjunto de derechos, que incluye el derecho a solicitar las tierras residenciales, el derecho a contratar las tierras agrícolas y el derecho a gozar de las ganancias colectivas, entre otros. De ello se deduce que el derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, como parte del sistema de derechos de membresía, aunque tiene una denominación novedosa, está cubierto desde hace tiempo por el contenido del derecho de membresía y, de hecho, no es un derecho nuevo.

Uno de los propósitos del «derecho de calificación» que se propone en la práctica de la reforma, es proteger a los miembros del colectivo para obtener el derecho de uso sobre tierras rurales destinadas a parcelas residenciales sin compensación. «El derecho de calificación» asume la función social de proporcionar seguridad de residencia, mientras que el derecho de uso original sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales ya no se limita a la adquisición de los miembros. La función de seguridad de vivienda ya no es la única función de los derechos de uso sobre estas tierras. En este caso, el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales

les pueda ser transferida de acuerdo con la ley y ocupada y utilizada legalmente por otros sin miembros.

Solicitar las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales es solo una forma de ejercer el derecho de calificación sobre las mismas. En la actualidad, algunas zonas rurales no disponen de este tipo de tierras para asignar, pero la demanda de viviendas es creciente. Por ello, algunas zonas rurales han explorado diversas formas para garantizar viviendas a los campesinos, como la construcción de apartamentos rurales y la concesión a los miembros colectivos del derecho a solicitar la compra de estos apartamentos con carácter preferente a un precio favorable. Por tanto, en la futura legislación o revisión legislativa, se debe ampliar el contenido del derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales bajo el marco de derechos de membresía, es decir, este derecho de calificación es «el derecho de los miembros de colectivos económicos rurales a disfrutar del derecho o calificación a realizar su residencia de diversas formas, incluyendo la asignación de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales»<sup>29</sup>.

#### ***IV.C.3. Materializar la utilización suficiente de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales mediante «el derecho legal de arrendamiento»***

En la práctica de la reforma del sistema de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y en las investigaciones teóricas, se espera que la legislación aborde cuestiones clave como la transferencia y la extinción de estos derechos. Sin embargo, el Código Civil sigue utilizando el contenido del capítulo de la Ley de Propiedad sobre el «Derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», con solo unos pocos cambios en las expresiones, sin cambiar el hecho de que no existen normas que regulen la obtención, el cambio y la extinción de estos derechos en el Código Civil.

La política de «la separación de los tres derechos» de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales requiere la flexibilización del derecho de uso de estas tierras, con el objetivo principal de resolver las restricciones a la transferencia de tierras. En el sistema actual, el derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales sigue teniendo la función básica de garantizar la residencia de

---

<sup>29</sup> CAO, YIFENG, «Definición de la naturaleza y expresión jurídica del derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Estudios de Derecho Privado*, vol. 26, n° 1, 2021, págs. 284 - 285.

los agricultores. Sin embargo, en el contexto de la vitalización rural integral, el desarrollo de la economía rural y la búsqueda de la prosperidad común de los agricultores, se ha vuelto inevitable el uso más diversificado de las viviendas rurales.

Además del arrendamiento de las viviendas a terceros, están surgiendo nuevas oportunidades como los entretenimientos agrícolas y los alojamientos rurales (B&B) asociados con el turismo rural, lo que puede plantear la cuestión de la transferencia de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales. No obstante, el derecho de uso corresponde a los miembros de las organizaciones económicas colectivas rurales, y cada familia solo puede poseer una parcela. Por lo tanto, surge controversia sobre si aquellos que no son miembros del colectivo pueden obtener este derecho.

Al comparar las diversas doctrinas, parece razonable resolver esta controversia mediante «los derechos legales de arrendamiento». De esta manera, se puede permitir a personas fuera del colectivo acceder al derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, lo que facilitaría la flexibilización del uso de estas tierras y su transferencia de manera adecuada y legal.

La importancia del sistema de derechos legales de arrendamiento legal de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales reside en que puede liberar el derecho de propiedad de las viviendas del derecho de uso de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, realizando el valor económico de las viviendas y aumentando los ingresos de los campesinos<sup>30</sup>. El derecho legal de arrendamiento de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales se refiere al derecho a utilizar las tierras durante un determinado período de tiempo a cierto costo cuando uno ha adquirido la propiedad de la vivienda sobre ella por herencia, realización de hipotecas, venta y compra y otras formas, pero no puede obtener la propiedad (porque es colectiva rural) ni el derecho de uso de esas tierras adheridas<sup>31</sup>. El derecho legal de arrendamiento de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales no sólo resuelve el dilema jurisprudencial del uso de estas tierras rurales por sujetos no cualificados, sino que también distingue el derecho de ocupación de las tierras rurales destinadas a parcelas

---

<sup>30</sup> LIU, KAIXIANG, «El significado y establecimiento de la reforma del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales mediante de derecho legal de arrendamiento», *Forum Legal*, n.º.1, 2010, pág. 39.

<sup>31</sup> CHEN, XIAOJUN, «El dilema institucional del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y su resolución», *Estudios Jurídicos*, n.º 6, 2019, pág. 75.

residenciales adquirido a través del arrendamiento del derecho de uso que es adquirido por miembros de los colectivos sin compensación.

Para lograr una transferencia adecuada de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales mediante el derecho de arrendamiento legal, es importante aclarar los siguientes puntos. En primer lugar, el derecho legal de arrendamiento se diferencia de un derecho acordado. Al ser «legal», su adquisición no depende del acuerdo entre las partes, sino que está expresamente previsto por la ley, incluyendo su contenido legal y el plazo de vigencia legal.

En segundo lugar, existen restricciones en las condiciones de aplicación del derecho de arrendamiento. Esto se debe a que este derecho aborda principalmente el problema de cómo el titular del derecho ocupa y utiliza las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales al transferir las viviendas sobre ellas, ya que las viviendas y las tierras adheridas son inseparables. Por tanto, el derecho de arrendamiento solo se aplica cuando se adquiere legalmente la propiedad de la vivienda y no se cumplen los requisitos para solicitar la tierra adherida sin compensación. Las tierras sin viviendas no pueden transferirse por separado ni pueden ser objeto de un «derecho legal de arrendamiento».

Por último, aunque el derecho legal de arrendamiento se haya «legalizado» para conferirle el efecto de derechos reales, sigue siendo esencialmente un derecho personal, es decir, un uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales a través del arrendamiento.

## V. CONCLUSIONES

El régimen jurídico sobre las tierras en China se basa en la propiedad pública socialista. El ejemplo más característico lo ofrecen las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, cuya propiedad corresponde al colectivo, mientras que el derecho de uso recae en los campesinos, quienes las adquieren sin compensación y las utilizan para construir viviendas. Este régimen se ideó para resolver el problema de seguridad habitacional de millones de campesinos.

Al analizar el desarrollo del régimen de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, resulta evidente su estrecha relación con los cambios en las principales paradojas de la sociedad china y la dirección del desarrollo en las zonas rurales. Por ejemplo, cuando la paradoja principal de la sociedad china era «la contradicción entre las crecientes demandas materiales y culturales del pueblo y la atra-

sada producción social», el régimen de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales debía garantizar principalmente la seguridad residencial para que los campesinos pudieran tener un lugar estable donde vivir y enfocarse activamente en la producción, mejorando así la productividad social.

Actualmente, la principal contradicción de la sociedad china ha cambiado a «la contradicción entre la creciente demanda del pueblo de una vida mejor y el desarrollo desequilibrado e insuficiente». El Partido Comunista de China y el Gobierno son conscientes de este cambio y promueven activamente la reforma del régimen de tierras, incluyendo las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales, eliminando la brecha entre los derechos sobre las tierras urbanas y rurales, y buscando activamente «la igualdad de derechos y precios para las mismas tierras».

Durante el periodo analizado en este estudio, la función de garantizar la seguridad habitacional de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales se ha debilitado en comparación con el pasado, mientras que su función económica ha seguido manifestándose. En respuesta a los cambios resultantes de las paradojas mencionadas y a los desafíos prácticos, el régimen jurídico de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales seguirá mejorándose y perfeccionándose mediante debates académicos y la promoción de prácticas de reforma<sup>32</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

Cao, Yifeng, «Definición de la naturaleza y expresión jurídica del derecho de calificación sobre las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Estudios de Derecho Privado*, vol. 26, n.º 1, 2021.

Cao, Yifeng y Geng, Zhuo, «La solución institucional del valor de la propiedad de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales bajo el objetivo de la prosperidad común», *Noticias de Ciencias Sociales*, n.º 8, 2022.

Chen, Xiaojun. *Examinación e investigación de la realidad del régimen jurídico de las tierras rurales – informe de investigación en diez provincias de China*, Editorial Jurídica, Pekín, 2010.

---

<sup>32</sup> CAO, YIFENG y GENG, ZHUO, «La solución institucional del valor de la propiedad de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales bajo el objetivo de la prosperidad común», *Noticias de Ciencias Sociales*, n.º 8, 2022, pág. 28.

- Chen, Xiaojun, «El dilema institucional del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y su resolución», *Estudios Jurídicos*, n.º 6, 2019.
- Chen, Xiaojun y Cao, Yifeng, «Informe de investigación de la reforma del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales en el proyecto piloto de reforma de ‘tres parcelas de tierra’», *Ciencia legislativa de las tierras*, Editorial Jurídica, Pekín, tomo I, 2022.
- Diao, Qihuai, «Cambios históricos de las viviendas rurales y el sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales tras la proclamación de la nueva china», *Inmobiliaria de China*, n.º 6, 2012.
- El Centro de Investigación de Seda de la Academia China de Ciencias Sociales. *Colección de investigaciones sobre láminas de bambú de la dinastía Han occidental de Zhangjiashan ‘Las leyes y decretos de los dos años’*, Editorial de la Universidad Normal de Guangxi, Guilin, 2007.
- Gao, Hai, «La implementación jurídica de ‘la separación de los tres derechos’ de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Juristas*, n.º 4, 2019.
- Han, Song, «Política de legislación de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y reforma del sistema de derechos de su uso», *Estudios Jurídicos*, n.º 6, 2019.
- Han, Sheng, «Investigación sobre el campo de morera», *Revista Académica de Pingzhun*, 5ª serie, 1º volumen, 1989.
- Han, Jun. *Investigación de las cuestiones de las tierras rurales de China*, Editorial de Yuandong de Shanghai, Shanghai, 2009.
- Han, Qinghuai, «Análisis de las ideas de la reforma del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales en el contexto de urbanización – partiendo de la contradicción entre la movilidad poblacional y la ubicación fija de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Estudio del desarrollo urbano*, n.º 8, 2010.
- Liu, Kaixiang, «El significado y establecimiento de la reforma del sistema de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales mediante de derecho legal de arrendamiento», *Forum Legal*, n.º 1, 2010.
- Liu, Hengke, «Interpretación teórica de la «separación de tres derechos» en las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales y su

estructura jurídica», *Revista de la Universidad de Ciencia y Tecnología de Huazhong (Ciencia Social)*, n.º 4, 2020.

Song, Zhihong, «Implicación jurídica y el diseño institucional de la «separación de tres derechos» de tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Comentario Legal*, n.º 4, 2018.

— «Sobre la relación entre los colectivos campesinos y las organizaciones económicas colectivas rurales», *Revista de Derecho de China*, n.º 3, 2021.

Song, Zongyu y Wang, Re, «La deficiencia institucional y la elección real del derecho de uso de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Ciencia, Economía y Sociedad*, n.º 1, 2008.

Wen, Shiyang y Mei, Weijia, «La implicación jurídica y la implementación institucional de 'la separación de los tres derechos' de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Estudios jurídicos*, n.º 9, 2018.

Zhou, Xiaoping y Gao, Yuanzhu, «Evolución y previsión de las políticas de gestión de las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales de China durante los 40 años de la Reforma y Apertura—un análisis textual basado en las políticas asociadas a las tierras rurales destinadas a parcelas residenciales», *Revista académica de la Universidad de Hehai (Sección de fisiología y ciencias sociales)*, n.º 5, 2018.

## EL SUJETO ACTIVO Y EL PARTÍCIPE EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

THE ACTIVE SUBJECT AND THE PARTICIPANT IN CRIMES  
AGAINST SOCIAL SECURITY

Javier Ijalba Pérez

Abogado y Doctorando en Derecho en UNED

**Sumario:** *I. Introducción: A. Aproximación a los delitos contra la Seguridad Social. II. Los distintos sujetos en el delito de defraudación a la Seguridad Social: A. El sujeto activo. B. El sujeto obligado. C. El partícipe: C.2. El operador bancario y el asesor fiscal. III. Los distintos sujetos en el delito de fraude en el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social: A. El sujeto activo. IV. Conclusiones.*

**Resumen:** Los delitos contra la Seguridad Social constituyen uno de los sectores más olvidados de la dogmática penal, siempre a la sombra de los delitos fiscales. Sin embargo, en los últimos años, en virtud de las reformas legales, y en parte, gracias a la expansión del Derecho penal, ha crecido el interés por el estudio de los elementos propios de estos tipos penales, como remedio para condenar el fraude recaudatorio que afecta al sistema de Seguridad Social, y así, poder alcanzar un verdadero Estado Social de Bienestar. En este trabajo, realizaré, en primer lugar, una aproximación a los delitos contra la Seguridad Social; para proceder, a continuación, y por separado, al análisis del sujeto activo y del partícipe en los dos delitos fundamentales. El delito de defraudación a la Seguridad Social es un delito especial propio, cuyo sujeto activo sólo puede ser el obligado al pago de las cuotas, de modo normal, el empresario; y junto a él, son posibles las formas de participación, en ellas, distinguiré la figura del operador bancario y

del asesor fiscal. Y en cambio, el delito de disfrute indebido de prestaciones es un delito común, cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona. Este trabajo quiere ofrecer claridad en los elementos estudiados y, a la vez, ofrecer una serie de propuestas político-criminales.

**Palabras Clave:** Delitos contra la Seguridad Social; sujeto activo; partícipe; operador bancario; asesor fiscal.

**Abstract:** Crimes against Social Security constitute one of the most forgotten sectors of criminal dogmatics, always in the shadow of tax crimes. However, in recent years, by virtue of legal reforms and, in part, thanks to the expansion of criminal law, interest has grown in the study of the elements of these criminal types, as a remedy to condemn the collection fraud that affects the Social Security system, and thus, to achieve a true Social Welfare State. In this paper, I will first make an approach to the crimes against Social Security, and then proceed, separately, to the analysis of the active subject and the participant in the two fundamental crimes. The crime of defrauding Social Security is a special crime of its own, whose active subject can only be the person obliged to pay the contributions, normally the employer; and together with him, forms of participation are possible, in them, I will distinguish the figure of the bank operator and the tax advisor. On the other hand, the crime of undue enjoyment of benefits is a common crime, whose active subject can be any person. This paper aims to provide clarity on the elements studied and, at the same time, to offer a series of political-criminal proposals.

**Keywords:** Crimes against Social Security; active subject; participant; bank operator; tax advisor.

## I. INTRODUCCIÓN

La protección de la *Seguridad Social* constituye uno de los fines primordiales de la política de un *Estado Social y Democrático de Derecho*<sup>1</sup>; incluso, podemos sostener que no hay elemento más importante

---

<sup>1</sup> Vid. IJALBA PÉREZ, J., «El bien jurídico en los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 69, Aranzadi, 2023, págs. 87-109. Según el autor, la pertinente existencia de un adecuado fondo de ingresos públicos que sustenten la Seguridad Social requiere de una serie de mecanismos investigadores, coercitivos, y sancionadores de distinto tipo, que se materialicen en una auténtica lucha contra el fraude. Por ello, hay que defender que toda sociedad democrática necesita reivindicar la solidaridad económica, que se alcanza a través de unos medios educativos, informativos, preventivos o coactivos, pero destaca de modo especial, como último y desesperado recurso el *Derecho penal*. La incorporación de los *fraudes*

de la *política social*<sup>2</sup>. El sistema de la *Seguridad Social* provoca la necesidad de contar con unos mayores ingresos públicos para satisfacer a las necesidades sociales, y, así poder atender a los objetivos que reclama el Estado<sup>3</sup>.

En este sentido, la Constitución reconoce a la *Seguridad Social* como un sistema trascendente para el *modelo social*, y como un *principio rector* de la política socioeconómica<sup>4</sup>. Por ello, debe protegerse para satisfacer las *funciones* propias del Estado, que demandan de una financiación en la que deben participar todos los ciudadanos (aspecto *recaudatorio*), y que se gestiona públicamente por medio de las prestaciones (aspecto del *gasto social*)<sup>5</sup>.

Por consiguiente, la *Seguridad Social* aparece como un *bien jurídico* con un carácter *autónomo*<sup>6</sup> y *social*, merecedor de una protección

---

a la *Seguridad Social* al catálogo de delitos se justifica en el hecho de que en un *Estado Social y Democrático de Derecho* es un valor capital la *política social*.

<sup>2</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 565.

<sup>3</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «¿Siguen vigentes los principios limitadores del Derecho penal?», *Actas del III Congreso Internacional de la FICP*, Alcalá de Henares, Madrid, septiembre de 2022, págs. 1-13; IGNACIO ANITUA, G., «Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho», en I. RIVERA BEIRAS, *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Madrid, 2005, págs. 289-302; y MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2015, pág. 113. También vid. COBO DEL ROSAL, M., «II. Principios informativos del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de derecho», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Sinopsis de derecho penal. Parte general: libro de estudio*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 37-68.

<sup>4</sup> Vid. Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Referencia: BOE-A-1978-31229. Fecha de consulta: 07/08/2023: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con): «Art. 41: Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

<sup>5</sup> Vid. BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 56 y ss.

<sup>6</sup> Vid. IJALBA PÉREZ, J., «El bien jurídico en los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 69, Aranzadi, 2023, págs. 87-109. El *bien jurídico* protegido es el *patrimonio de todo el sistema de la Seguridad Social*, en el que se incluye también el patrimonio de las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, como la Tesorería General de la Seguridad Social. Con la protección de este *patrimonio* se cumple, por tanto, la *doble función recaudatoria y protectora* de la *Seguridad Social*. En efecto, la *función recaudatoria* se debe proteger para que el sistema de la *Seguridad Social* pueda desarrollar la *función protectora* que ha proclamado el art. 41 CE, al atribuir a los poderes públicos la instauración de un régimen público de *Seguridad Social* para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Asi-

típicamente *penal*, por ser insuficiente la protección otorgada desde otros campos del ordenamiento jurídico<sup>7</sup>.

Aunque ello haya supuesto en estos últimos años, una hiperinflación del recurso al *Derecho penal*, asumiendo funciones propias del *Derecho administrativo*<sup>8</sup>; y poniendo en duda, que sigan vigentes prin-

mismo, la *Seguridad Social* debe nutrirse de *recursos* para poder atender a otro tipo de situaciones como son las propias de la incapacidad, la jubilación, las referidas a los jóvenes estudiantes, etc.

<sup>7</sup> Vid. ABASCAL JUNQUERA, A., «Los nuevos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 71, 2013, págs. 16-24; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; CHAZARRA QUINTO, M. A., *Delitos contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Derecho Penal de la Seguridad Social», *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 101-116; ID., «Entre la vocación legiferante de los tribunales y las torpezas del legislador: como por ejemplo en los delitos contra la Seguridad Social», en AA.VV., *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006; ID., «Defraudación a la Seguridad Social», en J. BOIX REIG (dir.), P. LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2008; ID., «Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social», en E. DEMETRIO CREPO (dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer, Madrid, 2014; IGLESIAS RÍO, M. A., «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), J. DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; MADRID YAGÜE, P., «La problemática en torno al delito contra la Seguridad Social y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 91, septiembre-octubre, 1998, págs. 747-761; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995; MARTÍNEZ LUCAS, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal, criterios jurisprudenciales*, Ed. Práctica de Derecho S. L., Valencia, 2002; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Ed. Bosch, Barcelona, 2008; TERRADILLOS BASOCO, J., «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)», en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), y J. DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; y VALLE MUÑIZ, J. M., «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995, págs. 709-782.

Vid. STS 2052/2002, de 11 de diciembre, [ECLI:ES:TS:2002:8300]: «Hoy en día nadie discute que el Derecho penal debe ser el instrumento reactivo, para sancionar aquellas conductas que, valiéndose de artificios o engaños, defraudan a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social en las cantidades que el legislador ha estimado relevantes para imponer una sanción penal, dejando para la actividad sancionadora administrativa, las defraudaciones que están por debajo del límite marcado (...)».

<sup>8</sup> Vid. CÁRCAMO RIGUETTI, A., «La frontera entre el Derecho penal y la infracción administrativa: una delimitación discrecional entregada a la política legis-

*cipios* fundamentales del *Derecho penal*, como el principio de subsidiariedad o el principio de intervención mínima, al castigar penalmente comportamientos que no lo hubieran necesitado.

En todo caso, la lesión de este *bien jurídico* supone un ataque a la *política social*, a la *economía*, y, a los derechos de los *trabajadores*, sostenedores y beneficiarios de la Seguridad Social, que se ven afectados por las conductas fraudulentas<sup>9</sup>. Por ende, el *fraude* supone una lacra que merece el mayor rechazo<sup>10</sup> y justifica la *intervención penal*<sup>11</sup>.

El legislador ha reaccionado aprobando Leyes Orgánicas que han modificado el Código Penal, introduciendo unos *delitos* específicos *contra la Seguridad Social*, y modificando otros *delitos* ya existentes. Estas figuras típicas han sido calificadas por la doctrina como «*el verdadero eje del Derecho penal económico*»<sup>12</sup>, y se hallan incluidas en el Título XIV del Libro II del Código Penal<sup>13</sup>: el *delito de defraudación tributaria* (arts. 305 y 305 bis), el *delito de defraudación a la Seguridad*

---

lativa», *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2023, págs. 66-85; FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 145-167; MERINO JARA, I., *Infracciones tributarias y delitos fiscales. Perspectiva administrativa y penal*, Bosch, Madrid, 2022; y NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex/Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Madrid, 2001, pág. 24.

Este fenómeno se está reconociendo en muchas de las actuaciones promovidas por el nuevo *Derecho penal*, ante una hiperinflación de los *delitos* de la *Seguridad Social* que da cobertura a *actuaciones* fraudulentas propias del *orden administrativo*. Por esta razón, hay que exigir un *bien jurídico* que en materia penal de la *Seguridad Social* excluya cualquier sospecha de instrumentalización por los poderes públicos.

<sup>9</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 174. Estos autores sostienen que el Código Penal castiga conductas fraudulentas que afectan a intereses económicos institucionales o de un colectivo indeterminado y difuso, y burlan derechos constitucionales de primer rango, siendo lo económico solo una faceta de la dañosidad desplegada por los *delitos* de *defraudación a la Seguridad Social*.

<sup>10</sup> Vid. LOZANO ORTIZ, J. C., «Aspectos penales de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 104, 2013, pág. 67.

<sup>11</sup> STS 182/2014, 11 de marzo, [ECLI:ES:TS:2014:1013]: «*Cualquier fraude supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas*».

<sup>12</sup> Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S. *Delitos contra la Hacienda Pública*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. XIII.

<sup>13</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. Referencia: BOE-A-1995-25444. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

Esa misma rúbrica había sido ya introducida por el legislador español en la LO 6/1995, de 29 de junio, ley que modificó esta materia delictiva, todavía bajo la vigencia del CP anterior, llevando a cabo varias modificaciones en el delito de defraudación tributaria y en el fraude subvenciones, y tipificando por primera vez en nuestro Derecho el delito de defraudación a la Seguridad Social.

*Social* (arts. 307, 307 bis y 307 ter), el *delito de fraude de subvenciones* (art. 308), el *delito de fraudes comunitarios* (art. 306), y el *delito contable* (art. 310)<sup>14</sup>.

En el *Derecho penal de la Seguridad Social* hay dos niveles de protección que se relacionan con el sistema de *ingresos públicos* y de *gastos públicos*, y que guardan un evidente paralelismo con el aspecto *recaudatorio* y del *gasto público* de Hacienda. Ello ha provocado que los *delitos contra la Seguridad Social* hayan ido a la sombra de los *delitos contra la Hacienda Pública*<sup>15</sup>, de los que tomaron gran parte de la estructura, y, que hayan merecido un estudio menor<sup>16</sup>. Sin embargo, en estos años, el *Derecho penal* ha reclamado la atención sobre el ámbito punitivo de los *fraudes a la Seguridad Social*<sup>17</sup>.

A pesar del paralelismo con los *delitos fiscales*, al principio, en los *delitos contra la Seguridad Social* sólo se protegía el aspecto *recaudatorio*, quedando fuera de su ámbito de protección el aspecto de los *gastos públicos*. Esta situación provocó que el Servicio Jurídico de la Seguridad Social instase, en el año 2012, la modificación del Código Penal, con la finalidad de dar una respuesta eficaz a las nuevas moda-

---

Sobre dicha reforma, Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>14</sup> Vid. IJALBA PÉREZ, J., «La evolución normativa de los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Proceso y Derecho Penal*, núm. 72, 2023 (pro manuscrito).

<sup>15</sup> Vid. AYALA GÓMEZ, I., «Observaciones críticas sobre el delito social», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 6, 1983, pág. 43; y MORENO MÁRQUEZ, A. M., «Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código Penal», *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 37, 1995, pág. 33.

<sup>16</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 481-483.

<sup>17</sup> Vid. VALLE MUÑIZ, J. M., «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995, págs. 709-ss. Este autor llegó a afirmar que: «*Parece condenado al fracaso todo intento de exégesis a espaldas de la regulación legal y del arsenal interpretativo, doctrinal y jurisprudencial, ya existente sobre los delitos contra la Hacienda Pública*». Y, por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, pág. 671, habla de una: «*identidad material y formal entre ambos delitos*». En contra de esas posiciones, ya se manifestaron: PÉREZ MANZANO, M. y MERCADER UGUINA, J. R., «El delito de defraudación a la Seguridad Social», en M. COBO DEL ROSAL (dir.), M. BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XVIII, Ed. De Derecho Reunidas EDESA, Madrid, 1997, que consideraron: «*independientes en el análisis doctrinal ambos tipos penales*».

lidades de *fraude*<sup>18</sup>; y así, distinguimos ahora en el Código Penal, entre los tipos penales que protegen la *recaudación* (arts. 307 y 307 bis), y los que protegen los *gastos públicos* (art. 307 ter)<sup>19</sup>. Esta reforma acaecida a través de la Ley Orgánica 7/2012, se centró en la modificación de la regulación del fraude de cotizaciones, la introducción de un nuevo tipo específico de fraude de prestaciones, y en la exclusión de los certificados de Seguridad Social de las falsedades menores. De este modo, se protegía penalmente a la *Seguridad Social* de un modo íntegro y eficaz<sup>20</sup>.

## A. Aproximación a los delitos contra la Seguridad Social

**A.1.** El *delito de defraudación a la Seguridad Social* (art. 307 CP) ha aparecido como un tipo penal con una caracterización semejante a los *delitos fiscales* (art. 305 CP), con los que comparte incluso el Título XIV, y, por ello, se les ha considerado como «*delitos hermanos*»<sup>21</sup>. Sin embargo, tienen diferencias notables, y así se ha acentuado a partir de la reforma del año 2012, como ocurre, por ejemplo, en la determinación del momento de la consumación de la conducta típica<sup>22</sup>, y en

---

<sup>18</sup> Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. «BOE» núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, páginas 88050 a 88063 (14 págs.). Referencia: BOE-A-2012-15647. Fecha de consulta: 08/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2012/12/27/7>

<sup>19</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2020): *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 573.

<sup>20</sup> Vid. AMAYA PILARES, M. S., «Lucha contra el fraude con especial incidencia en la actuación del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social», en L. ORTIZ (dir.), *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2014; BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 56 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 783; y NIETO MARTÍN, A., «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando», en M. C. GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 337.

<sup>21</sup> Vid. BUSTOS RUBIO, M. y GÓMEZ PAVÓN, P., «La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido», *Revista Penal de México*, núm. 10, 2016, págs. 9-24; FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 784; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, pág. 672.

<sup>22</sup> En efecto, en el art. 307.2 CP se establece que, para determinar la cuantía defraudada, se estará al importe total defraudado durante: «4 años naturales». Por lo tanto, con la nueva redacción del precepto se ha modificado la interpretación sobre el momento exacto de la *consumación* del hecho típico. Es decir, en la opinión

la reducción del umbral, que pasó de los anteriores 120.000 euros a los 50.000 euros en el tipo básico.

Este delito es una norma penal en blanco, por ello, en los elementos objetivos del tipo penal, se complementará con la legislación de reenvío, de modo singular, con el Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre<sup>23</sup>, y con el resto de la normativa propia<sup>24</sup>.

El art. 307 CP parte, como *presupuesto previo*, de la existencia de una *relación jurídica de cotización* entre el *sujeto activo* y la Administración de la *Seguridad Social*, que, en virtud de la legislación propia, surge, como consecuencia, del inicio de la ocupación laboral que conlleva la obligación de cotizar. De tal modo que, sólo ese *sujeto activo*, sin perjuicio de otros posibles intervinientes como *extraneus*, podrá ser *autor* de la *conducta* (lo cual, facilita la consideración como *delito especial propio*), si infringe ciertos *deberes extrapenales*: *obligaciones de cotización* y de *veracidad* al solicitar las *devoluciones* o las *deducciones* de la Seguridad Social. Este presupuesto previo nos va a interesar mucho en este trabajo, dedicado al análisis del *sujeto activo* y del *partícipe*.

La *conducta fraudulenta* consiste en la realización *dolosa* de alguno de los comportamientos típicos recogidos en el tipo penal: la

---

que defiendo, hay que esperar a que transcurra el período de *cuatro años naturales*, contados a partir del año en que se hubiese producido la primera defraudación, para valorar la correcta consumación. Vid. FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 815; y OLLÉ SESÉ, M., «Capítulo XVIII. Delitos de defraudación a la Seguridad Social», en A. LIÑÁN LAFUENTE, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 469-511, en especial, pág. 491.

<sup>23</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» n° 261, de 31 de octubre de 2015. Referencia: BOE-A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>

<sup>24</sup> En efecto, al tratarse de un *delito de defraudación de cuotas o conceptos de recaudación conjunta, obtención indebida de devoluciones y disfrute indebido de deducciones*, se debe atender al Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, que determina quién debe cotizar, la cantidad, y cómo se debe proceder al efecto: Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. «BOE» n° 22, de 25 de enero de 1996. Referencia: BOE-A-1996-1579. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1995/12/22/2064/con>

Y hay que considerar el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que fija el procedimiento a seguir para que esas cotizaciones lleguen a la TGSS, establece los mecanismos para exigir esa obligación, y tipifica las consecuencias de su incumplimiento: Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. «BOE» n° 153, de 25 de junio de 2004. Referencia: BOE-A-2004-11836. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/06/11/1415/con>

elusión del pago de cuotas o de conceptos de recaudación conjunta, la devolución indebida y/o el disfrute indebido de las deducciones, siempre que la *cuantía* exceda de cincuenta mil euros durante *cuatro años naturales*. Al igual que en el *delito fiscal*, no caben las conductas imprudentes, siendo necesario el *ánimo de lucro* deducible de la finalidad defraudatoria. Respecto al resto de *cuestiones generales*, conviene remitirse al *delito fiscal*<sup>25</sup>. Se trata de un *delito doloso*, y que no requiere la presencia de ningún elemento subjetivo especial, aunque debe abarcar, exclusivamente, las tres modalidades típicas de conducta.

El *objeto material* sobre el que recae la conducta típica es la satisfacción de la cuota total en los períodos marcados en la legislación de la Seguridad Social. Esa cuota es el resultado de la suma de las subcuotas que se deban ingresar por: i) *contingencias comunes* (accidente no laboral, enfermedad común o nacimiento y cuidado de menor, etc.); ii) *contingencias profesionales* (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales); iii) *conceptos de recaudación conjunta* (aportación por desempleo, para formación profesional y para el Fondo de Garantía Salarial); y iv) *horas extraordinarias*.

El legislador ha añadido un *tipo agravado* (art. 307 bis CP) por el elevado importe de la *cuantía* defraudada o por las *formas y medios comisivos*<sup>26</sup>, como elementos que cualifican la conducta típica; y a la inversa, el Código Penal ha establecido un *premio* para el *sujeto* infractor si éste reconoce y paga en su totalidad la deuda con la Seguridad Social, bien a través de la *exención* de la pena, si con posterioridad a la comisión regulariza su situación (art. 307.3 CP), o bien a través de la *atenuación* de la pena (art. 307.5 CP). Además, el *sujeto* condenado, si abona la deuda o se compromete a ello, podrá beneficiarse de la *suspensión* de la ejecución de la pena (art. 308 bis CP).

Además, el Código regula la *colaboración* de la Seguridad Social con los órganos judiciales, tanto para permitir a aquélla, mientras pende o se sustancia el procedimiento penal, el *cobro de la deuda* (art.

---

<sup>25</sup> Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Lección 20ª: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en M. D. SERRANO TÁRRAGA, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 701-702.

<sup>26</sup> «Art. 307 bis: a) Que la *cuantía* de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros.

b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.

c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la *cuantía* defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito».

307.4 CP); como para que, en el caso del dictado de una sentencia condenatoria, le *auxilie* en la *ejecución de la responsabilidad civil* y de la *multa* impuesta (art. 307.6 CP).

**A.2.** La reforma del año 2012 introdujo el *delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social* (art. 307 ter CP)<sup>27</sup>, que, hasta ese momento, había sido reconducido a nivel jurisprudencial a los tipos penales de *fraude de subvenciones* (art. 308 CP) y de *estafa* (art. 248 CP)<sup>28</sup>, en base a la naturaleza de la prestación obtenida de modo fraudulento y en base a una interpretación extensiva del concepto de subvenciones públicas. Por consiguiente, a través de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, se introdujo *ex novo* y de manera independiente el tipo penal de defraudación a la Seguridad Social. De todos modos, hasta la fecha, son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales que han aplicado este nuevo delito<sup>29</sup>.

Las *modalidades de comisión* son dos: la obtención indebida, a través del *engaño*, de las prestaciones, y la prolongación indebida de las prestaciones que ya se vinieran disfrutando cuando cesa la razón. Y hay una tercera *modalidad*, que consiste en facilitar a terceros la obtención indebida de prestaciones. Por tanto, se trata de un tipo penal específico de *engaño*; y que, incluye como novedad fundamental, la no exigencia de una *cuantía mínima* para reconocer una conducta punible a diferencia del resto de delitos contra la Seguridad Social.

El tipo penal establece que el beneficiario del delito no tiene por qué ser el *sujeto activo*, y así se posibilita la *participación* elevada a la categoría de *autoría*, como luego veremos en este trabajo. Provoca la ampliación del *sujeto activo* a cualquiera que actúe para facilitar el *resultado típico*.

En lo que respecta a la parte subjetiva, el Código requiere una conducta *dolosa*, y no admite la *imprudencia*. Es necesario que se provoque un *perjuicio* a la Administración, aunque en este caso no se

---

<sup>27</sup> Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. «BOE» núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, páginas 88050 a 88063 (14 págs.). Referencia: BOE-A-2012-15647. Fecha de consulta: 08/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2012/12/27/7>

<sup>28</sup> STS 146/2018, de 22 de marzo, [ECLI:ES:TS:2018:969]; STS 425/2017, de 13 de junio, [ECLI:ES:TS:2017:2360]; STS 42/2015, de 28 de enero, [ECLI:ES:TS:2015:1582].

<sup>29</sup> Vid. HERNÁNDEZ CARANDE, J., «Delito de fraude en el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social. Art. 307 ter CP», en A. LIÑÁN LAFUENTE, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 512-526.

específica la *cuantía*. Y a diferencia del tipo básico, cualquiera puede ser *sujeto activo*, porque se trata de un *delito común*<sup>30</sup>.

*En cuanto al objeto material*, nos encontramos ante un supuesto muy amplio, al abarcar todas las *prestaciones* que incluye la acción protectora de la Seguridad Social, y que se enumeran en el art. 42 del TRLGSS.

El legislador ha añadido un *supuesto atenuado* (art. 307 ter.1) cuando los hechos, a la vista del *importe* defraudado, de los *medios* usados y de las *circunstancias personales del autor*, no revistan *especial gravedad*. Y a la inversa, ha incorporado un *supuesto agravado* (art. 307 ter.2) cuando el valor de las prestaciones defraudadas sea superior a cincuenta mil euros o concorra alguna de las circunstancias previstas (b) o c) art. 307 bis.1).

Por último, la regulación de aspectos como la *exención por regularización* de la situación con la Seguridad Social, la *liquidación y cobro* a pesar de la pendencia del procedimiento penal, y la *colaboración* de la Administración en la *ejecución de la pena de multa*, es prácticamente idéntica a la contenida en el delito contra la Seguridad Social del art. 307 CP<sup>31</sup>.

## II. LOS DISTINTOS SUJETOS EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

El *delito de defraudación a la Seguridad Social* (art. 307 CP) se revela como un delito de defraudación de cuotas u otros conceptos de recaudación conjunta, devoluciones, y disfrute indebido de deducciones, como ya he recordado en la introducción de este trabajo.

La *Seguridad Social* se sostiene a través de un sistema mixto de financiación, que se nutre de diversos medios para alcanzar los *recursos* necesarios que le permiten cumplir con sus obligaciones públicas<sup>32</sup>. Los *recursos* más importantes son las cotizaciones o cuotas a la

---

<sup>30</sup> Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Lección 20ª: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en M. D. SERRANO TÁRRAGA, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 706-707.

<sup>31</sup> Vid. DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Artículo 307 ter», en M. L. CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 2014.

<sup>32</sup> Estos *recursos* están constituidos por las aportaciones progresivas del Estado, con cargo a los Presupuestos Generales, y las que se acuerden por atenciones especiales o coyunturas delicadas; las cuotas de las personas obligadas; las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras análogas; los frutos, rentas o inte-

Seguridad Social, que poseen una gran *relevancia cualitativa y cuantitativa*, impuestas *por ley* a ciertas *personas obligadas y entidades*, y, por tanto, constituyen una *obligación legal de Derecho público*<sup>33</sup>. Así, emerge el *bien jurídico protegido* por el delito, y que es, por tanto, el patrimonio de la Seguridad Social que resulta perjudicado al dejar de percibir las cuotas económicas, o bien, las recibe con una reducción, o bien, las devuelve de forma indebida<sup>34</sup>.

A la vez, y en lo que ahora nos interesa más, este *delito* parte, como *presupuesto esencial*, de la *existencia* de una *relación jurídica*, entre el *sujeto activo* y la *Administración*. Por consiguiente, sólo a partir de dicha *obligación de cotización*, se puede identificar al *sujeto activo* y al *sujeto pasivo*<sup>35</sup>. Únicamente podrán ser *sujetos* en este delito, aquellos que, por mor del TRLGSS y la normativa de desarrollo, intervienen en esa *relación* específica con la Administración de la Seguridad Social. En consecuencia, sólo podrán ser *sujetos activos* del delito aquellas personas en las que concurren ciertas circunstancias o características previstas en la normativa específica.

Sin embargo, por parte de la *doctrina* se ha discutido si estamos ante un *delito común*, es decir, susceptible de ser cometido por cualquier *sujeto*, o, al contrario, debe afirmarse que se trata de un *delito especial*, es decir, apto de ser cometido sólo por unos sujetos activos especiales según la normativa específica.

Algunos autores<sup>36</sup> consideran que se trata de un *delito común*, porque nada se indica sobre las *características* del autor o *sujeto activo*, y,

---

reses y otros productos de sus recursos patrimoniales; y cualesquiera otros ingresos, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional vigésima segunda de la Ley.

<sup>33</sup> Las *cotizaciones* consisten en la *aportación económica* o *abono*, por los *períodos* y en los *plazos* establecidos, de los *sujetos obligados*, es decir, de los empresarios y trabajadores, y/o *responsables*, de una aportación económica que se define sobre un porcentaje de las retribuciones de los trabajadores y que se define por *tres sumandos*: la *cotización por Contingencias Comunes*; la *cotización por Contingencias Profesionales*, y la *cotización por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional*.

Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 162.

<sup>34</sup> Vid. BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en delito de defraudación a la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 2015, págs. 56-93.

<sup>35</sup> Vid. VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 618.

<sup>36</sup> Vid. CHAZARRA QUINTO, M. A., *Delitos contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2002, págs. 212 y ss. Esta autora considera que el *delito* puede ser cometido por todo aquel que se encuentre en una situación fáctica que le permita defraudar a la Seguridad Social: «*por tanto, no existen argumentos suficientemente sólidos para limitar el círculo de posibles sujetos activos del delito*».

por tanto, puede ser cometido por *cualquier persona*. Sin embargo, y, en paralelo con el *delito fiscal*, otros autores defienden que se trata de un *delito especial*, en el que *sólo* podrán ser *sujetos activos* aquellos que mantengan una relación jurídica de cotización con la Seguridad Social; y, por tanto, según el TRLGSS y la normativa de desarrollo, *sólo* sobre estos *sujetos pesan los deberes materiales y formales* con la Seguridad Social. Esta última es la posición *doctrinal* mayoritaria<sup>37</sup>, y de la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo<sup>38</sup>, que defienden que se requiere un *vínculo jurídico de cotización*, y, por ello, se trata de un *delito especial propio*<sup>39</sup>, siendo lo habitual que se trate de *empresarios o autónomos*<sup>40</sup>.

Vid. también: DÍAZ MORGADO, D., «Delitos contra la Seguridad Social (arts. 307-307 ter), en M. CORCOY BIDASOLO y V. GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa, parte general y parte especial*, tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 471; y MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «El nuevo delito contra la Seguridad Social», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIX, fascículo I, enero-abril, 1996, págs. 159-186, en especial, pág. 162.

<sup>37</sup> Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 511; CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 502; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 619; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, pág. 684.

<sup>38</sup> STS 760/1997, de 18 de noviembre, [ECLI:ES:TS:1997:6898], FJ 1: «En la búsqueda del sujeto activo de este delito podemos invocar el art. 104 de la Ley citada en el que se nos dice que el empresario es el único sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad. En consecuencia, la elusión del pago de las cuotas a la Seguridad Social comprende tanto la cuota patronal como la cuota obrera, y el autor será solamente el empresario que ve así castigado su comportamiento defraudatorio, tanto si no paga la cuota patronal como si deja de pagar la cuota de los trabajadores».

STS 480/2009, de 22 de mayo, [ES:TS:2009:3057], FJ 23: «Como principales rasgos del delito cabe destacar los siguientes: 1) El tipo exige como presupuesto ineludible la existencia de una relación jurídica de cotización, a partir de la que es posible identificar a los sujetos activo y pasivo de la conducta. Es éste, en consecuencia, un delito especial propio, ya que solo puede ser sujeto activo el obligado al pago de las cuotas o al cumplimiento de las obligaciones que determinan del carácter debido de las devoluciones obtenidas o de las deducciones disfrutadas».

<sup>39</sup> Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edición, Madrid, 2010, pág. 140; BOIX REIG, J. y GRIMA LIZANDRA, V., «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en J. BOIX REIG (dir.), *Derecho penal parte especial*, vol. II, *Delitos económicos*, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2020, pág. 39; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, pág. 689.

<sup>40</sup> Vid. BOIX REIG, J. y GRIMA LIZANDRA, V., «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en J. BOIX Reig (dir.), *Derecho penal parte especial*, vol. II, *Delitos económicos*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pág. 36.

En efecto, el delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP) contempla tres modalidades de *acción*, cuyo *sujeto activo* sólo puede ser la *persona* que se halla en condiciones de defraudar a la Seguridad Social, mediante la elusión del pago de las cuotas, la obtención indebida de devoluciones, o su disfrute indebido<sup>41</sup>, porque mantiene una específica *relación de cotización*. Por consiguiente, y como ha afirmado el Tribunal Supremo, será *sujeto activo* la *persona obligada* al cumplimiento de la *obligación de cotizar*, y al pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta, y, por ello, ordinariamente, es el *empresario o autónomo*<sup>42</sup> que está obligado a ingresar las *cotizaciones* propias y las *relativas* a los trabajadores<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 502-503.

<sup>42</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023 en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>: «Artículo 18.3. Son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo».

<sup>43</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 59; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, pág. 684; y VALLE MUÑIZ, J. M., «La criminalización del fraude a la Seguridad Social», en AA.VV., *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 205.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>: «Artículo 298. Obligaciones de los empresarios:

- a) Cotizar por la aportación empresarial a la contingencia de desempleo.
- b) Ingresar las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad, siendo responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar.
- c) Proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones.
- d) Entregar al trabajador el certificado de empresa, en el tiempo y forma que reglamentariamente se determinen.

Sin embargo, en los *delitos fiscales*, y como consecuencia, en los *delitos contra la Seguridad Social*, en la *modalidad de obtención indebida de devoluciones*, el Tribunal Supremo ha considerado que también podrá ser *autor* o *sujeto activo* quien *reclama* las *devoluciones de forma fraudulenta sin haberlas pagado*<sup>44</sup>. Esta *postura jurisprudencial* es *congruente* con la *previsión típica* prevista en el art. 305.2 CP; que se refiere a aquellos *casos* en los que la *defraudación* se *lleva a cabo* en el *seno* de una *organización o grupo criminal*, o por *personas o entidades* que actúan bajo la *apariencia* de una *actividad económica real sin desarrollarla* de forma efectiva. Por tanto, creo que esta *previsión* ha resuelto las dudas surgidas sobre la *caracterización* o *especialidad* del *sujeto activo*, que, de *ordinario*, será el *sujeto obligado*, como veremos

e) *Abonar a la entidad gestora competente las prestaciones satisfechas por esta a los trabajadores cuando la empresa hubiese sido declarada responsable de la prestación por haber incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización.*

f) *Proceder, en su caso, al pago delegado de las prestaciones por desempleo.*

g) *Comunicar la readmisión del trabajador despedido en el plazo de cinco días desde que se produzca e ingresar en la entidad gestora competente las prestaciones satisfechas por esta a los trabajadores en los supuestos regulados en el artículo 268.5.*

h) *Comunicar, con carácter previo a que se produzcan, las variaciones realizadas en el calendario, o en el horario inicialmente previsto para cada uno de los trabajadores afectados, en los supuestos de aplicación de medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada previstas en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».*

STS 760/1997, de 18 de noviembre, [ECLI:ES:TS:1997:6898]: «3.- *La determinación de si la conducta enjuiciada, -impago a la Seguridad Social de las cuotas obreras-, constituye un delito de apropiación indebida o un delito de fraude contra los intereses de la Seguridad Social, pasa por concretar quien es el sujeto obligado a cumplir la obligación de cotizar y se responsabiliza del ingreso de las cantidades en la tesorería de la Seguridad Social. (...) Por el contrario, si consideramos que la cuota obrera, así como las cuotas patronales y cualquier otro concepto de recaudación conjunta, corresponde pagarlas al empresario, la conducta antes considerada como apropiación indebida queda subsumida y absorbida por la nueva figura de fraude a la Seguridad Social, inicialmente instaurada por la LO 6/1.995, de 29 de Junio que dio vida al anterior art. 349 bis del Código Penal y que constituye el antecedente del actual art. 307 del nuevo Código Penal».*

<sup>44</sup> STS 751/2017, de 23 de noviembre, [ECLI:ES:TS:2017:4214], FJ 1: «*Del primer elemento señalado, la relación jurídica tributaria, cuando ésta se integra por la modalidad de impago, éste sólo puede ser cometido por el obligado tributario que es quien infringe el deber, por lo tanto, es un sujeto con un elemento especial de autoría. Sin embargo, en la modalidad consistente en la obtención indebida de devoluciones realizadas por quien aparenta ser titular de un derecho de devolución no real, el autor no es obligado tributario porque no existe como tal, sino que su conducta es la de aparentar ser sujeto de la relación jurídica tributaria, en la que el defraudado sigue siendo Hacienda y la relación jurídica tributaria es aparente, en la medida en que se crea una apariencia de devolución que es indebida, porque se dice ha sido soportada y se tiene derecho a la devolución. Por tanto, aunque de ordinario el sujeto infractor es el sujeto a quien compete el deber de pagar el impuesto, es decir, un sujeto con un elemento especial de autoría, el defraudador fiscal, en la modalidad de cobro indebido de devoluciones, el sujeto activo no es obligado tributario, sino quien aparenta ser titular del derecho a percibir una devolución de un IVA soportado».*

en el apartado correspondiente; pero que, también, podrá ser *sujeto activo* quien aparenta ser sujeto de una relación jurídica, sin desarrollarla de forma efectiva<sup>45</sup>, amparado en el engaño o en la apariencia.

También, en la comisión de este delito contra la Seguridad Social, son posibles las formas de *participación*, que adolecen de la condición de *sujetos obligados*. Estos terceros son *extraneus* porque no poseen las condiciones necesarias por el tipo del art. 307 CP para ser *sujetos activos*, y, a pesar de ello, *cooperan* en la *producción* de la *conducta fraudulenta*. Su *imputación* se produce a título de *partícipes* del hecho delictivo<sup>46</sup>, y según su contribución se les calificará como *cooperadores necesarios*, *inductores* o *cómplices*. La *consecuencia penal* para los partícipes es la imposición de la pena inferior en grado (art. 65.3 CP).

En conclusión, y tras los argumentos aportados, considero que se puede sostener que este delito de defraudación a la Seguridad Social es un *delito especial propio*, por cuanto sólo puede ser cometido a título de *sujeto activo* por los *obligados legalmente al pago de las cuotas*, es decir, los *empresarios*, y los que *desarrollan* algunas *actividades autónomas* que comportan el *deber de cotizar*<sup>47</sup>. En algunos casos, las Ad-

---

<sup>45</sup> STS 649/2017, de 3 de octubre, [ECLI:ES:TS:2017:3493]: «3) La obtención indebida de devoluciones como delito fiscal es compatible con el carácter de delito especial propio. Así, el autor del delito de obtención indebida de devoluciones, no tiene por qué ser necesariamente el contribuyente del impuesto, sino el titular de la devolución indebidamente obtenida, ya que el concepto de obligado tributario es de acuerdo con el art. 35 de la Ley General Tributaria más amplio que el de contribuyente, incluyendo entre los obligados tributarios a los beneficiarios de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias, cuando no tengan la condición de sujetos pasivos».

<sup>46</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. Referencia: BOE-A-1995-25444. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>: «Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Artículo 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Vid.: CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 504: Para este profesor, sin embargo, «la participación de los sujetos no cualificados en caso de coautoría o participación (*extraneus*) sería punible solamente como cooperador necesario o cómplice»; y VALLE MUÑIZ, J. M., «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995, pág. 204.

<sup>47</sup> Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 512; MORALES PRATS, F., «De los delitos

*ministraciones Públicas* están obligadas a *cotizar* por la contratación de *personal laboral*, pero, sus *responsabilidades penales* están *excluidas* (art. 31 quinquies CP).

El *sujeto pasivo* es el sistema de protección de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, *acreedora* de la obligación de tributar, y que, ostenta la función de *recaudación* y *gestor de las cotizaciones* y, por último, es el titular principal del patrimonio público recaudado<sup>48</sup>. Es la Seguridad Social por ser la titular del interés jurídicamente protegido en este delito (art. 18.1 TRLGSS). Cualquier *otro sujeto*, como los *trabajadores*, podrán ser considerados *perjudicados* por el *delito de defraudación a la Seguridad Social*, pero, en ningún caso, podrán ser calificados como *sujetos pasivos*<sup>49</sup>.

---

contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 1123; y NIETO MARTÍN, A., «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando», en M. C. GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 337.

Respecto a los *representantes de comercio* o *artistas* que prestan servicio dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario, pueden encontrarse algunas particularidades, y, por tratarse de una norma penal en blanco, habrá que consultarse lo dispuesto en la norma específica: Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. «BOE» núm. 22, de 25/01/1996. Referencia: BOE-A-1996-1579. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1995/12/22/2064/con>

<sup>48</sup> Además, podrían incluirse como sujetos pasivos a los titulares de conceptos de recaudación conjunta y de las cuotas de la Seguridad Social, como el Fondo de Garantía Salarial, el Servicio Público de Empleo Estatal, etc. Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 504; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 61; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, págs. 81 y 673; según este autor, la consideración de varios sujetos pasivos depende de cómo se configura el bien jurídico protegido; y MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «El nuevo delito contra la Seguridad Social», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIX, fascículo I, enero-abril, 1996, págs. 159-186.

<sup>49</sup> Vid. CHAZARRA QUINTO, M. A., *Delitos contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 215 y ss.; y FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 809.

## A. El sujeto activo

Según lo que ya he expuesto en la introducción, la *conducta típica* del delito de defraudación a la Seguridad Social gira en torno a la *obligación de cotización* que debe procurarse al *sistema de la Seguridad Social*<sup>50</sup>, por ello, *sólo será sujeto activo* aquella persona que *defraude: no pagando las cuotas y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones, o disfrutando indebidamente de deducciones*.

El *sujeto responsable* de la infracción penal no puede serlo cualquier persona, sino sólo la que, con *arreglo a la legislación especial*, goce del *vínculo jurídico con la Seguridad Social*<sup>51</sup>, y está obligada a cotizar e ingresar las cuotas, y a la inversa, está facultada a la obtención de devoluciones o deducciones<sup>52</sup>. De modo habitual, será el *empresario*, aunque, hay que reconocer a *otros sujetos* que designa la *normativa de la Seguridad Social*<sup>53</sup>, sobre los que *recaen los deberes materiales y formales*<sup>54</sup>.

En este apartado particular, me voy a detener al análisis pormenorizado del *sujeto activo*, una vez realizadas las consideraciones generales, y urgidos por la *legislación particular* que obliga a *distinguir* las

---

<sup>50</sup> Se trata de tres formas de conducta típica diferenciadas: eludir el pago de cuotas o conceptos de recaudación conjunta; obtener indebidamente devoluciones; y disfrutar de forma indebida de deducciones por cualquier concepto. Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 502; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, págs. 679 y 680.

<sup>51</sup> Vid. OLLÉ SESÉ, M., «Capítulo XVIII. Delitos de defraudación a la Seguridad Social», en A. Liñán Lafuente, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 469-511, en especial, pág. 472.

<sup>52</sup> Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Lección 20ª: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en M. D. SERRANO TÁRRAGA, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 701.

<sup>53</sup> Artículo 18.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>.

<sup>54</sup> Vid. FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 808. También vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 512; MORALES PRATS, F., «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 1123; y NIETO MARTÍN, A., «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando», en M. C. GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 337.

*situaciones* que pueden presentarse en torno a las obligaciones con la Seguridad Social<sup>55</sup>, y que, provoca un análisis diferente, según se trate del *Régimen General*, o de los *Regímenes Especiales*<sup>56</sup>, según reconoce el art. 18 TRLGSS.

En el *Régimen General*<sup>57</sup> hay que distinguir entre los *sujetos obligados a cotizar: trabajadores y empresarios* (art. 141 TRLGSS), y el *sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar: el empresario* (art. 142 TRLGSS). Esta distinción es la que fundamenta el carácter propio y exclusivo del *empresario* como *sujeto activo* del delito de defraudación a la Seguridad Social, porque sólo a él le incumbe la *obligación de cotización y pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta*<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 503; y LOZANO ORTIZ, J. C., «El nuevo delito contra la Seguridad Social», en J. J. CAMINO FRÍAS (coord.), *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, págs. 351 y 352. Según este autor, debido a la reforma legal del año 2012 se redujo el umbral cuantitativo para la comisión del delito, y, por tanto, la comisión del delito de defraudación a la Seguridad Social ya no se limita a los empresarios del Régimen General.

<sup>56</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» n° 261, de 31 de octubre de 2015 Referencia: BOE-A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>: «Artículo 18. Obligatoriedad. 1. La cotización a la Seguridad Social es obligatoria en todos los regímenes del sistema. La cotización por la contingencia de desempleo, así como al Fondo de Garantía Salarial, por formación profesional y por cuantos otros conceptos se recauden juntamente con las cuotas de la Seguridad Social será obligatoria en los regímenes y supuestos y con el alcance establecidos en esta ley y en su normativa de desarrollo, así como en otras normas reguladoras de tales conceptos».

<sup>57</sup> En el *Régimen General de la Seguridad Social* aparece perfilada la persona que mantiene la relación jurídica con la Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» n° 261, de 31 de octubre de 2015 Referencia: BOE-A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>: «Artículo 141: Sujetos obligados. 1. Estarán sujetos a la obligación de cotizar al Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores y asimilados comprendidos en su campo de aplicación y los empresarios por cuya cuenta trabajen». Y Artículo 142: *e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad. Responderán, asimismo, solidaria, subsidiariamente o mortis causa las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los arts. 18 y 168.1 y 2».*

La mención al art. 168 se está refiriendo, por un lado, a supuestos concretos de contratas y subcontratas en los que el propietario de la obra o industria asume las obligaciones del empresario declarado insolvente; y, por otro, de la responsabilidad solidaria del adquirente en el pago de las prestaciones en el caso de sucesión de la titularidad de la explotación, industria o negocio.

<sup>58</sup> STS 760/1997, de 18 de noviembre, [ECLI:ES:TS:1997:6898], FJ1: «En consecuencia la elusión del pago de las cuotas a la Seguridad Social comprende tanto la

Esto es así hasta tal punto de que el art. 143 TRLGSS declara: «Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual, el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario. Igualmente, será nulo todo pacto que pretenda alterar las bases de cotización que se fijan en el artículo 147». Por consiguiente, en aquellos casos en que el trabajador actúe a través de un pacto, bien individual o colectivo, con el empresario para realizar el fraude, ha de derivarse al ámbito penal de la participación, por ser el empresario el único sujeto responsable de cotizar e ingresar todas las cuotas económicas<sup>59</sup>. No cabe, por tanto, calificar al trabajador como sujeto obligado en el sentido reconocido por el precepto penal; y sólo cabe situarle como *extraneus* del delito, siéndole de aplicación el art. 65.3 CP.

En los *Regímenes Especiales*<sup>60</sup> (art. 10 TRLGSS), en cambio, se contemplan algunos casos en los que el trabajador es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar<sup>61</sup>, aunque su ac-

---

*cuota patronal como la cuota obrera y el autor será solamente el empresario que ve así castigado su comportamiento defraudatorio, tanto si no paga la cuota patronal como si deja de pagar la cuota de los trabajadores».*

<sup>59</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. Referencia: BOE-A-1995-25444. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>: «Artículo 65.3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

<sup>60</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» n° 261, de 31 de octubre de 2015. Referencia: BOE-A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*: art. 10: «1. Se establecerán regímenes especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

b) Trabajadores del mar.

c) Funcionarios públicos, civiles y militares.

d) Estudiantes.

e) Los demás grupos que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apdo. 1».

<sup>61</sup> Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. «BOE» n° 22, de 25 de enero de 1996. Referencia: BOE-A-1996-1579. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1995/12/22/2064/con>: «Artículo 31: 1. Cotización de los representantes de comercio. Respecto a los representantes de comercio, la cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, así como por los conceptos de recaudación con-

*tividad se realice bajo la dirección de un empresario, así sucede en el Régimen Especial de los trabajadores autónomos. Por tanto, según esta legislación particular, el trabajador puede llegar a defraudar por una cantidad superior a cincuenta mil euros en cuatro años naturales, convirtiéndose en sujeto activo del delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP).*

Si el delito del art. 307 CP se produce en el seno de una *persona jurídica*, la responsabilidad penal recae en la *persona física* que actúa como directivo, órgano o representante legal o voluntario, según el art. 31 CP<sup>62</sup>; y la *persona jurídica* podrá tener responsabilidad penal en virtud de lo fijado en los arts. 31 bis y 310 bis CP, cuando el delito se haya cometido en nombre o por cuenta de ésta, y en su provecho económico<sup>63</sup>.

En todo caso, hay que distinguir este supuesto de aquellos casos diferentes en los que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 307 bis.1.c) CP, que constituyen un *tipo agravado*<sup>64</sup>, *por la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación, siempre que dificulten u oculten la identidad del su-*

---

*junta con las cuotas de dicho régimen, se regirá por las normas de las subsecciones precedentes, sin más particularidad que la establecida en el párrafo siguiente». «Artículo 32: Artistas en espectáculos públicos. 1. Respecto a los trabajadores sujetos a la relación laboral especial de los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad, la cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y las demás aportaciones que se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social, se regirá por las normas de las subsecciones precedentes de esta misma sección 2.ª, sin otras particularidades que las establecidas en los apartados siguientes».*

<sup>62</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 503; y MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «El nuevo delito contra la Seguridad Social», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, fascículo I, enero-abril, 1996, pág. 163.

<sup>63</sup> Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Lección 20ª: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en M. D. SERRANO TÁRRAGA, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 701; y GÓMEZ PAVÓN, P., «El delito de defraudación a la Seguridad Social (artículo 307 CP)», en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 18.

<sup>64</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 504.

*jeto obligado o responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada, o del patrimonio del sujeto obligado o responsable del delito.*

## **B. El sujeto obligado**

En la *relación jurídica de cotización a la Seguridad Social* he diferenciado entre: 1) Los *sujetos obligados a cotizar*: los *trabajadores* y los *empresarios* (art. 141 TRLGSS); y 2) El *sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar*: el *empresario* (art. 142 TRLGSS). En consecuencia, esta *legislación especial* obliga a precisar y diferenciar a las personas obligadas a cotizar, de las personas responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingreso, y este es el objeto particular de este apartado. Esta diferenciación es importante no sólo por mor del TRLGSS y de la normativa de desarrollo, sino porque tiene implicaciones penales.

En efecto, los *sujetos obligados a cotizar* son los *trabajadores* y los *empresarios* por cuya cuenta trabajen aquéllos; con la salvedad reconocida de la *cotización* por las contingencias de *accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, que correrá exclusivamente a cargo del *empresario* (art. 141 TRLGSS). Además, son *sujetos obligados a cotizar* los *trabajadores autónomos*, y los que señalen los *Regímenes Especiales*.

Sin embargo, en el ámbito específicamente penal, y de ahí el interés para mi trabajo, el *trabajador* no podrá ser *sujeto activo* de las conductas típicas, porque el único *sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones de cotización e ingreso* de las cuotas es el *empresario* (art. 142 TRLGSS).

Además, podrán existir otros *sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar*, que son *distintos del empresario*: «*responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes*» (art. 18.3 TRLGSS). Sin embargo<sup>65</sup>, como se trata de una *responsabilidad accesoria*, no podrán ser *sujetos activos del delito de defraudación a la Seguridad Social*; porque afecta exclusivamente al *procedimiento recaudatorio*, y sólo

---

<sup>65</sup> Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Universida de Da Coruña, Facultad de Derecho, 1998, págs. 571-573. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/1012>

surge tras el incumplimiento de la obligación de pago del responsable principal, es decir, del empresario<sup>66</sup>.

### C. El partícipe

En la comisión del *delito de defraudación a la Seguridad Social* pueden intervenir otros sujetos terceros como *partícipes* o *extraneus*, porque *adolecen* de las *condiciones* o *características* requeridas para ser considerados como autores o *intraeus*, al tratarse de un *delito especial propio*, como ya he demostrado en la introducción. En todo caso, según la contribución de estos *partícipes* al hecho principal, debemos distinguir entre: *cooperador necesario*, *inductor* o *cómplice*<sup>67</sup>.

La *consecuencia punitiva* es la imposición de una *pena inferior en grado* (art. 65.3 CP)<sup>68</sup>.

El art. 31 CP, ya adelantado en la introducción al tratar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resuelve el caso de una *persona física que actúa en nombre de otra*, es decir, las *actuaciones en nombre de otro*: «Será responsable personalmente el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». No obstante, esta *responsabilidad sólo será exigible al administrador de hecho o derecho, o representante legal o voluntario*, que haya causado la *defraudación*, por *acción u omisión*, y no sólo por la mera circunstancia de ocupar tal cargo.

---

<sup>66</sup> Vid. OLLÉ SESÉ, M., «Capítulo XVIII. Delitos de defraudación a la Seguridad Social», en A. Liñán Lafuente, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 469-511, en especial, pág. 474.

<sup>67</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 504; y VALLE MUÑIZ, J. M., «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995, pág. 204.

<sup>68</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. Referencia: BOE-A-1995-25444. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>: «Artículo 65.3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

Esta figura típica del art. 31, radicada en la Parte General del Código Penal, alcanza su mayor *virtualidad* en la actuación de los *administradores* en los *delitos contra la Seguridad Social*. En el supuesto del *administrador de hecho* se generan algunos problemas de interpretación, porque su actuación se basa en una mera *situación fáctica*, aunque, será una hipótesis marginal. En cambio, en el supuesto del *administrador de derecho* se realizan sus *tareas* conforme a las *disposiciones legales*, y desde su propio *nombramiento*, se convierte en *destinatario directo* del *precepto penal*. Incluso, puede existir algún *supuesto más complejo*, como el *administrador de derecho* que ejerce su tarea como *mero testafarro*.

El art. 310 bis CP ofrece las *penas* a imponer cuando la *responsabilidad penal* recaiga sobre una *persona jurídica* (art. 31 bis CP) por ser responsable del *delito de defraudación a la Seguridad Social*.

De hecho, es muy frecuente que este *delito* se cometa en el marco de la *persona jurídica*, pero, con la intervención de un *administrador de hecho o derecho*, permitiendo la norma penal *sancionar a ambos*<sup>69</sup>.

Además, hay que considerar que en los *delitos de fraude a la Seguridad Social* sucede, con frecuencia, que las *personas jurídicas formalmente constituidas son meros instrumentos o sociedades pantallas*, en cuyo caso, *no disfrutarán del estatus legal* del art. 31 bis CP. En la actualidad, y ante dicha situación, se ha extendido el *empleo* de la *doctrina del levantamiento del velo* para facilitar la persecución penal de estas *sociedades pantalla*. Así se defiende por parte de la *doctrina*<sup>70</sup>, por la Fiscalía General del Estado, y por el Tribunal Supremo<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> SAP de Valladolid de 31 de mayo de 2003, [ECLI:ES:APVA:2003:929], que juzga al *administrador y gerente* de una *empresa* que *deja de ingresar* a la Tesorería General de la Seguridad Social las *cuotas de los seguros sociales de los trabajadores*. FJ 1: «El acusado era el *administrador y representante* de Luan C.B., así como también lo fue de hecho de Nalu-Luanvall, durante aproximadamente mes y pico, marzo y parte de abril de 1999. Durante el año 1998, y enero y febrero de 1999, dejó de ingresar a la Tesorería General de la Seguridad Social las *cuotas de los seguros sociales de los trabajadores que tenía contratados para las obras de albañilería en Grijota (Palencia)*. Estaba obligado al pago de los *seguros sociales de tales trabajadores, y a sabiendas defraudó a la Seguridad Social mediante el impago de la cuota de tales seguros*».

Y la SAP de Zaragoza de 23 de mayo de 2007, [ECLI:ES:APZ:2007:2068], que juzga un caso donde el *administrador creó sucesivamente una serie de empresas* que desarrollaban la *misma actividad* que iban generando *deudas a la Seguridad Social* al no presentar el *acusado los correspondientes documentos de cotización*, permitiéndole promover el *objeto social de las empresas disueltas*.

<sup>70</sup> Vid. BACIGALUPO SAGGESE, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AAVV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 76.

<sup>71</sup> STS 154/2016, de 29 de febrero, [ECLI:ES:TS:2016:613], FJ 11: «A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes

## C.2. El operador bancario y el asesor fiscal

Entre los *sujetos terceros*, considerados como *partícipes* o *extra-neus*<sup>72</sup> aparecen, con frecuencia, algunos *expertos* pertenecientes al mundo de la *intermediación bancaria, bursátil, o financiera, asesoría fiscal*, que pueden realizar las *conductas punibles* del art. 307 CP en el *ámbito del ejercicio de su profesión*<sup>73</sup>, y a los que voy a dedicar este nuevo apartado.

Los *asesores* son *profesionales liberales*, y, por ello, su *responsabilidad penal* existe si actúan como *trabajadores internos* en las empresas, en las que la *autoría* está reservada a los *administradores de hecho o de derecho*. Además, podrán ser *partícipes*<sup>74</sup>, a título de *inducción, cooperación necesaria o complicidad*; aunque, en la *jurisprudencia* prevalecen las dos primeras figuras<sup>75</sup>, siendo más extraña la última<sup>76</sup>. En

---

*una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así: Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...), de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo, para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo. Nada impide el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo».*

<sup>72</sup> Vid.: GÓMEZ VERDESOTO, M., «La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 15, 1998, pág. 9; y SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A., *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*, Ed. CEF, Madrid, 2007, págs. 355 y ss.

<sup>73</sup> Vid. ADAME MARTÍNEZ, F., *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, Ed. Comares, Granada, 2009.

<sup>74</sup> Vid. CHAZARRA QUINTO, M. A., *Delitos contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 256-257; y MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «El nuevo delito contra la Seguridad Social», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX*, fascículo I, enero-abril, 1996, pág. 163.

<sup>75</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 622.

<sup>76</sup> Vid. LOZANO ORTIZ, J. C., «El nuevo delito contra la Seguridad Social», en J. J. CAMINO FRÍAS (coord.), *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 341; y VALLE MUÑIZ, J. M., «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995, pág. 204.

cualquier caso, para que la *actuación* de estos *asesores* sea *relevante* en el ámbito penal debe ser *desaprobada* por el *empresario*.

En consecuencia, en mi opinión, las *posibilidades* de *actuación* de los *asesores* son: a) El *asesor* que realiza su *labor*, pero, en cambio, el *fraude a la Seguridad Social* es *imputable* a título de *sujeto autor* al *empresario*. Por ello, el *asesor* responderá como *cooperador necesario*, aunque, no es descartable que sólo responda como *cómplice* según el art. 29 CP, cuando su intervención es muy pequeña y poco relevante; b) El *asesor* es el *encargado* por el *empleador* de *realizar las liquidaciones*, pero, *éste desconoce el fraude*.

Es verdad que es un supuesto menos frecuente<sup>77</sup>, pero que, se solucionará a través de la aplicación del art. 31 CP.

En todo caso, conviene destacar que los *asesores no son los garantes* del *bien jurídico*, *ni son los defensores* de los *intereses* de la *Administración*, *ni se les puede exigir que verifique la veracidad* de los *datos*. Menos aún, se le puede *exigir que informen* a la *Administración* de las *conductas irregulares* de su *cliente*. De todos modos, esta situación de *sigilo profesional* se limita a las actuaciones relativas a la tributación, y no es extrapolable a las *infracciones y delitos relativos al blanqueo de capitales*<sup>78</sup>.

### III. LOS DISTINTOS SUJETOS EN EL DELITO DE FRAUDE EN EL DISFRUTE DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Este *delito*, introducido de cuño nuevo por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, castiga el *fraude de prestaciones*. En este caso, el *sujeto activo* puede ser cualquiera<sup>79</sup>, porque se castiga a cualquiera que actúa

---

Vid. también: CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 504: en cambio, para este autor, la *participación* sería punible solamente como *cooperador necesario* o *cómplice*.

<sup>77</sup> Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 588.

<sup>78</sup> Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. «BOE» núm. 103, de 29 de abril de 2010. Referencia: BOE-A-2010-6737. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/l/2010/04/28/10/con>: «Artículo 2.1. m) Los auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales y cualquier otra persona que se comprometa a prestar de manera directa o a través de otras personas relacionadas, ayuda material, asistencia o asesoramiento en cuestiones fiscales como actividad empresarial o profesional principal».

<sup>79</sup> Vid. DÍAZ MORGADO, D., «Delitos contra la Seguridad Social (arts. 307-307 ter)», en M. CORCOY BIDASOLO y V. GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho*

para facilitar el *resultado típico*, a diferencia del tipo básico, y, por tanto, lo podemos calificar como un *delito común*. Y así, el art. 307 ter castiga a título de *autoría* a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute indebido de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración.

Ello supone elevar los actos de *participación* al modo de *autoría*<sup>80</sup>, porque el art. 307 ter CP tipifica cualquier forma de acceso irregular o de participación en el mismo, sea por acción u omisión, a cualquiera de las prestaciones que constituyen la acción protectora de la Seguridad Social (art. 42 TRLGSS).

En todo caso, considero que, en esta introducción, es necesario hacer una serie de *aclaraciones* sobre la *autoría* en este *delito de fraude de prestaciones*. Así, en el supuesto de *prolongación indebida del disfrute de prestaciones*, el *sujeto activo* sólo puede ser aquél que las hubiese recibido de modo legítimo, y a partir de este momento debía haber cesado<sup>81</sup>. Además, en el supuesto de *facilitación a otros* de la obtención indebida de prestaciones, pueden aparecer *dos sujetos*: el sujeto *favorecedor* de la obtención indebida de la prestación, que puede ser una *persona física o jurídica*, y el sujeto *favorecido* por la prestación, que sólo puede ser una *persona física*<sup>82</sup>. Y, en el supuesto de *ocultación consciente de hechos*, hay dudas sobre si es un *delito*

---

*penal, económico y de empresa, parte general y parte especial*, tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 473; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, pág. 693.

<sup>80</sup> Vid. FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 850; y NIETO MARTÍN, A., «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando», en M. C. GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 340.

<sup>81</sup> STS 425/2017, de 13 de junio, [ES:TS:2017:2360], FJ2: «El artículo 307 ter sanciona en su modalidad básica a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública».

<sup>82</sup> Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I., «Comentarios al artículo 307 ter del Código Penal introducido por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE del 28), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social», en J. J. CAMINO FRÍAS (coord.), *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 376.

común, porque sólo puede realizarse por aquél sobre el que pesa el *deber de informar*<sup>83</sup>.

Por otro lado, si se trata de una *autoridad o funcionario público* que, *abusando de su cargo*, comete algún *delito de estafa* o, incluso, el *delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social*, el Código Penal estructura una *responsabilidad penal* específica en el art. 438 CP<sup>84</sup>. La *doctrina* había considerado que este artículo no era aplicable a los *funcionarios públicos*, que *dolosamente* contribuyesen a la *materialización* de las *conductas prohibidas*. Porque, por una parte, se exigía un *engaño en la conducta ilícita*, y *no podía coincidir en el funcionario* el doble papel de *engañador y engañado*; y, por otra parte, porque era de aplicación el *delito de malversación* que funcionaba como *ley especial*<sup>85</sup>. Sin embargo, la redacción dada al precepto a partir de la LO 1/2015 ha resuelto la cuestión, ya que, ahora, tenemos una *ley más especial* y de *aplicación preferente*, que tipifica un *delito especial propio*<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Vid. BUSTOS RUBIO, M., «El delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter CP)», en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los Derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 197; y CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 532.

<sup>84</sup> Artículo 438 CP (redactado por el número doscientos veinticuatro del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE de 31 marzo): «*La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código*».

<sup>85</sup> Vid. BUSTOS RUBIO, M., «El delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter CP)», en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los Derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 190; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019, pág. 693.

<sup>86</sup> STS 866/2003, de 16 de junio, [ES:TS:2003:4144], FJ2: «*El art. 438 CP que estima infringido por aplicación indebida, castiga, dentro del Capítulo dedicado a los fraudes y exacciones ilegales, a la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo cometiere algún delito de estafa. El artículo mencionado configura un delito especial propio, que absorbe al delito común de estafa, cuando es cometido por una persona que ostenta la condición de autoridad y de funcionario público. Esta modalidad lleva aparejada una pena correspondiente al delito común, en su mitad superior e inhabilitación especial*».

Vid. LUZÓN CÁNOVAS, A., «Artículo 438», en M. L. CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 2732.

Y, *sujeto pasivo* será el órgano de la *Administración de la Seguridad Social* que ha concedido alguna de las *prestaciones* consagradas en el art. 42.1 TRLGSS<sup>87</sup>, las previstas en otras leyes del Estado, o la normativa pertinente de las Comunidades Autónomas<sup>88</sup>. Por consiguiente, es el órgano que *gestiona* las prestaciones: INSS, CC.AA., SPEE, FOGASA, TGSS, etc.<sup>89</sup>

## A. El sujeto activo

En este *delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social*, aunque la *doctrina* inicialmente defendió que se trataba de un *delito especial impropio*, porque sólo podía ser *sujeto activo* el *beneficiario de la prestación obtenida de forma indebida*; el *hecho típico* de que se

---

Vid. también: FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 850. En cambio, para este autor, este supuesto se configura a un *delito especial impropio*.

<sup>87</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» nº 261, de 31 de octubre de 2015 Referencia: BOE-A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>: Art. 42.1: «La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá:

a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo.

b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en la letra anterior.

c) Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; nacimiento y cuidado de menor; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; ejercicio responsable del cuidado del lactante; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente contributiva e invalidez no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; protección por cese de actividad; pensión de viudedad; prestación temporal de viudedad; pensión de orfandad; prestación de orfandad; pensión en favor de familiares; subsidio en favor de familiares; auxilio por defunción; indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional; ingreso mínimo vital, así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente.

d) Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva.

e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente».

<sup>88</sup> Vid. FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 851.

<sup>89</sup> Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 532.

*castigue conseguir la prestación para otro ha desembocado, como ya adelanté en la introducción, en la ampliación del sujeto activo a cualquiera que actúe para facilitar el resultado típico*<sup>90</sup>.

Por eso, he sostenido y defiendo que se trata más bien de un *delito común*, en el que el *autor* puede serlo *cualquier persona*<sup>91</sup>.

El art. 307 ter CP tipifica *cualquier forma de acceso irregular o de participación, por acción u omisión, a cualesquiera de las múltiples prestaciones que constituyan la acción protectora de la Seguridad Social* (art. 42 TRLGSS)<sup>92</sup>. Por tanto, las *modalidades típicas de comisión* son dos: la *obtención indebida del disfrute de prestaciones* del sistema de Seguridad Social; y la *prolongación indebida* del mismo<sup>93</sup>. Las dos *modalidades* están integradas en el tipo penal, tanto respecto a las *prestaciones contributivas* como a las *no contributivas*; e incluso, cabría incorporar la *asistencia sanitaria*, la *prestación farmacéutica* y los *servicios sociales*. En todo caso, al tratarse de una *norma penal en blanco*, hay que acudir a la legislación específica de desarrollo, en especial, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para descubrir a los *sujetos titulares* del derecho a las *prestaciones*<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Vid. HERNÁNDEZ CARANDE, J., «Delito de fraude en el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social. Art. 307 ter CP», en A. LIÑÁN LAFUENTE, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 512-526, en especial, pág. 514.

<sup>91</sup> Así, a modo de ejemplo, podrán ser *sujetos activos*: el médico que prolonga una baja médica de forma injustificada; el empresario que simula una relación laboral en favor de un familiar para que tenga derecho a desempleo; el trabajador que encubre una lesión deportiva como accidente de trabajo; la gestoría que aumenta las cotizaciones para practicar deducciones en mayor cuantía; el autónomo que sigue trabajando, mientras percibe la prestación de incapacidad temporal de este trabajo; etc.

<sup>92</sup> Las *prestaciones* podrán ser de cuatro clases:

a) Pensiones, son prestaciones económicas de devengo periódico y de duración vitalicia o hasta alcanzar una cierta edad.

b) Subsidios, prestaciones de devengo periódico y de duración temporal.

c) Indemnizaciones, prestaciones económicas abonables por una sola vez.

d) Otras prestaciones, como las prestaciones por desempleo y la protección familiar de carácter no económico.

<sup>93</sup> Vid. BUSTOS RUBIO, M., «El delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter CP)», en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los Derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 189; y CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 535-536.

<sup>94</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» n° 261, de 31 de octubre de 2015 Referencia: BOE- A-2015-11724. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>: «Art. 7: Podrán ser titulares del derecho de prestaciones en su modalidad contributiva: los trabajadores por cuenta ajena, los tra-

*En este delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, por su consideración como delito común, el sujeto activo puede serlo cualquier persona, como ya he defendido en la introducción, a diferencia del tipo básico<sup>95</sup>, y, del resto de los tipos penales recogidos en este Título XIV<sup>96</sup>. Además, y como ya he señalado, el sujeto activo no tiene que ser el beneficiario de la prestación obtenida de forma indebida. En efecto, la redacción: «para sí o para otro», permite que sean sujetos activos cualquiera que actúe para lograr el resultado<sup>97</sup>; e, incluso, los empleadores de la Seguridad Social que faciliten esta obtención fraudulenta. Por consiguiente, la redacción del art. 307 ter CP provoca que comportamientos que materialmente podían ser calificados como de complicidad, sean elevados a la categoría de autoría del delito<sup>98</sup>.*

En el fondo, defiendo que con esta redacción típica del precepto penal se quiere dar respuesta a algunos casos prototípicos, y, bastante, frecuentes, de creación de empresas ficticias que, a cambio de una cantidad de dinero, dan de alta a unos trabajadores, a los que después despiden, con el objetivo de que cobren la prestación de desempleo. Así, se extienden las posibilidades de incriminación, permitiendo que tanto el trabajador, el empresario, o cualquier tercero puedan ser considerados autores<sup>99</sup>.

---

*bajadores por cuenta propia o los autónomos, los trabajadores socios de cooperativas de trabajo asociado, los estudiantes y los funcionarios públicos, civiles o militares. Y, asimismo, podrán ser titulares del derecho a prestaciones de modalidad no contributiva: todos los españoles residentes en territorio español, e incluso, los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto».*

<sup>95</sup> Así ha quedado demostrado en el apartado anterior, dedicado al sujeto activo del art. 307 CP.

<sup>96</sup> Vid. CHAZARRA QUINTO, M. A., «Un nuevo tratamiento de la participación delictiva en el artículo 307 ter del Código Penal», *La Ley Penal*, núm. 127, 2017.

<sup>97</sup> Vid. BUSTOS RUBIO, M., «El delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter CP)», en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los Derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 189.

<sup>98</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. y BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 172. Estos autores critican esta solución por romper los límites entre participación y autoría.

Vid. también: DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 724.

<sup>99</sup> En todo caso, se trata de una solución que no es novedosa porque ya se había puesto de manifiesto en un supuesto de fraude de prestaciones conocido como «operación Karlos», donde el acusado principal había ideado un plan para beneficiarse de forma ilícita, por medio de la obtención fraudulenta de pensiones de incapacidad laboral o invalidez del INSS, a favor de personas a las que captaba previamente y a las

De este modo, al *castigar* con la misma pena, tanto la *obtención indebida de las prestaciones* como *cualquier otra conducta* que facilite su *obtención indebida*, el *legislador penal* ha optado por un *concepto unitario de autoría* en el que las posibles *diferencias* con la *participación* desaparecen<sup>100</sup>. La consecuencia evidente es que, en los *casos de comisión del delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social* en el seno de una *empresa*, tanto el *empresario* como el *trabajador* responderán como *sujetos autores*.

De todos modos, la conclusión anterior, me genera algunas incertidumbres, al menos, en lo relativo a la posible *extensión* de la *excusa absolutoria* al *trabajador*, en caso de *regularización* por el *empresario*, y viceversa<sup>101</sup>. Además, es *criticable* que el artículo penal *castigue* a *ambos autores* por *igual*, porque es *más grave* la *conducta* de los que *facilitan una estructura empresarial ficticia*, con un *daño* mayor a la Seguridad Social. Y, también, deben *evaluarse* las diferentes *posiciones* que, frente a la misma *conducta delictiva*, pueden adoptar sus *autores*. Sin perjuicio de la posible *apreciación* de las *atenuantes*, es evidente que existe una *mayor maldad* en el *falso empresario*, que, en los *falsos trabajadores*, porque, sin riesgos, y a cambio de una gran compensación económica, realiza la *conducta típica*, por lo que, merecería un mayor *reproche*<sup>102</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Las *conclusiones* alcanzadas en este trabajo se pueden estructurar en tres apartados, que corresponden a sus tres partes:

I. La lesión del *bien jurídico* que constituye la *Seguridad Social* supone un ataque a la *política social*, la *economía pública*, y los dere-

---

que pedía ciertas *cantidades de dinero*. Para ello, el *acusado principal* se había puesto de *acuerdo* con un *funcionario* del Cuerpo de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios, y que, por su situación privilegiada en la actuación de los expedientes correspondientes, podía *influir* en el *reconocimiento de las prestaciones* a los aspirantes. Así, la SAP de Cádiz 219/2011, de 8 de julio, [ECLI:ES:APCA:2011:570], condenó a ambos como *sujetos autores de un delito de estafa, independientemente* de que fueran los *beneficiarios* de las prestaciones.

<sup>100</sup> Vid. CHAZARRA QUINTO, M. A., «Un nuevo tratamiento de la participación delictiva en el artículo 307 ter del Código Penal», *La Ley Penal*, núm. 127, 2017.

<sup>101</sup> Vid. BARCELÓ MOYANO, M., «El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social: Aplicación práctica y cuestiones problemáticas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 50, 2018, pág. 64.

<sup>102</sup> Vid. HERRANZ SAURÍ, T., «El nuevo delito del artículo 307 del Código Penal», *Jornada de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos*, Centro de Estudios Jurídicos, 20 y 21 junio 2013. En la web del CEJ o en la de la FGE (fiscal.es).

chos de los *trabajadores*, sostenedores principales y beneficiarios del sistema, y afectados por las conductas fraudulentas. Por ello, el *fraude* a la Seguridad Social supone una lacra que merece el mayor rechazo a nivel jurídico, y justifica el recurso al *Derecho penal*. El legislador ha reaccionado introduciendo unos *delitos* específicos, y modificando otros *delitos* existentes.

El *delito de defraudación a la Seguridad Social* (art. 307 CP) ha aparecido con una caracterización similar a los *delitos fiscales*, con los que comparte incluso el Título. Sin embargo, tienen diferencias notables, y así se ha acentuado a partir de la reforma de la LO 7/2012. Este delito parte, como presupuesto, de una *relación jurídica de cotización* entre el *sujeto activo* y la *Seguridad Social*. De tal modo que, sólo ese *sujeto*, sin perjuicio de *extraneus*, puede ser *autor* (*delito especial propio*), si infringe *deberes extrapenales*: *obligaciones de cotización* y de *veracidad* al solicitar las *devoluciones* o las *deducciones*.

El *delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social* (art. 307 ter CP) ha sido introducido con la reforma del año 2012, que tipificó *ex novo* este delito que, hasta entonces había sido reconducido a los tipos de *fraude de subvenciones* (art. 308 CP) y de *estafa* (art. 248 CP). En lo que respecta a la parte subjetiva, y a diferencia del tipo básico, cualquiera puede ser *sujeto activo*, porque se trata de un *delito común*.

II. En el *delito de defraudación a la Seguridad Social* el *sujeto activo* es aquella persona que *defraude no pagando las cuotas* y los *conceptos de recaudación de conjunta*, *obtenga indebidamente las devoluciones*, o *disfrute indebidamente de las deducciones*. Por tanto, el *sujeto responsable* de la infracción penal no puede serlo cualquier persona, sino sólo la que, con arreglo a la legislación especial, goce del vínculo jurídico con la Seguridad Social, y está obligada al pago de las cuotas. De modo habitual, es *sujeto activo* del delito el *empresario*, aunque hay que reconocer a *otros sujetos* que designa la *norma de la Seguridad Social*, que obliga a distinguir entre el *Régimen General* y los *Especiales*.

Si el delito se produce en el seno de una *persona jurídica*, la responsabilidad penal recae en la *persona física* que actúe como directivo, órgano o representante legal o voluntario, y en la *persona jurídica* a tenor de lo fijado en el art. 31 bis y 310 bis CP.

Por la legislación especial, he distinguido *dos tipos*: 1) Los *sujetos obligados a cotizar a la Seguridad Social*: los *trabajadores* y los *empresarios* (art. 141 TRLGSS); 2) El *sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar a la Seguridad Social*, y *obligado a ingresar todas las cuotas*: el *empresario* (art. 142 TRLGSS). Otros *sujetos* pueden resultar *responsables solidarios*, *subsidiarios* o *sucesores mortis causa*

(art. 168 TRLGSS). Sin embargo, en el *Derecho penal*, el *trabajador* no puede ser *sujeto activo*, porque el único *sujeto responsable* de cotizar e ingresar es el *empresario*.

Además, pueden intervenir otros *terceros* como *partícipes*, que *adolecen* de la condición de *sujetos activos*, porque *no* reúnen los *requisitos* previstos en el *tipo penal*, y según su contribución, pueden ser *cooperadores necesarios*, *inductores* o *cómplices*. Entre estos *terceros*, destacan los *expertos* pertenecientes al mundo de la *intermediación bancaria*, *bursátil* o *financiera*, *asesoría fiscal*, que pueden realizar *conductas punibles* en *ejercicio de su profesión*, y que han merecido un estudio particular.

III. En el *delito de fraude en el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social*, el *hecho* de que se *castigue conseguir la prestación para otro* provoca la *ampliación del sujeto activo* a *cualquiera que actúe para facilitar el resultado típico*. Por tanto, estamos más bien ante un *delito común*.

La *redacción* del art. 307 ter: «*para sí o para otro*», permite que sean *autores* no solo los *beneficiarios*, sino también otros *terceros*, incluso, los *empleadores* que *facilitan la obtención fraudulenta de las prestaciones*. Así se permite que *comportamientos* que *materialmente* podrían ser *calificados* como de *simple complicidad*, sean *elevados* a la categoría de *autoría*. A la vez, se quiere dar *respuesta* a los *casos de creación de empresas ficticias* que, a cambio de una cantidad de *dinero*, dan de alta a unos *trabajadores*, a los que después *despiden*, con el *objetivo* de *cobrar una prestación*. El *legislador* ha optado por un *concepto unitario de autoría* en el que las *diferencias* con la *participación* desaparecen, y *cualquiera* puede ser considerado *autor*.

La consecuencia es que, en el caso de *comisión de un delito en el seno de una empresa*, en beneficio de un *trabajador* y con la *participación del empresario*, ambos *responderán* como *autores*. Lo cual, genera *incertidumbre*, al menos, sobre la *extensión* de la *excusa absoluta* al *trabajador* en caso de *regularización* por el *empresario*, y viceversa. Y, además, es *criticable* que se *castigue a ambos autores por igual*, porque es *más grave* la *conducta* de los que *facilitan una estructura empresarial ficticia*.

Por eso, entre mis propuestas, considero que deben *evaluarse* las *posiciones* que pueden adoptarse frente a la *conducta delictiva*. Conviene distinguir entre la *conducta* de quién, de modo anticipado y sin riesgos, *facilita una estructura empresarial ficticia* a cambio de un *gran beneficio*, del resto de los *autores* (falsos *trabajadores*), que, ante una *grave carencia económica*, realizan una «*inversión*» *sin garantías*

de lograr la prestación. Creo que es evidente que existe una *mayor maldad* en el *falso empresario*, por la cual, debería merecer una mayor pena. Por todo ello, he juzgado conveniente ofrecer claridad en los elementos estudiados y, a la vez, ofrecer una serie de propuestas político-criminales para solventar los problemas analizados.

## LEGISLACIÓN

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. BOE-A-1995-25444. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.
- Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. «BOE» núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, páginas 88050 a 88063 (14 págs.). BOE-A-2012-15647. Fecha de consulta: 08/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2012/12/27/7>
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. BOE núm. 103, de 29 de abril de 2010 Referencia: BOE-A-2010-6737. Fecha de consulta: 10/08/2023: <https://www.boe.es/eli/es/l/2010/04/28/10/con>.

## JURISPRUDENCIA

- STS 760/1997, de 18 de noviembre, [ECLI:ES:TS:1997:6898].
- STS 2052/2002, de 11 de diciembre, [ECLI:ES:TS:2002:8300].
- STS 866/2003, de 16 de junio, [ES:TS:2003:4144].
- STS 480/2009, de 22 de mayo, [ES:TS:2009:3057].
- STS 182/2014, 11 de marzo, [ECLI:ES:TS:2014:1013].
- STS 42/2015, de 28 de enero, [ECLI:ES:TS:2015:1582].
- STS 154/2016, de 29 de febrero, [ECLI:ES:TS:2016:613].
- STS 425/2017, de 13 de junio, [ECLI:ES:TS:2017:2360].
- STS 649/2017, de 3 de octubre, [ECLI:ES:TS:2017:3493].
- STS 751/2017, de 23 de noviembre, [ECLI:ES:TS:2017:4214].
- STS 146/2018, de 22 de marzo, [ECLI:ES:TS:2018:969].

- SAP de Valladolid de 31 de mayo de 2003, [ECLI:ES:APVA:2003:929].
- SAP de Zaragoza de 23 de mayo de 2007, [ECLI:ES:APZ:2007:2068].
- SAP de Cádiz 219/2011, de 8 de julio, [ECLI:ES:APCA:2011:570]

## BIBLIOGRAFÍA

- Abascal Junquera, A., «Los nuevos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, núm. 71, 2013, págs. 16-24.
- Adame Martínez, F., *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, Ed. Comares, Granada, 2009.
- Amaya Pilares, M. S., «Lucha contra el fraude con especial incidencia en la actuación del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social», en L. ORTIZ (dir.), *Sostenibilidad y lucha contra el fraude en la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- Arruebo Lafuente, I., «Comentarios al artículo 307 ter del Código Penal introducido por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE del 28), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social», en J. J. Camino Frías (coord.), *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013.
- Ayala Gómez, I., «Observaciones críticas sobre el delito social», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 6, 1983.
- Bacigalupo Saggese, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AAVV., *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. *Delitos contra la Hacienda Pública*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- *Derecho penal económico*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edición, Madrid, 2010.
- Barceló Moyano, M., «El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social: Aplicación práctica y cuestiones problemáticas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 50, 2018.

- Boix Reig, J. y Grima Lizandra, V., «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en J. Boix Reig (dir.), *Derecho penal parte especial*, vol. II, *Delitos económicos*, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2020.
- Brandariz García, J. A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Universida de Da Coruña, Facultad de Derecho, 1998, págs. 571-573.
- *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Bustos Rubio, M., «El delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter CP)», en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los Derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 189 y ss.
- *La regularización en delito de defraudación a la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 2015.
- *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Bustos Rubio, M. y Gómez Pavón, P., «La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido», *Revista Penal de México*, núm. 10, 2016, págs. 9-24.
- Cámara Arroyo, S., «Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática», en D. Fernández Bermejo y C. Mallada Fernández (dirs.), *Delincuencia Económica*, Aranzadi, Navarra, 2018.
- Cárcamo Riguetti, A., «La frontera entre el Derecho penal y la Infracción administrativa: una delimitación discrecional entregada a la política legislativa», *Revista Ius et Praxis*, Talca, Chile, 2023, págs. 66-85.
- Chazarra Quinto, M. A., *Delitos contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «Un nuevo tratamiento de la participación delictiva en el artículo 307 ter del Código Penal», *La Ley Penal*, núm. 127, 2017.
- Cobo del Rosal, M., «II. Principios informativos del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de derecho», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Sinopsis de derecho penal. Parte general: libro de estudio*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 37-68.

- Corcoy Bidasolo, M., «¿Siguen vigentes los principios limitadores del Derecho penal?», *Actas del III Congreso Internacional de la FICP*, Alcalá de Henares, Madrid, septiembre de 2022, págs. 1-13.
- De Vicente Martínez, R., «Derecho Penal de la Seguridad Social», *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 101-116.
- «Entre la vocación legiferante de los tribunales y las torpezas del legislador: como por ejemplo en los delitos contra la Seguridad Social», en AA.VV., *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.
- «Defraudación a la Seguridad Social», en J. Boix Reig (dir.); P. Lloria García (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- «Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social», en E. Demetrio Crepo (dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer, Madrid, 2014.
- *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Díaz Morgado, D., «Delitos contra la Seguridad Social (arts. 307-307 ter)», en M. Corcoy Bidasolo y V. Gómez Martín (dirs.), *Manual de Derecho penal, económico y de empresa*, tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Dópico Gómez-Aller, J., «Artículo 307 ter», en M. L. Cuerda Arnau (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 2014.
- Fernández Bermejo, D., «Lección 20ª: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en M. D. Serrano Tárraga, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 700-710.
- Ferré Olivé, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Gómez Pavón, P., «El delito de defraudación a la Seguridad Social (artículo 307 CP)», en AA.VV., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015.

- Gómez Verdesoto, M., «La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 15, 1998.
- González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Hernández Carande, J., «Delito de fraude en el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social. Art. 307 ter CP», en A. Liñán Lafuente, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 512-526.
- Herranz Saurí, T., «El nuevo delito del artículo 307 del Código Penal», *Jornada de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos*, Centro de Estudios Jurídicos, 20 y 21 junio 2013. En la web del CEJ o en la de la FGE (fiscal.es).
- Iglesias Río, M. A., «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en F. J. Álvarez García (dir.), J. Dopico Gómez-Aller (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Ignacio Anitua, G., «Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho», en I. Rivera Beiras, *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Madrid, 2005, págs. 289-302.
- Ijalba Pérez, J., «El bien jurídico en los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 69, Aranzadi, 2023, págs. 87-109.
- «La evolución normativa de los delitos contra la Seguridad Social», *Revista Proceso y Derecho Penal*, núm. 72, 2023 (pro manuscrito).
- Lozano Ortiz, J. C., «Aspectos penales de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 104, 2013.
- «El nuevo delito contra la Seguridad Social», en J. J. Camino Frías (coord.), *Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013.
- Luzón Cánovas, A., «Artículo 438», en M. L. Cuerda Arnau (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 2732.
- Madrid Yagüe, P., «La problemática en torno al delito contra la Seguridad Social y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 91, septiembre-octubre, 1998, págs. 747-761.

- Martínez-Buján Pérez, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2019.
- Martínez Lucas, J. A., «El nuevo delito contra la Seguridad Social», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIX, fascículo I, enero-abril, 1996, págs. 159-186.
- *El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal, criterios jurisprudenciales*, Ed. Práctica de Derecho S. L., Valencia, 2002.
- Merino Jara, I., *Infracciones tributarias y delitos fiscales. Perspectiva administrativa y penal*, Bosch, Madrid, 2022.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, 10ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2015.
- Morales Prats, F., «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en G. Quintero Olivares (dir.), F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Moreno Márquez, A. M., «Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código Penal», *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 37, 1995.
- Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex/Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Madrid, 2001.
- Nieto Martín, A., «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando», en M. C. Gómez Rivero (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- Ollé Sesé, M., «Capítulo XVIII», en A. Liñán Lafuente, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 469-511.
- Pérez Manzano, M. y Mercader Uguina, J. R., «El delito de defraudación a la Seguridad Social», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XVIII, Ed. De Derecho Reunidas EDESA, Madrid, 1997.
- Rodríguez López, P., *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

- Sánchez Pedroche, J. A., *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*, Ed. CEF, Madrid, 2007.
- Terradillos Basoco, J., «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)», en F. J. Álvarez García (dir.), y J. Dopico Gómez-Aller (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Terradillos Basoco, J. y Boza Martínez, D., *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017.
- Valle Muñiz, J.M., «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995.
- «La criminalización del fraude a la Seguridad Social», en AA.VV., *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.



LA LEY 7/2023, DE 28 DE MARZO,  
DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
Y EL BIENESTAR DE LOS ANIMALES:  
ANÁLISIS Y CARENCIAS

LAW 7/2023, OF 28 MARCH, ABOUT PROTECTION OF ANIMAL  
RIGHTS AND WELFARE: ANALYSIS AND SHORTCOMINGS

Jorge Antonio Jiménez Carrero

Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Europea de Madrid

**Sumario:** *1. La situación jurídica en España antes de la Ley 7/2023, de 28 de marzo. 1.1. La Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia. 1.2. La Ordenanza Municipal para la protección y tenencia de animales de A Coruña. 2. Análisis de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. 3. Una necesaria propuesta de reforma ante una norma positiva pero insuficiente. 3.1. La famosa enmienda que excluye a los perros de caza. 3.2. Algunos apuntes sobre el procedimiento sancionador de la Ley 7/2023. 3.3. En busca de una mayor eficacia en la planificación de las políticas públicas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía*

**Resumen:** En el presente trabajo se estudia el contenido más relevante de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, que entrará en vigor el 29 de septiembre de 2023. Posteriormente, se analizan tres carencias detectadas en la redacción y que entendemos deben ser tenidas en cuenta para una futura reforma de la norma: la inclusión de los perros de caza, una nueva configuración del procedimiento sancionador y la adopción de medidas concretas que permitan una eficaz coordinación entre la Ad-

ministración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales, de acuerdo con el carácter de legislación básica que tiene la Ley 7/2023.

**Palabras clave:** Ley 7/2023, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, exclusión perros de caza, procedimiento sancionador, coordinación administrativa

**Abstract:** In this work, the most relevant content of Law 7/2023, of March 28, on the protection of the rights and welfare of animals, which will come into force on September 29, 2023, is studied. Subsequently, three deficiencies detected in the wording and that we understand should be considered for a future reform of the norm: the inclusion of hunting dogs, a new configuration of the sanctioning procedure and the adoption of specific measures that allow effective coordination between the General Administration of the State, the Autonomous Communities, and local entities, in accordance with the nature of basic legislation that Law 7/2023 has.

**Keywords:** Law 7/2023, on the protection of the rights and welfare of animals, exclusion of hunting dogs, sanctioning procedure, administrative coordination

## 1. LA SITUACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA ANTES DE LA LEY 7/2023, DE 28 DE MARZO

Antes de adentrarnos en el análisis de la situación previa a la entrada en vigor de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, hemos de partir de la siguiente base: en el contexto del presente trabajo, nos referimos a normativa animal que está encaminada a regular la forma en la que las personas debemos actuar para con los animales, es decir, lo que pretendemos aclarar es que no nos encontramos en el marco regulatorio tendente a garantizar una suerte de bienestar animal para aquellos que el ser humano destina a ser consumidos como alimento, o en otro tipo de procesos, como la experimentación animal.

Al hilo de lo mencionado anteriormente, la Ley 7/2023 se encarga también de dejar esto claro desde el principio. Así, en su preámbulo, señala:

«El principal objetivo de esta ley no es tanto el garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen, sino el regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad. Por tanto, no regula a los animales como un elemento más dentro de nuestra actividad económica a los que se deban unas condiciones por su capacidad de sentir, sino que

regula nuestro comportamiento hacia ellos como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia».

En relación con la heterogénea normativa previa a la norma estatal de 2023, también se hace referencia a esta situación en la propia Ley 7/2023:

«Así, las diferentes comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla han elaborado, en sus respectivos ámbitos territoriales, un conjunto heterogéneo de normas relativas a la protección y bienestar animal, que recogen, con diferente alcance, pautas de comportamiento hacia los animales [...]

Por su parte, las administraciones locales [...] afrontan sin ambages la problemática que, directa e indirectamente, conlleva el abandono animal, en el marco del ejercicio de las competencias en materia de medioambiente y protección de la salubridad pública en los términos previstos en la legislación autonómica».

A título de ejemplo, comentaremos un par de normas: una de rango autonómico y otra de ámbito local.

### **1.1. La Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia**

Podemos decir que esta norma autonómica comparte el ámbito de aplicación de la ley estatal, lógicamente, circunscrita a la región gallega. De esta manera, el art. 1 aclara que el contenido de esta va dirigido a:

«...los animales de compañía, incluyendo a los silvestres mantenidos en cautividad con fines distintos de los productivos...»

Efectivamente, prosigue la norma gallega reconociendo lo que la Unión Europea ya reconoció en el vigente Tratado de Lisboa, esto es, la categoría de los animales como seres sintientes, y, por lo tanto, merecedores de un trato respetuoso y acorde a esa sintiencia. De esta manera, el art. 3 de la Ley habla de «*seres vivos dotados de sensibilidad física y psíquica*».

Resulta también conveniente traer a colación el art. 7 de la Ley gallega, ya que establece con meridiana claridad las obligaciones que las personas responsables de un animal tienen hacia este, entre otras: mantener sus necesidades de alimentación y agua, alojamiento adecuado, revisiones veterinarias, la posibilidad de tener acceso a un adecuado ejercicio físico, etc.

Lógicamente, aunque pudiera inferirse del espíritu de la normativa, la misma prefiere hacer una mención explícita a las conductas

reprochables que quedan prohibidas: maltrato, abandono, no mantener a los animales en las condiciones adecuadas para su correcto desarrollo, realizar mutilaciones innecesarias, utilizarles en peleas o cualquier actividad que conlleve sufrimiento, etc. (art. 9).

También conviene destacar la competencia local a la hora de rescatar animales domésticos abandonados o extraviados, y más aún, la voluntad del legislador de hacer partícipes a los ciudadanos en estas tareas cuando nos encontremos en una situación de urgencia. Así, el apartado 6 del art. 22 señala:

«...en situaciones de emergencia que pudieran comprometer el bienestar de los animales, los ciudadanos y ciudadanas podrán realizar la recogida de modo puntual y desinteresado de un animal vagabundo o extraviado hasta su entrega final o puesta a disposición del centro de recogida autorizado que la autoridad competente determine».

El Título VI de la Ley también merece nuestra atención, en tanto en cuanto implica el afán del legislador autonómico, en el sentido de ir más allá de buscar la mera protección de los animales, ya que se ocupa y se preocupa por llevar a cabo una labor educativa y formativa en relación con el tema tratado (art. 32).

Finalmente, la normativa autonómica contempla su propio cuadro de infracciones y sanciones. Así, el art. 38 recoge los hechos que constituirían infracciones leves, entre otras: regalo de animales de compañía, exhibición de animales de compañía en escaparates, no mantenimiento de unas condiciones físicas y psíquicas adecuadas (alimentación, higiene, etc., y siempre que la conducta no pueda ser considerada como grave), transporte inadecuado de los animales, etc.

En este orden de ideas, el art. 39 recoge las infracciones graves, tales como: maltrato causante de dolor, lesiones o sufrimiento no irreversible, la no identificación de los animales cuando fuere obligatoria, no ofrecer a los animales tratamiento veterinario para acabar con su sufrimiento, utilización de herramientas destinadas a la inmovilización de animales que les produzca dolor, daños, sufrimiento o estrés. También el abandono está tipificado como infracción grave, así como la utilización de animales para el trabajo o como reclamo para actividades de mendicidad.

Finalmente, se considerarán infracciones muy graves<sup>1</sup>, entre otras: el maltrato (cuando este cause la muerte o lesiones irreversibles), ce-

---

<sup>1</sup> Las sanciones, en función de los distintos grados, y de acuerdo con el art. 41 de la Ley, serían:

—Para las infracciones leves, de 100 a 500 euros.

lebración de peleas o actividades que impliquen maltrato, las mutilaciones injustificadas, educar a los animales a fin de forjar en ellos un carácter agresivo y violento, o disparar dolosamente a los animales.

## **1.2. La Ordenanza Municipal para la protección y tenencia de animales de A Coruña**

Manteniéndonos en la misma autonomía española, procederemos ahora a revisar, siquiera de forma sucinta, la ordenanza municipal de la ciudad coruñesa. La primera observación que hemos de constatar es que la ordenanza vigente data de 1997<sup>2</sup>, por lo que presuponemos que, en tanto en cuanto no ha sido sustituida por otra ordenanza, la misma se adecua a la Ley autonómica de 2017.

Es cierto que esta ordenanza abarca un campo de actuación más amplio que el definido en la norma estatal, en la medida en que abarca no solo a los animales domésticos o de compañía, sino también a «los utilizados con fines deportivos y lucrativos», elemento que queda excluido de la Ley 7/2023 de 28 de marzo.

En lo que respecta al contenido de la ordenanza, se observa la necesaria sinergia entre esta y la norma autonómica. Así, por ejemplo, el texto local también recoge la competencia del Ayuntamiento a la hora de ocuparse de los animales abandonados. Es cierto que, en algunos puntos, y por razones temporales obvias, encontramos la norma estatal de 2023 más avanzada que la norma local que estamos estudiando. Por ejemplo, en la ordenanza se habla abiertamente de la utilización de perros para la vigilancia de solares:

«Las personas que utilicen perros para la vigilancia de solares, obras o cualquier otra propiedad, les deberán procurar alimento, alojamiento, espacio y curas adecuadas, además de tenerlos debidamente censados e identificados».

Por su parte, la Ley 7/2023, de 28 de marzo, no recoge de forma explícita la utilización de perros para trabajos de vigilancia, aunque de forma más amplia abarca lo que el legislador llama «animales de compañía en espacios abiertos». Como podemos apreciar, la redacción es muy diferente entre una y otra normativa, lo que evidencia la creciente sensibilidad hacia los animales que ha surgido en los últimos años. Así, mientras la norma de 1997 habla sin tapujos de utilizar

---

– Para las infracciones graves, de 501 a 5.000 euros.

– Para las infracciones muy graves, 5.001 a 30.000 euros.

<sup>2</sup> Vid. BOP n° 143 de 24/6/1997.

perros para labores de vigilancia, la norma estatal de 2023, en su art. 28, habla de «*animales de compañía que deban alojarse en espacios abiertos*».

## 2. ANÁLISIS DE LA LEY 7/2023, DE 28 DE MARZO, DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y EL BIENESTAR DE LOS ANIMALES

Como decíamos, hemos de partir de la heterogeneidad normativa vinculada a la región o autonomía en cuestión. De esta manera, uno de los objetivos de esta Ley 7/2023 radica en la armonización de toda esa normativa regional y local, justificando:

«la necesidad de dotar de coherencia al régimen jurídico de la protección de los animales en nuestro país, fijando un mínimo común de derechos y obligaciones con los animales con independencia del territorio...»

La categorización de esta norma estatal la encontramos en la Disposición final 6<sup>a</sup>, que la identifica como legislación básica<sup>3/4</sup>, aunque exceptuando algunos artículos de la mencionada ley. Así, los siguientes artículos quedan excluidos del carácter básico:

- Apartados 1 y 2 del art. 55, y el art. 57 (competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil);
- Apartados 3, 4, 5 y 6 del art. 55 y apartados 1, 2, 7 y 9 del art. 58 (competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil);
- Art. 61 (competencia exclusiva del Estado en materia de régimen aduanero y arancelario);
- Art. 21 (competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública);

---

<sup>3</sup> Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, la legislación básica es aquella «*que se limita a regular los aspectos principales o esenciales de la materia que trata, dejando espacio regulatorio para ulteriores normas de desarrollo*».

Vid. DPEJ: Legislación básica (en línea): <https://dpej.rae.es/lema/legislaci%C3%B3n-b%C3%A1sica> (consulta de 13 de septiembre de 2023).

<sup>4</sup> Igualmente, «*las leyes básicas o normas básicas son aquellas dictadas por el Estado dentro del ámbito de las competencias que le confiere el art. 149 CE, y que tienen que recoger sólo el núcleo de una materia, a fin de que luego pueda ser objeto de desarrollo por las Comunidades Autónomas*». Vid. Diccionario Jurídico (Edición coordinada por Juan Manuel Fernández Martínez), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 6<sup>a</sup> edición, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 439.

- Igualmente, carecen de carácter básico los arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 33.3 y 58.5 y 58.6.

Atendiendo al articulado de la Ley 7/2023, el objeto se centra en dos tipologías de animales: de compañía y los silvestres en cautividad. Además, se habla en el apartado 2 del art. 1 de la expresión «derechos de los animales», lo cual da buena muestra del enfoque vanguardista que impregna a la norma:

«Se entiende por derechos de los animales su derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes, y con las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las personas...»

Sin lugar a duda, la redacción final del apartado 3 del art. 1 ha supuesto una gran polémica entre los defensores de los animales, en tanto en cuanto excluye del ámbito de aplicación de la ley a, entre otros, los «*perros de caza, rehalas y animales auxiliares de caza*», así como a los animales utilizados en espectáculos taurinos<sup>5</sup>.

Como bien señala el preámbulo, el Título I «*establece mecanismos administrativos orientados al fomento de la protección animal*». Así, se crea el Consejo Estatal de Protección Animal, un órgano colegiado y consultivo. En esencia, su función consiste en llevar a cabo una monitorización de la protección de los derechos de los animales, así como velar por la aplicación de la ley, poniendo énfasis en el abandono y su cuidado de forma diligente<sup>6/7</sup>.

Merece la pena traer a colación y centrarnos en el Capítulo IV del Título I, en la medida en que recoge las políticas públicas de protección animal. Concretamente, se refiere dicho capítulo al Plan Estatal de Protección Animal, que creemos acertado en tanto en cuanto permite planificar cuál deber la actuación para los próximos tres años

---

<sup>5</sup> También quedan fuera del ámbito de aplicación los animales de producción, los utilizados en experimentación, los animales silvestres que no estén en cautividad, y algunos animales destinados a actividades deportivas (aves para la cetrería) o profesionales (perros de la Guardia Civil).

<sup>6</sup> En este orden de ideas, también se crea el Comité Científico y Técnico para la Protección y Derechos de los Animales, con funciones de asesoramiento y siendo dependiente del Consejo Estatal de Protección Animal.

<sup>7</sup> También se crea el Sistema Central de Registros para la Protección Animal, cuyo objetivo es coordinar los registros autonómicos, y servir de ayuda a las administraciones públicas. El Sistema Central estará compuesto por:

- Registro de Entidades de Protección Animal;
- Registro de Profesionales de Comportamiento Animal;
- Registro de Animales de Compañía;
- Registro de Núcleos Zoológicos de Animales de Compañía;
- Registro de Criadores de Animales de Compañía.

(art. 17). El objetivo principal del PEPA es el de «*erradicar de nuestra sociedad al maltrato animal*».

En este orden de ideas, es necesario también comentar lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la norma, ya que se esclarece la competencia municipal a la hora de recoger animales «*extraviados y abandonados*» para proceder a alojarlos en un centro público de protección animal. Además, señala la obligación para los entes locales de contar con un servicio de urgencia para la atención veterinaria de los animales rescatados, durante las 24 horas. Entre las funciones de estos centros públicos de protección animal encontramos la obligatoria identificación de los animales, esterilización de perros, gatos y hurones, fomentar la adopción diligente, o entregar los animales en adopción previa firma de un contrato de adopción.

El Título II de la Ley 7/2023 comienza estableciendo dos grandes bloques, lo cual ayuda a clarificar de entrada el comportamiento esperado y deseable por parte de las personas hacia los animales. Por un lado, nos habla de obligaciones generales respecto a los animales que son objeto de la norma (de compañía y silvestres en cautividad), y por otro lado, nos habla de prohibiciones generales.

Así, sin ánimo de citar todas las obligaciones generales (art. 24) y prohibiciones generales (art. 25), podemos destacar como obligaciones generales las siguientes: tratarlos de acuerdo con su sintiencia, proporcionarles unas condiciones de vida dignas, evitarles sufrimiento o maltrato, proporcionarles la atención veterinaria necesaria, mantenerlos vigilados y no dejarles dentro de vehículos cerrados de tal forma que se pueda producir un daño en su integridad física o perder su propia vida.

Por citar algunas prohibiciones generales, podemos traer a colación: causarles maltrato, sufrimiento, abandono, utilización en espectáculos que les cause estrés o dolor, obligarles a trabajar inadecuadamente o por un tiempo excesivo, utilizarlos como reclamo publicitario, o usarlos como recompensa o premio, así como utilizarlos para peleas o limitar su movilidad de forma antinatural y perjudicial.

Tras estas primeras generalidades, cristalizadas en los mencionados arts. 24 y 25, el Capítulo II del Título II se centra únicamente en los animales de compañía. En este sentido, junto con las obligaciones «clásicas» que podemos prever, es necesario mencionar un par de ellas que entendemos que demuestran ese avance político y de concienciación en lo que se refiere a los derechos animales: resulta una obligación mantener a los animales de compañía integrados en el núcleo familiar, haciendo ver que pueden considerarse un miembro más

de la familia. Por otro lado, se habla en el art. 26 h) de una formación que habrá que aprobar para la tenencia responsable de los animales, novedad de gran calado en la primera ley de bienestar animal a nivel estatal.

En cuanto a las prohibiciones relativas a los animales de compañía, lógicamente se prohíbe su sacrificio (salvo excepciones), mutilaciones, utilización en peleas, ausencia de vigilancia, atarles a vehículos en movimiento, no atender durante más de tres días al animal (veinticuatro horas, si hablamos de perros), actuaciones tendentes a modificar la genética del animal que impacten sobre su salud, vender perros, gatos o hurones en tiendas de animales o consumirles como alimento, entre otras.

El art. 28 de la nueva Ley 7/2023 nos genera cierta incertidumbre, ya que habla de animales de compañía «*que deban alojarse en espacios abiertos*». La pregunta que nos nace sería: ¿Por qué deben alojarse en espacios abiertos?

Hemos de recordar que de acuerdo con el art. 3, por animal de compañía se entiende a cualquier animal doméstico o silvestre en cautividad, siendo en todo caso considerados animales de compañía a perros, gatos y hurones. Si leemos dicho art. 28 en consonancia con el art. 26, que nos hablaba sobre la obligación de mantenerles integrados en el núcleo familiar, podemos afirmar que este precepto adolece de cierta incongruencia.

En cualquier caso, lo que sí es correcto afirmar es que, para aquellos animales de compañía que deban alojarse en espacios abiertos, se deben tomar una serie de medidas que aseguren su bienestar: evitar que estén expuestos de forma directa al sol, lluvia o frío; asegurar que los espacios abiertos sean de dimensión apropiada para el animal y que tengan bebida y alimento adecuado, así como mantener una correcta higiene del espacio abierto.

En el contexto del Título II, es preciso destacar algunos puntos que vuelven a evidenciar la evolución de la sensibilidad social en relación con los animales, y la ganancia de nuevos espacios o derechos para ellos:

- La posibilidad de acceso de los animales de compañía a medios de transporte, tanto públicos como privados<sup>8</sup>;

---

<sup>8</sup> El art. 29 dice que los transportes «facilitarán la entrada de animales de compañía».

- La posibilidad de acceso de los animales de compañía a establecimientos públicos y privados<sup>9</sup>;
- La obligación de realizar un curso formativo para la tenencia de perros, así como la de contratar un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros;
- Se prevé un papel protagónico de la Administración Pública a la hora de fomentar la convivencia responsable con animales, utilizando para este fomento campañas para la protección y adopción de animales de compañía;
- El art. 34 establece una regla fundamental a la hora de limitar la tenencia de un animal de compañía en virtud del llamado listado positivo de animales de compañía, ya que concreta los animales que pueden ejercer este rol, entre otros, y principalmente: perros, gatos y hurones, los considerados animales domésticos (Ley 8/2003 de 24 de abril, de Sanidad Animal), algunas especies silvestres (que quedarán contempladas en el listado positivo de animales de compañía), animales de producción que ya no tengan ese destino y el responsable los inscriba como animal de compañía, y finalmente, aves de cetrería o animales de acuario<sup>10</sup>.
- En cuanto a la problemática de las colonias felinas, la Ley 7/2023 se encarga de aclarar que la gestión y control poblacional de las llamadas colonias felinas recae sobre la Administración local, que deberá identificar y esterilizar a dichos gatos comunitarios, *«con el fin de reducir progresivamente su población manteniendo su protección como animales de compañía»* (art. 38.1). Si bien es cierto que, salvo que la normativa autonómica diga otra cosa, la competencia para la gestión de colonias felinas recae sobre el municipio, resulta conveniente aclarar que la Administración local no es la única implicada en este problema, a pesar de que, lógicamente, ostenta el mayor porcentaje de responsabilidad. Nos estamos refiriendo a que la Ley 7/2023 pretende vincular a la ciudadanía con esta situación. Así, el art. 41 de la Ley menciona que los ciudadanos que tengan una cierta proximidad con alguna colonia felina deberán mostrar una actitud de respeto hacia los gatos comunitarios, y del mis-

---

<sup>9</sup> En relación con los establecimientos, la normativa dice que «podrán facilitar la entrada», debiendo indicar el establecimiento su política de no admisión, si fuere el caso.

<sup>10</sup> Siempre que no estén incluidas en el catálogo de especies exóticas invasoras o especies silvestres protegidas.

mo modo, los ciudadanos que tengan perros como animales de compañía, deberán evitar que estos puedan impactar de forma negativa sobre dichas colonias.

Finalmente, el Capítulo VII del Título II establece una aclaratoria clasificación sobre los diferentes tipos de Entidades de Protección Animal que pueden operar en el marco de la Ley 7/2023 y que habrán de ser inscritas en el Registro de entidades de protección animal, atendiendo a su naturaleza:

- a) Entidades tipo RAC (art. 44 Ley 7/2023): Se encargan de rescatar, rehabilitar y buscar adoptantes para la posible adopción de un animal de compañía abandonado o maltratado.
- b) Entidades tipo RAD (art. 45 Ley 7/2023): Se ocupan de rescatar y rehabilitar animales de producción que han dejado de tener o no tienen como objetivo su comercialización.
- c) Entidades tipo RAS (art. 46 Ley 7/2023): Se encargan de rescatar y rehabilitar animales silvestres «*procedentes de cautividad*».
- d) Entidades tipo GCOF (art. 47 Ley 7/2023): Su misión es colaborar con la Administración en el control de las colonias felinas.
- e) Entidades tipo DEF (art. 48 Ley 7/2023): Su objetivo versa sobre la «*concienciación, promoción de la adopción y defensa jurídica de los animales*».

Los arts. 51 a 61 (Título III) están dedicados a la cría, comercio, identificación, transmisión y transporte de animales de compañía. Cabe destacar en relación con los mismos la identificación inicial de los animales de compañía, que deberán estar a nombre de un criador debidamente registrado, una entidad de protección animal o bien una Administración Pública.

A continuación, la Ley 7/2023 nos da una serie de animales de compañía que deben ser identificados de forma obligatoria mediante microchip (perros, gatos y hurones), mientras que las aves quedarán identificadas por el mecanismo de anillado. Sobra decir también que resulta obligatoria su inscripción en cada registro autonómico (apartado 2 del art. 51).

En relación con el listado positivo de animales de compañía, aclara la norma que la cría o transmisión (de la titularidad) de animales no incluidos en este listado, queda totalmente vedada. Por otro lado, para poder llevar a cabo la actividad de cría de animales de compañía, resultará un requisito indispensable que la persona esté inscrita en el Registro de Criadores. Al igual que para la tenencia de perros,

las personas que deseen dedicarse a la cría de animales tendrán que superar un curso formativo<sup>11</sup>, que variará en función de qué tipo de animal pretenda criar.

En cuanto a la venta de animales de compañía, ésta únicamente se podrá realizar de forma directa por el criador/a registrado «*sin la intervención de intermediarios*» (art. 55). Igualmente, queda prohibida la venta de animales de compañía por internet o medios telemáticos (art. 57).

Por su parte, el art. 58 resulta esclarecedor en cuanto a la adopción de animales de compañía, ya que indica que la misma solamente se puede realizar a través de centros públicos de protección animal o entidades de protección animal<sup>12</sup>.

En este orden de ideas, merece especial atención el Título IV (Empleo de animales en actividades culturales y festivas), ya que, recordemos, de acuerdo con el apartado 3 del art. 1 de la norma quedan excluidos del ámbito de aplicación los animales utilizados en espectáculos taurinos<sup>13</sup>.

Teniendo esto en consideración, la norma de 2023 se refiere a la utilización de animales en filmaciones de cine o televisión, su uso en ferias, concursos o exposiciones, y participación en romerías, bebenes, cabalgatas o procesiones. Para el primer caso, cuando estemos ante la realización de una escena televisiva o de cine en la que se pretenda escenificar una situación de maltrato, crueldad o muerte, esta ha de hacerse de manera simulada, sin que la misma implique un «*estrés extremo ni esfuerzo físico desmedido*» para los animales, evitando cualquier daño al animal.

En relación con los animales que participen en ferias, exposiciones y concursos, se deberán cumplir algunas medidas mínimas, entre

---

<sup>11</sup> Esta formación se desarrollará y especificará de forma reglamentaria.

<sup>12</sup> Igualmente, se firmará un contrato de adopción y se entregará al animal adoptado esterilizado, o con un compromiso de ser esterilizado en el futuro, cuando la edad del animal lo aconseje. Resulta pertinente mencionar que mientras para la venta de animales de compañía no se permite intermediación, no es así para la adopción. Así, el apartado 5 del art. 58:

«*En aquellos supuestos en los que la adopción se realice mediante la intermediación de un establecimiento comercial no se permitirá la permanencia y pernoctación de los animales en sus instalaciones*».

<sup>13</sup> La normativa estatal de 2023 se remite a los arts. 2 y 10 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos: corridas de toros/novillos, así como festejos taurinos realizados en plazas o en otros lugares públicos.

Igualmente, toreo de rejones, los festivales taurinos con intención benéfica, las becerradas, toreo cómico y otros espectáculos taurinos.

otras: estar provistos de agua y alimento, contar con la ayuda de una persona veterinaria, estar en espacios idóneos de acuerdo con su tamaño, y si se trata de aves para la exhibición de vuelo, que su espacio quede aislado de luz y sonido.

Finalmente, para eventos de romería, belenes, cabalgatas, procesiones, etc., los animales deben disponer de una buena salud física y se les ha de proporcionar descanso cuando lo necesiten. Lo que queda terminantemente prohibido es:

- La utilización de animales «*en atracciones mecánicas o carruseles de feria*» (art. 65.4);
- La utilización de animales en exposiciones de belenes, cabalgatas o procesiones cuando se pretenda tener al animal inmovilizado o de manera no compatible con su bienestar;
- La utilización de animales en romerías y eventos feriado cuando haya una temperatura alta y/o se utilicen en dicho evento objetos pirotécnicos.

La Ley 7/2023 cierra su articulado con los Títulos V y VI, relativos a la función inspectora y al régimen sancionador. En primer término, la Administración territorial competente para ejercer esta labor inspectora serán las Comunidades Autónomas y los entes locales. No obstante, la Administración del Estado, de forma excepcional, puede comunicarse con la autoridad autonómica o local a fin de incitarle a que ejerza dicha labor inspectora «*cuando tenga conocimiento de situaciones de maltrato o desprotección animal o cuando la situación de posible maltrato afecte a más de una comunidad autónoma...*» (art. 66.2).

Como ya es tradicional en el ordenamiento jurídico español, y en lo que se refiere a la clasificación de las infracciones, la Ley 7/2023 no es una excepción, y las cataloga como leves, graves y muy graves.

Grosso modo, y siguiendo lo establecido en los arts. 73, 74 y 75, las infracciones leves implican una «inobservancia» pero sin llegar a producir perjuicios físicos ni impactos negativos en el comportamiento de los animales. Por su lado, una infracción grave vendrá delimitada por el cometimiento de una infracción que suponga sufrimiento o daño al animal, sin llegar a causar un resultado de muerte o de secuelas graves. Finalmente, las infracciones muy graves serán (art. 75):

- Incumplimiento de la norma cuando ello implique la muerte del animal, si no fuere delito;
- Eutanasia de animales a través de medios inapropiados o realizada por personas sin formación para llevarla a cabo;

- Utilización de animales para peleas;
- Consumir animales de compañía;
- Matar a gatos de colonias felinas sin autorización;
- Criar, exponer o comerciar con animales sin autorización, así como vender perros, gatos y hurones en tiendas de animales;
- Utilizar animales en actividades para las que no se permite su uso, como, por ejemplo, atracciones mecánicas;
- Utilizar la selección genética de animales de compañía que suponga un perjuicio para su salud.

En cuanto a las sanciones, la multa puede ser de 500 a 10.000 euros para las infracciones leves, de 10.001 euros a 50.000 euros para las infracciones graves, y de 50.001 a 200.000 euros para las infracciones muy graves (art. 76)<sup>14</sup>. Habida cuenta del amplio margen económico para cada tipo de infracción, en el ejercicio de graduación de las sanciones habrán de considerarse algunas circunstancias: daño sufrido por el animal, grado de culpabilidad, si ha habido intencionalidad, imprudencia o negligencia, o el ánimo de lucro. También la reiteración en la conducta, la falta de colaboración, el cese de la actividad antes o mientras se tramita el expediente sancionador y si se ha ejercido violencia contra los animales a la vista de personas vulnerables, como menores de edad (art. 78).

### 3. UNA NECESARIA PROPUESTA DE REFORMA ANTE UNA NORMA POSITIVA PERO INSUFICIENTE

#### 3.1. La famosa enmienda que excluye a los perros de caza

*Prima facie*, no nos cabe duda de que podemos afirmar con cierta satisfacción que la Ley 7/2023 de 28 de marzo, supone un avance notable en la protección animal en España. Lógicamente quedan algunos puntos que históricamente han sido y son objetivos de la corriente social y académica en favor de los derechos de los animales, como la tauromaquia, declarada en la actualidad patrimonio cultural, y que queda excluida de la mencionada Ley (art. 1. 3 a).

---

<sup>14</sup> También es posible que la multa implique la imposición de una medida accesoria, tales como: intervención de los animales, retirada de armas, comiso de bienes, suspensión de licencias, clausura de locales o inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con animales, así como la tenencia de animales, entre otras (art. 77).

No obstante, como sabemos, a lo largo de la tramitación de la Ley 7/2023 hubo un punto de inflexión en relación con los perros de caza, rehalas y demás. Originariamente la norma preveía su aplicación también a esta categoría de animales, pero el 13 de septiembre de 2022<sup>15/16</sup> el grupo parlamentario socialista presentó, entre otras, la enmienda que excluía a los perros de caza del ámbito de aplicación normativo, y que ha tenido su reflejo definitivo en el art. 1, apartado 3 e).

Este movimiento, que fue acogido con satisfacción por parte de la Real Federación Española de Caza<sup>17</sup>, supuso, sin lugar a duda, un retroceso importante para una normativa que se presentaba como ambiciosa.

Esta exclusión supone, a nuestro juicio, un sinsentido y una «carambola jurídica», si se nos permite la expresión, ya que significa tanto como establecer que un perro estará protegido o no en función de si su propietario es un cazador o una persona no cazadora. Además, como veremos más adelante, precisamente los perros de caza son los que más protección necesitan.

Esta incongruencia se refleja, además, en el propio articulado de la Ley 7/2023, que en algunos puntos resulta especialmente confusa y desordenada. Nos estamos refiriendo al apartado 1 del art. 1 y al apartado i) del art. 3. De entrada, el art. 1 nos aclara que el ámbito de aplicación queda circunscrito a los animales de compañía y silvestres en cautividad. Sin embargo, cuando acudimos al art. 3 (definiciones), encontramos en su apartado i) una redacción deficiente y confusa:

«Animal utilizado en actividades específicas: aquellos animales de compañía que se dedican a una actividad o cometido concreto, como

---

<sup>15</sup> Vid. GALAUP, L.: «El PSOE registra una enmienda para evitar que la Ley de Bienestar Animal se aplique a los perros de caza» en elDiario.es, 13 de septiembre de 2022, (en línea): [https://www.eldiario.es/sociedad/psoe-registra-enmienda-evitar-ley-bienestar-animal-aplique-perros-caza\\_1\\_9312587.html](https://www.eldiario.es/sociedad/psoe-registra-enmienda-evitar-ley-bienestar-animal-aplique-perros-caza_1_9312587.html) (consulta de 19 de septiembre de 2023).

<sup>16</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados: Serie A, Proyectos de Ley, de 18 de enero de 2023, p. 6 (en línea): [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-117-5.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-117-5.PDF) (consulta de 19 de septiembre de 2023).

<sup>17</sup> Manuel Gallardo, Presidente de la RFEC, se refería así a la inclusión de la enmienda: «*Creemos que es un éxito sin parangón, no se puede tratar a todos los animales exactamente igual*». Vid. RTVE Noticias (YouTube): «LEY BIENESTAR ANIMAL: ¿Qué pasa con los PERROS de CAZA? ¿Cómo te afecta si tienes MASCOTA?» (en línea): [https://www.youtube.com/watch?v=XMVsmbPo\\_dg](https://www.youtube.com/watch?v=XMVsmbPo_dg) (consulta de 20 de septiembre de 2023).

las aves de cetrería, los perros pastores y de guarda del ganado o los perros y hurones utilizados en actividades cinegéticas».

Es decir, se delimita al animal utilizado en una actividad específica como un animal de compañía, cuando, teóricamente, a los animales de compañía sí se les aplica la Ley 7/2023. Esto nos permite afirmar que tanto desde el punto de vista de la lógica jurídica, como desde el punto de vista terminológico, la exclusión de los perros de caza obedece a una dinámica política que de ningún modo vela por el bienestar animal ni por la congruencia jurídica.

Tal planteamiento llega al irracional resultado de significar que un galgo o un podenco (razas utilizadas normalmente para la caza) no utilizado para la actividad cinegética quede protegido, mientras que un galgo/podenco utilizado para la caza se verá desprotegido, cuando, precisamente, la realidad estadística nos dice que los que son utilizados para la caza son los que merecen una mayor protección, al padecer con mayor frecuencia un trato dañino, el abandono o la muerte.

De esta manera, el Partido Animalista con el Medio Ambiente – PACMA publicó un informe sobre el abandono de perros de caza recogidos por protectoras, para el año 2022<sup>18</sup>, en el que se recogen algunos datos que ponen en evidencia el error consistente en excluir a los perros de caza de la Ley 7/2023. Concretamente, 194 protectoras acogieron a 12.295 perros de caza (galgos, podencos, brazos, etc.).

No obstante, esta cifra, ya de por sí alarmante, no supone el total de perros de caza damnificados por la actividad cinegética, ya que como bien recuerda PACMA:

«No se contabilizan las cifras de perros recogidos por parte de los servicios municipales, cabildos y diputaciones, que se encargan de este trabajo en los municipios de menos de 5.000 habitantes, los mismos que, usualmente, presentan un mayor porcentaje de población que practica la caza. Estos datos no son de fácil acceso, y normalmente no son cedidos por estos centros

No se contabilizan los cadáveres encontrados, las eutanasias y matanzas llevadas a cabo directamente por los cazadores, y mucho menos los perros y hurones abandonados en espacios abiertos que acaban falleciendo sin que exista ningún tipo de registro, ya que el arrancamiento de microchip suele ser una práctica habitual»<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid. Informe sobre el abandono de perros de caza recogidos por protectoras en el año 2022, PACMA (en línea): <https://pacma.es/wp-content/uploads/2023/03/Informe-Abandono-Caza-2022.pdf> (consulta de 20 de septiembre de 2023).

<sup>19</sup> Ídem.

Finalmente, el informe hace referencia al temor existente por parte de las entidades de protección animal en aquellas zonas rurales con pocos habitantes a la hora de intervenir en la elaboración de informes estadísticos como el que venimos mencionando. Estos datos, lógicamente, no quedan recogidos en documento alguno, siendo la cifra de 12.295 perros abandonados, un número por debajo de la realidad.

La consecuencia práctica de excluir a los perros de caza de la aplicación de la norma supone que:

- No se podrá sancionar a los cazadores por educar de forma agresiva o violenta al perro;
- No se les podrá sancionar por administrarles sustancias perjudiciales o que supongan un impacto en su comportamiento;
- No se les podrá sancionar por mutilar al animal;
- No se les podrá sancionar por abandonar a los perros tras la temporada de caza, ni por no comunicar la pérdida o sustracción del animal;
- No se les podrá sancionar por alimentar a los perros de caza con carne que no haya sido controlada de modo sanitario previamente;
- No se les podrá sancionar por practicar la eutanasia<sup>20</sup> a los perros «*con medios inadecuados o por personal no cualificado*».
- No se les podrá sancionar por criar y/o vender perros cuando no estén autorizados para ello;
- No se les podrá sancionar por hacer uso de la selección genética que suponga un perjuicio para el bienestar del perro;
- No se podrá sancionar a los cazadores, en virtud de la Ley 7/2023, por mantener a los perros de caza en terrazas, balcones, azoteas, trasteros, sótanos, patios o similares.

Igualmente, esta exclusión implica:

---

<sup>20</sup> De acuerdo con el art. 27 de la Ley:

*«La eutanasia solamente estará justificada bajo criterio y control veterinario con el único fin de evitar el sufrimiento por causas no recuperables que comprometa seriamente la calidad de vida del animal y que como tal ha de ser acreditado y certificado por profesional veterinario colegiado. El procedimiento de eutanasia se realizará por personal veterinario colegiado o perteneciente a alguna Administración Pública con métodos que garanticen la condición humanitaria, admitidos por las disposiciones legales aplicables».*

- Que los cazadores no han de acatar las medidas contempladas en el art. 28 para animales de compañía en espacios abiertos, esto es, tenerlos de tal suerte que los animales queden protegidos del frío, lluvias, sol, etc., o garantizarles acceso a bebida y alimentación, así como mantenerlos en buen estado higiénico.
- Que los cazadores no tendrán que realizar ningún curso de formación para la tenencia de perros, y tampoco suscribir un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, en sintonía con el art. 30.
- No se aplicará a los cazadores las medidas para regular la cría de animales de compañía, entre otras, que esta cría de animales de compañía solamente pueda realizarse por personas inscritas en el Registro de Criadores de Animales de Compañía.
- Igualmente, no se les aplicará las medidas para regular la venta de perros, que de acuerdo con la Ley 7/2023 solamente puede llevarse a cabo de forma directa por persona registrada.

### **3.2. Algunos apuntes sobre el procedimiento sancionador de la Ley 7/2023**

Centrándonos en el art. 80 de la Ley 7/2023, consideramos que el procedimiento sancionador podría haberse concebido de otra forma, con vistas a buscar una mayor implicación del nivel estatal de la Administración, como sí ocurre con la inspección y vigilancia por parte de las autoridades.

En primer lugar, recordemos que, en lo que a la actividad inspectora se refiere, se prevé la posibilidad en el art. 66 consistente en que «*el departamento ministerial competente*»<sup>21</sup> puede indicarle a la autoridad autonómica o local para que inspeccione cualquier tipo de posible maltrato o vulneración de derechos de los animales, llegando incluso la autoridad autonómica o local, a tener que notificar al nivel administrativo del Estado sobre la pertinencia o no de llevar a cabo las acciones oportunas.

En este sentido, hemos de mencionar que será la Dirección General de Derechos de los Animales la encargada de articular tales situaciones. De acuerdo con el art. 10 del Real Decreto 452/2020, de 10

---

<sup>21</sup> Hemos de saber que, actualmente, existe como órgano directivo la Dirección General de Derechos de los Animales, ubicada dentro de la Subsecretaría de Derechos Sociales y Agenda 2030 — Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, se establece:

«Sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros departamentos, corresponde a la Dirección General de Derechos de los Animales, en el ámbito de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado y en cooperación y coordinación con las comunidades autónomas, las siguientes funciones:

- a) La formulación de las políticas del Departamento en materia de protección de los derechos de los animales.
- b) El impulso de todas las medidas necesarias para incluir la protección de los derechos de los animales en el ordenamiento jurídico actual.
- c) El desarrollo de las medidas de difusión necesarias para que la sociedad conozca y respete los derechos de los animales y su protección.
- d) La coordinación tanto con las comunidades autónomas y entidades locales, Fiscalía General del Estado, administraciones públicas y el resto de entes del sector público estatal, como con los agentes sociales para que se reconozcan y se respeten los derechos de los animales y su protección.
- e) La cooperación con las restantes entidades públicas y privadas, nacionales e internacionales, en materia de derechos de los animales y su protección, sin perjuicio de las funciones de dirección y coordinación de la Subsecretaría del Departamento en el ámbito de la cooperación internacional».

Sin embargo, esta posible intervención del nivel estatal hacia las autoridades autonómicas o locales que observamos en la labor de inspección, no la encontramos en lo que se refiere al procedimiento sancionador. Así, el art. 80 de la Ley señala que la competencia para ejercer la potestad sancionadora recaerá sobre «*los órganos de las comunidades autónomas y municipales competentes*». Prosigue diciendo en el apartado 2 que los entes locales, cuando tengan competencia en función de la normativa, podrán sancionar cuando las infracciones se cometan «*en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local*». Finalmente, el art. 80.3 indica que este ejercicio sancionador habrá de hacerse conforme a las disposiciones de la autoridad autonómica o local que sea competente.

Vemos, por lo tanto, como se delega toda la responsabilidad procedimental sancionadora en los niveles administrativos autonómico y local. En este sentido, conviene recordar un par de principios sobre la

potestad sancionadora, de acuerdo con el art. 25 de la Ley 40/2015<sup>22</sup>, de Régimen Jurídico del Sector Público:

- \* La potestad sancionadora se puede ejercer cuando previamente ha sido reconocida por una norma de rango legal, siguiendo los preceptos de la Ley 39/2015 y Ley 40/2015;
- \* Este ejercicio sancionador «*corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario*».

A la luz de lo anterior, entendemos que habría sido conveniente implicar al nivel administrativo del Estado a fin de que pueda participar en el procedimiento sancionador, ya que pensamos que el éxito a la hora de arremeter contra las distintas infracciones contempladas quedaría mejor garantizado si existe una dispersión en lo que se refiere a la iniciación, instrucción y resolución del procedimiento entre niveles administrativos.

De esta manera, y recordando la facultad que ya tiene el departamento ministerial competente para incitar a la autoridad autonómica o local a fin de llevar a cabo una inspección ante la presunta comisión de infracciones, debiendo esta notificar al departamento ministerial sobre la iniciación o no de actuaciones, entendemos que el acuerdo de iniciación en procedimientos sancionadores sí que debería recaer en la autoridad autonómica o local. Sin embargo, habría sido oportuno otorgar la instrucción al departamento ministerial, concretamente, a la Dirección General de Derechos de los Animales. Finalmente, y una vez instruido el procedimiento, haberse previsto la remisión para la resolución al mismo órgano que lo inició (es decir, la autoridad autonómica o local), respetando así la «*debida separación entre la fase instructora y la sancionadora*»<sup>23</sup>.

### **3.3. En busca de una mayor eficacia en la planificación de las políticas públicas**

Finalmente, creemos que merece la pena detenerse en el Capítulo IV del Título I de la Ley 7/2023, relativo a la planificación de las políticas públicas de protección animal. Hemos de reconocer que este

---

<sup>22</sup> De acuerdo con el art. 1 de la mencionada Ley: «...*establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la potestad sancionadora*...».

<sup>23</sup> Vid. art. 63.1 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

capítulo plantea estrategias interesantes a la hora de conseguir la eliminación del maltrato animal en España, como el Plan Estatal de Protección Animal y los programas territoriales de protección animal. Sin embargo, entendemos que sería positivo reformar algunos aspectos de estas políticas.

En primer lugar, recordemos que de acuerdo con el apartado 1 del art. 16 de la Ley 7/2023

«el Plan Estatal para la Protección Animal constituye [...] un instrumento de planificación básico para el establecimiento y la definición de objetivos, acciones y criterios encaminados a erradicar de nuestra sociedad el maltrato animal en todas sus vertientes y promover la acción coordinada de las administraciones públicas para la adopción de medidas que promuevan la protección animal».

Precisamente, es en el último inciso donde encontramos una regulación insuficiente de la Ley 7/2023. Nos estamos refiriendo a la coordinación entre administraciones públicas, ya que se podrían haber establecido algunos instrumentos para proveer o facilitar esta coordinación.

Es necesario traer a colación lo dispuesto en el art. 140 apartado 1 e) de la Ley 40/2015, sobre el Régimen Jurídico del Sector Público:

«Las diferentes Administraciones Públicas actúan y se relacionan con otras Administraciones y entidades u organismos vinculados o dependientes de éstas de acuerdo con los siguientes principios:

e) Coordinación, en virtud del cual una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico».

La definición dada por la Ley 40/2015 encaja a la perfección con lo que se pretende con la Ley 7/2023, es decir, garantizar una cierta coherencia en relación con la protección animal independientemente de la región. Si atendemos al preámbulo de esta norma, este dice:

«...las diferentes comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla han elaborado, en sus respectivos ámbitos territoriales, un conjunto heterogéneo de normas relativas a la protección y bienestar animal, que recogen, con diferente alcance, pautas de comportamiento hacia los animales, lo que justifica la necesidad de dotar de coherencia al régimen jurídico de la protección de los animales en nuestro país, fijando un mínimo común de derechos y obligaciones con los animales con independencia del territorio en el que se desenvuelven».

Por ello, como decíamos, echamos en falta una redacción en la Ley 7/2023 que profundice más en la manera en la que habría de llevarse a cabo esta coordinación.

En este sentido, habría sido conveniente que el legislador previera la posibilidad de estudiar el encaje jurídico, dentro de la Ley 7/2023, de la figura prevista en el art. 154 de la Ley 40/2015, pudiendo servir de inspiración a fin de elaborar un ente de esta naturaleza en aras de conseguir la anhelada coordinación interadministrativa entre Estado, Comunidades Autónomas y entes locales, con vistas a conseguir esa coherencia en la erradicación del maltrato animal. Nos estamos refiriendo a las llamadas Comisiones Territoriales de Coordinación.

Este marco de coordinación puede y debe servir para mantener un contacto estrecho entre todos los niveles de la Administración territorial y para asegurar la congruencia entre el Plan Estatal de Protección Animal y los programas territoriales de las Comunidades Autónomas y de los entes locales, haciendo hincapié en aquellos puntos más sensibles que puedan ser objeto de tratamiento durante los tres años de vigencia de cada Plan Estatal de Protección Animal (art. 17.3 de la Ley 7/2023).

#### 4. CONCLUSIONES

En primer lugar, podemos afirmar que nuestro criterio resulta coincidente con el planteamiento que hace la Ley 7/2023, en el sentido de que constituía una necesidad la búsqueda de una norma a nivel estatal que ofreciera una cierta coherencia en relación con la protección de los animales en el Estado español. Las diferentes normativas autonómicas y locales sobre la materia, dadas las diferentes autoridades legislativas y administrativas encargadas de elaborarlas y aplicarlas, favorecían la visualización de un panorama jurídico disperso y fragmentado sobre el bienestar animal.

En este sentido, la Ley 7/2023, de 28 de marzo, ha supuesto por fin la consagración de un enfoque común sobre una materia que cada vez va ganando más relevancia entre la ciudadanía, atendiendo a la sensibilidad social respecto a los animales. De esta manera, nos parece también apropiado resaltar la importancia que tiene la clarificación en cuanto a las categorías de animales que pueden ser objeto de tenencia por parte del ser humano, con la inclusión del listado positivo de animales de compañía. Clarificación que resulta suficiente, a pesar de la desinformación que ha imperado en algunos medios de comuni-

cación sobre el contenido real de la nueva norma y su impacto sobre algunos animales de compañía como, por ejemplo, los quelonios<sup>24</sup>.

En este orden de ideas, consideramos que la exclusión de los perros de caza del ámbito de aplicación de la Ley 7/2023 resulta un retroceso y una incongruencia jurídica, toda vez que ese trato diferencial se sustenta, únicamente, en la utilización de estos para la actividad cinegética, cuando nos encontramos ante los mismos animales (no existe diferencia objetiva ni de naturaleza entre un perro utilizado para la caza y un perro no utilizado para la caza). Del mismo modo, ha quedado acreditado que los perros utilizados para la caza son los que más protección jurídica necesitan, en la medida en que son los más maltratados y abandonados, dándose así la paradoja consistente en que, con la redacción que finalmente vio la luz, los perros más necesitados, son los menos protegidos.

Por su parte, consideramos que la redacción sobre el ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de la Ley 7/2023, debería haber buscado una participación del nivel estatal de la Administración, toda vez que de esta manera quedaría mejor garantizada la persecución de las posibles infracciones que se pudieran cometer, al involucrar no únicamente a un nivel administrativo, sino a dos, ambos responsables de la buena aplicación de esta legislación básica. Finalmente, el texto de la norma adolece de cierta insuficiencia en lo que se refiere a los mecanismos para implementar una coordinación interadministrativa eficaz, por lo que, en una futura reforma, se habría de estudiar la posibilidad de profundizar en este aspecto, también con vistas a un mejor engranaje entre el Plan Estatal de Protección Animal y los programas territoriales.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados: Serie A, Proyectos de Ley, de 18 de enero de 2023, p. 6, en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-117-5.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-117-5.PDF) [última consulta: 19 de septiembre de 2023].

---

<sup>24</sup> La Disposición transitoria segunda recoge la prohibición de determinadas especies como animales de compañía, exceptuando a los quelonios:

«Desde la entrada en vigor de la presente ley, hasta la aprobación y publicación del listado positivo al que corresponda la especie [...] queda prohibida la tenencia como animales de compañía de los animales pertenecientes a especies que cumplan alguno de los siguientes criterios [...]:

2. Reptiles venenosos y todas las especies de reptiles que en estado adulto superen los dos kilogramos de peso, excepto en el caso de quelonios».

Diccionario Jurídico (Edición coordinada por Juan Manuel Fernández Martínez), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 6ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2012.

DPEJ: Legislación básica, en <https://dpej.rae.es/lema/legislaci%C3%B3n-b%C3%A1sica> [última consulta: 13 de septiembre de 2023].

Galaup, L.: El PSOE registra una enmienda para evitar que la Ley de Bienestar Animal se aplique a los perros de caza, en *elDiario.es*, 13 de septiembre de 2022: [https://www.eldiario.es/sociedad/psoe-registra-enmienda-evitar-ley-bienestar-animal-aplique-perros-caza\\_1\\_9312587.html](https://www.eldiario.es/sociedad/psoe-registra-enmienda-evitar-ley-bienestar-animal-aplique-perros-caza_1_9312587.html) [última consulta: 19 de septiembre de 2023].

Jimeno Balerdi, S.: Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, en *Aranzadi digital* núm. 1/2023 parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2023.

Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

PACMA: *Informe sobre el abandono de perros de caza recogidos por protectoras en el año 2022*, en: <https://pacma.es/wp-content/uploads/2023/03/Informe-Abandono-Caza-2022.pdf> [última consulta: 20 de septiembre de 2023].

RTVE Noticias (YouTube): LEY BIENESTAR ANIMAL: ¿Qué pasa con los PERROS de CAZA? ¿Cómo te afecta si tienes MASCOTA?, en: [https://www.youtube.com/watch?v=XMVsmbPo\\_dg](https://www.youtube.com/watch?v=XMVsmbPo_dg) [última consulta: 20 de septiembre de 2023].

REFLEXIONES ACERCA DE LOS EFECTOS  
SANATORIOS DE LOS PROGRAMAS DE  
*COMPLIANCE* PENAL RESPECTO DE LA  
RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA  
JURÍDICA: ¿REALIDAD O MITO?

SOME IDEAS ABOUT SANATORIUM EFFECTS OF CRIMINAL  
COMPLIANCE ON CRIMINAL LIABILITY OF CORPORATIONS:  
MYTH OR REALITY?

Alfredo Liñán Lafuente

Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED

**Sumario:** *I. Introducción II. El devenir del compliance penal: Del «debido control» a las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos III. Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento penal IV. Cánones valorativos del compliance penal: ¿Quién debe acreditar su existencia? ¿Cuándo puede aportarse? ¿Qué se ha de evaluar? V. ¿El plan de compliance penal puede desplegar sus efectos sanatorios durante la instrucción? VI. Conclusiones: Los efectos sanatorios de los planes de compliance penal como realidad. Bibliografía.*

**Resumen:** El programa de *compliance* penal, como medio de acreditar el cumplimiento del deber de supervisión, vigilancia y control de riesgos penales por parte de la empresa, representa un elemento que incide directamente en el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Su ausencia facilita la condena del ente jurídico, pero su existencia puede provocar, si cumple con los requisitos normativos formales y materiales, la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el presente artículo se exponen las distintas tesis sobre la naturaleza jurídica de estos programas de

cumplimiento y se analiza la conveniencia de que éstos —siempre que puedan ser considerados como idóneos y eficaces para prevenir el delito investigado, o reducir significativamente el riesgo de su comisión—, desplieguen sus efectos exoneratorios durante la fase de instrucción.

**Palabras clave:** Compliance penal, responsabilidad penal de la persona jurídica, sobreseimiento, exención de responsabilidad penal, fase de instrucción.

**Abstract:** The criminal compliance program, as a means of accrediting compliance with the duty of supervision, vigilance and control of criminal risks by the company, represents an element that directly affects the grounds for the criminal liability of the legal entity. Its absence facilitates the punishment of the legal entity, but its existence may lead, if it complies with the formal and material regulatory requirements, to the exclusion of the criminal liability of the legal entity. This article sets out the different theses on the legal nature of these compliance programs and analyses the appropriateness of these programs —provided they can be considered as suitable and effective to prevent the crime under investigation, or significantly reduce the risk of its commission— causing the exemption of legal person's criminal liability during the pre-trial phase.

**Key words:** Criminal compliance, criminal liability of the legal person, dismissal, exemption of criminal liability, pre-trial phase.

## I. INTRODUCCIÓN

Partamos de un supuesto práctico para exponer el objeto del presente artículo: Una persona jurídica —una empresa con cierta complejidad estructural— ha invertido recursos económicos, materiales y personales para implantar un plan de *compliance* penal<sup>1</sup>. El programa de prevención de riesgos penales ha sido redactado con asesoramiento experto, incorporado al sistema interno de control de la empresa y los referentes éticos que propugnan la cultura de cumplimiento han sido asumidos por el Código de Conducta de la empresa. Se ha encargado a un órgano de la persona jurídica, con poderes autónomos de iniciativa y control, la vigilancia y supervisión de la efectividad

---

<sup>1</sup> Se utilizará este término, junto con programas de prevención de riesgos penales, programas de cumplimiento penal y programas de prevención de delitos para referirnos a los «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos» a los que se refiere el artículo 31. bis 2.1ª y 31. bis. 5 CP.

del modelo. El sistema es evaluado periódicamente por una entidad externa que certifica el cumplimiento de los requisitos normativos y la adecuación a las mejores prácticas de cumplimiento normativo. A pesar de ello, un empleado de la empresa comete un delito en el ámbito de su ejercicio profesional, que le ha proporcionado un beneficio indirecto a la persona jurídica. Tras esto se incoan unas Diligencias Previa contra el empleado y contra la persona jurídica.

En estos supuestos, una de las principales preguntas que se plantean los administradores de la persona jurídica es si la acreditación de la existencia de un programa de *compliance* penal les servirá para que, una vez sea presentado ante el juez instructor y acreditada su eficacia, se sobresea la causa contra la persona jurídica. Y la respuesta no es sencilla, pues junto con las específicas circunstancias de cada procedimiento penal, existen posiciones encontradas en donde se cuestiona que los efectos sanatorios de los programas eficaces de *compliance* penal, en caso de ser acreditados, deban desplegar sus efectos desde la instrucción, o por el contrario, si esta valoración se ha de reservar para la fase de juicio oral.

En parte, la solución dependerá de la naturaleza dogmática que se le otorgue a los programas de *compliance* penal, pero también, de otras razones procesales y extraprocesales que pueden influir para diferir la decisión de la valoración de la eficacia de los programas de prevención de riesgos penales hasta la celebración del juicio oral.

En este artículo se expondrán determinados posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales que se aplican en la actualidad, y se valorarán las razones por las que, tanto desde el análisis dogmático penal de la responsabilidad de la persona jurídica, como desde una perspectiva procesal, no existen razones para diferir la decisión de sobreseer la causa frente a una persona jurídica cuando ha quedado acreditado, en un momento inicial de la instrucción, que contaba con un programa de *compliance* penal que *ex ante*, debía ser considerado adecuado y eficaz para reducir de forma significativa el riesgo de la comisión del delito que finalmente se perpetró.

## II. EL DEVENIR DEL *COMPLIANCE* PENAL: DEL «DEBIDO CONTROL» A LAS MEDIDAS DE VIGILANCIA Y CONTROL IDÓNEAS PARA PREVENIR DELITOS

Fue en la Ley Orgánica 5/2010, donde por primera vez apareció un concepto en el Código Penal que estableció la base sobre la que actualmente se asienta toda la construcción jurídica del *compliance*

penal. Ese concepto era «el debido control» y estaba enunciado en el artículo 31. bis CP del modo siguiente: *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

*En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos **el debido control** atendidas las concretas circunstancias del caso.*

Este término provocó que los operadores jurídicos se preguntasen a qué se estaba refiriendo el legislador con ese «debido control<sup>2</sup>», que parte de la doctrina mirara a países de tradición jurídica anglosajona<sup>3</sup> para explicar e importar términos como «compliance», «corporate defense» o «criminal compliance» y que las empresas comenzaran a desarrollar programas de prevención de riesgos penales. Recordemos que en ese momento inicial —que comprende desde diciembre de 2010 hasta julio de 2015— no se contemplaba expresamente la posibilidad de que la acreditación del debido control eximiese de pena a la persona jurídica en la que en su seno se había cometido un delito y en donde concurrían los criterios de imputación del artículo 31. bis CP. Sin embargo, parte de la doctrina<sup>4</sup> interpretaba que, de una lectura lógica del precepto y de la finalidad de la reforma, la acreditación del debido control cuando el delito lo había cometido un empleado debía conllevar la exención de responsabilidad penal de la persona

---

<sup>2</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. «Compliance, debido control y unos refrescos», en ARROYO ZAPATERO, L; NIETO MARTÍN, A. *El Derecho penal económico en la era del compliance*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013. Pp.111 a 135.

<sup>3</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. «Programas de cumplimiento efectivo en la experiencia comparada», en, ARROYO ZAPATERO, L; NIETO MARTÍN, A. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pp. 212 a 230.

<sup>4</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B; GÓMEZ JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, 2012. 1ª ed. P. 106; JUANES PECES, A; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. «La responsabilidad penal de la persona jurídica y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adaptar antes de su entrada en vigor». *Diario La Ley*. Nº.7501. 2010. P. 5. ; LIÑÁN LAFUENTE, A. «El control preventivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica», en, AGÜNDEZ, M; MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir). *Cuadernos de derecho para ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance*. La Ley. 2012. PP.48 y 49;

jurídica<sup>5</sup>. De este modo, se preconizaba la necesidad de premiar con la exención de responsabilidad penal a la empresa que acreditase que no había descuidado sus deberes de control y supervisión, para evitar que este nuevo tipo de responsabilidad penal se concibiese de un modo objetivo derivado de la transferencia del delito cometido por un tercero.

Esta interpretación fue acogida en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En su exposición de motivos se aclaraba que: *La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.*

Así, en el artículo 31 bis 2 y 4 CP se establece expresamente la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal si se cumplen una serie de requisitos<sup>6</sup> que tienen como eje central, que antes de la comisión del delito, la persona jurídica haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Es cierto que en la aplicación de la exención el legislador diferenció dos situaciones. La primera sería la aplicable a los supuestos en los que el delito lo cometen los sujetos referenciados en el artículo

---

<sup>5</sup> Incluso la Circular el a FGE 1; 2011 lo reconocía en su página 50,( aunque de un modo contradictorio con lo afirmado en otros apartados de la Circular) del modo siguiente: ... *la mera ejecución defectuosa del control debido por parte de , por ejemplo de un cuadro medio o de cualquier otro empleado, cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos, no deberá en principio determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica.*

<sup>6</sup> Sobre los elementos y finalidad del programa de cumplimiento, Vid. BALLESTEROS SÁNCHEZ, J. *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 407<sup>a</sup> 548.

31 bis a) CP, que son aquellos que tienen la mayor responsabilidad y capacidad de decisión en la estructura empresarial<sup>7</sup>. La segunda sería la aplicable cuando el delito lo comete un empleado o subordinado a las directrices de la empresa en un ámbito concreto de actuación, aunque carezca de una relación laboral (becarios, aprendices en prácticas, agentes vinculados, etc.).

En el primer supuesto, se exigen cuatro circunstancias que deben concurrir para que pueda aplicarse la exención de responsabilidad, que se cifran en: i) que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia un modelo de control y vigilancia idónea para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; ii) que la supervisión del modelo se haya encargado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control (*compliance officer*, comité de cumplimiento normativo, etc.); iii) que el autor individual haya cometido el delito eludiendo los controles del modelo de supervisión y control; iv) que no se haya producido una supervisión negligente por parte del *compliance officer* o del órgano de cumplimiento normativo (en función de la opción elegida por la empresa).

En el segundo supuesto, el artículo 31.bis 4 CP solo exige que se haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

No obstante, aunque parezca de esta diferenciación estructural que los requisitos son diferentes, esta conclusión es más formal que material<sup>8</sup>. Me explico. La exigencia en el segundo supuesto de que exista con antelación a la comisión del hecho delictivo un plan de prevención de delitos adecuado y eficaz, requiere que éste cumpla los requisitos del primer supuesto, pues estos se encuentran implícitos en la necesidad de que el programa de prevención sea adecuado y eficaz. Ello implica que el modelo de *compliance* penal ha debido ser adop-

---

<sup>7</sup> Representantes legales de la persona jurídica o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de ésta.

<sup>8</sup> De opinión contraria es DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, quien argumenta que en el primer supuesto el modelo es específico de vigilancia sobre los administradores y el segundo no exige que deba haber un organismo de vigilancia específica, por lo que bastarían los resortes habituales del poder de dirección del empresario para acreditar la adecuada supervisión. Vid en DE LA MATA BARRANCO, N; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; DOPICO GÓMEZ ÁLLER, J; NIETO MARTÍN, A. *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson. 2018. P. 146.

tado por el órgano de administración, que haya sido encomendada su supervisión a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control<sup>9</sup>, que éste haya llevado a cabo su función de manera diligente, y ello implica, que el autor para cometer su delito, lo haya hecho sorteando las normas, procedimientos o controles que el sistema impuso para prevenir el riesgo de la comisión del delito.

Por ello, la valoración judicial tanto en los supuestos de autoría del artículo 31 bis. a) o b) CP se deberá centrar en analizar el plan de *compliance* penal y decidir si éste, aplicado al caso concreto, era adecuado *ex ante* para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Es cierto que este juicio valorativo puede verse condicionado por quién haya cometido el delito, pues en el supuesto en que sea el administrador único<sup>10</sup>, que coincide con quien ha aprobado el programa de *compliance* penal y es el último responsable de su supervisión y control —por más que haya delegado la función en el *compliance officer*—, cabe interpretar que toda la estructura de cumplimiento normativo y cultura ética nace herida de muerte, pues es el máximo responsable del sistema quien traiciona los principios que él mismo aprobó<sup>11</sup>.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL

La determinación de la calificación dogmática de los programas de cumplimiento penal es un asunto discutido en la doctrina y en la jurisprudencia, pues es un instrumento ajeno a nuestra tradición jurídico penal que ha sido insertado —exportado— desde otras legislaciones. No obstante, resulta fundamental exponer las teorías que hasta el momento han sido acogidas por la jurisprudencia, para, en un momento posterior, plantear si la naturaleza jurídica del elemen-

---

<sup>9</sup> Con la especialidad aplicable a las empresas de pequeñas dimensiones contemplado en el artículo 31. Bis. 3 CP.

<sup>10</sup> No así cuando nos encontramos ante un consejo de administración con varios miembros y uno de los consejeros es el que traiciona los principios y valores aprobados por el órgano con su actuación delictiva.

<sup>11</sup> Pues tal y como advierten RODRÍGUEZ RAMOS, L; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J en el *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*. La Ley. 2023. 7ª ed. P.274: *Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección*; En sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, J. «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: Las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2y ss. CP», en GÓMEZ COLOMER, J. L. *Tratado de sobre compliance penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. P. 191.

to normativo permite su valoración durante la instrucción o si debe diferirse hasta la práctica de la prueba en el seno del juicio oral.

No se ha de perder de vista que la interpretación de la naturaleza jurídica de este elemento se encuentra vinculada a la teoría sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica que se acoja, ya sea la del hecho propio o la de la heterorresponsabilidad, o la vicarial matizada. Sea cual sea la opción que se defienda, la virtualidad de los efectos sanatorios de la responsabilidad de la persona jurídica se han de examinar desde un plano diferente, que se centra en la valoración del sistema de *compliance* penal que exista en la empresa, el efecto que produce y cuándo debe desplegarlo.

### **III.A. Primera tesis. El programa de cumplimiento es parte del tipo objetivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica**

Esta tesis, defendida por parte de la doctrina<sup>12</sup>, fue acogida en la primera sentencia que se ocupó de valorar la responsabilidad penal de la persona jurídica a modo de *obiter dicta*. La paradigmática STS 154/2016 nos enseñó lo difícil que resulta tomar postura sobre este particular, ya que la mayoría del pleno —8 magistrados— optaron por esta solución, frente a 7 magistrados que firmaron un voto concurrente donde se optaba por otra solución (que examinaremos en el siguiente apartado). La sentencia en su Fundamento Jurídico Octavo parte de la premisa de que toda valoración sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica ha de partir del análisis de si el delito de la persona física —presupuesto para su responsabilidad— ha sido posible o facilitado por la *ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de cada una de las personas que la integran*.

Partiendo de esta premisa, la mayoría del pleno del Tribunal Supremo optó por interpretar que la naturaleza jurídica de los planes de cumplimiento penal, se corresponde con el tipo objetivo de la conducta, *lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física*<sup>13</sup>. La interpretación de que la

---

<sup>12</sup> Vid, BAJO FERNÁNDEZ, M; FEIJOO SÁNCHEZ, B; GÓMEZ JARA, C. *Tratado...* op. cit. pp. 126 a 143.

<sup>13</sup> STS 154; 2016. FJ. Octavo.

ausencia de los planes de *compliance* penal son elementos del tipo, lleva a concluir que si se acredita la existencia de estos, antes de la comisión del delito por la persona física, y su idoneidad, adecuación y eficacia para prevenir *ex ante* la comisión del delito perpetrado, nos encontraremos que no ha existido infracción alguna, por ausencia de un elemento fundamental del tipo objetivo.

Esta interpretación, si bien resulta sugerente, choca en mi opinión con un obstáculo de base. Nótese que el concepto que se baraja de tipicidad objetiva se refiere a la propia conducta de la persona jurídica, es decir, a los criterios de imputación por los que surge su responsabilidad penal. Si se analiza el artículo 31. bis. a) CP se ha de colegir que en esa descripción típica del injusto no se encuentra referencia alguna a las medidas de vigilancia y control o a los deberes de supervisión, sino que únicamente exige el presupuesto —la comisión de un delito por determinados sujetos, en ejercicio de sus funciones y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica— para considerar que esta tendrá responsabilidad penal (núcleo del injusto). Nada hay en el tipo objetivo de la conducta en referencia a los programas de cumplimiento normativo ni los deberes de supervisión vigilancia y control. Por lo que cometido el delito, con los criterios imputatorios del artículo 31. bis a) CP la responsabilidad se transfiere a la persona jurídica<sup>14</sup>. No obstante, para paliar los efectos nocivos de una responsabilidad objetiva por transferencia, el artículo 31. bis. 2 CP contiene un remedio que puede utilizar la empresa para sanar su responsabilidad penal, pero este remedio, a mi entender, no se encuentra en el tipo objetivo, sino que su naturaleza es otra.

Podría argumentarse que en el párrafo b) del artículo 31.bis 1 CP sí se contempla como elemento del tipo que la causa facilitadora del delito de la persona física sea incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de aquellos que se encuentran obligados. Y en esta línea podría plantearse que en esta segunda vía de imputación la ausencia de una adecuada supervisión y control representa un elemento del tipo objetivo cuando el delito lo cometen los empleados.

### **III.B. Segunda tesis: El programa de cumplimiento es una circunstancia eximente de la responsabilidad penal**

Los 7 magistrados discrepantes de la STS 154/2016 optan por dotar a los programas de cumplimiento penal de la naturaleza de una

---

<sup>14</sup> En sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, J. «El control de la responsabilidad..» op. cit. p.197.

eximente, apartándose de este modo —y ahí radica el motivo de la discrepancia— de su consideración como elemento del tipo. El voto particular concurrente no cuestiona que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, pero lo que no comparten es que dicha ausencia pueda ser tenida como el núcleo de la tipicidad objetiva o como un elemento autónomo del tipo.

Para estos 7 magistrados: *Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso.* De este modo, parece que se opta por la naturaleza de la eximente de responsabilidad penal, aunque en determinados pasajes del voto particular se deje entrever su calificación como una excusa absolutoria<sup>15</sup>.

En mi opinión, en caso de que se otorgue la naturaleza de eximente a esta circunstancia<sup>16</sup>, el fundamento de la misma se encontraría en la ausencia de antijuridicidad de la conducta de la persona jurídica, pues habiendo concurrido el presupuesto para el nacimiento de su responsabilidad penal —hecho delictivo cometido por la persona física que cumple con los criterios imputatorios— el comportamiento de la persona jurídica no puede considerarse contrario a derecho, pues ha puesto todos los medios necesarios para prevenir, y en todo caso, atenuar el riesgo de la comisión del delito. La persona jurídica ha actuado cumpliendo con su deber de mantener controlados los focos de peligro, por lo tanto su actuación no puede ser considerada antijurídica.

---

<sup>15</sup> En opinión de Antonio del Moral, firmante del voto concurrente. Vid. DEL MORAL, A. « La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B.; MÁRQUEZ LOBILLO, P; OTERO COBOS, M (Coord). *Los acuerdos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. P.1804.

<sup>16</sup> A favor, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante», en GÓMEZ COLOMER, J. L. *Tratado de compliance penal*. Tirant lo Blanch. 2019. P. 339.

### III.C. Tercera tesis: El programa de cumplimiento es una excusa absolutoria

Las excusas absolutorias son circunstancias cuya concurrencia excluyen la consideración de una conducta como delictiva<sup>17</sup>, pero se representan en sede de punibilidad, lo que implica que la infracción penal ya ha sido cometida, pero que por determinadas razones de política criminal se contempla excluir el castigo de la conducta si concurre un requisito o circunstancia concreta. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 otorga a los programas de cumplimiento normativo esta naturaleza, al interpretar que la responsabilidad penal surge cuando la persona física comete el presupuesto —el delito con los criterios de imputación del artículo 31. bis CP— que transfiere a la persona jurídica. Afirmar la citada Circular que: *los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater*<sup>18</sup>.

Esta solución es rechazada por la STS 154/2016 debido a que según su interpretación, la existencia del modelo eficaz de control y supervisión de delitos conllevaría a la inexistencia del defecto de organización, por lo que al no concurrir un elemento del tipo no puede ni siquiera plantearse que la persona jurídica haya cometido un delito, por ausencia de tipicidad. Esta interpretación es coherente con el modelo de responsabilidad por el hecho propio por el que opta la citada sentencia.

No obstante, analizando la redacción de los artículos 31. bis 2 y 4 CP y el fundamento político criminal de la inclusión de estas causas de exención en la reforma del Código Penal de 2015, me inclino por otorgar esta naturaleza a los planes de *compliance* penal, pues representan el remedio que pone en manos de las empresas el legislador para que, a pesar de que se haya cometido un delito en su seno, por sus administradores, directivos o empleados en beneficio de la persona jurídica, pueda excluirse de la sanción penal si demuestra que antes de la comisión del delito adoptó medidas idóneas para prevenir y atenuar en lo posible el riesgo de comisión del delito relacionado con una actuación concreta. Y me convence más esta calificación porque

---

<sup>17</sup> GIL GIL, A, et al. *Parte General. Derecho Penal*. Dykinson, Madrid, 2015, 2ª ed. p. 687.

<sup>18</sup> Circular FGE p. 56.

la punibilidad es una consecuencia jurídica que no se puede poner en duda su existencia, lo que no ocurre a mi entender con otras categorías de la teoría jurídica del delito que fueron construidas para las personas físicas y se intenta forzar su aplicación —de un modo ciertamente ficticio— a las personas jurídicas.

#### IV. CÁNONES VALORATIVOS DEL *COMPLIANCE* PENAL: ¿QUIÉN DEBE ACREDITAR SU EXISTENCIA? ¿CUÁNDO PUEDE APORTARSE? ¿QUÉ SE HA DE EVALUAR?

Expuestas las distintas teorías sobre la caracterización dogmática de los programas de cumplimiento, procede dar un paso más y aterrizar en la práctica forense. Y en este campo existen tres aspectos fundamentales que se han de tener en cuenta por las empresas que se planteen hacer valer su plan de *compliance* penal en un proceso penal.

Antes de ello, una advertencia. Un plan de *compliance* penal adecuado puede (y debe) servir para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica que lo tenga, pero también puede agravar su situación en el proceso penal. Pondré un ejemplo. Si un programa de cumplimiento normativo identifica un riesgo penal concreto, pongamos de corrupción, y establece procedimientos específicos de control para atenuar el riesgo (como podría ser una doble firma para autorizar pagos soportados por facturas para asegurarse que el servicio fue real y se prestó), ese procedimiento debe cumplirse. Pongamos que se inicia un procedimiento penal contra la empresa por corrupción, y ésta se da cuenta que a pesar de estar ese procedimiento de control aprobado nunca se implantó. La aportación del programa de *compliance* penal al proceso sería devastadora, pues acreditaría que la empresa conocía el riesgo, lo valoró, aprobó las medidas idóneas para controlarlo, pero por alguna razón ese procedimiento no lo implementó. Es decir que siendo consciente del riesgo y de las medidas que lo prevenían optó por no controlarlo adecuadamente. En ese caso, la aportación del programa lo único que demostraría es que se ha incurrido conscientemente en el riesgo, pues se conocía, se pudo controlar y se optó por no hacerlo. Es cierto que el artículo 31.bis.2 y 4 CP (último párrafo) advierten que la acreditación parcial de la existencia de un plan de *compliance* penal será valorada a los efectos de la atenuación de la pena, pero no lo es menos que el incumplimiento generalizado de un procedimiento de control diseñado para prevenir precisamente el riesgo que se materializa en un delito dará alas (y con razón) a las acusaciones. Por ello, antes de presentar el programa de *compliance* penal hay que asegurarse que puede ser defendido con solvencia que

éste se ha cumplido de manera generalizada por los integrantes de la persona jurídica.

#### IV.A. ¿Quién debe acreditar la existencia del plan de *compliance* penal?

La respuesta a esta pregunta tiene dos planos, el teórico y el práctico. Comencemos con el teórico. Todo dependerá de la categoría dogmática que se le haya otorgado a los programas de cumplimiento normativo. Si se ha optado por considerarlos como un elemento del tipo objetivo —como hizo la STS 154/2016— será la parte acusadora la que deberá probar su inexistencia o falta de idoneidad, pues le compete a ésta probar la concurrencia de todos los elementos del tipo. La STS 221/2016, siguiendo esta tesis<sup>19</sup>, al plantearse qué debe probar la acusación para que una persona jurídica sea condenada advierte lo siguiente: *[...] el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.*

Si por el contrario se optase por considerar que los planes de *compliance* penal tienen la naturaleza de eximente o de una suerte de excusa absolutoria, —voto particular concurrente STS 154/2016— el desafío probatorio correrá a cargo de quien lo alega. En el citado voto particular, los magistrados firmantes advierten que: *Ahora bien no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable,*

---

<sup>19</sup> Esta interpretación de la autorresponsabilidad por el hecho propio y la de la exigencia de que la acusación sea la obligada a detectar el defecto estructural es la mayoritaria. Vid. STS 516; 2016; 744; 2016; 780; 2026; 827; 2016; 3; 2027; 121; 2017; 260; 2017; 759; 2019; 7575; 2019;...

*salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación.*

Vayamos al plano práctico. La alegación y acreditación de la existencia de un plan de cumplimiento penal, idóneo y eficaz *ex ante* corresponde a la persona jurídica, no al Ministerio Fiscal. Éste como mucho podrá solicitar su aportación a la causa y la persona jurídica decidir si lo entrega o no <sup>20</sup> (si es que lo tiene). Pero una vez aportado por la persona jurídica y argumentada su eficacia e idoneidad, corresponde a la acusación intentar contrarrestar esta evidencia y probar que la comisión del hecho delictivo se produjo por un incumplimiento grave (no leve) de los deberes de supervisión vigilancia y control. Desde este punto de vista, la alegación de los programas de *compliance* penal actuarían como una suerte de eximente o excusa absolutoria, una vez que la parte la alega y aporta evidencias de su existencia, es la acusación la que adquiere el desafío probatorio de contrarrestar su validez<sup>21</sup>.

En este sentido se pronuncia DEL MORAL GARCÍA, al exponer que: *En principio, producido el delito, el Fiscal no ha de probar que no existía un plan de cumplimiento. Si la entidad no lo alega podrá deducirse legítimamente su inexistencia. La carga de alegar su existencia y presentarlo corre a cuenta de la empresa, aunque no en virtud de un principio dogmático inatacable, sino por razones más prosaicas. Alegada la implementación de un programa de cumplimiento al que se le quiere atribuir eficacia exoneradora, acusación y defensa deberán articular las pruebas que consideren oportunas para acreditar que los protocolos se seguían o no, que el plan tenía o no una vigencia real, que están cubiertos todos los requisitos que exige el Código Penal para que bolquee la condena de la persona jurídica...*<sup>22</sup>

Por lo tanto, debe ser la persona jurídica que cuente con un programa de *compliance* penal quien valore si aportarlo y, en caso afirmativo, cuándo hacerlo para intentar una pronta exoneración de la responsabilidad penal.

---

<sup>20</sup> Sobre el derecho de la persona jurídica a la no autoincriminación, vid. LIÑÁN LAFUENTE, A. *La Ley 2; 2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica*. LA LEY Penal, N° 162, Mayo de 2023.

<sup>21</sup> Tal y como se desprende del Auto del Juzgado Central de Instrucción n° 6 de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2021 (DD.PP 85; 2014): *Quien suscribe esta resolución entiende que de la documentación aportada hasta el momento se desprende que la mercantil .... tenía implantado, al tiempo de producirse los hechos objeto de la presente pieza separada un sistema de prevención y cumplimiento eficaz, sin que se haya aportado por el Fiscal elementos de cargo que permitan concluir la existencia de un defecto estructural en el modelo de prevención, vigilancia y supervisión vigente en la sociedad.*

<sup>22</sup> DEL MORAL GARCÍA, A. *Responsabilidad ...op. cit.* p. 1806.

#### IV.B ¿Cuándo puede aportarse el plan de *compliance* penal?

El programa de *compliance* es una prueba documental, que en ocasiones puede ir acompañada de una pericial, por lo que puede aportarse desde que la persona jurídica sea llamada al procedimiento penal como investigada hasta el inicio del juicio oral (con las particularidades que podrán existir en los distintos tipos de procedimiento donde se le enjuiciase).

Si lo que se persigue es una pronta exoneración, y se tiene la seguridad de que el programa de *compliance* penal cumple con los estándares necesarios, se debe aportar en el momento inicial de la instrucción. Incluso con anterioridad a la declaración del representante especialmente designado de la persona jurídica, para que éste pueda exponer en su declaración los aspectos más importantes de la prevención y control, en relación con el delito concreto que se está investigando.

Asimismo, a la hora de aportarlo resulta esencial explicar en el escrito en que se acompañe, qué medidas de supervisión y control han sido adoptadas para el riesgo concreto que está relacionado con el hecho delictivo que se está investigando, pues su valoración se ha de hacer respecto del hecho concreto, una vez evaluada la adecuación formal del documento.

#### IV.C ¿Qué se ha de evaluar por parte del juez?

La función principal del programa de cumplimiento penal es que sirva para controlar los riesgos que, indefectiblemente debe asumir la empresa al desarrollar su actividad en el mercado. El plan de *compliance* penal debe servir para mantener los focos de peligro de la actividad empresarial identificados, dentro del ámbito del riesgo permitido, a los efectos de intentar evitar que estos se descontrolen y puedan materializarse en comportamientos delictivos. SILVA SÁNCHEZ lo resume del modo siguiente: ... *la existencia de un programa de compliance determina que, aunque haya riesgo y no se esté en condiciones de reducirlo a cero, concurra un estado de cosas de riesgo permitido* <sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Atelier. 2022. P. 167; en sentido similar GALLEGO SOLER, refiriéndose a los programas de *compliance*, afirma que: *Esas reglas sirven para determinar el riesgo permitido en un sector de actividad, el deber de cuidado permitido (y por tanto para delimitar el no permitido) en una empresa*. Vid. GALLEGO SOLER, J. I. «Criminal compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales», en MIR PUIG, S; CORCOY DIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V (Dir). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas*

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó en marzo de 2023 la última actualización de la guía de evaluación de los modelos de cumplimiento y de prevención de delitos<sup>24</sup>. En esta versión, el Departamento de Justicia se aparta del establecimiento de rígidos criterios tipo *checklist* y aboga por realizar la evaluación adaptada al contexto específico de la investigación criminal y de la idiosincrasia de la empresa sobre la base de tres cuestiones: a) ¿Está el programa bien diseñado?; b) ¿Está siendo el programa aplicado de manera seria y de buena fe?, o en otras palabras ¿Está siendo implementado el programa de manera efectiva?; c) ¿Funciona el programa en la práctica?<sup>25</sup>

Desde el punto de vista formal, el juez deberá analizar que se cumplan, como mínimo, los 6 requisitos que se contemplan en el artículo 31. bis. 5 CP, ya que son condiciones que según el legislador deben cumplir los modelos de organización y gestión de prevención de delitos. Una vez superado el examen formal, se deberá evaluar la idoneidad material del programa en relación con los riesgos penales concretos que son objeto de instrucción<sup>26</sup>.

Así, si se está investigando un hecho que indiciariamente podría ser calificado como delito —por ejemplo blanqueo de capitales—, se habrá de analizar, en primer lugar, si el delito concreto se había identificado en el mapa de riesgos. Este deberá contemplar los riesgos previsibles en relación con la actividad desarrollada en el mercado por la empresa. Si así hubiera sido, el paso siguiente será analizar si respecto a ese riesgo concreto se adoptaron procedimientos de supervisión y control para mantener controlado ese foco de peligro. En esta fase se debe valorar la idiosincrasia propia de la persona jurídica, pues si ésta era un sujeto obligado según el artículo 2 de la Ley 10/2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales tendría que cumplir unas obligaciones de control reglamentaria que no son aplicables a otras empresas que no son sujetos obligados. Ello servirá para evaluar la idoneidad de

---

*de prevención, detección y reacción penal*». BdF, Buenos Aires, 2014., P. 217; PEREZ MACHÍO, A. I. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia preventiva*. Comares, Granada, 2017. Pp.122 a 125.

<sup>24</sup> Evaluation of Corporate Compliance Programs, accesible en <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/page/file/937501>

<sup>25</sup> Para una explicación más extensa de este documento, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L. et. al. *Código Penal...* op. cit. pag. 276.

<sup>26</sup> Interesante resulta el test de idoneidad abstracto-concreto expuesto por NIETO MARTÍN, en «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal español», en KHULEN; MONTIEL; ORTÍZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Marcial Pons. Madrid 2013. Pp.39 a 40.

las medidas *ex ante* para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Una vez analizado el foco de peligro y las medidas de prevención adoptadas, el juzgador debería hacerse la siguiente pregunta: ¿Las medidas de prevención y control adoptadas han reducido el riesgo de la comisión del delito de forma significativa en el seno de la empresa? Si la respuesta fuese positiva, se habrá de colegir que el programa de prevención de delitos era idóneo y eficaz para, *ex ante*, reducir el riesgo de la comisión de delitos. Si la respuesta fuese negativa, la conclusión será que el programa no ha cumplido su función respecto a ese riesgo concreto, y por lo tanto solo deberá ser tenido en cuenta a efectos atenuatorios de la pena<sup>27</sup>.

Esta valoración será más sencilla cuanto más normativizado se encuentre la regulación del riesgo con normas extrapenales que son aplicables a la empresa<sup>28</sup>. Así sucederá en supuestos de utilización de datos personales, prevención del blanqueo de capitales, obligaciones para con la Hacienda Pública, actuación en el mercado de valores, medio ambiente, etc. En estos ámbitos, el cumplimiento de la normativa administrativa o regulatoria debe conllevar a la convicción de que el riesgo se ha reducido significativamente, pues la persona jurídica ha cumplido con la regulación extra penal que detalla las obligaciones concretas establecidas para actuar en el mercado. Respecto a otros delitos, donde no existe un desarrollo extra penal, se habrá de valorar la idoneidad *ex ante* teniendo en cuenta que las posibilidades de prevención de la persona jurídica se han de limitar a los actos realizados en ejercicio de actividades sociales. Tal y como interpreta DOPICO GÓMEZ-ALLER: *Son exigibles las medidas proporcionadas al riesgo en cuestión y a la actividad de la que se trate; y no lo son las irrazonables*

---

<sup>27</sup> Sin embargo, en el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional nº 35; 2023, de 30 de enero de 2023 (dictado en las DD.PP.96; 2017) que confirma el sobreseimiento de REPSOL y LA CAIXA en una pieza separada del conocido caso «Villarejo», adopta un criterio incluso más laxo que el expuesto al afirmar que: *Para valorar el modelo de cumplimiento de prevención de delitos ha de tenerse en cuenta que toda la normativa que incide en ello, sin focalizarlo en el incumplimiento de una única y concreta norma, pues para que la actividad de control y cumplimiento cumpla su misión, es preciso que funcione de una manera colectiva.*

<sup>28</sup> Como gráficamente defiende NIETO MARTÍN: *La empresa que cumpla con la normativa administrativa sobre blanqueo de capitales no debiera ser sancionada por un delito de blanqueo de capitales, e igual debe ocurrir con la empresa que cumpla con las indicaciones que da la Ley del Mercado de Valores para evitar el abuso del mercado, la ley de protección de datos, la normativa sobre protección de riesgos laborales, etcétera.* Vid. NIETO MARTÍN, A. «Problemas fundamentales...» op. cit. P. 28.

*o exageradas, ni las que puedan paralizar la actividad empresarial, ni aquellas que por su coste carezcan de lógica empresarial*<sup>29</sup>.

En este sentido, y para expresar plásticamente el equilibrio que la empresa debe encontrar y que ha de servir como canon de valoración al juzgador, hace tiempo plantee el siguiente axioma: *Todo plan de compliance es manifiestamente mejorable hasta la ruina absoluta de la empresa*<sup>30</sup>. Con ello, quiero insistir en que el canon de valoración judicial debe focalizarse en un análisis racional de lo que se le puede exigir a la empresa para que mantenga controlados sus focos de riesgo y las medidas implantadas sean compatibles con su actividad diaria, pues de nada servirían unas medidas tan estrictas y extremas que conllevasen a la imposibilidad fáctica de desarrollar su actividad mercantil.

Esta interpretación racional de valoración es la que está acogiendo la jurisprudencia, como muestra el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional de 23 de marzo de 2021 (DD.PP 85/2014 – caso INDRA), donde concluye que: *La existencia de un sistema de cumplimiento normativo no puede medirse desde la exigencia de una eficacia absoluta, de suerte que su mera existencia impida la aparición de cualquier delito, sino desde la capacidad del ente corporativo de prevenir, y en su caso, reaccionar de forma eficaz frente a la comisión del delito.*

En el mismo sentido, el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional nº 35/2023, de 30 de enero de 2023 advierte que: *En el momento en que se produjeron las contrataciones con ..... a que se refiere este procedimiento, ..... SA contaba con un Modelo de Prevención de delitos que cumplía con los requisitos previstos en el artículo 31 bis CP. Ningún modelo es infalible, y si un delito se comete por alguno de los sujetos que contempla el precepto citado, no implica necesariamente que el modelo de prevención de delitos adoptado por la persona jurídica sea inadecuado, incumpla la normativa vigente o falle, pues bastaría con adoptar un modelo que cumpliera todas las normas para impedir la comisión de delitos, lo que no se ajusta a la realidad y precisamente*

---

<sup>29</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Derecho Penal Económico*....op. cit. p. 148; en sentido similar NIETO MARTÍN, A. «Problemas...» op. cit. p. 45. Considera este autor que: *La evitación de riesgos imprevisibles no debe considerarse exigible para la empresa. Obligar a la empresa a que prevenga todo tipo de riesgo es, además altamente ineficiente, pues le compele a gastar recursos en riesgos que tienen una baja incidencia. Es mejor un sistema que haga que las empresas concentren sus esfuerzos en riesgos relevantes.*

<sup>30</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A. *La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal*. Lex Mercatoria. Nº. 3. P.45.

*por eso los modelos de prevención de delitos están sujetos a revisiones periódicas.*

#### V. ¿EL PLAN DE COMPLIANCE PENAL PUEDE DESPLEGAR SUS EFECTOS SANATORIOS DURANTE LA INSTRUCCIÓN?

Una de las cuestiones que genera más controversia en la práctica forense es el momento procesal oportuno para valorar la eficacia de los planes de prevención de delitos y si esta evaluación puede hacerse por el juez de instrucción a los efectos de decidir si procede, o no, el sobreseimiento. Es habitual encontrarse los intereses contrapuestos entre la persona jurídica investigada, que al contar con un plan de *compliance* penal lo aporta durante la instrucción y solicita el sobreseimiento, y el Ministerio Fiscal o las acusaciones que se oponen a su concesión, intentando dilatar la valoración de este elemento al ámbito del juicio oral.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el remedio sanatorio que representan los modelos de supervisión, vigilancia y prevención de delitos surgen, tanto para mejorar la cultura de cumplimiento y el control interno de la persona jurídica, como para evitar que, en caso de que se cometa un delito con los criterios imputatorios del artículo 31. bis CP la empresa cumplidora sufra las consecuencias de un proceso penal. O eso es al menos la idea que subyace de la autorregulación regulada de las empresas como política criminal para disminuir los riesgos de la comisión de delitos corporativos.

Ya en la primera Sentencia del Tribunal Supremo que se ocupó de interpretar la responsabilidad penal de las personas jurídicas —nº 154/2016—, al referirse al programa de prevención de delitos, advertía que suponía una: *Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad.* Y ahí reside la importancia de este tipo de programas de *compliance* penal, en transmitir el mensaje a la empresa cumplidora, que invierte recursos y esfuerzos en auto organizarse y generar una auténtica cultura de cumplimiento, que en el caso de que una persona que forma parte de la empresa delinca de conformidad con el artículo 31 bis CP, su esfuerzo en cohonstar la función del Estado para impedir delitos será recompensada. De poco sirve que esa recompensa se obtenga tras una larga instrucción, donde el daño reputacional que

puede generar para una empresa su imputación sea más perjudicial que la propia multa que al final del proceso se le podría imponer.

Ante ello, debemos preguntarnos si existen razones, procesales o penales, para defender que la valoración sobre la efectividad del *compliance* penal no puede realizarse durante la instrucción. Vayamos por orden:

### V.A. Aspectos procesales

Que el sobreseimiento se puede acordar respecto de la persona jurídica no es discutible, pues ni el artículo 637 ni el 641 LECr hacen distinción o exclusión respecto de su aplicación. Es cierto que su interpretación deberá adaptarse a la configuración específica de la persona jurídica, pero todos los supuestos podrían ser aplicados, como expondré a continuación.

Según el artículo 637 LECr, procederá el sobreseimiento libre:

- 1º. *Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa:* Para la aplicación de este supuesto surgen dos posibilidades, derivadas de la interpretación que se acoja respecto al fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si se adopta la tesis de la responsabilidad vicaria (limitada) o por transferencia, el hecho que provoca la formación de la causa será el de la persona física, por lo que procedería el sobreseimiento cuando no existiera el presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica (por ejemplo, cuando no existan indicios de que se engañó a un tercero ante un procedimiento por delito de estafa). Obviamente, esta situación también provocaría el sobreseimiento libre aunque se adoptase la tesis de la responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica (por ausencia de presupuesto objetivo), pero utilizando esta teoría, también podría ser aplicable cuando existiese un hecho delictivo previo cometido por la persona física, pero existieran evidencias de las herramientas de prevención y control del delito, que como tales probarían la atipicidad del hecho propio de la persona jurídica<sup>31</sup>. La STS 154/2016, que es la que marca la senda de la tesis de la autorresponsabilidad por el hecho propio llega a afirmar: *que a nuestro juicio la presencia de ade-*

---

<sup>31</sup> «Núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica» según la STS 154/2016.

*cuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.* La asunción de esta tesis mayoritaria debería llevar a aplicar el sobreseimiento libre en estos supuestos, pues al no existir la infracción, desaparecen los indicios de la comisión del hecho delictivo de la persona jurídica.

- 2º. *Cuando el hecho no sea constitutivo de delito:* Aplicando el mismo razonamiento que el expuesto en el apartado anterior, este precepto debería aplicarse cuando el hecho de la persona física (presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica) no es constitutivo de delito (por ejemplo, en un supuesto de tráfico de drogas, si se demuestra que la sustancia no era cocaína, sino un compuesto similar e inocuo), pero también, si se aplica la tesis de la autorresponsabilidad, cuando no concurren los elementos del tipo objetivo de la responsabilidad de la persona jurídica. Ello puede suceder porque no concorra el beneficio directo o indirecto, porque el hecho delictivo no se haya realizado en ejercicio de las actividades sociales, o porque exista un plan de *compliance* penal adecuado y eficaz para prevenir ese tipo delictivo.
- 3º. *Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores:* Al aplicar este precepto se ha de tener claro que según el artículo 31. ter.2 CP, la concurrencia de causas de exención de responsabilidad en los autores del hecho, no se trasladará a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por ello, con independencia de que concurren causas de exención de la responsabilidad en el autor (persona física) del delito según los criterios de imputación del artículo 31. bis CP (presupuesto), persistirá la responsabilidad penal del ente. Si se opta por la tesis que considera que los programas de *compliance* penal son causas que eximen de responsabilidad penal a la persona jurídica, este apartado es el que debería ser aplicado al poder ser tenido como una causa de exención propia del ente.

Por otro lado, el artículo 641 LECr establece que procederá el sobreseimiento provisional:

- 1.º *Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa:* Este artículo será de aplicación tanto en lo que se refiere al hecho de la persona física (presupuesto) como al de la persona jurídica. De hecho, es el tipo de sobreseimiento que hasta la fecha se ha identificado como el más utilizado por los jueces de instruc-

ción cuando consideran que el plan de prevención de delitos es idóneo y eficaz para prevenir los delitos investigados. En ocasiones puede resultar un contrasentido, pues el fundamento se encuentra en la ausencia de tipicidad de la conducta, pero por el se opta sin embargo por el sobreseimiento provisional, y no libre. No obstante, ello también sucede respecto a las personas físicas en la mayoría de los casos, donde el juez suele optar por el sobreseimiento provisional, que con el paso del tiempo se convertirá en definitivo, pues le deja la puerta abierta a una reapertura de la causa si fuera necesario en un momento posterior, que en caso del sobreseimiento libre le veda la naturaleza de la propia resolución (efecto de cosa juzgada).

- 2º. *Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.* En este supuesto, la crisis del proceso surge por la ausencia de motivos (normalmente indicios de participación delictiva) para imputar un hecho a determinadas personas y acusarles por su comisión. El precepto no excluye a la persona jurídica, pero dada su especial naturaleza, la ausencia de motivos suficientes deberá residenciarse en la existencia de un plan de *compliance* penal que conlleva a la ausencia de responsabilidad penal por la actuación de la persona jurídica dentro de los márgenes del riesgo permitido, al haber adoptado las medidas de supervisión, vigilancia y control exigidas por el legislador para considerar que no se debe castigar a la persona jurídica, aunque concurra el presupuesto fáctico (delito cometido por la persona física ex artículo 31. bis CP).

Por otro lado, la propia naturaleza del sobreseimiento — como un remedio que trata de evitar que lleguen a juicio oral aquellas personas (físicas o jurídicas) respecto de las que no existen indicios de criminalidad en su actuación u omisión — conlleva a concluir que el primer momento procesal oportuno para revisar la eficacia de los planes de *compliance* penal será durante la instrucción de la causa y por el juez encargado de la misma<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Coincido con la postura defendida por GIMENO BEVIÁ en el libro de referencia sobre el proceso penal de la persona jurídica. Vid GIMENO BEVIÁ, J. *Compliance y procesal penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª ed, 2016. P. 249.

## V.B. Aspectos penales: ¿influye la naturaleza jurídica que se le otorgue a los planes de *compliance* penal?

En el apartado III de este artículo se han expuesto las distintas teorías que se barajan en la praxis forense respecto de la categoría dogmática en la que se pudieran encuadrar los planes de prevención de riesgos penales. En este apartado se analizará si optar por una u otra opción conllevaría, o no, un obstáculo para que el procedimiento pueda sobreseerse en instrucción. Analicemos las distintas opciones:

**V.B.1. Elemento del tipo objetivo:** Considerar la ausencia de un plan de *compliance* penal como núcleo de la tipicidad objetiva de la persona jurídica, conlleva a la indefectible consecuencia que una vez alegado por parte de la persona jurídica la existencia del procedimiento de prevención de delitos que acredite la cultura de cumplimiento, deberán ser analizadas por el juez de instrucción las evidencias aportadas para justificar este motivo de descargo. Y deberá ser realizado este examen durante la instrucción, pues al ser un elemento del tipo, su ausencia conllevaría de manera inmediata a la inexistencia de la infracción y sería obligatorio dictar el auto de sobreseimiento. El juicio de tipicidad es un examen que debe realizar el juez, tanto a la hora de acordar el inicio de un procedimiento, como durante toda la fase de instrucción.

El Auto del Juzgado Central de Instrucción nº. 6 de 23 de marzo de 2021 (dictado en las DD.PP. 85/2014 – Caso INDRA) acoge esta interpretación y justifica, en sede de tipicidad, la competencia del instructor para valorar los programas de *compliance* penal en esta fase, advirtiendo expresamente que: ***No hay ningún obstáculo para que, al igual que ocurre con las personas físicas, tratándose de una persona jurídica investigada, llegado el momento en el que se han practicado todas las diligencias de investigación, pueda el Juez valorar, a partir de los indicios aportados por la acusación, si se dan los presupuestos que justifican mantener la imputación del ente corporativo. De este modo, la investigación de las personas jurídicas, como las físicas, deberá someterse al examen de doble pronóstico antes mencionado (aparente tipicidad de los hechos justiciables y suficiencia indiciaria objetiva y subjetiva de los mismos) en la fase de instrucción del procedimiento penal sin que sea necesario diferir la evaluación para el acto del juicio oral, cuando sea evidente que en la fase preparatoria puede decretarse la crisis anticipada.***

**V.B.2. Excusa absolutoria:** Como se ha expuesto, la Circular de la FGE 1/2016 aboga por interpretar que los programas de cumplimiento tienen la naturaleza de excusa absolutoria, que desplegaría sus efectos en sede de punibilidad. La empresa debería responder por la comisión del delito, pero la ley dispensa la penalidad por motivos de política criminal, pues para alentar la implantación de los planes de prevención de delitos, otorga una especie de perdón legal<sup>33</sup>. Esta interpretación tampoco resulta un obstáculo para que dicha causa sea examinada en instrucción por el juez, es más, debe serlo si se alega por la parte. Es lo que sucede respecto de otras excusas absolutorias, como la de parentesco del artículo 268 CP, pues si se inician unas diligencias por robo con fuerza en las cosas contra varias personas, y resulta que una de ellas es el hermano del sujeto pasivo, la causa debe sobreseerse en ese momento respecto de quien concurra la excusa absolutoria, sin diferir esta valoración al ámbito del juicio oral. Lo mismo ha de suceder con la valoración de la existencia de un programa de *compliance* penal idóneo y eficaz. Si se constata su existencia, su naturaleza de excusa absolutoria permite que sea valorada en instrucción y sobreseer la causa contra la persona (física o jurídica) a la que sea aplicable.

**V.B.3. Eximente:** La tercera opción es considerar que la acreditación de la existencia de programas de cumplimiento actuaría como una eximente de responsabilidad penal. Esta opción, que sobre todo se apoya en el tenor literal de los artículos 31.bis. 2 y 4 CP pierde sustento, en mi opinión, cuando se relaciona con el elemento subjetivo y la culpabilidad. Me explico. En ocasiones se puede apreciar que contra la decisión de sobreseer una causa frente a la persona jurídica que ha acreditado la existencia de programas de cumplimiento idóneos, se interpone recurso que se fundamenta en la teoría de que no es posible acordar el sobreseimiento en fase de instrucción sobre la base de la valoración del elemento subjetivo, por lo que la evaluación de la exención de la responsabilidad penal por ausencia de culpabilidad solo podrá realizarse por el órgano de enjuiciamiento, estando vedada esta valoración al instructor<sup>34</sup>.

En este orden de cosas, donde se ha construido un tipo de responsabilidad específica de la persona jurídica, forzar la ficción hasta

---

<sup>33</sup> DEL MORAL GARCÍA, A. *Responsabilidad penal...* op. cit. p. 1809.

<sup>34</sup> Vid. Auto 10 de mayo de 2021 del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 (DD. PP.85; 2014 – Caso INDRA), que desestima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de sobreseimiento respecto de la persona jurídica.

otorgarle la capacidad de pensar y proyectarle un elemento subjetivo propio excede de los límites de la ficción. No desconozco (aunque no comparto) las tesis que sostienen que la persona jurídica tiene una culpabilidad propia, pero ni siquiera éstas le otorgan un dolo propio<sup>35</sup>. Por eso, en la primera parte del artículo exponía que en caso de considerarse la existencia de un programa de *compliance* penal como eximente, sus efectos se proyectarían sobre la ausencia de la antijuridicidad de la conducta, sobre la ausencia de una contradicción al derecho en el actuar de la persona jurídica, dado que el derecho no debe exigir responsabilidad penal a quien hizo todo lo posible por actuar de manera legal y adecuada en su actividad empresarial. Es una causa parecida al ejercicio de un derecho, y si me apuran, cumplimiento de un deber, el cual puede desplegar sus efectos exoneratorios también en la fase de instrucción.

Respecto a la tesis de que las eximentes solo pueden ser valoradas en sede de enjuiciamiento, DEL MORAL GARCÍA defiende que esa idea carece de toda base sólida procesal, salvo en aquellos supuestos en que la eximente no es total (eximentes de los numerales 1 a 3 del artículo 20, pues comporta la imposición de una medida de seguridad). El citado autor afirma que: *No debe existir inconveniente alguno para que si en fase de instrucción se llega a la estimación de la existencia de un programa de cumplimiento con eficacia excluyente de responsabilidad penal de la empresa, se aparte a ésta del procedimiento, prosiguiendo éste exclusivamente frente a las personas físicas responsables*<sup>36</sup>.

De hecho, la tesis defendida por el autor deviene de la STS 202/2018, de la que él mismo fue ponente, y descarta la aplicación de la tesis tradicionalista de que los elementos subjetivos sólo pueden ser valorados en sede de enjuiciamiento<sup>37</sup>. En esta se concluye sin

---

<sup>35</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las persona jurídicas en el sistema español*. Lex Nova, Valladolid, 2011. Pp. 95 a 96; 113-130.

<sup>36</sup> DEL MORAL GARCÍA, A. «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en GÓMEZ COLOMER, J. L. *Tratado de compliance penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 703.

<sup>37</sup> STS 202; 2018, FJ 7º: *Se arguye que el Instructor no debería entrar a valorar los elementos del tipo subjetivo o las causas de exclusión de la antijuridicidad (como la legítima defensa). Debe ser suficiente a fin de decidir sobre la necesidad de proseguir el procedimiento constatar la concurrencia de los presupuestos objetivos de la tipicidad, lo que determinará la necesidad del procesamiento, si es un procedimiento ordinario; la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (art. 779). La existencia o no, por ello del animus iniuriandi, sería algo —se ha sostenido— que sólo el Tribunal podrá apreciar en la sentencia. La inexistencia de esos elementos internos (ánimo de ofender: animus iniuriandi o calumniandi) debería dilucidarse en el juicio oral, sin que pueda erigirse en motivo para abortar prematuramente el proceso.*

ambages que: *Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable. «Criminalidad» a los efectos de los arts. 384 o 783 LECrim es algo más que «tipicidad objetiva». Por «criminalidad» hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos. Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado —art. 779.1.4ª—), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo demás, la posición es idéntica. **Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación (v.gr. ejercicio legítimo de la libertad de información), razones que pueden llevar a la inculpabilidad (error sobre la falsedad de la imputación o un error de tipo) o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de «criminalidad».***

Por lo tanto, tampoco existe razón que se fundamente en la categoría dogmática que se quiera otorgar a los planes de *compliance* penal para justificar la imposibilidad de su valoración por el juez de instrucción y limitarla al órgano de enjuiciamiento.

## VI. CONCLUSIONES: LOS EFECTOS SANATORIOS DE LOS PLANES DE *COMPLIANCE* PENAL COMO REALIDAD

El análisis realizado permite afirmar que los programas de *compliance* penal idóneos y efectivos tienen la capacidad de desplegar el efecto reparador y sanador en la responsabilidad penal de la persona

---

*De este entendimiento se ha hecho eco una vieja práctica, sin sólido respaldo legal, que ha venido sosteniendo que sería suficiente con una constatación de la concurrencia, al menos indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre cuestiones anímicas.*

*Ha de rechazarse rotundamente esa vieja teoría.*

*De aceptarla, la coherencia abocaría a procesar a toda persona que haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A esta observación básica se unen otras palmarias razones de economía procesal que en el régimen constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas ( art. 24.2 CE ). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación no debida...*

jurídica, lo que conlleva a su exención de responsabilidad penal. Ello puede sonar a obviedad, pues lo contempla el artículo 31.bis 2 y 4 CP, pero una cosa es lo que diga la ley y otra cómo sea aplicado por los tribunales, más si cabe en supuestos tan ajenos al Derecho penal clásico donde la interpretación judicial resulta esencial. No faltaron voces, tras la reforma del Código Penal en 2015, que auguraron que el sistema de exención de responsabilidad podría convertirse en una mera ilusión, pues el mero hecho de que una persona delinquierse en el ámbito de la empresa conllevaría a considerar que el programa de prevención de delitos era ineficaz. Vemos que no es así, y que los tribunales han optado por valorar el sistema desde una lógica social. Con ello, se dota de contenido a la finalidad político criminal que el legislador perseguía con la incorporación de esta causa de exclusión de responsabilidad penal, pues el mensaje que se transmite a las empresas es que aquellas que hayan sido cumplidoras con la normativa, y que hayan hecho todo lo posible para prevenir la comisión de delitos en su seno serán recompensadas con la exención de pena.

Pero para que esa consecuencia adquiera toda la dimensión exoneratoria es necesario que exista la posibilidad de que los efectos sanatorios del *compliance* penal puedan valorarse durante la instrucción, para evitar que un largo proceso penal cause daños irreversibles a la empresa investigada. De nada serviría a la empresa cumplidora alcanzar una absolución tras un largo proceso, cuando éste le ha causado un daño reputacional tan grave que le ha llevado a la quiebra, sobre todo si el motivo de su absolución es la existencia de una auténtica cultura de cumplimiento que fue alegada desde el inicio de la causa y pudo valorarse por el juez de instrucción<sup>38</sup>. Tal y como gráficamente se expone en el Auto n° 285/2019 de 14 de mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9ª): *La atribución de la condición de investigado, aunque se realice con fines garantistas que permiten articular la defensa de la persona jurídica, presenta el reverso tenebroso del estigma reputacional, tan grave en un sector en que la honorabilidad es un requisito legal esencial...»*.

Todo lo expuesto permite concluir que los efectos sanatorios de un programa de *compliance* penal realizado de manera adecuada e idónea, y de la implantación de una auténtica cultura de cumplimiento son, en la actualidad, una realidad que se aplica en la práctica forense. Para que todo el sistema adquiera coherencia, este efecto puede (y

---

<sup>38</sup> Auto de 29 de junio de 2021, del Juzgado Central de Instrucción n°. 6: *El hecho de dirigir el proceso penal contra una persona determinada comporta siempre graves consecuencias para esta. Esta afectación se da tanto en el ámbito de las personas físicas como en el de las jurídicas, como es el caso de la que se refiere la presente resolución.*

debe) ser apreciado durante la instrucción, pues sólo la confianza en el sistema y en sus beneficios, tanto para la propia persona jurídica como para la sociedad, hará que la incipiente cultura de cumplimiento que se ha incorporado a la vida de las empresas se asiente, fragüe, y se convierta en uno de los pilares de un sistema justo que premie a las empresas cumplidoras y castigue a las que han permitido (o incluso alentado) la comisión de delitos corporativos en su seno.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bajo Fernández, M; Feijoo Sánchez, B; Gómez Jara, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, 2012. 1ª ed.
- Ballesteros Sánchez, J. *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- De la Mata Barranco, N; Lascuraín Sánchez, J. A; Dopico Gómez Áller, J; Nieto Martín, A. *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson. 2018.
- Del Moral García, A. «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en Gómez Colomer, J. L. *Tratado de compliance penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Del Moral, A. « La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en González Fernández, M. B.; Márquez Lobillo, P; Otero Cobos, M (Coord). *Los acuerdos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Fernández Teruelo, J. «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelo de cumplimiento: Las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2y ss. CP», en Gómez Colomer, J. L. *Tratado de sobre compliance penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Gallego Soler, J. I. «Criminal compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales», en Mir Puig, S; Corcoy Didasolo, M; Gómez Martín, V (Dir). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. BdF, Buenos Aires, 2014.
- Gil Gil, A, et al. *Parte General. Derecho Penal*. Dykinson, Madrid, 2015, 2ª ed.
- Gimeno Beviá, J. *Compliance y procesal penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª ed, 2016.

- Gómez Tomillo, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las persona jurídicas en el sistema español*. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- Gonzalez Cussac, J. L. «Condiciones y requisitos para la eficacia exigente o atenuante», en Gómez Colomer, J. L. *Tratado de compliance penal*. Tirant lo Blanch. 2019.
- Juanes Peces, A; González-Cuellar Serrano, N. «La responsabilidad penal de la persona jurídica y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adaptar antes de su entrada en vigor». Diario La Ley. N°.7501. 2010.
- Lascuraín Sánchez, J. A. «Compliance, debido control y unos refrescos», en Arroyo Zapatero, L; Nieto Martín, A. *El Derecho penal económico en la era del compliance*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.
- Liñán Lafuente, A. «El control preventivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica », en, Agúndez, M; Martínez-Simancas, J. (Dir). *Cuadernos de derecho para ingenieros. Cumplimiento normativo. Compliance*». La Ley. 2012.
- *La Ley 2; 2023, de protección del informante, vs. el derecho a la no auto incriminación de la persona jurídica*. LA LEY Penal, N° 162, Mayo de 2023.
- *La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal*. Lex Mercatoria. N°. 3.
- Muñoz de Morales Romero, M. «Programas de cumplimiento efectivo en la experiencia comparada», en, Arroyo Zapatero, L; Nieto Martín, A. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Nieto Martín, en «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal español», en Khulen; Montiel; Ortíz de Urbina, *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Marcial Pons. Madrid 2013.
- Pérez Machío, AI. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia preventiva*. Comares, Granada, 2017.
- Rodríguez Ramos, L; Rodríguez-Ramos Ladaria, G; Rodríguez de Miguel Ramos, J. *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*. La Ley. 2023. 7ª ed.
- Silva Sánchez, J. M. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Atelier. 2022.



ARTICULACIÓN DEL PODER ESTATAL  
EN LOS ACUERDOS COMERCIALES  
INTERNACIONALES DE LA REPÚBLICA POPULAR  
CHINA. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
JURÍDICAS Y EL SISTEMA DE RECONOCIMIENTO  
DE SENTENCIAS EXTRANJERAS  
EN EL RÉGIMEN COMUNISTA

ARTICULATION OF STATE POWER IN THE INTERNATIONAL  
TRADE AGREEMENTS OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA.  
THE RESOLUTION OF LEGAL DISPUTES AND THE SYSTEM OF  
RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS  
IN THE COMMUNIST REGIME

Jesús López de Lerma Galán<sup>1</sup>

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad Rey Juan Carlos

**Sumario:** *I. Introducción. II. Nacionalismo, globalización y Estado de Derecho en la República Popular China. III. La integración económica de los países asiáticos. La negociación internacional de APEC y ASEAN. IV. La apertura en occidente de la República Popular China. Los acuerdos de libre comercio con la Unión Europea. V. El enfrentamiento comercial entre China y Estados Unidos. La articulación de un sistema multilateral de comercio. VI. La resolución de controversias jurídicas en las negociaciones internacionales. El reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.*

---

<sup>1</sup> Este artículo se encuentra vinculado al proyecto nacional de investigación «Democracia y solidaridad en las integraciones económicas». Proyecto de I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientado a los retos de la Sociedad (Referencia DER2017-83596-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

**Resumen:** Esta investigación analiza los efectos de la globalización y la articulación del poder en la República Popular China, examinando sus relaciones internacionales a través de la firma de acuerdos de libre comercio. En el proceso globalizador los países que se integran entre sí pierden cierta autonomía en la gestión de sus intereses, cuyas competencias se transfieren a órganos supranacionales que acaparan parte del poder estatal. Esta situación es particularmente interesante en el caso de China, un país con un fuerte arraigo en las tradiciones y el nacionalismo, marcado por el régimen comunistas. Con un enfoque basado en el estudio científico constitucional, el texto profundiza en el proceso de apertura de la República Popular de China en occidente en la denominada «dictadura democrática popular». En la primera parte se aborda la integración económica de los países asiáticos, posteriormente se tratan las relaciones comerciales de la República Popular China con la Unión Europea, así como su enfrentamiento con Estados Unidos. La investigación reflexiona sobre los controles jurisdiccionales en los tratados internacionales que se firman con China, estudiando los mecanismos de resolución de conflictos y el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

**Palabras clave:** China, comunismo, acuerdo de libre comercio, globalización, Derecho constitucional.

**Abstract:** This research analyzes the effects of globalization and the articulation of power in the People's Republic of China, examining its international relations through the signing of free trade agreements. In the globalization process, the countries that integrate with each other lose a certain autonomy in the management of their interests, whose powers are transferred to supranational bodies that monopolize part of the state power. This situation is particularly interesting in the case of China, a country deeply rooted in traditions and nationalism, marked by the communist regime. With an approach based on constitutional scientific study, the text delves into the opening process of the People's Republic of China in the West in the so-called «people's democratic dictatorship». In the first part, the economic integration of Asian countries is addressed, then the commercial relations of the People's Republic of China with the European Union are discussed, as well as its confrontation with the United States. The research reflects on the jurisdictional controls in the international treaties that are signed with China, studying the conflict resolution mechanisms and the system of recognition and execution of foreign sentences.

**Key words:** China, communism, free trade agreement, globalization, constitutional law.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales manifestaciones de la globalización económica está centrada en el ejercicio del poder y su titularidad por parte de los países que firman un acuerdo de libre comercio. Una situación no exenta de problemas, que impone a los países una nueva línea de actuación, en la que el constitucionalismo va a servir para introducir elementos de legitimación en las negociaciones internacionales. En base a esta línea de discusión, esta investigación profundiza en las nuevas relaciones internacionales que establecen países como China al firmar un acuerdo de libre comercio. Con ello se pretende estudiar cómo se someten jurídicamente sus negociaciones internacionales, estudiando la articulación de poderes constitucionales en un régimen comunista como el del país asiático.

La República Popular China puede definirse como un Estado dictatorial, conformado bajo las bases de un socialismo de partido único y un sistema capitalista limitado. Como reconoce Álvarez Valdés, «nos encontramos ante una nación con identidad propia, que es publicitada como soberana, desarrollada y uniforme»<sup>2</sup>. Fundamentalmente se caracteriza por tener un mercado expansionista bajo el control estatal, que produce masivamente a precios competitivos, dentro de una estructura de integración basada en el respeto al Derecho internacional.

Ahondando en sus antecedentes históricos se puede decir que, desde la fundación de la República Popular en 1949, China ha tenido una función estratégica en el ámbito internacional. Su líder Mao Zedong<sup>3</sup> se situó junto a la Unión Soviética en contra de Estados Unidos y del mundo capitalista. Posteriormente, como afirma Delage, el propio Mao se coloca en un plano más neutral respecto a occidente, al objeto de frenar la amenaza del «revisionismo soviético», lo que marcó el periodo de la Guerra Fría<sup>4</sup>. A partir de ese momento los diri-

---

<sup>2</sup> Vid. ÁLVAREZ VALDÉS, Rodrigo, «Reinserción, reposicionamiento y resignación global China: Entre la cooperación y la hegemonía, 1990-2014», *Revista Política y Estrategia*, núm. 126, 2015, págs. 37-62.

<sup>3</sup> Líder patriótico y máximo dirigente del Partido Comunista de China. Fundador de la República Popular China y artífice del movimiento revolucionario; su gobierno duró desde 1949 a 1975, en un régimen que se caracterizó por políticas ideológicas asociadas con las persecuciones, violaciones masivas de derechos humanos y trabajo penitenciario. Murió en septiembre de 1976. Asimismo, para un mayor conocimiento de su influencia y liderazgo, se recomienda el estudio de la obra GRIMM, Tilemann, *Mao Zedong*, Ediciones Folio, 2003.

<sup>4</sup> DELAGE CARRETERO, Fernando, «La política exterior china en la era de la globalización», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 63, 2003, págs. 67-81.

gentes chinos definen un sistema entendido como un «poder nacional global»<sup>5</sup>, con una dimensión no sólo militar sino también económica y política, en la que se centrará este trabajo.

Para una mejor comprensión del objeto de estudio es necesario remitirse a los antecedentes constitucionales de China, ofreciendo algunos detalles respecto a su sistema constitucional. La República Popular China ha tenido cuatro Constituciones, la de 1954, 1975, 1978 y 1982. La Constitución de 1978 ya establecía el marco jurídico-político para la transición a lo que será el nuevo orden constitucional que se va a instaurar en China a partir de 1982<sup>6</sup>. La Constitución en China tiene la más alta autoridad legal, esto implica que ninguna ley nacional, reglamento administrativo, autónomo o especial, así como regla local o administrativa puede contravenirla<sup>7</sup> o ir en contra de sus postulados. Asimismo, hay que señalar que la Constitución de 1982 ha sufrido importantes revisiones en 1988, 1993, 1999, 2004 y 2018. La más reciente de estas actualizaciones otorga mayor poder al presidente, eliminando el límite de dos mandatos de cinco años para el Jefe del Estado. Con ello se pone fin al liderazgo colectivo que estableció Deng Xiaoping<sup>8</sup> para, en cierta manera, perpetuar el mandato del presidente Xi Jinping<sup>9</sup> y poder desarrollar los proyectos de reformas económicas.

Por otro lado, el texto constitucional de 1982, que aprobó la Asamblea Popular Nacional el 5 de diciembre, está formado por un preámbulo y ciento treinta y ocho artículos que se reparten en cuatro capítulos referenciados a los principios generales; derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos; estructura del Estado; bandera, escudo e himno nacionales y capital<sup>10</sup>. Asimismo, el texto constitucional de la República Popular China ha tenido diferentes mociones para modifi-

---

<sup>5</sup> En relación con la política exterior china véanse entre otros trabajos ROY, Denny, *China's foreign relations*, Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1998; LAMPTON, David M. (ed.), *The making of Chinese foreign and security policy in the era of reform*, Standford University Press, Standford, 2001; y KIM, Samuel, S. (ed.), *China and the world: Chinese foreign relations in the post-cold war era*, Boulder, Colo.: Westview Press, 4<sup>a</sup> ed, 1998.

<sup>6</sup> PÉREZ AYALA, Andoni, «La larga marcha constitucional de la República Popular China. El periodo de Mao Tse-tung», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 129, 2005, pág. 85.

<sup>7</sup> ZHAI, Guoqiang, «La práctica del control de constitucionalidad en China», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 71, 2013, págs. 592.

<sup>8</sup> Líder supremo de la República Popular de China desde diciembre de 1978 hasta noviembre de 1989. Revolucionario, estadista y miembro del Partido Comunista de China, ascendió al poder tras la muerte de Mao Zedong.

<sup>9</sup> Presidente de la República Popular de China desde el 15 de marzo de 2013.

<sup>10</sup> Constitución de la República Popular China de 1982.

car y complementar sus artículos, que se produjeron en los años 1993, 1999 y 2004. Las últimas reformas de 2004 y 2018 supuso la agregación de contenidos y fue un impulso para el desarrollo coordinado de la civilización material, política y espiritual, estableciendo y perfeccionando el sistema de garantía social. No obstante, la legislación está sometida a la supervisión del Partido Comunista Chino que es quien ejerce su control, al igual que las enmiendas constitucionales.

En cualquier caso, como destaca Duverger, es importante señalar que en los regímenes socialistas suele ser común combinar las estructuras autoritarias y dictatoriales con instituciones democráticas inspiradas en regímenes liberales que, en definitiva, pretenden enmascarar a la dictadura<sup>11</sup>. La nueva Constitución de China nace bajo una ideología inspirada en cuatro principios fundamentales, que ya habían sido fijados en el XII Congreso del Partido Comunista Chino como son el camino socialista, la dictadura democrática popular, la supremacía del Partido Comunista, y el seguimiento del marxismo-leninismo, así como del pensamiento de Mao Zedong<sup>12</sup>. Asimismo, entre sus objetivos se plantea una modernización de la industria y tecnología del país<sup>13</sup>, junto a una reconstrucción y renovación económica<sup>14</sup>. Una serie de medidas que, en los últimos años, han convertido a China en un bloque emergente de gran impacto en el comercio internacional.

Desde el primer momento, la pretensión del régimen comunista chino fue desarrollar un «socialismo» con características identitarias propias tanto en sus instituciones como en sus símbolos. Así lo recoge en su Constitución de 1982 al referirse a un «Estado socialista bajo la dictadura democrática»<sup>15</sup>, en el que el poder de la República Popular

---

<sup>11</sup> Vid. la obra DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Colección Demos, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, pág. 407.

<sup>12</sup> El pensamiento del líder comunista lo encontramos en el famoso *Libro Rojo*, publicado en 1964, también conocido como «*Los pensamientos del presidente Mao*». Fue lectura obligatoria por todos los ciudadanos chinos durante años y está formado por sentencias morales, consejos y lecciones históricas para ser un buen comunista. Véase la obra ZEDONG, Mao, *El Libro Rojo*, Espuela de Plata, edición de 2014.

<sup>13</sup> LU CHAI, Juan, «La nueva constitución del Régimen Comunista Chino», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), núm. 39, mayo-junio 1984, pág. 194.

<sup>14</sup> La economía de China en sus inicios se encontró con una serie de problemas como la coordinación proporcional entre los órganos productivos, determinándose un sistema de economía planificada que lastraba su crecimiento exponencial marcada fuertemente por el criterio ideológico. Así lo han descrito autores como HUNG, Yu-Chiao, «La economía en el XII Congreso del Partido Comunista Chino», *Horizonte Asiático*, vol. núm. 10, 1982, págs. 47-48.

<sup>15</sup> Artículo 1 de la Constitución de la República Popular China de 1982.

china «pertenece al pueblo»<sup>16</sup>. Por tanto, se está ante un sistema con un fuerte control estatal que han mantenido líderes como Jiang Zemin (1989-2002), Hu Jintao (2002-2012) y Xi Jinping (desde 2012)<sup>17</sup>. Un régimen basado en una masiva propaganda política utilizada como mecanismo de adoctrinamiento, en la que las élites empresariales se integran en el partido comunista chino.

Respecto al sistema constitucional de China se pueden hacer algunas precisiones de interés. Curiosamente, como apunta García Guerrero, se observa una Constitución económica dual que mantiene la tradicional Constitución económica marxista centralizada en paralelo a una Constitución económica liberal. Este país, con un fuerte despliegue económico que exponencialmente crece cada año, se ha convertido en el segundo exportador mundial tras Alemania, transformándose en un actor propio en el orden económico<sup>18</sup>, con identidad para generar importantes cambios en las fluctuaciones internacionales, tal y como se va a explicar.

Para terminar con esta introducción es importante concretar que este trabajo científico también pretende analizar los efectos de la globalización en la proyección internacional de la República Popular China, determinando cómo esa situación afecta en la conformación de los acuerdos de libre comercio. El artículo se inicia con un estudio de los acuerdos de libre comercio de China para posteriormente tratar las relaciones de este país con la Unión Europea, así como los conflictos que ha desarrollado con Estados Unidos. En la parte final se analizarán los sistemas de resolución de conflictos que tiene la República Popular China en las transacciones internacionales, con especial mención al sistema de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

El objetivo de esta investigación es demostrar que China ha creado una estructura institucional con apariencia de democracia, pero que no puede calificarse como un verdadero «Estado de Derecho».

---

<sup>16</sup> Artículo 2 de la Constitución de la República Popular China de 1982.

<sup>17</sup> Vid. ESTEBAN, Mario, *Nacionalismo y cambio político en China (1989-2002)*, Madrid: UAM Ediciones, 2005; TYLER, Patrick, *A great wall. Six presidents and China: An investigative history*, Nueva York: Public Affairs, 1999; VILARÓ, Ramón, «China: de Tiananmén a los Juegos Olímpicos», *Revista Cambio 16*, núm. 1915, 2008, págs. 14-15.

<sup>18</sup> GARCÍA GUERRERO, José L., «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos. En definitiva, la globalización como último al concepto racional normativo de Constitución», en PRATS, Eduardo J. y JIMINIAN, Manuel V. (eds.), *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional*, Santo Domingo: Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014, pág. 75.

También se pretende explicar la influencia de la globalización y los acuerdos de libre comercio en el diseño de la República Popular China, determinando los efectos de su expansión comercial. Este estudio también aborda las nuevas alianzas del régimen comunista chino, al objeto de derribar la hegemonía comercial estadounidense, en un plan de integración con la comunidad internacional para, previsiblemente, desarrollar un nuevo orden mundial, según se desprende de los datos aportados en la investigación.

## II. NACIONALISMO, GLOBALIZACIÓN Y ESTADO DE DERECHO EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

Para conocer el avance de la República Popular China en los últimos tiempos debemos profundizar en parte de su evolución histórica. En este sentido se puede decir que desde el año 1979, la República Popular China tenía intención de crear un Estado de Derecho, pero su concepción en la configuración de órganos y poderes se va a gestar con importantes diferencias respecto a un Estado de Derecho occidental. Autores como Zhang sostienen que la naturaleza autoritaria del régimen, junto con algunos factores de riesgo expuestos por la clase dirigente en torno a la separación de poderes y el respeto de los derechos humanos, hacen muy difícil su consideración como un verdadero Estado de Derecho<sup>19</sup>. Por eso, algunos sectores, entre los que destacan autores como Farah, defienden que el sistema de China se caracteriza mejor como «gobernado por ley» (*rule by law*) más que ser propiamente un «Estado de Derecho» (*rule of law*), puesto que el poder estatal es ejercido en China de acuerdo con normas promulgadas formalmente. Todo ello lleva a concluir que la noción de gobernar el país por ley impregna al régimen comunista de China de una mentalidad legalista, en virtud de la cual el Derecho es un instrumento para mantener la estabilidad y la posición de la clase gobernante<sup>20</sup>. En base a esta argumentación, se puede inferir que el país asiático busca el reconocimiento internacional, fomentando su «economía de

---

<sup>19</sup> ZHANG, Mo, «The Socialist Legal System with Chinese Characteristics: China's Discourse for the Rule of Law and a Bitter Experience», *Temp. Int'l & Comp. L. J.*, núm. 4, 2, 2010, pág. 63. En este sentido podemos añadir que en 1997 el Partido Comunista propuso establecer un sistema jurídico socialista con características chinas, lo que podía entenderse como una pretensión de este país por declarar su compromiso con el concepto de Estado de Derecho, pero también como una forma de preservar el sistema de gobierno instaurado en China.

<sup>20</sup> FARAH, Pablo D., «L'Influenza Della Concezione Confuciana Sulla Costruzione del Sistema Giuridico e Politico Cinese», en BOMBELLI, G y MONTANARI, B, (eds.) *Identità Europea e Politiche Migratorie*, Vita e Pensiero, 2008, pág. 211.

mercado» para proyectarse al exterior. El Gobierno de la República Popular China actuará en consecuencia abriendo el mercado de las telecomunicaciones a la inversión extranjera, así como adaptando su legislación, pues hasta ese momento no existía normativa legal que permitiera esa situación.

En clave más política, el nacionalismo de China puede calificarse como pragmático al pretender construir un «Estado-nación» política, cultural y económicamente unido, especialmente cuando las influencias extranjeras, como las occidentales, erosionan los fundamentos de ese país<sup>21</sup>. Partiendo de esta situación, es posible hablar de un «nacionalismo instrumental» que reacciona contra el mundo exterior y que se caracteriza por una retórica que justifica las acciones del propio Gobierno del Partido Comunista Chino, en base a los valores patrióticos<sup>22</sup>, que subyacen en su ideología y que comparte con la sociedad en su conjunto.

Por otro lado, pese a sus posicionamientos contrarios a occidente, la República Popular de China tenía como objetivo su proyección al exterior, y para ello diseñó una estrategia internacional. En este caso, la incorporación de China en la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1949 supuso su integración en la comunidad internacional pero no será hasta 1971 con la resolución de 25 de octubre de 1971 cuando se determinan la restitución de los legítimos derechos de la República Popular China en las Naciones Unidas<sup>23</sup>, otorgándole representación en el Consejo de Seguridad de la ONU. Desde ese momento China se centró en establecer coaliciones y alianzas, desarrollando un papel activo y determinante<sup>24</sup>, como país influyente en la economía mundial.

En el ámbito internacional también es importante destacar que el anuncio del fin de la Guerra Fría por el presidente de Estados Unidos, George Bush, y el de la Unión Soviética, Mijaíl Gorbachov, supuso un momento de aperturismo comercial internacional. Esto se tradujo en

---

<sup>21</sup> WANG, Jisi, «Pragmatic nationalism: China seeks a new role in world affairs», *Oxford International Review*, 1994, pág. 30.

<sup>22</sup> Vid. ZHAO, Suisheng, «Chinese nationalism and its international orientations», *Political Science Quarterly*, vol. 115, núm. 1, 2000, págs. 1-33; WHITING, Allen S., «Chinese nationalism and foreign policy after Deng», *China Quarterly*, núm. 142, 1995, págs. 295-316.

<sup>23</sup> Resolución 2758 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Restitución de los legítimos derechos de la República Popular de China en las Naciones Unidas. 25 de octubre de 1971.

<sup>24</sup> Vid. LEI, X., «China as a Permanent Member of the United Nations Security Council», *Friedrich Ebert Stiftung: International policy Analysis*, núm. 3, 2014, págs. 1-21. Documento disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/iez/10740.pdf>

una libertad conferida a los países asiáticos que permitió a China superar las presiones sufridas en periodos anteriores, lo que generó un desarrollo económico, coincidente con el declive de la superioridad occidental<sup>25</sup>, como se desprende del análisis del contexto histórico político internacional.

Por otro lado, desde finales de los años noventa el protagonismo de la República Popular China no ha dejado de aumentar hasta convertirse en un país con un gran potencial internacional que ha sabido superar periodos de desestabilidad internacional. Por destacar un ejemplo, en las crisis financieras de finales del siglo xx, China no sólo evitó la devaluación de su moneda, sino que aportó 4.500 millones de dólares a los paquetes del Fondo de Rescate Internacional<sup>26</sup>, proporcionando una oportunidad sin precedentes para poder crecer mundialmente. Asimismo, el acceso de China a la Organización Mundial del Comercio en 2001 implicó un nuevo punto de inflexión en su estructura jurídica e institucional, que como se viene destacando, va a ser ajena históricamente al concepto de Estado de Derecho de los países occidentales. Esta integración, también significó un hito importante en el desarrollo de los países y las economías en desarrollo, así como para el grupo de los países emergentes como los denominados BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica)<sup>27</sup>, pues significó una forma de ampliar el poder de negociación<sup>28</sup>, marcando las nuevas relaciones geopolíticas<sup>29</sup> del mundo contemporáneo.

---

<sup>25</sup> OGITA, Tatsushi, «The Origins of Contrasting Views on APEC», APEC Study Center, Institute of Developing Economies and Research Officer, *Working Paper Series*, núm. 5, 1997, pág. 9.

<sup>26</sup> NAUGHTON, Barry, «China: Domestic restructuring and a new role in Asia», en PEMPEL, T.J. (ed.) *The politics of the Asian economic crisis*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999, pág. 209.

<sup>27</sup> Con la entrada del nuevo siglo las empresas y mercados empezaron a superar el marco estatal con integraciones económicas cada vez más intensas. Sin embargo, posteriormente se observó que se iniciaba una segunda fase de la globalización, en la que aparecen una serie de actores que toman especial protagonismo en los mercados internacionales y que se convierten en los órganos ejecutivos de las integraciones económicas como es el caso de los BRICS (países emergentes en vías de desarrollo como Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) o potencias económicas como Estados Unidos, que marcan el eje de la política comercial internacional, con un poder de interacción cuyas consecuencias se extienden a terceros países. En este sentido véase GARCÍA GUERRERO, José L., «Constitucionalizando la globalización», en GARCÍA GUERRERO, José L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.<sup>a</sup> Luz, *Constitucionalizando la globalización*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

<sup>28</sup> FARAH. Paolo D., «Trade and Progress: The Case of China», *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 30, núm. 1, 2016, pág. 51.

<sup>29</sup> Vid. FÉRNÁNDEZ RIQUELME, Sergio, «La nueva China. Una identidad entre el comunismo, el capitalismo y el nacionalismo», Geopolítica. Ru, 2020. Documento

En todo caso, partiendo de una visión amplia del contexto político internacional, se puede inferir que la globalización ha sido positiva en el proyecto de crecimiento de China pues le ha servido para iniciar su expansión mundial dentro de un ambicioso plan preconcebido desde sus estructuras de poder. De hecho, como explica Ibáñez, la caída del muro de Berlín no derrumbó al comunismo chino y tampoco le generó una situación de subdesarrollo como tiene Cuba. Frente a las crisis occidentales, la República Popular China ha sabido adaptarse al entorno fomentando un nacionalismo a ultranza, que se ha nutrido inteligentemente del consumismo masivo difundido por el sistema globalizado<sup>30</sup>, creando una red de alianzas, como se explicará seguidamente.

### III. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA DE LOS PAÍSES ASIÁTICOS. LA NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL DE APEC Y ASEAN

En el desarrollo de la economía global, el acceso de China a la Organización Mundial de Comercio supuso un hito importante, cuyas consecuencias se empezaron a comprobar en poco tiempo, con una reactivación de los mercados internacionales. Conforme se ha venido destacando, la presencia de China fue vital en el desarrollo de los BRICS, así como en el crecimiento de países y economías emergentes. No obstante, autores como Farah sostienen que a pesar de que la entrada de China en entidades supranacionales sirvió para mejorar ciertas normas comerciales y ambientales, no se puede negar que en ocasiones este país tuvo una posición contraria al desarrollo sostenible, adoptando leyes discriminatorias que pretendían el control gubernamental, favoreciendo las necesidades de la industria y el mercado por encima de cualquier otro tipo de interés<sup>31</sup>. Una postura conflictiva que ha sido criticada por parte de la comunidad internacional, así como facciones ecologistas.

Entrando en el estudio particular de los procesos de integración, se ha de señalar que naciones como China han tenido que aceptar un conjunto de compromisos muy rigurosos para su adhesión a la Organización Mundial del Comercio. A modo de ejemplo, este país no puede realizar prácticas prohibidas como el denominado *dumping*,

---

disponible en: <https://www.geopolitika.ru/es/article/la-nueva-china-una-identidad-entre-el-comunismo-el-capitalismo-y-el-nacionalismo>

<sup>30</sup> IBÁÑEZ, Norberto M., «La nueva China. De la revolución cultural a la hegemonía cultural», *Contrastes: Revista cultural*, núm. 51, 2008, págs. 7-9.

<sup>31</sup> Vid. FARAH, Paolo D., «Trade and Progress: The Case of China...», ob. cit., pp. 51-83.

es decir, la exportación de mercancías a un precio por debajo de su producción. Además, a China se le exigió modificar en el año 2007 su legislación al objeto de reconocer la propiedad privada. De hecho, la Ley de Propiedad de la República Popular China destaca que el Estado consolida y desarrolla los sectores públicos de la economía, alentando, apoyando y orientando el desarrollo de los sectores no públicos, lo que en definitiva supone asumir que la ley admite la propiedad privada, equiparando su protección a la pública y colectiva<sup>32</sup>. Evidentemente, todas estas medidas pretenden proyectar a China al exterior, adaptando su normativa interna en función de sus intereses prioritarios, al objeto de lograr nuevas cotas de poder. En esta fase el país asiático destaca por ser el primer exportador mundial y la segunda mayor economía desde el 2010, iniciando su incipiente crecimiento económico. En la actualidad se puede decir que es el principal suministrador de la Unión Europea y continúa siendo el segundo destino de las exportaciones, por detrás de Estados Unidos<sup>33</sup>. Esto ha generado una competitividad entre el bloque económico estadounidense y asiático.

No obstante, y frente a esas tensiones, se ha de admitir que la globalización ha servido para afianzar las relaciones entre naciones que se caracterizan por una serie de diferencias políticas, sociales, culturales y religiosas. Una confluencia de factores que han servido para que determinados países del pacífico desarrollaran líneas de cooperación económica entre sus Ejecutivos, al objeto de promover la liberalización comercial y las oportunidades de inversión y crecimiento. Con estas premisas surge APEC (Foro de Cooperación Asia-Pacífico, en inglés, *Asia-Pacific Economic Cooperation*)<sup>34</sup> dentro de un proceso de integración regional de más relevancia, en el que se incluye entidades como ASEAN (Asociación de Naciones del Sureste Asiático, por sus siglas en inglés *Association of Southeast Asian Nations*), esta-

---

<sup>32</sup> Vid. GARCÍA GUERRERO, José L., «Constitucionalizando la ...», ob. cit., pág. 87.

<sup>33</sup> Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018, «La política comercial de la Unión Europea», pág. 172.

<sup>34</sup> La APEC fue creada en 1989 por doce países, seis de ellos pertenecen a la ASEAN (Brunéi, Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia), y seis países en el área del Pacífico (Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Japón y Corea del Sur). Posteriormente, en los años noventa se incorporan nuevos países, así en 1991 se introducen China, Hong Kong y Taiwán; en 1993 México y Papúa Nueva Guinea; en 1994 Chile; y en 1998 Perú, Rusia y Vietnam. Frente a ello se ha de constatar la existencia de grandes diferencias económicas y políticas en el Foro de Cooperación Asia-Pacífico, que dificultan la consolidación en el proceso de integración de la región de los diversos Ejecutivos.

blecida en 1967<sup>35</sup>. Estas iniciativas si bien han sido una importante ocasión para el establecimiento de relaciones de colaboración entre tales países, también han generado desacuerdos y tensiones entre los miembros asiáticos y occidentales.

Para mayor concreción es importante reseñar que APEC está formado por países que tienen un gran peso en la economía global como es el caso de Estados Unidos, Japón, China y Rusia. Todo ello implica un desarrollo de la región Asia Pacífico en sectores muy diversos como la industria de la energía, la siderurgia, la construcción, la automotriz, la electrónica, la química o la farmacéutica entre otros campos en alza. Un aumento de las corrientes comerciales intrarregionales, resultado de la progresiva reducción de barreras comerciales entre las economías de la región, que nacen como consecuencia de la armonización de las normas y reglamentaciones, así como la racionalización de los procedimientos aduaneros<sup>36</sup>. En este sentido, como explican Contipelli y Picciau, APEC se organiza en dos niveles, uno político y otro administrativo, basados en diversos principios como el consenso en la toma de decisiones, la combinación de medidas individuales e iniciativas colectivas, la aplicación voluntaria de acuerdos, así como la flexibilidad en las decisiones que finalmente se asumen. A todo ello hay que añadir que las actividades de la APEC son financiadas por contribuciones de los Estados miembros<sup>37</sup>, dando viabilidad económica a ese órgano.

Complementariamente, hay que tener presente que desde mediados de la década de los noventa los acuerdos de libre comercio en Asia oriental han tenido diversas fases, empezando de un modo gradual y profundo para finalmente acelerarse con motivo de la crisis financiera asiática. De hecho, ASEAN fue la primera en promover un plan económico con la finalidad de formar un mercado integrado y una plataforma productiva para fines del año 2020. Además, ciertas economías de Asia del Este como Singapur o Corea empezaron a participar en acuerdos bilaterales; en un sentido similar China, Japón, Tailandia y Malasia también siguieron una tendencia parecida, lo que ha supues-

---

<sup>35</sup> CONTIPELLI, Ernani y PICCIAU, Simona, «Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)», en GARCÍA GUERRERO, José L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.<sup>a</sup> Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 418-419.

<sup>36</sup> APEC, How Has the Region Benefited? Documento disponible en: <https://www.apec.org/About-Us/About-APEC/Achievements-and-Benefits>.

<sup>37</sup> CONTIPELLI, Ernani y PICCIAU, Simona, «Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico...», ob. cit., págs. 425-426.

to el surgimiento en Asia de una red de acuerdos de libre comercio<sup>38</sup>, que implican una nueva tendencia en la integración económica.

Profundizando en su estructura, se debe señalar que ASEAN es una organización internacional dotada de capacidad jurídica para promover y crear acuerdos *ad intra* entre Estados integrados, y *ad extra*, con terceros Estados. Respecto a los acuerdos *ad extra* se puede destacar el acuerdo de ASEAN con China, que entró en vigor el 1 de julio de 2007. Por otro lado, cuando se realizan investigaciones relacionadas con las integraciones se comprueba que en la firma de un acuerdo muchas partes sacrifican derechos autóctonos, así, por ejemplo, ASEAN adopto negociaciones basadas en el consenso y carentes de garantías jurídicas, al objeto de concluir acuerdos con China o integrarse en la RCEP (Asociación Económica Integral Regional, en inglés *Regional Comprehensive Economics Partnership*)<sup>39</sup>. Los intereses de la propia integración son prioritarios a los particulares, y eso hace que se descuide la seguridad jurídica de algunas partes más débiles en la negociación.

Otro aspecto interesante es el referido a la naturaleza jurídica, características y tipos de negociaciones. En el estudio de los procesos de integración, también surgen acuerdos de libre comercio «megarregional», que se definen por diversas características como el número y tamaño de las economías involucradas, en relación con las proporciones de producto, población, comercio e inversión extranjera. Rocha considera que la búsqueda de los proyectos de integración megarregional pretende crear espacios económicos integrados, determinando áreas no abordadas por la Organización Mundial del Comercio<sup>40</sup>. En esta línea se hace necesario incrementar el alcance de las políticas de cooperación económica, haciendo que las asociaciones estratégicas se presenten como unas plataformas institucionales, que puedan ayudar a incrementar las relaciones de interdependencia económica entre países como China y sus socios<sup>41</sup>, con la finalidad de proyectar un proceso de cooperación regional que impulse estas medidas.

---

<sup>38</sup> CHAI, Yu; LIU, Xiao X. y SONG Hong, «China y los acuerdos de libre comercio», *Revista del CEI, Comercio Exterior e Integración*, núm. 7, 2006, pág. 121.

<sup>39</sup> CISNEROS AGUILAR, Adrián, «Asia-Pacífico: el tortuoso camino hacia la integración», *Misión jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 11, 2016, págs. 135-138.

<sup>40</sup> ROCHA PINO, Manuel de Jesús, «Los proyectos de integración megarregional de China: el caso de la iniciativa Cinturón y Ruta (CYR)», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, págs. 550-551.

<sup>41</sup> FENG, Zhang «China as a Global Force», *Asia & the Pacific Policy Studies*, vol. 3, núm. 1, 2016, págs. 122-124.

En relación con esta cuestión se puede decir que la mayor influencia de China en Asia se ha producido en el Sureste asiático<sup>42</sup>; de hecho, China ha desarrollado proyectos de integración megarregional como el denominado *Cinturón y Ruta* (CYR9). Una iniciativa formulada por el Gobierno de la República Popular China en 2013, basada en un amplio proyecto para la construcción de infraestructuras, esencialmente en el espacio euroasiático y en la cuenca del océano Índico, con la finalidad de desarrollar la actividad económica. Estas iniciativas coinciden en el tiempo con otros proyectos de integración interregional, muchos de ellos patrocinados por Estados Unidos como es el caso del *Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica y la Asociación Trasatlántica del Comercio e Inversiones*<sup>43</sup>, esta última en colaboración con la Unión Europea.

Por otro lado, se puede añadir que China también tiene acuerdos de libre comercio subregionales y acuerdos de libre comercio bilaterales con Singapur, Australia, Tailandia, Filipinas y Nueva Zelanda. A todo ello hay que destacar que el comercio bilateral entre ASEAN y China se ha duplicado en las últimas décadas<sup>44</sup>. Por tanto, se puede señalar que China ya ha establecido vínculos de asociación estratégica con un número amplio de miembros del sistema internacional, con la mayoría de las grandes potencias, así como también con las «nuevas potencias emergentes» y algunas de las organizaciones internacionales de integración regional tales como la Unión Europea<sup>45</sup>. En la promoción de la cooperación económica China y ASEAN han identificado cinco áreas prioritarias, respecto a la realización de inversiones, al objeto de liberalizar regímenes y protegerlos. Entre esas áreas prioritarias destaca la agricultura, las tecnologías de la información y comunicación, así como el desarrollo de recursos humanos<sup>46</sup>. Estas negociaciones pretenden potenciar sobre todo la cooperación en el comercio, pero también buscan el fortalecimiento de la competitividad de la pequeña y mediana empresa, la promoción del comercio

---

<sup>42</sup> Vid. LU, Chunlin, «China-ASEAN relations at a new stage», *International Strategic Studies*, num. 2, 2002, págs. 56-61; DALPINO, Catharin y JUO-YU, Lin, «China and southeast Asia: The difference of a decade», en BUSH, Richard y DALPINO, Catharin (eds.), *Brooking Northeast Asia Survey 2002-03*, Washington: The Brookings Institution, 2003, págs. 77-90.

<sup>43</sup> ROCHA PINO, Manuel de Jesús, «Los proyectos de integración megarregional de China...», op. cit., pág. 549.

<sup>44</sup> CHAI, Yu; LIU, Xiao X. y SONG, Hong, «China y los acuerdos de libre...», ob. cit., pág. 122.

<sup>45</sup> ROCHA PINO, Manuel de Jesús, «Los proyectos de integración megarregional de China...», ob. cit., pág. 567.

<sup>46</sup> CHAI, Yu; LIU, Xiao X. y SONG, Hong, «China y los acuerdos de libre...», ob. cit., pág. 125.

electrónico, así como la generación de capacidades y transferencia de tecnologías.

#### IV. LA APERTURA EN OCCIDENTE DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA. LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO CON LA UNIÓN EUROPEA

De conformidad con lo que se ha descrito en los apartados anteriores, la exigencia internacional de reconocimiento de la propiedad privada era uno de los retos de China para conseguir su expansión exterior; y por ello, el 16 de marzo de 2007 la Asamblea Popular China aprobó una legislación que reconoce y admite la propiedad privada, equiparando su esfera de protección de una forma similar a la propiedad pública y colectiva. Profundizando en este aspecto la Ley reguladora de la propiedad privada de la República Popular China reconocía la obligación del Estado para consolidar los sectores públicos de la economía, apoyando y orientando el desarrollo de los sectores no públicos, al objeto de garantizar el mismo estatus legal y el derecho al crecimiento de todos los pilares de mercado<sup>47</sup>.

Como ha puesto de manifiesto Bouckaert, en las relaciones comerciales con Europa, se observa también la preocupación de China por la protección de la propiedad intelectual en el sector comercial<sup>48</sup>. Sin embargo, también se comprueba que China es el principal país de origen de las mercancías infractoras en materia de propiedad intelectual y, lógicamente, para encauzar esa cuestión se ha mantenido un diálogo Unión Europea-China; una iniciativa que centra sus esfuerzos legislativos y ejecutivos en relación con la Ley de Marcas, los secretos comerciales, la protección de datos y del copyright, así como la cooperación en nuevas tecnologías, al objeto de defender los derechos de propiedad intelectual.

En todo caso, estas cuestiones y problemas referenciados han servido para desarrollar la red de alianzas de China en occidente; así, por ejemplo, si se analiza más concretamente su relación con países europeos también se observan movimientos de interés en la ampliación de su avance internacional. Los diálogos con Europa toman especial sentido en las Cumbres bilaterales Unión Europea-China con periodicidad anual, entre las que se pueden destacar la celebrada en Bruse-

---

<sup>47</sup> Artículo 3 de la Ley reguladora de la propiedad privada de la República Popular China.

<sup>48</sup> Vid. BOUCKAERT, Boudewijn R. A., «Bureaupreneurs in China», *European Journal of law and Economics*, vol. 23, núm. 2, 2007, págs. 169-195.

las en 2017. A todo lo dicho se ha de añadir que actualmente existen más de sesenta diálogos entre la Unión Europea y China; la mayoría de ellos se han ido desarrollando gradualmente en el ámbito de la cooperación<sup>49</sup>, donde los poderes ejecutivos de los Estados miembros ejercen un factor importante en la firma de un acuerdo.

Complementariamente, en julio de 2018, Pekín y Bruselas empezaron a trabajar juntas al objeto de promover una reforma de la Organización Mundial del Comercio para preservar el sistema multilateral. El propio presidente del Consejo Europeo advertía del peligro de la guerra arancelaria entre los principales bloques comerciales mundiales como eran Estados Unidos y China, lo que inevitablemente implicaba la revisión normativa dentro del marco establecido en la Organización Mundial del Comercio. Asimismo, el presidente del Consejo Europeo alentaba a los presidentes Trump y Putin a iniciar ese proceso de reformas conjuntamente. Sin embargo, desde Washington se mantenía que los procesos de negociación con la Organización Mundial del Comercio eran lentos y perjudicaban claramente a los intereses estadounidenses; una cuestión que intensificaba las tensiones internacionales. A todo lo dicho, se ha de añadir que China, como miembro de la Organización Mundial del Comercio desde 2001, se somete periódicamente a una revisión de su política comercial<sup>50</sup>, que se ha ido desarrollando en diversos años, destacando las de 2016 y 2018.

Al margen de los controles necesarios entre países, es evidente que la Organización Mundial del Comercio y sus Estados miembros se influyen mutuamente. Esto plantea ciertos problemas, por ejemplo, algunos autores se han interrogado sobre cómo podía afectar esta si-

---

<sup>49</sup> Cfr. Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018, «La política comercial...», ob. cit., págs. 172-173.

<sup>50</sup> Los acuerdos comerciales se abordan en las reuniones anuales entre el director general de Comercio de la Comisión europea y el viceministro del Ministerio de Comercio chino en el marco del Diálogo de Política Comercial y de Inversiones, en el Diálogo Económico y Comercial de Alto Nivel (*High Level Economic and Trade Dialogue*, HED en sus siglas en inglés), así como en otros grupos de trabajo de nivel más técnico. En este sentido, el Diálogo Económico y Comercial de Alto Nivel, establece un canal estratégico de comunicación a nivel ministerial en temas relacionados con la cooperación económica, comercial y las inversiones, cubriendo una serie de áreas que afectan al desequilibrio de la balanza comercial Unión Europea-China como es los aspectos de regulación relacionados con el acceso al mercado, derechos de propiedad intelectual, contratación pública, medioambiente, alta tecnología y energía. En esa organización, también se deben destaca el Grupo de Trabajo de Economía y Comercio (*Economic and Trade Working Group*, ETWG en sus siglas en inglés), donde se abordan temas puntuales de acceso al mercado. En este sentido véase Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018, «La política comercial...», ob. cit., pág. 172.

tuación con la entrada de nuevos socios, especialmente en el caso de China, caracterizada por un régimen comunista y una estructura política compleja. Dejando al lado ciertos conflictos menores es evidente, como señala Farah, que la integración de China ha supuesto un desafío en torno a la naturaleza de su régimen jurídico y su configuración como Estado de Derecho. Además, la constitucionalización global del Derecho en China y su integración en instituciones supranacionales implicaba la renuncia de parte de su soberanía; una cuestión que iba en contra de la clase dirigente china que promueve la noción de un particular Estado de Derecho<sup>51</sup>, como venimos manteniendo en la investigación.

A todo ello, autores como Marceau, Dossin o Tuory sostienen que los conflictos internos entre países han abierto todo un debate sobre la conciliación de intereses<sup>52</sup>, especialmente cuando trascienden a la esfera económica de la Organización Mundial de Comercio. En cierto sentido, y desde una óptica más operativa, hay que señalar que China es uno de los países que más se ha beneficiado de su entrada en la Organización Mundial del Comercio, aunque el país asiático considera necesario la reforma de este organismo, al menos en algunos de sus planteamientos. En el 2018 este bloque económico emergente pretendía evitar una guerra comercial, intentando nuevos acercamientos con Europa, así se avanzó en la firma de un *Tratado de Inversión*, reduciendo los aranceles de productos para una relación comercial más equilibrada entre China y la Unión Europea.

Por completar todo lo anterior, y entrando más en la política económica, se puede destacar que desde finales de 2010 se han venido consolidando diversas negociaciones para fomentar acuerdos entre la Unión Europea y China, relativos a la protección de las indicaciones

---

<sup>51</sup> Vid. FARAH, Paolo D., «The Development of Global Justice and Sustainable Development Principles in the WTO Multilateral Trading System Through the Lens of Non-Trade Concerns: An Appraisal on China's Progress», en FARAH Paolo D., y CIMA, Elena, (eds.) *China's influence on non-trade concerns in International Economic Law*, Routledge, 2016.

<sup>52</sup> Sobre el debate en torno a la noción del Estado de Derecho con características chinas y las limitaciones de la Organización Mundial del Comercio en sus relaciones con países asiáticos deben estudiarse a autores como MARCEAU, Gabrielle y DOUSSAU, Aline, «Le Droit du Commerce Internationale et les Droits Fondamentaux et Considérations Sociales», *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 27, núm. 2, 2010, págs. 241-247; PETERSMANN, Ernst U., «Time for a United Nations «Global Compact» for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lesson from European Integration», *Eur. J. Int'l L.*, vol. 13, núm. 3, 2002, págs. 621-650; TUORY, Kaarlo, «Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumental Policies», en MENÉNDEZ A. J. y ERIKSEN, E. O., *Arguing Fundamental Rights*, Springer, 2006, págs. 33-52, entre otros.

geográficas de los vinos, bebidas y productos agrícolas y alimenticios. Con ello se pretendía lograr un acuerdo que garantizase la protección de las «indicaciones geográficas» de ambas partes en sus respectivos mercados. Una de las negociaciones más relevantes fue la producida en enero de 2018 en Pekín, con motivo de los acuerdos producidos en la Cumbre Unión Europea-China de julio de 2018<sup>53</sup>. Esa cumbre supuso un importante reconocimiento por parte de la Unión Europea del potencial que puede implicar una asociación con China. En la Declaración conjunta emitida por ambos países se reconoce un intercambio de ofertas sobre el Acuerdo de inversiones, un Plan de Acción sobre la Cooperación Aduanera Unión Europea-China en materia de propiedad intelectual (2018-2020), un Memorando de entendimiento sobre el Fondo Europeo de Inversiones y el Foro de la Ruta de la Seda que confirma la primera coinversión en el marco del Fondo Unión Europea-China, y un Acuerdo estratégico de cooperación administrativa así como un Plan de acción (2018-2020) entre la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y la Administración General de Aduanas de China<sup>54</sup>. En líneas generales estas cumbres sirvieron para consolidar un conjunto de planes y acciones estratégicas cuya finalidad es ayudar a la implementación de futuras negociaciones internacionales. Sin embargo, no se puede ignorar que, bajo esas actuaciones, la intención de China con sus alianzas europeas no es otra que la de imponerse en los mercados internacionales por encima de su principal competidor que es Estados Unidos. Una cuestión que lleva a abordar la conflictividad entre ambos países y los problemas internacionales que suscita esa rivalidad.

## V. EL ENFRENTAMIENTO COMERCIAL ENTRE CHINA Y ESTADOS UNIDOS. LA ARTICULACIÓN DE UN SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

Los proyectos de integración son la apuesta de las grandes potencias por la articulación de un sistema multilateral de comercio. Los acuerdos en este sentido son motivados no solo por fines económicos sino también por consideraciones geopolíticas o para cumplir objetivos políticos internacionales. Novák mantiene que el surgimiento de China como potencia mundial ha servido para retar el poder de Es-

---

<sup>53</sup> Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018, «La política comercial...», ob. cit., pág. 173.

<sup>54</sup> «Cumbre Unión Europea-China: profundización de la asociación estratégica global». Comunicado de prensa de la Unión Europea, 16 de julio de 2018. Documento disponible en: [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-4521\\_es.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4521_es.htm)

tados Unidos y la Unión Europea<sup>55</sup>. Aunque el liderazgo ejercido por Estados Unidos ha estado imperante en los últimos años, no puede ignorarse que la Unión Europea o países como China han empezado a amenazar el dominio económico y cultural estadounidense. Esta situación no es nueva pues líderes políticos como George Bush, comenzaron a ser conscientes del poder del imperio asiático; por ello, en su legislatura realizó visitas a China como símbolo de un reflejo de poderes que, en definitiva, avicinaban un nuevo equilibrio en el orden mundial<sup>56</sup>. Una serie de acciones encuadradas dentro de una nueva línea de alianzas comerciales creadas estratégicamente para impulsar las economías de ambos países.

Sin embargo, hubo un cambio de rumbo cuando se produjo la retirada de Estados Unidos del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, en inglés *Trans-Pacific Partnership* (TPP)<sup>57</sup>. Esta acción supuso una oportunidad para China, que le permitió asumir el liderazgo en la negociación de acuerdos de intercambio regionales centrados en su economía<sup>58</sup>; así lo defienden analistas económicos y políticos como Rauhala o Fifield. Pese a ello, no se puede negar que China tiene todavía una parte importante de su población que es pobre y vive en condiciones muy difíciles, y por ello no puede sacrificar completamente el crecimiento económico a favor de la adopción de medidas para hacer frente al cambio climático y la protección comercial. De hecho, como afirma Peng, la República Popular China junto a Estados Unidos es el mayor productor de emisiones de gases de efecto invernaderos<sup>59</sup>, lo que es una dificultad respecto a su plena integración en los mercados internacionales, más volcados en el concepto de desarrollo sostenible y no contaminante.

---

<sup>55</sup> NOVÁK, Tamás, «Global Political and Economic Restructuring through Free Trade Agreements (FTA)», en ROY, Joaquín (ed.): *A New Atlantic Community: The European Unión, the US and Latin América*, Miami, University of Miami, Miami-Florida European Unión Center/Jean Monnet Chair, 2015, págs. 31-32.

<sup>56</sup> GUYOTTOT, Oliver, «Implicaciones de la firma del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos», *Revista Universidad & Empresa*, vol. 8, núm. 11, 2006, pág. 104.

<sup>57</sup> El 22 de septiembre de 2005, el presidente estadounidense George W. Bush informó al Congreso de la intención de su país de adherirse al Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica. Sin embargo, años después tras la toma de posesión del presidente Donald Trump, el 23 de enero de 2017, se firma la orden para retirar a Estados Unidos del tratado.

<sup>58</sup> RAUHALA, Emily y FIFIELD, Anna, «Trump TTP move seen as a win for China, but Beijing isn't celebrating», *Washington Post*, 24 de enero de 2017.

<sup>59</sup> Vid. PENG, Carla, «The Impact of the Kyoto Protocol and UNFCCC on Chinese Law and the Consequential Reforms to Fight Climate Change», en FARAH, Paolo D. y CIMA, Elena (eds.), *China's Influence on Non-Trade Concerns in International Economic Law*, Routledge, 2006.

En la estrategia geopolítica internacional de China y Estados Unidos, se observan también otros elementos que influyen en las relaciones de ambos países. Actualmente, la capacidad económica y militar de la República Popular de China lo han convertido en un potencial rival para Estados Unidos, de ahí se infiere que la relación entre ambos países sea en los últimos años una de las más complicadas del sistema internacional<sup>60</sup>. No obstante, ambos han respetado sus espacios de actuación y tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, se crearon las bases para un acercamiento de ambos países, como explican Friedberg y Lampton. En esta línea, la guerra contra el terrorismo ofrecía a ambos países un objetivo común sobre el que construir una mayor cooperación<sup>61</sup>, pues estaban preocupados por la estabilidad de Asia Central y meridional.

No obstante, la unión que se observa en la lucha antiterrorista no se produce en el ámbito económico, donde ambos países tienen una dura rivalidad. La política comercial de las grandes potencias como China y Estados Unidos y el comportamiento de sus poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial está abierta a una serie de incertidumbres con el inicio de la guerra comercial que resiente los mercados internacionales. A modo de ejemplo se puede aludir a la aplicación de aranceles del cuarenta y cinco por ciento a las importaciones desde China, que aplicó la Administración estadounidense en la legislatura del presidente Trump y que generó graves tensiones internacionales<sup>62</sup>. Unas prácticas que fueron consideradas por la comunidad internacional como una mala utilización de este mecanismo proteccionista.

De todos modos, frente a los conflictos políticos, jurídicos y económicos que estas situaciones han generado en las grandes potencias, se debe insistir que los acuerdos de libre comercio pretenden mantener y ampliar el acceso a los mercados para la exportación de la economía de Asia Oriental, y fomentar las relaciones económicas entre países. En este sentido, se debe concretar que Estados Unidos y Europa son

---

<sup>60</sup> En esta cuestión véanse las obras de MANN, James, *About face. A history of America's curious relationship with China, from Nixon to Clinton*, Nueva York: Knopf, 1999; y TYLER, Patrick, *A great wall. Six presidents and China: An investigative history*, Nueva York: Public Affairs, 1999.

<sup>61</sup> Respecto los atentados terroristas en Estados Unidos del 2001, véanse entre otras obras FRIEDBERG, Aaron L., «11 September and the future of Sino-American relations», *Survival*, vol. 44, núm. 1, 2002, págs. 33-50; así como LAMPTON, David M., «Small mercies: China and America after 9/11», *The National Interest*, núm. 66, 2002, págs. 106-113.

<sup>62</sup> ARRIETA, Gabriel, «¿Nueva era de proteccionismo?: El papel de los Acuerdos de Libre Comercio en América Latina?», *Revista de Ciencia Política*, Año 8, primer semestre, núm. 14, 2017, pág. 103.

los mercados más importantes para las economías asiáticas, lo que necesariamente redundará en la búsqueda de acuerdos basados en la negociación e intermediación internacional. Asimismo, bajo el temor a la pérdida de mercados de exportación e inversión extranjera, estas economías tienden a sumarse a los acuerdos de libre comercio<sup>63</sup>, como una medida que los acerca a los principales socios y aliados potenciales.

En un sentido más reflexivo, como explica García Guerrero, parece claro que China y Estados Unidos no son propiamente actores que permitan identificarse en la segunda fase de las integraciones, pues tienen un peso económico muy fuerte que sirve para imponer condiciones contractuales a las otras partes, sean estas una integración o un grupo de Estados. Para mayor precisión, cuando una de las partes o uno de los Estados signatarios es China o Estados Unidos, está claro que se produce un desequilibrio económico a favor de estas potencias. Esto tiene cierta relevancia constitucional, pues evidencia que una de las partes, más fuerte, es la que impone a las otras o a los demás Estados sus posiciones<sup>64</sup>. Evidentemente, todo ello afecta a la salvaguardia de la soberanía y el principio democrático, que quedan afectados especialmente en la parte débil de la negociación.

Frente a esos embates a la globalización<sup>65</sup> y los problemas constitucionales que se detectan, se ha de insistir que las negociaciones internacionales se siguen produciendo puesto que el interés económico es una prioridad para algunos países. Por aportar más datos, el acuerdo comercial parcial entre China y Estados Unidos de 15 de enero de 2020, tras dos años de conversaciones, supuso una serie de cambios en la relación entre las economías de China y Estados Unidos, que podía implicar el fin de la guerra comercial entre ambos gigantes. Este pacto pretendía reducir algunos de los aranceles impuestos a las mercancías provenientes de China, con la contraprestación de que este país abriera sus mercados financiero y protegiera las

---

<sup>63</sup> CHAI, Yu; LIU, Xiao X. y SONG, Hong, «China y los acuerdos de libre comercio...», ob. cit., pág. 122.

<sup>64</sup> GARCÍA GUERRERO, José L., «Constitucionalizando la globalización», ob. cit., págs. 115-116.

<sup>65</sup> En esta línea, y frente a otras controversias, es posible destacar que hay una tendencia por dar respuesta a los problemas supraestatales, utilizando un enfoque exclusivamente estatal. Lo que implica un problema en los procesos globalizadores, tal y como se refieren autores como Martínez Alarcón en la obra, MARTÍNEZ ALARCÓN, M.<sup>a</sup> Luz, «La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización», en REVIRIEGO PICÓN, Fernando (coord.), *Constitucionalización y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2013, pág. 166.

tecnologías y las marcas estadounidenses. Desde un sentido crítico es posible determinar que la guerra comercial que se había mantenido en los últimos años había sido uno de los factores que provocaron la desaceleración económica de China, lo que obligaba a este país a la búsqueda de nuevos mercados y socios comerciales; de hecho, este territorio, consciente de esas dificultades, aceleró su inversión en infraestructuras y telecomunicaciones, al objeto de mejorar las exportaciones. Por su parte el Gobierno estadounidense, bajo el mandato de Trump, manifestó que China estaba desarrollando una potente industria que competía directamente con las empresas occidentales<sup>66</sup>. Unas declaraciones desafortunadas que volvieron a generar nuevas tensiones internacionales no solo en el ámbito económico sino también en el político.

Al margen de todo lo reseñado, tampoco se puede ignorar las importantes diferencias que tienen los sistemas políticos de China y Estados Unidos, lo que remarca aún más sus particularidades internas. El sistema comunista instaurado en China tiene una censura especializada, creando lo que se conoce como la «muralla digital», a través de las llamadas «fábricas de censura», dedicadas a prohibir contenidos y controlar la información, bajo un exhaustivo control de la red<sup>67</sup>. Además, autores como Sutter afirman que China está decidida a reducir la influencia estratégica de Estados Unidos en el conjunto de Asia y en el estrecho de Taiwán. Eso implica un papel de liderazgo que lo ejerce, no solo por su capacidad y potencial militar, sino también por la diplomacia y la economía<sup>68</sup>.

En definitiva, la evolución descrita y los factores expuestos en el desarrollo de esta investigación muestra una China más fuerte desde el punto de vista económico y militar<sup>69</sup>. Una serie de factores que, tal y como señala Delage, le ha servido a este país para igualarse a otras potencias, en una visión revisionista que busca la modificación del

---

<sup>66</sup> BRADSHER, Keith, «El pacto entre China y Estados Unidos podría continuar con la guerra comercial», *The New York Times*, 20 enero 2020. Documento disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2020/01/20/espanol/negocios/acuerdo-china-estados-unidos.html>

<sup>67</sup> YUAN, Lin, «Así funciona una fábrica de censura en China», *The New York Times*, 05 de enero de 2019. En este sentido hay que señalar que desde el año 2017 la Asociación china de servicios de información en la red, en inglés *China National Space Administration* (CNSA), obligaban a los medios a prohibir los contenidos amorales, difundiendo los valores patrióticos y sociales del régimen.

<sup>68</sup> SUTTER, Robert, «China's recent approach to Asia: Seeking long term gains», *NBR Analysis*, vol. 13, núm. 1, 2002, págs. 3-37.

<sup>69</sup> Vid. Shambaugh, David, «China's military views the world. Ambivalent strategy», *International Security*, vol. 24, núm. 3, 1999, págs. 52-79.

*status quo*<sup>70</sup>, creando un orden mundial distinto al actual. Evidentemente no se puede negar la dificultad que tienen determinados órganos internacionales para resolver las controversias jurídicas en las negociaciones, por lo que se hace necesario terminar esta investigación conociendo los mecanismos de resolución de conflictos y los sistemas de reconocimiento de sentencias extranjeras.

## VI. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS JURÍDICAS EN LAS NEGOCIACIONES INTERNACIONALES. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

El sistema político de China, establecido en su norma constitucional, controla la actuación judicial, aunque hay que hacer algunas precisiones al respecto, al margen de la disertación doctrinal que esta situación genera. El Tribunal Supremo de China responde ante la Asamblea Popular Nacional y su Comité Permanente. Asimismo, los tribunales locales responden ante los órganos de poder del Estado como son las asambleas populares de los niveles locales. Esto evidencia la falta de separación de poderes, así como la falta de independencia del Poder Judicial, por la interferencia de los poderes estatales, pero también, y a pesar de ciertas críticas, eso no significa que los tribunales sean totalmente dependientes en cuanto a sus decisiones.

El texto constitucional chino señala que los tribunales ejercen independientemente la función jurisdiccional de acuerdo con lo previsto por la ley, sin injerencia de ningún órgano administrativo. El ejercicio de la función judicial requiere la existencia de independencia externa respecto a otras autoridades, así como de forma interna en relación con los jueces. En consecuencia, como señala Deng, partiendo del enfoque que aporta el estudio del Derecho internacional y comparado, hay que garantizar que los jueces chinos ejerzan sus atribuciones independientemente evitando cualquier tipo de injerencia<sup>71</sup>. Pese a todo, y desde una visión más generalista, es posible concluir que la democracia popular de la República Popular China es la creación jurídica del Partido Comunista Chino y eso, inevitablemente, implica ciertas influencias. Asimismo, aunque desde un punto de vista formal hay una separación entre los órganos del partido y del Estado,

---

<sup>70</sup> DELAGE CARRETERO, Fernando, «La política exterior china y la seguridad de Asia oriental», *Cuadernos del CERI*, núm. 1, 1998, págs. 9-43.

<sup>71</sup> DENG, Pan, «La independencia de la función judicial y la reforma del mecanismo de funcionamiento judicial en China», *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 10, enero-junio 2016, págs. 99-103.

lo cierto es que el partido tiene un control sobre los órganos y las instituciones, lo que va a condicionar considerablemente sus relaciones internacionales con otros países.

Frente a todo lo dicho, se observa que pueden desencadenarse ciertos problemas jurídicos en las negociaciones internacionales, que deben ser objeto de un estudio más pormenorizado, y que abren el camino hacia los sistemas arbitrales. En las controversias económicas y jurídicas, en las que una de las partes es de nacionalidad extranjera como en la empresa mixta chino-extranjera, la posición general que adopta el Gobierno de China ha sido la de promover acuerdos de carácter extrajudicial, utilizando la vía de la conciliación y el arbitraje como precedente antes de acudir a un procedimiento propiamente judicial. En esta línea es posible encontrar disposiciones específicas en tratados relativos a acuerdos comerciales bilaterales alcanzados entre China y los Ejecutivos de otros países extranjeros<sup>72</sup>, que utilizan los Tribunales de Arbitraje como una vía para resolver los conflictos. En los casos arbitrales, el Tribunal emitirá un laudo por mayoría de votos que será definitivo y vinculante para las partes. Además, ese órgano, así como diferentes Tribunales de Justicia, podrán imponer el cumplimiento y exigir la ejecución del laudo arbitral siempre que el contenido coincida con los acuerdos alcanzados por las partes en un proceso de conciliación.

El arbitraje internacional se convierte por tanto en un instrumento que será utilizado para buscar la colaboración comercial con otros países. La adhesión de China en 1987 a la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*<sup>73</sup> implicó otra garantía jurídica internacional en materia de conflictos. La firma

---

<sup>72</sup> En este sentido podemos hacer referencia al Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 164, del martes 8 de julio de 2008. El artículo 8 alude a la solución de controversias entre las partes contratantes. También se puede citar el Convenio entre el Reino de España y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y su protocolo, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 90, el sábado 14 de abril de 2012. El artículo 23 alude a los procedimientos amistosos como vía de solución de conflictos.

<sup>73</sup> La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958 tenía como objetivo exigir a los tribunales de los Estados parte que den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje. Su finalidad principal era evitar que las sentencias arbitrales extranjeras como no nacionales fueran objeto de discriminación. Con ello se quería establecer una serie de normas comunes legislativas que reconocieran el arbitraje internacional como medio de resolver controversias comerciales internacionales.

*por parte del país asiático de esa Convención* sirvió para que los Tribunales chinos aplicaran sentencias arbitrales de organismos arbitrales extranjeros reconocidos.

Sin embargo, el proceso no es todo lo operativo que en términos teóricos aparenta pues hay ocasiones en las que China obstaculiza los casos de arbitraje durante años como una forma de evitar el cumplimiento de la ejecución o ignorar el fallo. A modo de ejemplo se puede destacar el caso del arbitraje del mar del sur de China, un asunto que generó un arbitraje entre Filipinas y China, con la intervención de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (Holanda). Autores como Pineros sostienen que el mar del Sur es un enclave comercial de gran interés, en el que la República Popular de China mantiene su soberanía sobre las islas y aguas adyacentes defendiendo su jurisdicción en la zona<sup>74</sup>, frente a otros países como Filipinas que defienden derechos en esa área. El fallo, en contra de China, negó que esta potencia comunista tuviera derechos históricos sobre la zona; además, el laudo especificaba que la línea que marcó este país para delimitar el territorio infringía la Convención sobre el Derecho del Mar y era incompatible con una zona económica exclusiva<sup>75</sup>. Por su parte China, al día siguiente de la publicación del laudo, volvió a reivindicar su soberanía sobre la zona, iniciando nuevas negociaciones bilaterales en base a la cooperación.

En otras ocasiones, los mecanismos de resolución no son propiamente arbitrales sino más bien jurídicos. En el ámbito puramente comercial se firman acuerdos en el que las empresas mixtas asentadas en territorio de la República Popular China se regirán por el Derecho del país. Este enfoque se traslada a empresas que cuentan con inversión o con la participación de intereses extranjeros, y tiene la intención de mantener cierta coherencia respecto a las posiciones que han adoptados otras jurisdicciones extranjeras. Desde la apertura de China al mundo exterior, al objeto de impulsar la economía interna, y como consecuencia del fenómeno de la globalización se ha producido un incremento de las relaciones e intercambios internaciona-

---

<sup>74</sup> Vid. PINEROS POLO, Elena, «Arbitraje del Mar de Sur de China. La estrategia procesal de la República Popular de China», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2018, págs. 8-9. En el conflicto entre Filipinas y China resultó aplicable con carácter supletorio el arbitraje, como consecuencia de la ausencia de elección específica de un mecanismo determinado, por ninguno de los Estados implicados.

<sup>75</sup> Sentencia Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, Caso «*The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines versus The People's Republic of China)*», núm. 2013-2019, 12 de julio de 2016.

les<sup>76</sup>, que han fomentado la cooperación entre gobiernos. A todo ello, se debe añadir que la adhesión de China a la Organización Mundial del Comercio ha tenido un efecto directo sobre su sistema judicial<sup>77</sup>, permitiendo a China crear y mantener tribunales para la revisión de los actos administrativos, respetando los términos de los acuerdos internacionales.

En este sentido, se pueden realizar varias determinaciones al objeto de resolver judicialmente las controversias que se generarán como consecuencia de la confrontación de los intereses implicados en las negociaciones y acuerdos de libre comercio de las empresas mixtas de inversión chino-extranjeras. En la tramitación de los procedimientos los Tribunales populares de justicia de la República Popular China pueden acudir a las normas y disposiciones administrativas promulgadas por el Consejo de Estado, puesto que se tratan de normas de aplicación a nivel nacional, y dado que las mismas están incluidas de conformidad con lo establecido en la Constitución, dentro del término «Ley» son susceptibles de aplicación<sup>78</sup>. Bajo esta premisa, China hace cumplir las sentencias judiciales de países occidentales en fun-

---

<sup>76</sup> En este sentido señalar las relaciones de China con la Unión Europea y su programa de cooperación, tal y como establece el Reglamento (CEE) núm. 2616/85 del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativo a la celebración del Acuerdo de Cooperación Comercial y Económica entre la Comunidad Económica Europea y la República Popular de China de 1985.

<sup>77</sup> *Vid.* Protocolo de adhesión de la República Popular China al Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, de 10 de noviembre de 2001. En su artículo 2 D) referente a la revisión judicial se establece que: «1. China creará o designará, y mantendrá Tribunales, puntos de contacto y procedimientos para la pronta revisión de todos los actos administrativos relacionados con la aplicación de las leyes, los reglamentos, las decisiones judiciales y las disposiciones administrativas de aplicación general a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo X del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT), el artículo VI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y las disposiciones pertinentes del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Estos Tribunales serán imparciales e independientes del organismo encargado de la ejecución administrativa de las normas y no tendrán ningún interés sustancial en los resultados del asunto. 2. El procedimiento de revisión incluirá la posibilidad de que los particulares o las empresas, afectados por actos administrativos que puedan ser sometidos a revisión judicial apelen, sin incurrir en sanción. En todos los casos en que el derecho inicial de apelación sea un derecho de apelación ante un órgano administrativo habrá la posibilidad de optar por apelar contra la decisión ante un órgano judicial. Se notificará por escrito al apelante la decisión en apelación y los motivos de esta. El apelante también será informado de su eventual derecho a una ulterior apelación».

<sup>78</sup> Con relación al Consejo de Estado véase artículo 89 de la Constitución de la República Popular China.

ción de los tratados y acuerdos bilaterales<sup>79</sup>; no obstante, atendiendo a la interpretación literal de los Convenios, se verifica que sólo se reconocerán y ejecutarán las decisiones judiciales dictadas en la jurisdicción contenciosa, así como los laudos arbitrales y las transacciones judiciales.

En resumen, se puede concretar que las empresas mixtas asentadas en territorio de la República Popular China se registrarán por el Derecho del país. Este enfoque se traslada a empresas que cuentan con inversión o con la participación de intereses extranjeros, con la intención de mantener cierta coherencia con las posiciones que han adoptado otras jurisdicciones extranjeras.

## VII. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, y con las matizaciones señaladas en la introducción, es posible determinar varias conclusiones en esta investigación. En la dimensión jurídica de China se observa que su ordenamiento puede ser considerado como un sistema que se ha preocupado más por construir una infraestructura institucional, con apariencia de democracia<sup>80</sup>, antes de profundizar en la conformación de un verdadero Estado de Derecho<sup>81</sup>. Su sistema tiene notables diferencias que alejan profundamente a este país de un auténtico sistema democrático y que, al menos, deben ser objeto de matización para su comprensión.

La República Popular de China tiene percepciones en relación con los derechos humanos muy diferentes a los países occidentales, que tienen una visión más basada en el respeto de derechos individuales y políticos. Tal y como defienden autores como Ajani, para China lo más importante son los derechos económicos, sociales y culturales, junto con la protección de los derechos de subsistencia basados en superar el hambre y la pobreza, anteponiendo los intereses de la co-

---

<sup>79</sup> Cfr. Tratado entre el Reino de España y la República Popular de China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil.

<sup>80</sup> Respecto al concepto de democracia en China véase la obra LINZ, Juan J., «Legitimacy of Democracy and the socio-economic System», en DOGAN, Mattel, (comp.), *Comparing Pluralist Democracies: Strain on Legitimacy*, Boulder, Westview, 1998.

<sup>81</sup> FARAH, Paolo D., «L'Influenza Della Conzezione Confuciana Sulla Costruzione del Sistema Giuridico...», ob. cit., págs. 269-270. De hecho, autores como Farah han propuesto la distinción de China como «Estado de Derecho fino», por ceñirse a cuestiones meramente institucionales y no abordar cuestiones de fondo relacionadas con la teoría de un «Estado de Derecho grueso».

munidad por encima de los derechos del individuo<sup>82</sup>. De hecho, Harding sostiene que tras años de subdesarrollo y dominación colonial y bajo un Estado comunista adaptativo, la nueva China ha resurgido con una fuerte expansión comercial y territorial<sup>83</sup>.

Para mayor precisión, no se puede ignorar que la República Popular China siempre mantuvo unas relaciones neutrales al objeto de configurar un entorno exterior favorable, que le permitiera su desarrollo económico. Ese plan obedecía a la creciente integración de China en la economía mundial, estableciendo un nuevo marco de relaciones en el que los intereses económicos se anteponían progresivamente sobre la ideología<sup>84</sup>, convirtiendo a este país en uno de los principales beneficiarios del fenómeno de la globalización, que le sirvió para reforzar su papel internacional.

Al margen de disertaciones teóricas, lo cierto es que China utiliza su fortaleza económica para rehacer el orden internacional de conformidad con sus propios intereses nacionales de seguridad<sup>85</sup>. La incógnita que persiste en los momentos actuales es saber si ese papel de neutralidad se mantendrá en los próximos años o, por el contrario, en base a los recientes conflictos internacionales<sup>86</sup>, la República Popular China realizará una actuación geoestratégica que le haga replantearse su sistema de alianzas.

Asimismo, China también se conforma como un país con un enfoque mucho más abierto al mundo exterior; con acuerdos que generan mayor participación en las organizaciones multilaterales al objeto

---

<sup>82</sup> Vid. AJANI, Gianmaría, «Legal Change and Economic Performance: An Assesment», en GROPPi, Tania, PIERGIGLI, Valeria y RINELLO, Ángelo (eds.), *Asian Constitutionalism in Transition: A Comparative Perspective*, 2008, págs. 281-305.

<sup>83</sup> HARDING, Harry, «The Concept of «Greater China»: Themes, Variations and Reservations», *The China Quarterly*, núm. 136, 1993, págs. 660-686.

<sup>84</sup> DELAGE CARRETERO, Fernando, «La política exterior china en la era de la globalización», op. cit., pág. 71.

<sup>85</sup> As lo explican autores como Finkelstein, en obras como FINKELSTEIN, David M., «China's new security concept: reading between the lines», *Washington Journal of Modern China*, vol. 5, núm. 1, 1999, págs. 37-50. También es importante revisar la obra de NATHAN, Andrew J. y ROSS, Robert S., *The great wall and the empty fortress. China's search for security*, Nueva York: Norton, 1997.

<sup>86</sup> Vid. CONNELLY, Mariasella, «Papel de China ante la guerra entre Rusia y Ucrania», *Revista México y la Cuenca del Pacífico*, vol. 12, núm. 34, enero-abril 2023, págs. 9-21. En relación con esta cuestión, se puede decir que, por ejemplo, en los momentos actuales China ha asumido un papel clave en la guerra entre Rusia y Ucrania, y su intervención como mediador puede ser determinante para buscar una solución diplomática al conflicto. La potencia asiática se muestra como aliada del Kremlin, aunque mantiene una postura ambigua ante el conflicto en base a sus intereses económicos.

de conseguir un posicionamiento internacional compatible con sus intereses<sup>87</sup>. Pero eso no significa, como apunta Mearsheimer, que se ignore que es una potencia en crecimiento que impulsa gradualmente su poder político y económico a medida que crece su fuerza militar<sup>88</sup>, convirtiéndose en una amenaza para los países de occidente. De hecho, Estados Unidos es más consciente de ese poder militar y económico y, por ello, en las últimas legislaturas empezó a desarrollar una política de contención en las relaciones de ambos países.

A modo de síntesis, se puede concluir que el crecimiento expansivo de la República Popular China en los últimos años le ha dado un papel activo en las negociaciones comerciales, marcando una nueva hegemonía económica en la era de la globalización. Su objetivo ha sido hacer valer sus intereses nacionales, en un marco de respeto y entendimiento con otros países, bajo la protección que otorga el Derecho internacional. Esa integración en entidades supranacionales como la Organización Mundial del Comercio le ha valido para ganarse la confianza y el respeto de los países occidentales, así como para determinar un mayor grado de influencia en otros entornos en los que expansionar su producción. Además, no pueden negarse las evidencias de que la globalización está determinando un nuevo orden mundial, del que son conscientes países como China y, lógicamente, eso implica una proyección de los centros de poder internacional, en los que las relaciones comerciales se definen también como alianzas políticas.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

Ajani, Gianmaría, «Legal Change and Economic Performance: An Assesment», en Groppi, Tania; Piergigli, Valeria y Rinello, Angelo (eds.) *Asian Constitutionalism in Transition: A Comparative Perspective*, 2008, págs. 281-305.

Álvarez Valdés, Rodrigo, «Reinserción, reposicionamiento y resignación global China: Entre la cooperación y la hegemonía, 1990-2014», *Revista Política y Estrategia*, núm. 126, 2015, págs. 37-62.

---

<sup>87</sup> En este sentido véase la obra de JOHNSTON, Alistair I. y ROSS, Robert S., *Engaging China: The management of an emerging power*, Londres: Routledge, 1999.

<sup>88</sup> MEARSHEIMER, John J., *The tragedy of great power politics*, Nueva York: Norton, 2001, págs. 102-103.

- Arrieta, Gabriel, «¿Nueva era de proteccionismo? El papel de los Acuerdos de Libre Comercio en América Latina», *Revista de Ciencia Política*, Año 8, primer semestre, núm. 14, 2017, págs. 102-142.
- Bouckaert, Boudewijn, «Bureaupreneurs in China: we did it our way», *European Journal of Law and Economics*, vol. 23, núm. 2, 2007, págs. 169-195.
- Bradsher, Keith, «El pacto entre China y Estados Unidos podría continuar con la guerra comercial», *The New York Times*, 20 enero 2020. Documento disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2020/01/20/espanol/negocios/acuerdo-china-estados-unidos.html>
- Chai, Yu; Liu, Xiao X. y Song, Hong, «China y los acuerdos de libre comercio», *Revista del CEI, Comercio Exterior e Integración*, núm. 7, 2006, págs. 121-132.
- Cisneros Aguilar, Adrián, «Asia-Pacífico: el tortuoso camino hacia la integración», *Misión jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 11, 2016, págs. 135-138.
- Connelly, Mariasella, «Papel de China ante la guerra entre Rusia y Ucrania», *Revista México y la Cuenca del Pacífico*, vol. 12, núm. 34, enero-abril 2023, págs. 9-21.
- Contipelli, Ernani y Picciau, Simona, «Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)», en García Guerrero, José L. y Martínez Alarcón, M.<sup>a</sup> Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 418-419.
- Dalpino, Catharin y Juo-Yu, Lin, «China and southeast Asia: The difference of a decade», en Bush, Richard y Dalpino, Catharin (eds.) *Brooking Northeast Asia Survey 2002-03*, Washington: The Brookings Institution, 2003, págs. 77-90.
- Delage Carretero, Fernando, «La política exterior china y la seguridad de Asia oriental», *Cuadernos del CERI*, núm. 1, 1998, págs. 9-43.
- «La política exterior china en la era de la globalización», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 63, 2003.
- Deng, Pan, «La independencia de la función judicial y la reforma del mecanismo de funcionamiento judicial en China», *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 10, enero-junio 2016, págs. 93-107.

- Díez, Pablo M., «Hong Kong rompe con China», *Política exterior*, vol. 34, núm. 193, 2020, págs. 28-34.
- Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Colección Demos, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.
- Esteban, Mario, *Nacionalismo y cambio político en China (1989-2002)*, Universidad Autónoma de Madrid, UAM Ediciones, Madrid, 2005.
- Farah, Paolo D., «Five Years of China's WTO Membership», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 33, 2006, núm. 3, 2006, págs. 263-304.
- «L'Influenza Della Conzezione Confuciana Sulla Costruzione del Sistema Giurídico e Político Cinese», en Bombelli, Giovanni y Montanari, Bruno, (eds.), *Identità Europea e Politiche Migratorie, Vita e Pensiero*, 2008, págs. 193-226.
- «Trade and Progress: The Case of China», *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 30, núm. 1, 2016, págs. 51-112.
- «The Development of Global Justice and Sustainable Development Principles in the WTO Multilateral Trading System Through the Lens of Non-Trade Concerns: An Appraisal on China's Progress», en Farah, Paolo D. y Cima, Elena (eds.) *China's influence on non-trade concerns in International Economic Law*, Routledge, 2016.
- Feng, Zhang, «China as a Global Force», *Asia & the Pacific Policy Studies*, vol. 3, núm. 1, 2016, págs. 120-128.
- Fernández Riquelme, Sergio, «La nueva China. Una identidad entre el comunismo, el capitalismo y el nacionalismo», Geopolítica. Ru, 2020. Documento disponible en: <https://www.geopolitika.ru/es/article/la-nueva-china-una-identidad-entre-el-comunismo-el-capitalismo-y-el-nacionalismo>
- Finkelstein, David M., «China's new security concept: reading between the lines», *Washington Journal of Modern China*, vol. 5, núm. 1, 1999, págs. 37-50.
- Friedberg, Aaron L., «11 September and the future of Sino-American relations», *Survival*, vol. 44, núm. 1, 2022, págs. 33-50.
- García Guerrero, José L. «Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos. En definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución», en Prats, Eduardo J. y Jiminian, Manuel V. (eds.), *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal*

*constitucional*, Santo Domingo: Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014.

García Guerrero, José L., «Constitución y mercado en la crisis de la integración europea: consideraciones preliminares», *Revista Estudios de Deusto*, vol. 64/1, enero-junio, 2016, págs. 15-21

— «Constitucionalizando la globalización», en García Guerrero, José L. y Martínez Alarcón, M.<sup>a</sup> Luz, *Constitucionalizando la globalización*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Grimm, Tilemann, *Mao Zedong*, Ediciones Folio, 2003.

Guyottot, Oliver, «Implicaciones de la firma del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos», *Revista Universidad & Empresa*, vol. 8, núm. 11, 2006, págs. 92-108.

Harding, Harry, «The Concept of «Greater China»: Themes, Variations and Reservations», *The China Quarterly*, núm. 136, 1993, págs. 660-686.

Hung, Yu-Chiao, «La economía en el XII Congreso del Partido Comunista Chino», *Horizonte Asiático*, vol. núm. 10, 1982.

Ibáñez, Norberto M., «La nueva China. De la revolución cultural a la hegemonía cultural», *Contrastes: Revista cultural*, núm. 51, 2008, págs. 7-9.

Johnston, Alistair I. y Ross, Robert S., *Engaging China: The management of an emerging power*, Londres: Routledge, 1999.

Kim, Samuel, S. (ed.), *China and the world: Chinese foreign relations in the post-cold war era*, Boulder, Colo.: Westview Press, 4<sup>a</sup> ed., 1998.

Lampton, David M. (ed.), *The making of Chinese foreign and security policy in the era of reform*, Standford: Standford University Press, 2001.

— «Small mercies: China and America after 9/11», *The National Interest*, núm. 66, 2002, págs. 106-113.

Lei, X., «China as a Permanent Member of the United Nations Security Council», *Friedrich Ebert Stiftung: International Policy Analysis*, núm. 3, 2014, págs. 1-21.

Linz, Juan J., «Legitimacy of Democracy and the socio-economic System», en Dogan, Mattel, (comp.), *Comparing Pluralist Democracies: Strain on Legitimacy*, Boulder, Westview, 1998.

Lu, Chunlin, «China-ASEAN relations at a new stage», *International Strategic Studies*, num. 2, 2002, págs. 56-61

- Lu Chai, Juan, «La nueva constitución del Régimen Comunista Chino», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), núm. 39, mayo-junio 1984, págs. 183-208.
- Mann, James, *About face. A history of America's curious relationship with China, from Nixon to Clinton*, Nueva York: Knopf, 1999.
- Marceau, Gabrielle y Doussin, Aline, «Le Droit du Commerce Internationale et les Droits Fundamentaux et Considérations Sociales», *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 27, núm. 2, 2010.
- Martínez Alarcón, M.<sup>a</sup> Luz, «La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización», en Reviriego Picón, Fernando (coord.), *Constitucionalización y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2013.
- Mearsheimer, John J., *The tragedy of great power politics*, Nueva York: Norton, 2001.
- Moncada Durruti, Mariola, «La madurez de China», *Política exterior*, vol. 32, núm. 181, 2018, págs. 49-60
- Muñoz Ballesta, Antonio, «Confucio en la China del siglo xxi y del COVID-19», *Catoblepas*, núm. 191, 2020.
- Nathan, Andrew J. y Ross, Robert S., *The great wall and the empty fortress. China's search for security*, Nueva York: Norton, 1997.
- Naughton, Barry, «China: Domestic restructuring and a new role in Asia», in Pempel, T.J. (ed.) *The politics of the Asian economic crisis*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999.
- Novák, Tamás, «Global Political and Economic Restructuring through Free Trade Agreements (FTA)», en Roy, Joaquín (ed.): *A New Atlantic Community: The European Unión, the US and Latin América*, Miami, University of Miami, Miami-Florida European Unión Center/Jean Monnet Chair, 2015.
- Ogita, Tatsushi, «The Origins of Contrasting Views on APEC», APEC Study Center, Institute of Developing Economies and Research Officer, *Working Paper Series*, núm. 5, 1997, págs. 1-46.
- Peng, Carla, «The Impact of the Kyoto Protocol and UNFCCC on Chinese Law and the Consequential Reforms to Fight Climate Change», en Farah, Paolo D. y Cima, Elena (eds.), *China's Influence on Non-Trade Concerns in International Economic Law*, Routledge, 2006.

- Pérez Ayala, Andoni, «La larga marcha constitucional de la República Popular China. El periodo de Mao Tse-tung», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 129, Madrid, 2005, págs. 39-87.
- Petersmann, Ernst U., «Time for a United Nations «Global Compact» for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lesson from European Integration», *Eur. J. Int'l L.*, vol. 13, núm. 3, 2002, págs. 621-650.
- Pineros Polo, Elena, «Arbitraje del Mar de Sur de China. La estrategia procesal de la República Popular de China», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2018, págs. 1-23.
- Rauhala, Emily y Fifield, Anna, «Trump TTP move seen as a win for China, but Beijing isn't celebrating», *Washington Post*, 24 de enero de 2017.
- Rocha Pino, Manuel de Jesús, «Los proyectos de integración megaregional de China: el caso de la iniciativa Cinturón y Ruta (CYR)», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, págs. 547-589.
- Roy, Denny, *China's foreign relations*, Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1998.
- Shambaug, David, «China's military views the world. Ambivalent strategy», *International Security*, vol. 24, núm. 3, 1999, págs. 52-79.
- Stolleis, Michael, «Trayectoria del Estado constitucional con la perspectiva de la globalización», en Paulus, Andreas; Gutiérrez, Ignacio y Stolleis, Michael, *El Derecho constitucional de la globalización*, Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2013.
- Sutter, Robert, «China's recent approach to Asia: Seeking long term gains», *NBR Analysis*, vol. 13, núm. 1, 2002, págs. 3-37.
- Tuory, Kaarlo, «Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumental Policies», en Menéndez, Agustín J. y Eriksen, Erik O., *Arguing Fundamental Rights*, Springer, 2006, págs. 33-52.
- Tyler, Patrick, *A great wall. Six presidents and China: An investigative history*, Nueva York: Public Affairs, 1999.
- Vilaró, Ramón, «China: de Tiananmén a los Juegos Olímpicos», *Revista Cambio 16*, núm. 1915, 2008 págs. 14-15.
- Wang, Jisi «Pragmatic nationalism: China seeks a new role in world affairs», *Oxford International Review*, 1994

- Wahl, Rainer, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Whiting, Allen S., «Chinese nationalism and foreign policy after Deng», *China Quarterly*, núm. 142, 1995, págs. 295-316.
- Yuan, Lin, «Así funciona una fábrica de censura en China», *The New York Times*, 05 de enero de 2019.
- Zedong, Mao, *El Libro Rojo*, Espuela de Plata, 2014.
- Zhai, Guoqiang, «La práctica del control de constitucionalidad en China», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 71, 2013, págs. 589-602.
- Zhang, Mo, «The Socialist Legal System with Chinese Characteristics: China's Discourse for the Rule of Law and a Bitter Experience», *Temp. Int'l & Comp. L. J.*, núm. 4, 2, 2010, págs. 1-64.
- Zhao, Suisheng, «Chinese nationalism and its international orientations», *Political Science Quarterly*, vol. 115, núm. 1 (Primavera 2000), págs. 1-33



## EL FOMENTO DE LA INNOVACIÓN A TRAVÉS DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES

### PROMOTING INNOVATION THROUGH TRADE SECRETS

Pablo Muruaga Herrero

Investigador predoctoral (FPU) en Derecho Civil  
de la Universitat de València

**Sumario:** *I. Introducción. II. ODS n.º 9: innovación y competencia. A. La innovación en el marco de los ODS y la Agenda 2030. B. El Derecho de la competencia. C. Fomento de la innovación. III. Secreto empresarial: concepto y requisitos. IV. Razón de ser de los secretos empresariales. A. La justificación de los derechos de propiedad industrial. B. La naturaleza del secreto empresarial. C. La (necesaria) protección de los secretos empresariales. V. Conclusiones. VII. Bibliografía. VIII. Índice jurisprudencial.*

**Resumen:** Tras la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS—, los Estados firmantes comenzaron a promover de manera continua diversas políticas con el objetivo de que los ODS fueran cumplidos y, de este modo, se garantizase el bienestar de nuestra sociedad presente y futura. Entre los diversos ODS, uno de los que más importancia tendrá a largo plazo es el noveno, relativo, entre otras cosas, a la innovación, que requiere una colaboración estrecha de los agentes públicos con los privados. Estos últimos para innovar requieren una serie de medidas que garanticen hasta cierto punto la viabilidad económica de su inversión. ¿Está nuestro sistema preparado para tan ingente tarea? En este marco, desde el año 2019 contamos en España con la Ley de Secretos Empresariales, afirmándose en su preámbulo que son herramientas altamente útiles para el fomento de la innovación. ¿Esto es realmente así? ¿Son capaces de competir

ante otros derechos que tradicionalmente han copado este título de fomento de la innovación?

**Palabras clave:** *Agenda 2030, ODS, Innovación, Secretos empresariales.*

**Abstract:** Following the adoption of the Sustainable Development Goals —SDG—, the signatory states began to continuously promote various policies with the aim of achieving the SDGs for the well-being of our present and future society. Among the various SDGs, one of the most important in the long term is the ninth, which relates, among other things, to innovation. This aspect necessarily requires close cooperation with private actors. To innovate, the latter require a series of measures that guarantee the economic viability of their investment to a certain extent. Is our system prepared for such an enormous task? In this context, since 2019 in Spain we have the Trade Secrets Act, which states in its preamble that they are useful tools for the promotion of innovation. Is this really the case? Are they capable of competing with other rights that have traditionally monopolised this title for the promotion of innovation?

**Keywords:** 2030 Agenda, SDG, Innovation, Trade secrets.

## I. INTRODUCCIÓN

¿Qué tienen en común Maquiavelo, Thomas Alva Edison y Nikola Tesla, la Coca-Cola o la cadena de montaje de Ford? Entre otras muchas cosas: la innovación. Afirmaba el autor de *El príncipe* que «el innovador se transforma en enemigo de todos los que se beneficiaban con las leyes antiguas»<sup>1</sup>. Y, en efecto, parece que en nuestro día a día innovar es sinónimo de algo nefasto que solo pretende obtener un rédito económico y no el beneficio de la sociedad en la que se vive.

En torno a 1880, en Estados Unidos se vivió lo que los periodistas denominaron como *War of the currents*, es decir, la *Guerra de las corrientes*. Sus protagonistas no fueron almirantes o generales, sino empresarios y científicos. No fueron corrientes artísticas lo que desencadenó esta *batalla*, sino corrientes eléctricas —continua o alterna—. El campo de batalla, la costa este de los Estados Unidos. Y aunque la mayoría de la sociedad pueda desconocer esta *contienda*, lo cierto es que es una de las más relevantes de la historia moderna y sus consecuencias determinaron incontrovertiblemente el porvenir de la

---

<sup>1</sup> MAQUIAVELO, N., *El príncipe*, Alianza, Madrid, 2010, pág. 40.

innovación. En un bando, la *General Electric Company*, con el susten-táculo de Edison y su corriente continua. En el otro, la *Westinghouse Electric Company*, apoyándose en las patentes de corriente alterna desarrolladas por Tesla. El botín: un mercado por explotar con unas perspectivas de negocio inimaginables.

La historia ha permitido que nos replanteemos qué papeles jugaron Edison y Tesla en la evolución científica y ponderemos sus logros. No obstante, algo es innegable: Edison personificó el paradigma de lo que hoy conoceríamos como emprendedor, pasando a la posteridad no solo por su capacidad inventiva, sino, sobre todo, por su capacidad empresarial, al explotar como nadie las creaciones científicas del momento, asegurándose su protección jurídica y llegando a registrar en torno a mil patentes. En el lado opuesto, hay otro hecho incuestionable: Tesla representó la prodigiosidad científica en su más pura esencia; sobre sus contribuciones se ha asentado la tecnología más moderna; su actividad ha sido pionera en campos como el diseño industrial o la robótica. Se ha convertido en uno de los grandes maestros científicos de la historia.

La excepcionalidad de Tesla se demostró, entre otros hechos, a través de su sistema de corriente alterna, claramente superior al de corriente continua de Edison, determinando que el bando vencedor fuera la *Westinghouse Electric Company*. A pesar de ello, a pesar de su genialidad científica, Tesla nunca tuvo un claro espíritu emprendedor. Porque mientras Edison patentaba, Tesla, a la postre, cedía sus invenciones, pues el único objetivo que tenía el inventor de origen serbio era la evolución científica.

Como aquel que dice, *hasta hace un par de días*, Nikola Tesla era un desconocido. Su valía, genialidad, capacidad innovativa, por desgracia, no prevalecieron para la historia —es ahora cuando se ha decidido recuperar su figura—. En cambio, quien siempre ha sido recordado fue el inventor-empresario, el que se preocupó por asegurar el rédito económico fruto de sus invenciones. Es decir, el que ha sido recordado es aquel que registró y gestionó adecuadamente un extenso conjunto de patentes.

No obstante, la corriente alterna de Tesla —incluso, la continua de Edison— actualmente son perfectamente utilizables por cualquier persona. Su protección jurídica desapareció cuando el límite temporal de los derechos de propiedad industrial que la protegía llegó a su fin. En cambio, hoy en día, nadie conoce cuál es la receta de la Coca-Cola, a pesar de que Pemberton comenzó a comercializarla en 1885 —aunque con variantes posteriores—. Esto es así porque un día

decidieron proteger sus innovaciones como secretos empresariales y no como patentes —si eso fuera posible—.

El 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de la ONU aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible que constituía «un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad», articulando para ello 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible —en adelante, ODS— y 169 metas. La importancia de la Agenda 2030 y de los ODS es paladina, pues desde que se aprobó los gobiernos de la gran mayoría de países han intentado implementar medidas que permitiesen alcanzar los objetivos establecidos, como es el n.º 1 «Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo». No obstante, algunos de los otros ODS han sido menos desarrollados y trabajados, como es el n.º 9 cuyo título dispone: «Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación». En concreto, el punto 9.5 de la mencionada resolución establecía: «Aumentar la investigación científica y mejorar la capacidad tecnológica de los sectores industriales de todos los países, en particular los países en desarrollo, entre otras cosas fomentando la innovación y aumentando considerablemente, de aquí a 2030, el número de personas que trabajan en investigación y desarrollo por millón de habitantes y los gastos de los sectores público y privado en investigación y desarrollo».

Hay una realidad insoslayable: no habrá innovación o no se fomentará la innovación si no hay medidas efectivas que garanticen la protección y seguridad del innovador. Por tanto, ¿está nuestro sistema de protección de la innovación capacitado para hacer frente a las exigencias de los ODS o para llevarlos a término? Todos compartimos el papel fundamental desempeñado a lo largo de la historia por los derechos de propiedad industrial, tanto en la explotación económica de las invenciones como en el reconocimiento presente y futuro de tales creaciones.

En este contexto, los ordenamientos jurídicos de todo el mundo llevan décadas trabajando por un desarrollo armonioso de las actividades económicas a través de la introducción de novedosos instrumentos destinados a proteger los intereses de empresarios y consumidores por igual. Es en este marco en el que el Derecho de propiedad industrial ha venido desarrollándose, a la luz de las manifiestas necesidades de la actual vertebración socioeconómica de nuestra comunidad, así como del papel esencial que una adecuada protección desempeñaría para con su progreso, cuyo ritmo acelerado cabe atribuirlo fundamentalmente a las nuevas tecnologías y al incesante empeño por ampliar tanto sus

campos de aplicación como su accesibilidad a todos los miembros de la sociedad.

La propiedad industrial se ha erigido como recurso esencial. Sus efectos se extienden a incontables ámbitos. De este modo, la creación de monopolios legales limitados por razón de su vigencia material, territorial o temporal, entre otros, se ha postulado como el incentivo fundamental de inventores o empresarios, pues cristalizan los cauces destinados a garantizar la protección y posibilitar la adecuada compensación por su inversión. En definitiva, todos somos concededores del fundamental papel que juega en el marco de la innovación. No obstante, ¿qué sucede cuando el sistema de protección de la propiedad industrial no permite, valga la redundancia, la protección de ciertas innovaciones; o permitiéndolo se prefiere optar por otros instrumentos?

En 2019 se promulgó en España la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales —en adelante, LSE—, transponiendo de este modo la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016 —en adelante, Directiva 2016/943—. El preámbulo de la LSE comienza diciendo «[l]a innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos», añadiendo posteriormente que «las entidades innovadoras están cada vez más expuestas a prácticas desleales que persiguen la apropiación indebida de secretos empresariales, por lo que la innovación y la creatividad se ven desincentivadas y disminuye la inversión»<sup>2</sup>.

Como se verá, está demostrado que los mecanismos de propiedad industrial e intelectual fomentan la innovación, pero ¿es el único mecanismo factible? La legislación en nuestro país sigue el compás marcado por el Derecho de la Unión Europea, por lo que ¿puede la regulación de los secretos empresariales erigirse como un mecanismo eficaz para proteger la innovación y como herramienta para cumplir los ODS?

Edison comprendió hace más de 100 años la importancia de la propiedad industrial, afirmando con un cierto descaro: «¿Por qué estas tan emocionado? Todo el mundo roba en el comercio y la industrial. Yo mismo he robado mucho. Pero sabía cómo robar. La mayoría

---

<sup>2</sup> El legislador español no mencionó en el preámbulo de la LSE a los ODS. Un craso error puesto que para lograr cumplirlos se necesita una cooperación total de todos los agentes, comenzando con la adecuada promoción de los secretos por los poderes públicos para su conocimiento y difusión.

no saben cómo robar, eso es todo lo que les pasa»<sup>3</sup>. Ese descaro fue posible gracias a un efectivo sistema de propiedad industrial. Ahora bien, viendo el ejemplo de Coca-Cola, ¿fue realmente tan gran empresario? Si en aquella época hubiese conocido el sistema de protección de los secretos empresariales, ¿habrían sido tan útiles para Edison como lo fueron aquellos primeros conatos de propiedad industrial? ¿Habrían sido los secretos empresariales herramientas útiles a Edison para afirmar con ese descaro que *él robaba*? Un sistema de protección efectivo de la propiedad industrial siempre ha sido la clave para garantizar la innovación, pero ¿cumplirán realmente el mismo papel los secretos empresariales? ¿Permitirán los secretos empresariales garantizar el cumplimiento o promover la consecución del ODS n.º 9? ¿Será un secreto empresarial la *clave no secreta* para el fomento de la innovación?

## II. ODS N.º 9: INNOVACIÓN Y COMPETENCIA

### A. La innovación en el marco de los ODS y la Agenda 2030

El principal objetivo de la Agenda 2030 es intentar garantizar las necesidades de los ciudadanos actuales, al tiempo que procura proteger el bienestar de las generaciones venideras. Para conseguir el sostenimiento de nuestro planeta, así como de la población actual y futura, cuyo crecimiento es imparable, la innovación será una de las piezas clave, permitiendo y garantizando un uso correcto y eficiente de los recursos existentes. No obstante, como se dice coloquialmente, *del dicho al hecho hay un trecho*.

Como ya se mencionó *ut supra*, en el año 2015 la Asamblea General de la ONU aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible cuyo ODS n.º 9 llevaba por título *Industria, Innovación e Infraestructura*, estableciendo en su punto quinto que se debía «aumentar la investigación científica [...], fomentando la innovación y aumentando [...] el número de personas que trabajan en investigación [...] y los gastos de los sectores público y privado en investigación y desarrollo». Pero una vez plasmado ese ODS, la gran mayoría de políticas legislativas o de acciones sociales se han olvidado de la innovación. Situación que plantea uno de los grandes retos, pues sin innovación no habrá futuro. No obstante, el problema práctico de este ODS no es exclusivo de

---

<sup>3</sup> ROSANOFF, M.A., «Edison in His Laboratory», [MRTE] *Harper's Magazine*, vol. 165, 1932, págs. 402-406 [traducción propia].

los poderes ejecutivos o legislativos, sino que es compartido por los agentes privados.

Si retrocedemos más de 20 años, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la Oficina Europea de Estadística elaboraron en 1992 el *Manual de Oslo. Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación*, obra de referencia en lo que esta materia se refiere, definiéndose en él la innovación como «la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores». No se puede olvidar, además, como se indicaba en el preámbulo de la LSE, que «la innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos y propicia la emergencia de modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente».

La innovación, en su concepción teórica y en su aplicación práctica, es algo más vasto que esa definición. La teoría de la innovación es uno de los campos sobre los que ha recaído mayor atención por parte de diversas artes y ciencias. Sobre ella se han escrito tratados filosóficos, económicos o sociológicos, ahondando en cuál es su importancia o cuáles son las consecuencias de una política basada en la innovación. Y, en este sentido, el Derecho, como arte y como ciencia, no ha sido ajeno a su importancia, cuestionándose si existen motivos suficientes para justificar la concesión de derechos exclusivos sobre ella, como son los derechos de propiedad industrial e intelectual o la obtención de derechos no exclusivos derivados de los secretos empresariales, en su caso.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el ODS n.º 9 no menciona ninguno de estos conceptos, pero la innovación en nuestro sistema está protegida por estos mecanismos. Es más, con la globalización, la innovación y sus instrumentos protectores han alcanzado unos niveles de importancia comerciales sin precedentes e inimaginables<sup>4</sup>. A pesar de lo dicho, no se ha de confundir el término «innovación» con el de «invención», pues, aunque estén estrechamente relacionados, la Agenda 2030 utiliza el primero porque es más amplio, habiendo innovaciones que no son invenciones. Por eso es importante realizar este análisis del ODS n.º 9 no desde la

---

<sup>4</sup> DENONCOURT, J., «Companies and UN 2030 Sustainable Development Goal 9 Industry, Innovation and Infrastructure», *Journal of Corporate Law Studies*, n.º 20-1, 2020, pág. 208.

perspectiva de la propiedad industrial, sino desde los secretos empresariales, aunque en numerosas ocasiones por practicidad teórica y práctica los tratemos conjunta o complementariamente o los contraponemos.

A todo ello hemos de añadir un elemento de suma importancia como es el desarrollo sostenible, «piedra angular sobre la que descansa esta acción multilateral e internacional»<sup>5</sup>, definiéndose de manera indirecta este concepto<sup>6</sup> en el artículo 2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Se concibe, siguiendo lo establecido en este texto legal, que la economía debe conjugarse con el principio fundamental del bienestar de la población, así como otros principios de gran importancia como son la solidaridad, la erradicación de la pobreza o el uso eficiente de los recursos. No obstante, más allá de los ideales que representa este desarrollo sostenible, lo más importante es obtener una serie de medidas efectivas —jurídicas, económicas o de otra índole— que permitan alcanzarlo. En definitiva, se trata de conseguir que el desarrollo sostenible sea una realidad y que los cuentos y leyendas formen parte únicamente del universo literario.

A pesar de lo dicho hasta aquí, el principal escollo al que se enfrenta el cumplimiento de estos ODS es, como ya se ha señalado por la doctrina, el escaso valor jurídico que tienen, pues no dejan de ser una serie de recomendaciones —compromisos si se prefiere—<sup>7</sup>, sin posibilidad de articular medidas efectivas de cumplimiento por parte de la ONU. En definitiva, dependerá su cumplimiento de la buena voluntad de los particulares y de las medidas que quieran establecer los gobiernos de los diversos estados.

---

<sup>5</sup> BELLO PAREDES, S.A., «Introducción a los ODS en la agenda 2030: el principio general de la sostenibilidad», *Opción. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, n.º 93, 2020, pág. 13.

<sup>6</sup> Realmente define el concepto de «economía sostenible», pero sostiene la doctrina que a pesar de utilizar otra nomenclatura nos encontramos ante lo que internacionalmente se ha venido denominando como «desarrollo sostenible» *vid.* MARIÑO JIMÉNEZ, J.P., FLORES GAMBOA, S. y BONILLA, J., «Sostenibilidad versus sustentabilidad. Una propuesta integradora que desvirtúa su uso homólogo», *Opción. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, n.º 87, 2018, págs. 1391-1422.

<sup>7</sup> Aunque escape de mi cometido, creo que la postura mantenida por Bello Paredes es interesante y supondría un auténtico empuje al cumplimiento de los ODS. Mantiene que deberían ser considerados como principios generales del Derecho internacional y nacional, mediante su positivización o reconocimiento jurisprudencial. *Vid.* BELLO PAREDES, S.A., «Introducción a los ODS...», *ob. cit.*, pág. 37.

## B. Derecho de la competencia.

En todo caso, este ODS n.º 9 —principalmente, sus propios objetivos— se ha de poner en relación necesariamente con el Derecho de la competencia. La Constitución Española —en adelante, CE— establece en su artículo 38 que «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general», consagrando el fundamental principio de libertad de empresa, objeto de numerosos pronunciamientos por parte de Tribunal Constitucional, entre las que podemos destacar la sentencia de 1 de julio de 1986, donde sostuvo que «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligatorio de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta [...] suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales»<sup>8</sup>.

Así, a fuer de proclamar la libertad de empresa y las actividades necesarias para la defensa de tales derechos constitucionales, nació el Derecho de la competencia como instrumento esencial para la puesta en práctica de medidas encaminadas a evitar la realización de todas aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente la libre concurrencia empresarial<sup>9</sup>. Medidas que —sin poder analizarlas como se merece una cuestión de grueso calibre como esta— hallan su fundamentación jurídica en el reconocimiento por parte del legislador de la libertad de iniciativa económica y el derecho que asiste a toda persona de actuar al servicio de sus intereses particulares<sup>10</sup>.

El Derecho de la competencia se divide, a su vez, en dos vertientes. Por un lado, el Derecho de defensa de la competencia, de la que son exponentes los artículos 101 a 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —en adelante, TFUE— y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que tiene por fin preservar la competencia como institución, es decir, velar por un orden concu-

---

<sup>8</sup> STC, pleno, de 1 de julio de 1986 [ECLI:ES:TC:1986:88] n.º de Recursos: 352/1983 y 367/1983 | Ponente: CARLOS DE LA VEGA BENAYAS.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, M., «Derecho de Patentes versus Derecho de Defensa de la Competencia en la Unión Europea: ¿Una Relación de Complementariedad?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n.º 1, pág. 374.

<sup>10</sup> CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Editorial Constitución y Leyes COLEX, Madrid, 2003, pág. 247.

rrencial no falseado y un buen funcionamiento del mercado, sancionando aquellas conductas que eliminan la competencia<sup>11</sup>.

El Derecho de defensa de la competencia y el de propiedad industrial, mirados sin la oportuna cautela, parecen guardar una relación de suyo incompatible, que se caracteriza por la aparente existencia de numerosos puntos de fricción conducentes a la imposibilidad de sostener la convivencia pacífica de ambos sistemas, pues inevitablemente periclitán los instrumentos legales previstos para la consecución de los fines asignados a cada cuerpo normativo<sup>12</sup>. Empero esta precipitada conclusión deriva de un análisis superficial, consistente en el examen comparativo de, por un lado, las restricciones dispuestas por la defensa de la competencia a las conductas perjudiciales para la libre competencia y, por otro, los derechos inmateriales y las facultades de disposición y explotación exclusiva que le son propias a los derechos de propiedad industrial. A esta compleja situación, se le ha de añadir un nuevo agente: los secretos empresariales que, a la postre, conceden una especie de derecho de exclusiva, aunque este sea descubrible y utilizable mediante sistemas legítimos. A pesar de lo dicho, nos encontramos ante una aparente errónea oposición entre la libre competencia y la dupla de secretos empresariales y propiedad industrial. Todos ellos, a pesar de las fricciones que puedan surgir y de los intersticios de los diversos sistemas, comparten en su esencia un objetivo común que no es otro que el ODS n.º 9, el fomento de la innovación y del desarrollo tecnológico<sup>13</sup>.

Empero «los derechos de propiedad industrial [a lo que añado, también, los secretos empresariales], en su condición de derechos exclusivos, constituyen in natura limitaciones a la libre competencia»<sup>14</sup>. Es innegable que la concesión de una patente, por definición, lesiona la libre competencia<sup>15</sup>. Lo mismo se puede predicar de un secreto empresarial que de un modo directo o indirecto impide que un producto, un proceso o, en definitiva, una información pueda ser empleada por la totalidad de los agentes del mercado. Sin embargo, esto no signifi-

---

<sup>11</sup> BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 175.

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> BAHAMONDE DELGADO, R., «El Derecho de la Competencia y los Derechos de Propiedad Intelectual en la UE y España», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 16, 2012, pág. 479.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, M., «Derecho de Patentes versus Derecho...», *ob. cit.*, pág. 379.

<sup>15</sup> *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005. Disponible en: <https://ec.europa.eu/> [Apartado 40]. Incidiendo en su contenido: RODRÍGUEZ RODRÍGO, Juliana, «Patentes Farmacéuticas y Aplicación Privada del Derecho Europeo de la Competencia», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 7, n.º 1, 2015, pág. 188.

ca que sean incompatibles. Por un lado, la regulación de los secretos empresariales y el Derecho de propiedad industrial conduce a incentivar y recompensar la actividad innovativa e inventiva a través de una serie de derechos exclusivos y excluyentes sobre los resultados que se han obtenido, ya sean públicos y conocidos, como en el caso de, por ejemplo, las patentes, ya sean secretos, como en el caso, valga la redundancia, de los secretos empresariales. En cambio, el Derecho de la competencia procurará una protección posterior, cuyo objetivo no es limitar los derechos derivados de los secretos empresariales o de la propiedad industrial, sino evitar que puedan surgir comportamientos abusivos y excesivos que puedan apoyarse sobre la posición de privilegio legal que garantiza la titularidad de derechos exclusivos de patente o de los secretos empresariales<sup>16</sup>.

Con todo, creo que resulta claro que, a pesar de las diferencias aparentes, los secretos empresariales, la propiedad industrial y el Derecho de la competencia comparten un fin común<sup>17</sup>. No obstante, el reto que está por venir en este campo es el establecimiento de una conexión y cohesión entre todos estos cuerpos normativos que consiga una adecuada satisfacción de los intereses protegidos por sus disciplinas y, sobre todo, que sea capaz de seguir los pasos fijados por la Agenda 2030 y sus ODS que marcan nuestro futuro más próximo desde una visión del presente que no tiene vuelta atrás.

La otra pata es el Derecho de competencia desleal, regulándose en nuestro Derecho en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal —en adelante, LCD—, que regula situaciones que, implicando cierta competencia, rebasan determinados límites establecidos, como son las conductas contrarias a los buenos usos en materia comercial o las exigencias de la buena fe<sup>18</sup>. Precisamente es en este cuerpo normativo donde hasta el año 2019 se encontraba la regulación española del secreto empresarial. Disponía el artículo 13 LCD en su redacción

---

<sup>16</sup> URIBE PIEDRAHITA, C.A., CARBAJO CASCÓN, F., «Regulación ex ante y control ex post: la difícil relación entre la propiedad intelectual y derecho de la competencia», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 33, págs. 310-312. En el mismo sentido, LEMLEY, M.A., «*Ex ante versus ex post* justifications for intellectual property», *University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004, págs. 129-149. *Apud* MARTÍNEZ PÉREZ, M., «Derecho de Patentes versus Derecho...», ob. cit., pág. 384.

<sup>17</sup> CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre...*, ob. cit., pág. 247.

<sup>18</sup> BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 175. Por su parte, Calvo y González sostienen la relación de complementariedad entre ambas normativas, en este sentido, «la competencia desleal llega donde la legislación antitrust [Derecho de defensa de la competencia] no alcanza (a los pequeños comerciantes)»: CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre...*, ob. cit., pág. 227.

primigenia que: «1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas [...]. 2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo. 3. La persecución de las violaciones de secretos [...] no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos [...]. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto».

Inclusión que demuestra, una vez más, la estrecha relación entre los secretos empresariales y el Derecho de la competencia. No solo eso, sino que el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio —en adelante, Acuerdo ADPIC— al tratar los secretos empresariales hace referencia a su vez al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1967, en concreto, a su artículo 10.bis dedicado a la competencia desleal. Hecho que demuestra la necesaria complementariedad de los derechos derivados de los secretos empresariales y el Derecho de la competencia en aras de fomentar la necesaria innovación por parte no solo de los poderes públicos, sino de los agentes privados con el claro objetivo de cumplimentar los ODS, en particular, el ODS n.º 9 como garantía presente de un futuro próximo.

En conclusión, los derechos que protegen la innovación y el Derecho de la competencia son complementarios, compartiendo el objetivo común de promover el progreso técnico apoyando la innovación a corto plazo para el beneficio final de la sociedad a largo plazo. A modo de ejemplo práctico: si un agricultor no planta árboles frutales y los cultiva en el día de hoy, ningún ciudadano comerá frutas en el año 2030; la innovación que se realice hoy no solo beneficiará al que obtenga los derechos sobre ella, sino que beneficiará, también, a la sociedad del año 2030.

### **C. Fomento de la innovación**

Para alcanzar el ODS n.º 9 a través de la innovación hay que tener en cuenta tres elementos de suma importancia<sup>19</sup>. En primer

---

<sup>19</sup> DENONCOURT, J., «Companies and UN 2030 Sustainable...», ob. cit., págs. 229-230.

lugar, la propia innovación. Es decir, solo mediante una innovación constante se podrán ir resolviendo los problemas más complejos y costosos que nos plantea un desarrollo sostenible. En segundo lugar, la innovación del modelo de negocio, es decir, para poder fomentar la innovación no solo se necesita una innovación en los productos o en los procesos, sino en la propia forma de entender el ejercicio de la actividad económica y empresarial, estrechamente relacionado con la necesaria responsabilidad social corporativa, brújula que nos guiará en los próximos pasos para obtener la sostenibilidad desde el mundo empresarial. Y, finalmente, el desarrollo de nuevas cadenas de valor o sistemas empresariales que, partiendo de la innovación, sean capaces de unirse a otros actores públicos y privados para lograr modelos económicos mundiales, sostenibles y coherentes. Hete aquí donde reside la dificultad de los retos que vendrán. Se trata no solo de procurar un cambio de la actitud de los agentes públicos, sino que se trata de un cambio de mentalidad de los privados para que vean en la innovación algo más que el rédito particular empresarial.

Además, para poder alcanzar el ODS n.º 9 se han de potenciar los dos tipos de innovación que existen según la doctrina: la disruptiva y la de mantenimiento. Por un lado, la primera consiste en crear un mercado nuevo que desplace la tecnología anterior, reinventando la preexistente o encontrando una solución novedosa para los problemas no resueltos. Por otro lado, la de mantenimiento es un modelo de innovación consistente en mejorar un producto, servicio o proceso ya existente. Es decir, se deben realizar acciones públicas y privadas que promuevan los dos tipos de innovación que se señalan.

Ahora bien, la cuestión que *revolotea* lo dicho hasta aquí es la siguiente: ¿de qué modo se puede fomentar la innovación para alcanzar el ODS n.º 9? Ya se ha ido apuntando sin elipsis, de manera clara y directa: mediante un efectivo sistema de protección de la innovación. ¿Cuál es este sistema? En cierto modo, el existente. Se trata de volver a las figuras conocidas, como la propiedad industrial, y de adentrarse en las nuevas figuras que vienen a nosotros, como son los secretos empresariales. Solo mediante una garantía de la innovación, solo mediante una efectiva protección de lo innovativo, la sociedad, tanto los agentes públicos como los privados, invertirá en innovación. Solo mediante un sistema garantista, que proteja a los titulares de la innovación frente a las inmisiones, se conseguirá ver el ODS n.º 9 no como un objetivo, sino como un resultado.

### III. SECRETO EMPRESARIAL: CONCEPTO Y REQUISITOS

Dispone el artículo 1 LSE que un secreto empresarial será «cualquier información o conocimiento»<sup>20</sup> que reúna tres requisitos: i) sea secreto, es decir, que no sea «generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas»; ii) que tenga un valor, «real o potencial», por ser secreto; y iii) que su titular hubiera empleado «medidas razonables» con el objetivo de «mantenerlo en secreto». La definición del legislador español no presenta grandes novedades respecto de las que anteriormente se empleaban, señalando los mismos elementos imprescindibles<sup>21</sup>; más aún, la LSE sigue la misma línea al no definirlo, sino que se limita a mencionar una serie de requisitos que debe reunir una cierta información o conocimiento, es decir, los elementos que nos permitirán considerar cuándo estamos ante un auténtico secreto empresarial<sup>22</sup>.

Siguiendo el análisis realizado por la doctrina española de las definiciones legales, el primer requisito que debe reunir la información o conocimiento para ser considerado secreto empresarial es que, valga la redundancia, sea una «información empresarial»<sup>23</sup>, señalando Guillén Monge que, por tanto, la información debe ser un «conjunto de datos dotados de significado que constituyen un mensaje susceptible de interpretación por el ser humano, no siendo exigible su fijación en un soporte intangible»<sup>24</sup>. En definitiva, que sea una información que tenga carácter empresarial.

El segundo de los requisitos consiste en el secreto de la información, es decir, que la información «no [sea] generalmente conocida de forma pública en círculos relevantes de negocios»<sup>25</sup>. Conforme a lo

---

<sup>20</sup> Una de las novedades de la LSE ha sido la inclusión en la definición del término «conocimiento».

<sup>21</sup> Artículo 39.2 Acuerdo ADPIC: «a) sea secreta [...] no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables [...] para mantenerla secreta». En la misma línea, también lo define así la *Uniform Trade Secret Act*.

<sup>22</sup> La doctrina española se ha pronunciado repetidamente sobre la dificultad de definir un secreto empresarial sin acudir a una lista de requisitos, aunque no sea lo deseable. Vid. SUÑOL LUCEA, A., *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 190 (n.p. 485, 486, 487).

<sup>23</sup> SUÑOL LUCEA, A., *El secreto empresarial...*, ob. cit., pág. 105.

<sup>24</sup> GUILLÉN MONGE, P., «Artículo 1», en LISSÉN ARBELOA, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 37.

<sup>25</sup> CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y SANJUÁN MUÑOZ, E., «Marco normativo. El concepto de secreto empresarial», en A.B. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. et al.

establecido en la LSE, para poder entender que la información es secreta, es necesario que se den tres condiciones o requisitos acumulativos. En primer lugar, la información no debe ser conocida de manera general. En segundo lugar, que esa información no sea conocida por las personas que habitualmente actúan en los círculos donde suele ser utilizada. Y, finalmente, que el acceso a dicha información no conocida no sea sencillo, o sea, que se establezcan medidas de protección que impidan un fácil acceso a ella.

En tercer lugar, solo se obtendrá la protección que se deriva de la LSE en caso de que la información secreta tenga un valor real o potencial derivado, precisamente, de su carácter secreto. En resumen, que la información tenga un valor por el hecho de ser secreta. La doctrina más moderna ha mantenido que el auténtico valor del secreto deriva únicamente de su carácter secreto, ya que los demás operadores del mercado, principalmente competidores, no podrán acceder a dicha información<sup>26</sup>. A modo de ejemplo, si una empresa dedicada a la venta de refrescos mantiene «secreta» la receta de una determinada bebida, la receta tendrá un valor porque ningún competidor la conocerá y podrá imitarla. En cambio, si la receta fuera pública, la misma tendría un valor económico menor, pues todo agente del mercado podría utilizarla. En este sentido, la jurisprudencia española, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, n.º 654/2019, de 23 de abril<sup>27</sup>, viene manteniendo que «el valor competitivo es la ventaja de la que goza la empresa que conoce y aplica la información secreta frente a las empresas que carecen de ella», es decir, tiene valor porque es secreta la información, debiendo estar, además, el valor en el conjunto de la información mantenida en secreto<sup>28</sup>.

Finalmente, el último requisito que se contempla en la LSE es que el titular del secreto haya adoptado una serie de medidas razonables que aseguren la protección del propio secreto, exigiéndole, en todo caso, una cierta diligencia en la protección de las informaciones de las que es titular. Es decir, no basta con que no divulgue la información secreta, sino que se requiere que establezca una serie de medidas —no definidas— para procurar que la información no sea descubier-

---

(aut.), *La protección de secretos empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 34.

<sup>26</sup> SUÑOL LUCEA, A., *El secreto empresarial...*, ob. cit., págs. 37 y ss.; GUILLÉN MONGE, P., «Artículo 1»..., ob. cit., págs. 50-61.

<sup>27</sup> Entre otras muchas, SAP Vizcaya (Sección 4ª), n.º 654/2019, de 23 de abril (ECLI: ES:APBI:2019:1397). n.º de Recurso: 743/2018 |Ponente: LOURDES ARRANZ FREIJO.

<sup>28</sup> Entre otras, STS Civil (Sección 1ª), n.º 254/2020, de 4 de junio (ECLI: ES:TS:2020:1568). n.º de Recurso: 4164/2017 |Ponente: JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE.

ta. No obstante, a lo largo de la historia legislativa del secreto empresarial, no se ha establecido en los diferentes ordenamientos una concreción acerca de la razonabilidad de las medidas, debiendo ser, en último lugar, los tribunales quienes consideren, a la vista de los casos que juzguen, cuáles son las medidas razonables que se le pueden exigir al titular del secreto.

La utilización de conceptos indeterminados conlleva la problemática típica derivada del uso de estos, pues no será hasta que ocurra el incidente cuando se podrá conocer si las medidas adoptadas fueron razonables y, por tanto, suficientes para que la información sea protegida por la legislación. Al mismo tiempo, solo mediante esta inconcreción se puede llegar a conseguir una efectiva protección de los secretos empresariales, pues dada la amplitud de su objeto, si se optara por establecer positivamente unas medidas concretas, podría suponer una merma del ámbito objetivo de la pretendida protección de la LSE.

A pesar de todo lo señalado, compartimos el comentario crítico de Castán Pérez-Gómez respecto del concepto de secreto empresarial y estos requisitos: «Por si el objeto no fuese en sí mismo lo suficientemente etéreo o inasible, resulta que tiene que estar revestido de ciertas condiciones para que se pueda considerar como un activo protegido. Y esas condiciones, que son extrínsecas al propio objeto, están teñidas además de no poco margen de ambigüedad»<sup>29</sup>. Con todo, el concepto no es claro y se requerirá de un gran esfuerzo doctrinal y jurisprudencial para definirlo sin fisuras y ambigüedades.

#### IV. RAZÓN DE SER DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES

##### **A. La justificación de los derechos de propiedad industrial**

A modo de resumen introductorio, resulta conveniente por su practicidad volver una vez más a los derechos de propiedad industrial, para posteriormente compararlos con los secretos empresariales en la medida de lo posible.

La filosofía, tanto en su vertiente jurídica como en la política, ha mantenido de manera continua abierto el debate respecto a la legiti-

---

<sup>29</sup> CASTÁN PÉREZ-CANO, A., «Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual: Afinidades y divergencias», en MERINO BAYLOS, P. (dir.), *Homenaje a Luis-Alfonso Durán. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual*, Thomson Reuters, Navarra, 2019, pág. 308.

midad y posición a ocupar por parte de la propiedad industrial e intelectual en nuestros ordenamientos jurídicos. Dada la exclusividad que se confiere a los titulares de estos derechos sobre la innovación que se protege en ellos, ha resultado —y sigue resultando y resultará— vital y esencial encontrar una respuesta que reivindique y justifique el conjunto de efectos producto de su aplicación<sup>30</sup>, especialmente a la vista del destacado impacto que ejerce sobre el comercio, la economía y la vida diaria de los ciudadanos, más cuando la calidad de vida del presente no presenta los mayores retos, sino que los presenta la calidad de vida del futuro.

Numerosos son los intentos de justificar esta clase de derechos<sup>31</sup>. Entre todos ellos, podemos destacar —por compartir, además, dicha posición— aquellos autores que los han justificado basándose en el incentivo que comportan para los innovadores, al atribuir exclusividad sobre los productos, procesos, métodos... protegidos, habida cuenta de la gran inversión que se ha realizado para su desarrollo. Esto, que es de suyo palmario, lleva a diversos autores a defender que la ausencia de estos derechos sería perjudicial para el interés general, pues la ausencia de medidas conducentes a frenar el aprovechamiento de invenciones originales por parte de terceros competidores redundaría en la merma de los beneficios obtenidos por el inventor, disminuyendo la actividad inventiva y frenando en último término el progreso tecnológico y cultural de la sociedad.

Sin ahondar en las diversas teorías de la innovación<sup>32</sup> —por su gran número y por no ser el objetivo de este artículo—, el Derecho a lo largo de su historia reciente la ha utilizado para fundamentar, en

---

<sup>30</sup> Tradicionalmente se han comparado los derechos de propiedad industrial con los de propiedad. No obstante, hay numerosas diferencias entre ellos. V. gr.: la propiedad encuentra su justificación histórica en la escasez o disponibilidad limitada de los terrenos y de los recursos, acompañada de la imposibilidad de compartirlos. En cambio, esto no es aplicable a la propiedad industrial puesto que las ideas y creaciones de la mente son inagotables, sin que tampoco haya una merma por el hecho de compartir la idea con otro. *Vid.* BENTLEY, L. y SHERMAN, B., *Intellectual Property*, Oxford University, Oxford, 2004, págs. 3-4.

<sup>31</sup> Podemos destacar aquellos que han considerado que los derechos de propiedad industrial serían derechos naturales, por los que su titular gozará de ellos y de las facultades que les conceden por el simple hecho de recaer sobre invenciones emanadas de su esfuerzo intelectual. Otras posturas han considerado que estos derechos serían una recompensa al esfuerzo invertido en la invención que se manifiesta a través de un rédito económico, personal, moral e intelectual. Es decir, sería una especie de gratitud legal para con el autor que nace como premio por el desempeño de una labora redundante en beneficio del interés general. *Vid.* BENTLEY, L. y SHERMAN, B., *Intellectual Property...*, ob. cit., pág. 34.

<sup>32</sup> *Vid.* MOTTA, J. y MORERO, H., «La teoría moderna de la innovación y sus antecedentes en el pensamiento económico», en SUÁREZ, D., ERBES, A. y

gran medida, la utilidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Es más, podríamos afirmar abiertamente que uno de los motivos por los que los países de la Unión Europea o Estados Unidos son de los que más invierten en innovación es precisamente por la excelsa protección que se confiere a tales innovaciones, frente a posibles ataques de terceros. No obstante, a pesar de que esta fundamentación la tenemos asimilada, no parece que la inclusión del ODS n.º 9 haya supuesto un cambio en la innovación de los diversos agentes privados. El crecimiento empresarial no es antagónico a la sostenibilidad, tanto económica, como social y ambiental. No se puede desdibujar totalmente cuál es la realidad del entramado empresarial, pero, al mismo tiempo, sin perder de vista ese desarrollo económico, quizá es necesario que haya un cambio de la mentalidad empresarial que vire desde una innovación con objetivos privados y particulares —el crecimiento de la empresa— hacia una innovación con objetivos públicos y compartidos —la sostenibilidad del mundo que vendrá—. Es decir, buscar el justo equilibrio entre los intereses particulares y los colectivos, aunque ello, como sabemos, sea extremadamente complicado.

## **B. La naturaleza del secreto empresarial**

Todo lo dicho hasta este momento respecto de los derechos de propiedad industrial e intelectual se ha de poner necesariamente en relación con los secretos empresariales y su importancia en la innovación para el futuro que vendrá donde los retos que se nos imponen requieren de un nuevo estudio al hilo de esta figura que, aunque ya integrada en nuestros ordenamientos jurídicos desde hace tiempo, ha llamado nuestra atención en el ordenamiento jurídico europeo y español en los últimos años.

No obstante, a diferencia de la propiedad industrial, los secretos empresariales no proporcionan un derecho exclusivo al uso de la información, siempre y cuando la otra parte lo hubiera obtenido de una forma legítima —ingeniería inversa, bagaje profesional o descubrimientos independientes— o la información hubiera pasado a ser pública. Esta variación que puede parecer de poca importancia supone un gran cambio respecto de la fundamentación de la existencia de los derechos de propiedad industrial<sup>33</sup>; pudiendo implicar notables con-

---

BARLETTA, F. (comp.), *Teoría de la innovación: evolución, tendencias y desafíos*, Ediciones Complutense, Madrid, 2020, págs. 23-70.

<sup>33</sup> SCHULTZ, M.F. y LIPPOLDT, D.C., «Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets): Background Paper», *OECD Trade Policy Papers*, n.º 162, 2014, págs. 13 y ss.

secuencias económicas, como, por ejemplo, cuando una misma idea ha sido paralela e independientemente desarrollada por dos competidores<sup>34</sup>. Al conceder impunidad a ciertas formas de obtención de información, la ley permite que el Derecho de la competencia limite el derecho que se otorga al innovador de manera indirecta. Para promover resultados eficientes, la ley permite a los competidores obtener un secreto empresarial a través de una serie de medios que fomenta, en definitiva, no el espionaje —que está penado—, sino la innovación, la carrera constante por adelantarse al competidor. En definitiva, se promueve la mejora de la industria en la que operan, con innumerables ventajas para el consumidor final, receptor de los efectos positivos de esa competencia.

Como hemos visto, el debate acerca de la razón de ser de los derechos de propiedad industrial ha convivido con nosotros de manera continua. Pero no ha sido el único debate en la doctrina —principalmente, la anglosajona—. Esta también ha discutido acerca de la naturaleza del secreto empresarial y, en particular, acerca de la relación o derecho en el que se basa. No obstante, ninguna de las diversas concepciones que se desarrollarán se ha impuesto, entre otros motivos, por la poca atención que ha recibido la materia tanto legal como doctrinalmente. De manera muy acertada, Sandeen afirmaba que los secretos empresariales eran la *Cenicienta* de los derechos de propiedad industrial, pues todos se han olvidado de ella<sup>35</sup> y nuestro Derecho es un ejemplo claro de ello.

En primer lugar, no faltan autores que consideran que el secreto empresarial se basa en relaciones obligacionales como serían las derivadas de un contrato —mercantil o laboral, por ejemplo—. En segundo lugar, otros entienden que es una consecuencia directa de la titularidad de un derecho de propiedad<sup>36</sup>. Una tercera posición defiende que se basan en los principios generales de justicia que integran la totalidad de los ordenamientos jurídicos. En cuarto lugar, hay quienes defienden que es una consecuencia del Derecho de competencia desleal como efectiva medida para paliar el ejercicio desleal en el mercado. Finalmente, destacan aquellos autores que consideran que

---

<sup>34</sup> POOLEY, J., *Trade Secrets, Law Journal Seminars-Press*, Nueva York, 1997, págs. 32-40.

<sup>35</sup> SANDEEN, S.K., «The Cinderella of Intellectual Property Law: Trade Secrets», en YU, P.K. (ed.), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*, Praeger Perspectives, Westport, pág. 399: «Trade secret law is often treated as a second-class doctrine with far less scholarship and attention being paid to it than to its intellectual property relatives».

<sup>36</sup> CLAEYS, E.R., «Private Law Theory and Corrective Justice in Trade Secrecy», *Journal of Tort Law*, n.º 4, 2011, pág. 3.

no es posible encontrar una teoría única que los fundamente, sino que se trata de una amalgama de diversos motivos que tienen como único objetivo la protección de la información<sup>37</sup>.

De entre todas ellas, parece ser que, por lo menos en Estados Unidos, es la que concibe los secretos empresariales como un derecho de propiedad la que más apoyo ha recibido. Así, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en su sentencia *Ruckelshaus vs. Monsanto*<sup>38</sup> afirmó que el derecho de propiedad incluía los resultados del trabajo y de la invención de las personas, entre los que se encontraban los secretos empresariales. Además, el alto tribunal señaló varias de las características comunes entre los secretos empresariales y los objetos típicos del derecho de propiedad, en particular, la posibilidad de ser enajenados a través de diferentes negocios jurídicos.

No obstante, esta postura ha sido criticada porque los secretos empresariales no otorgan derecho exclusivo alguno, principal diferencia<sup>39</sup> de estos con la tradicional propiedad industrial<sup>40</sup>. Por lo que otros autores han sugerido que estamos ante una forma particular de propiedad, como ocurriría en nuestro derecho al regular el Código Civil en los artículos 407 y siguientes la propiedad de las aguas, estableciendo en los artículos 412 a 416 una serie de limitaciones al propietario. Es más, desde la doctrina y jurisprudencia norteamericana se señala que si alguien «inventa o descubre y mantiene en secreto un proceso de fabricación, ya sea objeto de una patente o no, no tiene realmente un derecho exclusivo sobre el mismo frente al público, o frente a quienes de buena fe adquieren conocimiento de él. Pero sí que tiene una propiedad sobre el mismo, que un tribunal protegerá frente a quien aplique dicha información secreta para su propio uso o lo divulgue a terceras personas, habiéndolo obtenido de una manera no legítima»<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> BONE, R.G., «A new look at Trade Secret Law: Doctrine in search of justification», *California Law Review*, n.º 82, 1998, págs. 251-257.

<sup>38</sup> *Ruckelshaus vs. Monsanto Co.*, 467 US 986 (1984). Para mayor abundamiento sobre la sentencia, *vid.* SIMPSON, M.P., «The future of Innovation: Trade secrets, Property Rights, and Protectionism – an Age-Old Tale», *Brooklyn Law Review*, vol. 70, n.º 3, 2005, pág. 1122.

<sup>39</sup> Son numerosas las diferencias existentes. No obstante, más allá de lo esbozado, resulta interesante la versión ejemplificativa de Orly Lobel en: LOBEL, O., «Filing for a Patent Versus keeping your invention a trade secret», *Harvard Business Review*. Disponible en: <https://hbr.org>.

<sup>40</sup> BONE, R.G., «A new look at Trade Secret Law...», *ob.cit.*, pág. 254 [traducción propia]: «Si el secreto empresarial es un derecho de propiedad, ¿por qué el propietario no tiene un derecho exclusivo sobre ella frente al público como los demás propietarios?»

<sup>41</sup> *Peabody vs. Norfolk*, 98 Mass. 452 (1868).

En este sentido, otros autores<sup>42</sup> han considerado que se trata de un auténtico derecho de propiedad, pero limitado por el Derecho de la competencia que permite que un competidor pueda obtener la misma información protegida mediante otros medios adecuados y legítimos. Volviendo al ejemplo del agua: aunque un arroyo nazca en mi predio, no puedo impedir que un tercero aproveche su agua una vez esta haya continuado su camino, saliendo de mi propiedad.

La doctrina británica considera, en cambio, que su naturaleza es obligacional<sup>43</sup>, al entender que en el marco de una relación surge una obligación de confidencialidad respecto de ciertas informaciones obtenidas. Y, por tanto, en caso de que se haga un uso en beneficio propio o se divulgue a terceros una información obtenida de manera confidencial es cuando se estará incumpliendo tal deber u obligación. No obstante, no considero que en nuestro Derecho sea posible, pues las cláusulas de confidencialidad y los secretos si bien plantean ciertas similitudes, no son identificables plenamente.

### **C. La (necesaria) protección de los secretos empresariales**

La doctrina que ha desarrollado el estudio económico del Derecho respecto de los secretos empresariales ha considerado que la justificación de su existencia reside nuevamente en los incentivos que proporciona. Por un lado, sostiene que una buena regulación de los secretos empresariales potencia la inversión en innovación y a la larga la incentiva. Así, en Estados Unidos desde el año 1868, tras la sentencia *Peabody vs. Norfolk*, la mayoría de los legisladores han apuntado que la única forma de incentivar la inversión en secretos empresariales es la creación de una ley que los proteja<sup>44</sup>. No obstante, esto ha sido criticado por algunos autores que consideran que los secretos empresariales no incentivan la innovación, sino que únicamente establecen un mecanismo para que las empresas puedan defender o recuperar una información que mantenían secreta<sup>45</sup>, es decir, la regulación de los secretos empresariales no supondría un incentivo para el desarrollo y para la investigación, pues esta existe con independencia de los secretos empresariales. A pesar de estos pronunciamientos doctrinales, la jurisprudencia norteamericana ha destacado de manera reiterada la

---

<sup>42</sup> CHALLY, J., «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n.º 4, pág. 1274.

<sup>43</sup> GURRY, F., *Breach of Confidence: The protection of confidential information*, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 231-309.

<sup>44</sup> CHALLY, J., «The Law of Trade Secrets...», ob. cit., pág. 1270.

<sup>45</sup> BONE, R.G., «A new look at Trade Secret Law...», ob. cit., págs. 245 y ss.

importancia de los secretos empresariales en la innovación. Por ejemplo, en el caso *Kewanee Oil vs. Bicron*<sup>46</sup>, el Tribunal Supremo estadounidense mantuvo que la base de la regulación de los secretos empresariales era el fomento de la invención y de la innovación. Y ello no es algo reciente. Desde antaño<sup>47</sup>, parte de la doctrina estadounidense viene considerando que los secretos empresariales son uno de los instrumentos más importantes para el desarrollo de la industria, debido a que gracias a ellos se permite que las empresas luchan por liderar sus respectivos sectores, ahondando en el crecimiento constante de sus beneficios lo que repercute de manera directa en los beneficios sociales de la carrera competitiva.

Por otro lado, siendo esta una de las grandes diferencias con los derechos de propiedad industrial, los costes económicos para su desarrollo son menores. Actualmente, la obtención de patentes en el mundo entero es un procedimiento altamente costoso que debe realizarse de manera individual, país por país —España, por ejemplo, es uno de los países que se ha posicionado en contra de la patente única europea—. Así, uno de los incentivos económicos que plantea el secreto empresarial es su bajo coste económico frente a otras medidas de protección. En este sentido, Friedman, Landes y Posner<sup>48</sup> señalaron ya en 1991 que las empresas se ven incentivadas a innovar y a utilizar los secretos empresariales para proteger dichas innovaciones gracias al bajo coste que supone su protección. Además, señalan estos mismos autores que la regulación de los secretos empresariales provoca un doble efecto económico: por un lado, los competidores no utilizarán las técnicas tradicionales de espionaje industrial, pues podrían verse duramente sancionados en caso de que descubrieran ilegítimamente un secreto empresarial; y, por otro lado, el titular de un secreto empresarial podrá hacer un uso más eficiente de los recursos destinados a la protección del secreto, pues ya no será necesaria la utilización de medidas que desincentiven el cambio de trabajo por parte de los empleados, ya que estos no podrán hacer uso de dichos secretos en sus nuevos empleos. En definitiva, como afirman Schultz y Lippoldt «el propietario optimiza, en lugar de maximizar, la seguridad. El competidor gasta menos dinero en intentar apropiarse del secreto empresarial»<sup>49</sup>. Además, los secretos facilitan el mantenimiento

---

<sup>46</sup> *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470 (1974)

<sup>47</sup> SWENARTON, W.H., «Patents, trade secrets and trade names as factors in industrial development», *Yale Law Journal*, vol. 19, n.º 2, 1910, págs. 115-120.

<sup>48</sup> FRIEDMAN, D.D., LANDES, W.M. y POSNER, R.A., «Some Economics of Trade Secret Law», *Journal of Economic Perspectives*, n.º 5, 1991, págs. 65-70.

<sup>49</sup> SCHULTZ, M.F. y LIPPOLDT, D.C., «Approaches to Protection...», ob. cit., pág. 11 [Traducción propia].

de una ventaja económica en el marco del Derecho de la competencia, pues el secreto empresarial, como información que es, contribuye a la rentabilidad y sostenibilidad económica de los agentes innovadores<sup>50</sup>.

Otro de los aspectos que se debe destacar es que, a diferencia de los tradicionales derechos de propiedad industrial, esta figura permite que la innovación sea protegida con independencia de diferencias sociales, culturales, económicas, geográficas, políticas... En este sentido, se ha destacado en Estados Unidos que los secretos empresariales han permitido a ciertas comunidades indígenas la protección de sus innovaciones ya que estos pueblos no son proclives a la utilización de los tradicionales derechos de propiedad industrial<sup>51</sup>, lo que les permite tener una vía para la protección de sus innovaciones.

En tercer lugar, podemos destacar que los secretos empresariales son más proclives a producir una situación de desbordamiento de conocimiento. De manera tradicional, aunque con excepciones, el titular de un derecho de propiedad industrial puede impedir que su derecho sea utilizado por terceras personas, a pesar de la publicidad existente. En cambio, un secreto empresarial obtenido de manera legítima puede ser utilizado por terceras personas para desarrollar un nuevo producto o servicio. Por ejemplo, es habitual en el entorno de las redes sociales que de la novedad de una de ellas, surja posteriormente una nueva red social basada en dicha innovación. De este modo, se consigue que el flujo de la innovación no se vea frenada por ciertos *monopolios legales*. No se puede olvidar que en la actualidad la innovación no se da exclusivamente en departamentos «secretos» de grandes empresas; la innovación cada vez más se desarrolla en redes de aprendizaje informales, donde se comparte el conocimiento *desbordante* de los individuos, aprovechándose mutuamente de los conocimientos de los otros. Situación que solo es posible cuando la regulación —en este caso— de los secretos empresariales es proclive a la cooperación entre los diferentes agentes<sup>52</sup>. En definitiva, como afirmaron Fleming, Colfer, Marin y McPhie «la dirección pensaba que

---

En el mismo sentido se pronuncian otros autores como LANDES, W.M. y POSNER, R.A., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Harvard, págs. 149-153.

<sup>50</sup> LEMLEY, M.A., «The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP rights», en DREYFUSS, R.C. y STRANDBURG, K.J. (ed.) *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar; Reino Unido. Disponible en: <https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781847208996/9781847208996.00>

<sup>51</sup> VARADARAJAN, D., «A trade secret approach to protecting traditional knowledge», *The Yale Journal of International Law*, vol. 36, págs. 371-420.

<sup>52</sup> PEDRAZA-FARIÑA, L.G., «Spill your (trade) secrets: Knowledge networks as innovation drivers», *Notre Dame Law Review*, vol. 92, n.º 4, 2017, págs. 1562-1567.

teníamos que ocultar todos estos grandes secretos; los ingenieros sabíamos que el valor estaba en la colaboración»<sup>53</sup>.

En relación con esto surge otra cuestión actual: en una época tan convulsa como la vivida a raíz de la pandemia del COVID-19, ¿qué hubiera sucedido si los laboratorios farmacéuticos hubieran utilizado, en lugar de la patente farmacéutica, la regulación de los secretos empresariales para proteger sus vacunas —en caso de que esto fuera posible y estuviera permitido por nuestra regulación—? Puede parecer especulativo o un ejercicio de ficción histórica, pero lo más probable es que en lugar de haber una cantidad limitada de laboratorios liderando la lucha contra esta enfermedad, nos encontraríamos con otros muchos buscando soluciones en estadios avanzados, ya que los conocimientos obtenidos por uno de ellos podrían ser, también, obtenidos por los demás a través de vías independientes o de ingeniería inversa. Quizá habría sido un camino factible y menos radical que la liberación de patentes por la que apostaron algunos gobiernos.

En este sentido, algunos autores han apuntado que «invertir en la extensión de las innovaciones es más importante que invertir en la generación de innovaciones»<sup>54</sup>. A esta extensión contribuyen con más premura los secretos empresariales que los derechos de propiedad industrial, pues los primeros permiten que otros agentes del mercado de manera legítima o a través de técnicas de ingeniería inversa puedan utilizar dicha innovación en la creación de nuevas innovaciones o en la explotación de la misma innovación. Lo que, en definitiva, repercute positivamente a toda la sociedad como ya se ha ido esgrimiendo. Aunque, no obstante, deberá tenerse en cuenta que para que una información o conocimiento sea secreto empresarial es necesario que no sea generalmente conocida por «las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice». De este modo se nos presenta uno de los escollos que deberá salvarse en su caso: ¿dónde se encuentra el límite de personas que pueden conocerlo para que continúe siendo considerado como secreto empresarial?

Por otro lado, no se puede obviar que el secreto empresarial no es la panacea para todos los males. Hay que tener en cuenta dos aspectos. En primer lugar, que la protección que otorgan tiene una mayor

---

<sup>53</sup> FLEMING, L., COLFER, L., MARIN, A. y MCPHIE, J., «Why the Valley went first: Aggregation and Emergence in Regional Inventor Networks», en PADGETT, J.F. y POWELL, W.W. (ed.), *The Emergence of Organizations and Markets*, Princeton University Press, Princeton, 2012, pág. 539

<sup>54</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., *¿Qué caracteres de una innovación hacen más fácil su extensión?*, Derecho Mercantil España, 2014. Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com>

duración —una mayor vida útil— que los tradicionales derechos de propiedad industrial, lo que puede implicar que, por ejemplo, se tarde mucho más tiempo en llegar al conocimiento que es de interés que si estuviera protegido mediante una patente. En segundo lugar, los restantes derechos de propiedad industrial tienen un componente público al que se puede acceder legítimamente, como sucede, verbigracia, con las patentes, respecto de las que se puede conocer, salvo excepciones, sus reivindicaciones, su descripción, sus dibujos, un resumen de la invención... tal y como se desprende del artículo 23.1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes —en adelante, LPa—. Ello facilita que un competidor pueda innovar partiendo de esos elementos. En cambio, el carácter arcano de toda la información que constituye el secreto empresarial —aunque sea posible que este no se refiera a todo un producto, sino solo a una parte de él— dificulta, al mismo tiempo, que un tercero llegue a un resultado útil derivado de esa información protegida, pues el camino para ello consistirá en un dificultoso ensayo-error cuyos resultados pueden no llegar a verse nunca.

La regulación del secreto impide la apropiación indebida de la información, pero no la legítima. Por ello, no impide que las partes que intervengan en una innovación protegida como secreto empresarial puedan utilizar en un futuro el bagaje obtenido legítimamente en nuevos proyectos. Es más, hay estudios en Estados Unidos que inciden en la idea de que cuanto más restrictiva es la legislación sobre secretos empresariales, menos movilidad de trabajadores entre empresas hay y menor es el gasto que se realiza en innovación, pues la mayoría de los trabajadores están anclados a una regulación demasiado restrictiva que les impide utilizar los conocimientos adquiridos con anterioridad<sup>55</sup>. Más aún: cuanto más restrictiva es una regulación de los secretos, «más se hace sufrir a la sociedad, al restringir indebidamente la difusión de ideas útiles e innovadoras»<sup>56</sup>. En este sentido, es necesario traer a colación el artículo 1.3 LSE en el que se establece que la protección otorgada a los secretos empresariales no «podrá restringir la movilidad de los trabajadores; en particular, no podrá servir de base para justificar limitaciones del uso por parte de estos de experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional o de información que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial, ni para imponer

---

<sup>55</sup> PNG, I.P.L., «Law and Innovation: Evidence from State Trade Secrets Laws», *The Review of Economics and Statistics*, vol. 99, n.º 1, págs. 167-179.

<sup>56</sup> SIMPSON, M.P., «The future of Innovation...», ob. cit., pág. 1122.

en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente»<sup>57</sup>. De esta suerte, entiendo que la actual ley sigue ese camino, mas no resuelve de manera clara cuál es el límite entre un secreto empresarial y el *knowledge* que puede haber adquirido un antiguo trabajador.

Estos estudios lo que vienen a demostrar es que de indirectamente una regulación adecuada de los secretos empresariales incide de manera beneficiosa en los derechos de los trabajadores. Con una regulación no restrictiva de la protección de la innovación, como es las de los secretos, si el empresario quiere impedir que su trabajador vaya a otra empresa con el bagaje adquirido, deberá ofrecerle una serie de ventajas, v.gr. económicas, que consigan que el trabajador decida continuar en su empresa. Es decir, aunque pueda parecernos inverosímil, los estudios estadounidenses realizados sobre la materia confirman que las empresas que utilizan los secretos empresariales como medidas de protección de la innovación tienden a dotar de mayores derechos y beneficios a sus empleados<sup>58</sup>. En este sentido, se ha destacado que una regulación restrictiva de los secretos empresariales, una regulación que proteja en exceso los secretos empresariales a favor de los empleadores y en contra de los empleados supondría que los secretos terminarían convirtiéndose en un instrumento contraproducente para la innovación<sup>59</sup>.

No obstante, se ha afirmado que la utilización de los secretos como medida de protección influye negativamente en la productividad. Al estar protegida la innovación como secreto, el investigador-creador no podrá hacer uso de esta, como muestra de su trabajo, en caso de que busque otras oportunidades laborales, decidiendo postergar sus innovaciones a encontrarse en una situación en la que la innovación sea protegida por otros derechos con publicidad<sup>60</sup>. Sin embargo, es una conclusión errónea<sup>61</sup>. El hecho de que la innovación sea secreta y que no pueda atribuirse a uno mismo su creación no impide que el

---

<sup>57</sup> No se puede obviar tampoco que el artículo 26.2 TFUE proclamó como derecho fundamental de los ciudadanos de la UE su libre circulación por los estados miembro, recogiendo específicamente en su artículo 45.1 que «quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión».

<sup>58</sup> PNG, I.P.L., «Law and Innovation...», ob. cit., págs. 177-179.

<sup>59</sup> CONTIGIANI, A. y HSU, D.H., «How Trade Secrets Hurt Innovation», *Harvard Business Review*, disponible en: <https://hbr.org>

<sup>60</sup> CONTIGIANI, A. y HSU D.H., «Trade secrets and innovation: Evidence from the “inevitable disclosure” doctrine», *Strategic Management Journal*, vol. 39, n.º 11, págs. 2921-2942.

<sup>61</sup> El mismo resultado de falta de publicidad se da cuando los trabajadores se ven obligados a firmar acuerdos de confidencialidad que les impiden hacer públicas sus innovaciones; o en aquellos casos en los que aparece como titular o inventor de la innovación la propia compañía y no el trabajador que la realizó.

innovador en cuestión no pueda hacer gala del bagaje profesional y científico obtenido durante su vida laboral<sup>62</sup>.

Ahondando en esta idea, puede ser ejemplificador uno de los secretos empresariales más conocidos del mundo: la receta de la *Coca-Cola*. Si la receta hubiera obtenido una protección a través de, por ejemplo, una patente —si esto fuera posible, cosa que no es pacífica— quizá la receta no tendría ningún valor. En cambio, al ser secreta, otras compañías han intentado obtener una receta similar para asemejar su producto al famoso refresco de cola. Gracias a que el secreto empresarial no impide que se lleguen a resultados iguales o similares, actualmente en el mercado encontramos una gran multitud de bebidas similares, a precios distintos y con matices más y menos perceptibles. Hoy, el consumidor no se ve obligado a consumir un refresco de *Coca Cola*, sino que puede optar por consumir uno de *Pepsi*<sup>63</sup>, de la cola valenciana, *Malferida* o de cualquiera de los refrescos desarrollados por las cadenas de supermercados como *Mercadona*, *Carrefour* o *Lidl*, entre otras. El consumidor es libre de elegir la opción que más le convenga.

En relación con esto, el secreto empresarial, según algunos autores<sup>64</sup>, otorga mayores ventajas a la sociedad, pues, aunque no sea pública la información, permite que dos empresas lleguen a un mismo producto, proceso o servicio de manera independiente y que, por tanto, ambas empresas puedan comercializarlo, ampliando las posibilidades de elección de los consumidores y, en definitiva, permitiendo que un mayor número de personas puedan acceder a dicho producto, servicio o proceso. En cambio, un derecho de propiedad industrial, a pesar de su publicidad, no podrá ser utilizado por terceras empresas por lo que su titular será el que disponga exclusivamente de él, aunque un tercero hubiera llegado al mismo resultado siguiendo otro camino.

---

<sup>62</sup> Piénsese, por ejemplo, en el mundo de la abogacía. Un abogado quizá no pueda hacer público que ganó cierto caso para cierto cliente, pero no impide que pueda utilizar sus conocimientos o que estos sean reconocidos aunque no se puedan demostrar con nombres concretos de casos ganados.

<sup>63</sup> En relación con esta marca destaca el caso *PepsiCo, Inc. v. Redmond* en el que el tribunal no permitió que un alto directivo de Pepsi pasase a trabajar a Redmond por ser conocedor de algunos secretos empresariales, estableciendo que debería entrar en su nuevo puesto de trabajo seis meses después. Por tanto, aunque se diga que esta sentencia es una demostración de la falta de movilidad laboral consecuencia de los secretos, es, en realidad, una muestra particular de los denominados pactos de competencia postcontractual.

<sup>64</sup> CUGNO, F. y OTTOZ, E., «Trade Secret vs. Broad Patent: The role of licensing», *Review of Law and Economics*, vol. 2, n.º 2, págs. 209-221, *apud* SCHULTZ, M.F. y LIPPOLDT, D.C., «Approaches to Protection...», *ob. cit.*, pág. 13.

A ello hay que añadir que la propiedad industrial no protege toda clase de innovación, sino solo alguna de ellas. Hay autores que han considerado que este es el principal incentivo de los secretos, es decir, ser sustitutivos de la propiedad industrial donde esta no llega o cuando sí que llega, pero sus costes de protección son tan elevados que no compensa económicamente. En concreto, según Friedman, Landes y Posner<sup>65</sup> sustituiría a la propiedad industrial tradicional en tres supuestos: i) cuando la invención no pueda ser protegida por los derechos de propiedad industrial; ii) cuando el titular de la innovación no quiere que esta sea pública, puesto que los derechos de propiedad industrial conllevan publicidad; y, iii) cuando el titular de la innovación no quiere o puede hacer frente a los costes económicos que conlleva la protección de la propiedad industrial.

Todos estos efectos positivos de los secretos empresariales serán posible siempre que la regulación sea favorable a un equilibrio entre los intereses empresariales y sociales. En los últimos años encontramos dos posiciones encontradas: por un lado, una regulación estadounidense —amparada por su jurisprudencia— que ha vaciado los secretos empresariales de su contenido social; por otro lado, la normativa europea que ha procurado utilizar los secretos empresariales como auténticas herramientas para el cambio social y no solo para los intereses empresariales. No obstante, a pesar de este claro posicionamiento, la utilidad de los secretos empresariales aún podría ser mayor.

El principal problema que plantean se da cuando la información protegida por ellos es altamente beneficiosa para la sociedad. Podría darse la siguiente situación: una empresa es titular de una información altamente beneficiosa, pero no hace uso de ella y la sociedad no se beneficia de sus consecuencias positivas. ¿Sería posible armar algún mecanismo que permitiera que dichas informaciones secretas altamente beneficiosas fuesen utilizadas o divulgadas públicamente? En la doctrina estadounidense se ha apostado por la «defensa afirmativa»<sup>66</sup> que consiste en que i) cuando un secreto sea altamente beneficioso (v.gr. puede salvar vidas a gran escala o puede mejorar enormemente la calidad de vida), ii) dicho secreto sea difícilmente descubrible mediante ingeniería inversa y iii) su titular oculte el descubrimiento a la sociedad, sería posible su utilización, aunque se hubiera obtenido ilícitamente. Parece una solución hartamente complicada, más cuando estamos en un Estado altamente garante de los derechos

---

<sup>65</sup> FRIEDMAN, D.D., LANDES, W.M. y POSNER, R.A., «Some Economics of Trade...», ob. cit., págs. 65-68.

<sup>66</sup> SIMPSON, M.P., «The future of Innovation...», ob. cit., págs. 1156-1159.

individuales, pero, habiendo unos valores comunes en nuestra sociedad, podría llegar a ser una solución en aras de que esos secretos altamente beneficiosos muestren sus beneficios en mayor grado. ¿Sería legítima, entonces, una apropiación indebida en favor del interés social?<sup>67</sup>

Ahondando en esta cuestión, es necesario señalar que los derechos que se otorgan al titular de un secreto empresarial no exigen que la información secreta sea explotada —lo cual, cierto es, puede desencadenar situaciones de abuso de derecho—, es decir, la LSE no prevé en ningún momento que el otorgamiento del derecho se haga depender de que efectivamente se utilice como sí que ocurre en las patentes, puesto que el artículo 108 LPa dispone que las patentes caducarán «si la invención no es explotada en los dos años siguientes a la concesión de la primera licencia obligatoria». Inciso este último que nos señala otra de las diferencias del régimen de las patentes con el de los secretos empresariales, pues en este último tampoco se prevé la posibilidad de establecer una licencia obligatoria, reguladas estas en el artículo 91 LPa. Además, en este texto legal se regula, a diferencia de en la LSE, en su artículo 81 la expropiación de las patentes «por causa de utilidad pública o de interés social». No obstante, el hecho de que no se regule en la LSE no impide que no podamos acudir a la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, aunque deberíamos plantearnos y cuestionarnos por qué razón no se previó directamente esta posibilidad en la LSE<sup>68</sup>.

Otro de los aspectos en los que se debe trabajar es en el fomento de la cooperación. Los secretos empresariales deben contribuir a este objetivo, aunque el celo por mantener el secreto podría contribuir negativamente a ello. La regulación ya protege *per se* que si se comparte un secreto —como secreto— no pueda utilizarse por otros, por lo que el cambio es sobre todo social: se debe fomentar el compartir los secretos en beneficio de la sociedad, para que entre los diversos agentes

---

<sup>67</sup> Hay que traer a colación el artículo 2.3 LSE en el que se establecen una serie de excepciones al régimen de los secretos empresariales, es decir, determinadas circunstancias o situaciones en las que no se protege la información secreta.

<sup>68</sup> Posiblemente tenga que ver con el hecho de que la naturaleza jurídica del secreto empresarial, a pesar del posicionamiento de la LSE, no es nada claro e indubitado. ¿Se puede ser propietario, en definitiva, de una información? ¿Cómo se conjugaría eso de manera directa con la negativa generalizada a que el derecho de autor proteja una idea? Más aún: ¿cómo se articularía una expropiación de un secreto empresarial? ¿Una vez expropiado pasaría a ser de titularidad pública y de uso por todo el mundo? ¿Cómo se calcularía el justiprecio de una información que, a lo mejor, no tiene mercado? No obstante, por la extensión y temática de este artículo, se tratará la cuestión con más detalle en próximas oportunidades.

implicados se puedan obtener soluciones mejores para el conjunto de la ciudadanía<sup>69</sup>. La competencia fomenta la innovación —ser el primero en obtener cierta innovación—, pero la cooperación puede ser la clave de la innovación sostenible del futuro que está por venir.

Considero que, sin duda, la razón de ser de los secretos es la seguridad jurídica que atribuye a la información que protege. Como señala el preámbulo de la LSE, contribuyen «a aumentar el valor de las innovaciones que las organizaciones tratan de proteger [... redundando] en efectos positivos en el funcionamiento del mercado, ya que las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas, los centros públicos de investigación y los investigadores podrían hacer un mejor uso de sus ideas innovadoras, cooperando, lo que contribuiría a aumentar la inversión del sector privado en investigación». Puede sonar idílico, pero resume a la perfección los valores que residen en la gran mayoría de ODS: sostenibilidad, solidaridad, progreso. Quizá deberíamos empezar a plantearnos que los secretos empresariales pueden ser uno de los grandes instrumentos jurídicos para el mundo presente y, sobre todo, para el futuro que ya está llamando a nuestras puertas.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas previas se han intentado plasmar dos hechos, realidades o circunstancias —según se prefiera—: i) la necesidad de la innovación, tal y como nos lo indicaba el ODS n.º 9, para un futuro sostenible; y ii) que los secretos empresariales podían erigirse como herramientas idóneas para el fomento de la innovación y cumplimiento del referido ODS. Soy consciente de que es una postura poco habitual, que podrá ser discutida y que no se tiende a relacionar conceptos en principio tan poco amalgamados como «sostenibilidad» y «empresa», pero esa debe ser una postura del pasado, no del presente y menos aún del futuro. ¿Qué hubiera pasado si Edison y Tesla hubieran colaborado en lugar de ir por separado? La batalla que se nos presenta debe ser un ejemplo de unión y cohesión. Una situación en la que agentes privados y públicos actúen al unísono por un bien mayor. Todos deben remar en la misma dirección, pero para ello hay que

---

<sup>69</sup> En este sentido es necesario señalar que, aunque el concepto de secreto exige que no sea generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice no considero que una red de cooperación, por extensa que sea, en la que el secreto se transmita con esta condición haga que deje de aplicarse el régimen de protección establecido en la LSE a la vista de lo dispuesto en el artículo 3.2 LSE sobre la violación de los secretos empresariales.

comprender qué herramientas tenemos, cómo podemos disponer de ellas y qué tiene que ceder cada parte para arribar al objetivo común.

No podemos olvidar que una empresa es un ente que tiene como objetivo la obtención de beneficios, pero ese hecho no significa que una empresa sea ajena a la realidad en la que se desarrolla: La responsabilidad social corporativa ya es un elemento esencial de ellas, la lucha por el medioambiente cada vez está más integrada y el consumidor ve en ello un elemento decisorio en la adquisición de productos, la sostenibilidad es la nueva bandera y el derroche el enemigo público, etc. Fines todos ellos compartidos por los agentes públicos y por los ciudadanos. Pero esto no puede suponer que la innovación invertida en esas metas suponga la quiebra de la empresa. Para evitar eso necesitamos de herramientas que permitan que la innovación sea recompensada de un modo beneficioso para el agente en cuestión, pero que al mismo tiempo no impida el desarrollo sostenible del mundo en el que vivimos a través de otros agentes.

A pesar de lo dicho hasta aquí no se puede ser complaciente. Los secretos empresariales pueden ser beneficiosos, pero, también, contraproducentes. La cuestión está en que la regulación de estos no se posiciona claramente a favor de la industria tradicional que podría terminar empleando los secretos empresariales como un monopolio *ad aeternum*, sino que debe tratarse de una regulación que busque un equilibrio imprescindible entre los intereses de las empresas y el bienestar de la sociedad. Además, debemos procurar que la regulación fomente no solo la innovación, sino que fomente la cooperación. En el mundo que está por venir será tan importante innovar como cooperar. Los retos que se nos presentan requieren de una cooperación total.

En esa encrucijada de no fácil solución, creo que surge, como elemento de gran importancia, el secreto empresarial. En efecto: presenta ventajas enormes para el fomento de la innovación, como ya se ha señalado anteriormente; fomenta la innovación porque otorga una protección singular a su titular; pero, al mismo tiempo, no impide que otros puedan llegar a explotarlo legítimamente, contribuyendo a una situación beneficiosa para el consumidor, para la economía y, en definitiva, para la sociedad en general.

El derecho de los secretos empresariales es eficiente. Al conceder un derecho —sea de propiedad o no— exclusivo y limitado por las fuerzas de la competencia, se permite a los innovadores recuperar los costes de desarrollo en la innovación, siendo suficiente para justificar su decisión de innovar. Pero, además, permite que se llegue a él mis-

mo mediante caminos independientes, contribuyendo a su vez a una mayor innovación, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos de propiedad industrial. Los beneficios son ingentes. Ahora bien, no todo es idílico. Los secretos empresariales presentan, también, ciertas desventajas, como se ha ido señalando: su oscurantismo puede entorpecer el progreso de los competidores que deben acudir sí o sí al ensayo-error; se puede caer fácilmente en el abuso de derecho o en la falta de explotación al no tener claro un objetivo y dados sus requisitos —con herramientas en este sentido poco desarrolladas—; su protección, configurada en torno a límites difusos, puede ser perdida por *un paso en falso* o una cooperación no configurada adecuadamente... A pesar de todo ello, a pesar de los inconvenientes que pueden presentar —no todo es blanco o negro—, considero que, a la vista de las evidencias, es un mecanismo con más ventajas que inconvenientes.

El camino no es tan sencillo como parece. Los secretos empresariales parece que, efectivamente, son secretos y nadie sabe de ellos. Al hablar de innovación se piensa inmediatamente en patentes. Para promover adecuadamente la innovación eficiente y sostenible, los legisladores, los tribunales, la doctrina y, por supuesto, los agentes sociales públicos y privados deberían abrir el campo visual de la protección de la innovación y promover el uso de los secretos empresariales como herramienta garantista, protectora, sostenible y solidaria<sup>70</sup>. En definitiva, como señala el preámbulo de la LSE los secretos empresariales se erigen como la mejor herramienta para «garantizar que la competitividad, que se sustenta en el saber hacer y en información empresarial no divulgada, esté protegida de manera adecuada y mejorar las condiciones y el marco para el desarrollo y la explotación de la innovación y la transferencia de conocimientos en el mercado».

Los secretos empresariales no repercuten positivamente solo a su titular, sino a la sociedad en su conjunto que necesita urgentemente medidas para fomentar la innovación solidaria de cara a un futuro que se nos pinta como desesperanzador. Se debe erigir como medida primordial, sostenible y eficiente para la protección de la innovación porque el derecho que lo regula establece un esquema de protección de la innovación eficiente. Frente a monopolios ilimitados, el secreto empresarial establece monopolios limitados por el Derecho de la competencia. En definitiva, con las oportunas cautelas podemos estar

---

<sup>70</sup> Uno de los informes más importantes de la ICC comienza diciendo: «Este documento pretende informar a los responsables políticos sobre la contribución de los secretos empresariales a la transferencia de conocimientos y la innovación colaborativa, con énfasis en lo tecnológico»: BRANT, J. y LOHSE, S., *Trade Secrets: tools for innovation and collaboration*, ICC, Paris, 2014, pág. 1.

ante la mejor medida o herramienta para la promoción de la innovación conjugada con la sostenibilidad de nuestra sociedad presente y futura. Pero lo que falta para ello es que sean promovidos, que sean conocidos que, aunque parezca un oxímoron, los secretos empresariales dejen de ser secretos y comiencen a ser conocidos por la sociedad.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real, J., «¿Qué caracteres de una innovación hacen más fácil su extensión?», *Derecho Mercantil España*, 2014. Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com>
- Bahamonde Delgado, R., «El Derecho de la Competencia y los Derechos de Propiedad Intelectual en la Unión Europea y España», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 16, 2012, págs. 477-498.
- Bello Paredes, S.A., «Introducción a los ODS en la agenda 2030: el principio general de la sostenibilidad», *Opción. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, n.º 93, 2020, págs. 12-41.
- Bentley, L. y Sherman, B., *Intellectual Property*, Oxford University, Oxford, 2004.
- Bone, R.G., «A new look at Trade Secret Law: Doctrine in search of justification», *California Law Review*, n.º 82, 1998, págs. 241-313.
- Brant, J. y Lohse, S., *Trade Secrets: tools for innovation and collaboration*, International Chamber of Commerce, Paris, 2014.
- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F., *Manual de Derecho Mercantil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2016.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Editorial Constitución y Leyes COLEX, Madrid, 2003.
- Campuzano Laguillo, A.B. y Sanjuán Muñoz, E., «Marco normativo. El concepto de secreto empresarial», en A.B. CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. et al. (aut.), *La protección de secretos empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 13-38.
- Castán Pérez-Cano, A., «Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual: Afinidades y divergencias», en MERINO BAYLOS, P. (dir.). *Homenaje a Luis-Alfonso Durán. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual*, Thomson Reuters, Navarra, 2019, págs. 303-317.

- Chally, J., «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, n.º 4, págs. 1269-1311.
- Claeys, E.R., «Private Law Theory and Corrective Justice in Trade Secrecy», *Journal of Tort Law*, vol.º 4, n.º 2, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.2202/1932-9148.115>
- Contigiani, A. y Hsu D.H., «Trade secrets and innovation: Evidence from the “inevitable disclosure” doctrine», *Strategic Management Journal*, vol. 39, n.º 11, 2018, págs. 2921-2942.
- Contigiani, A. y Hsu, D.H., «How Trade Secrets Hurt Innovation», *Harvard Business Review*, 2019. Disponible en: <https://hbr.org>
- Denoncourt, J., «Companies and UN 2030 Sustainable Development Goal 9 Industry, Innovation and Infrastructure», *Journal of Corporate Law Studies*, n.º 20-1, 2020, págs. 199-235.
- Fleming, L., Colfer, L., Marin, A. y Mcphie, J., «Why the Valley went first: Aggregation and Emergence in Regional Inventor Networks», en PADGETT, J.F. y POWELL, W.W. (ed.), *The Emergence of Organizations and Markets*, Princeton University Press, Princeton, 2012, págs. 520-544.
- Friedman, D.D., Landes, W.M. y Posner, R.A., «Some Economics of Trade Secret Law», *Journal of Economic Perspectives*, n.º 5, 1991, págs. 61-72.
- Guillén Monge, P., «Artículo 1», en Lissén Arbeloa, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 33-61.
- Gurry, F., *Breach of Confidence: The protection of confidential information*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Landes, W.M. y Posner, R.A., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Harvard.
- Lemley, M.A., «The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP rights», en DREYFUSS, R.C. y STRANDBURG, K.J. (ed.) *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Edward Elgar, Reino Unido. Disponible en: <https://www.elgaronline.com/view>
- Lobel, O., «Filing for a Patent Versus keeping your invention a trade secret», *Harvard Business Review*, 2013. Disponible en: <https://hbr.org>.
- Maquiavelo, N., *El príncipe*, Madrid, Alianza, 2010.

- Mariño Jiménez, J.P., Flores Gamboa, S. y Bonilla, J., «Sostenibilidad versus sustentabilidad. Una propuesta integradora que desvirtúa su uso homólogo», *Opción. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, n.º 87, 2018, págs. 1391-1422.
- Martínez Pérez, M., «Derecho de Patentes versus Derecho de Defensa de la Competencia en la Unión Europea: ¿Una Relación de Complementariedad?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 1, 2018, págs. 372-393.
- Motta, J. y Morero, H., «La teoría moderna de la innovación y sus antecedentes en el pensamiento económico», en Suárez, D., Erbes, A. y Barletta, F. (comp.), *Teoría de la innovación: evolución, tendencias y desafíos*, Ediciones Complutense, Madrid, 2020, págs. 23-70.
- Pedraza-Fariña, L.G., «Spill your (trade) secrets: Knowledge networks as innovation drivers», *Notre Dame Law Review*, vol. 92, n.º 4, 2017, págs. 1561-1610.
- PNG, I.P.L., «Law and Innovation: Evidence from State Trade Secrets Laws», *The Review of Economics and Statistics*, vol. 99, n.º 1, págs. 167-179.
- Pooley, J., *Trade Secrets, Law Journal Seminars-Press*, Nueva York, 1997.
- Rodríguez Rodrigo, J., «Patentes Farmacéuticas y Aplicación Privada del Derecho Europeo de la Competencia», *Cuaderno de Derecho Transnacional*, vol. 7, n.º 1, 2015, págs. 186-225.
- Rosanoff, M.A., «Edison in His Laboratory», [MRTE] *Harper's Magazine*, vol. 165, 1932.
- Sandeen, S.K., «The Cinderella of Intellectual Property Law: Trade Secrets», en YU, P.K. (ed.), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*, Praeger Perspectives, Westport, págs. 399-420.
- Schultz, M.F. y Lippoldt, D.C., «Approaches to Protection of Undisclosed Information (Trade Secrets): Background Paper», *OECD Trade Policy Papers*, n.º 162, 2014.
- Simpson, M.P., «The future of Innovation: Trade secrets, Property Rights, and Protectionism – an Age-Old Tale», *Brooklyn Law Review*, vol. 70, n.º 3, 2005, págs. 1121-1163.

Suñol Lucea, A., *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009.

Swenarton, W.H., «Patents, trade secrets and trade names as factors in industrial development», *Yale Law Journal*, vol. 19, n.º 2, 1910, págs. 115-120.

Uribe Piedrahita, C.A. y Carbajo Cascón, F., «Regulación ex ante y control ex post: la difícil relación entre la propiedad intelectual y derecho de la competencia», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 33, 2013, págs. 307-330.

Varadarajan, D., «A trade secret approach to protecting traditional knowledge», *The Yale Journal of International Law*, vol. 36, págs. 371-420.

## VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Peabody vs. Norfolk, 98 Mass. 452 (1868).

Kewanee Oil Co. vs. Bicron Corp., 416 U.S. 470 (1974).

Ruckelshaus vs. Monsanto Co., 467 US 986 (1984).

STC, pleno, de 1 de julio de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:88) n.º de Recursos: 352/1983 y 367/1983 |Ponente: Carlos de la Vega Benayas.

SAP Madrid (Sección 14ª), n.º 476/2004, de 9 de junio (ECLI: ES: APM:2004:8479). n.º de Recurso: 1008/2002 |Ponente: Pablo Quecedo Aracil.

STS Penal (Sección 1ª), n.º 679/2018, de 20 de diciembre (ECLI: ES: TS:2018:4422). n.º de Recurso: 2585/2017 |Ponente: Susana Polo García.

SAP Vizcaya (Sección 4ª), n.º 654/2019, de 23 de abril (ECLI: ES:APBI:2019:1397). n.º de Recurso: 743/2018 |Ponente: Lourdes Arranz Freijo.

STS Civil (Sección 1ª), n.º 254/2020, de 4 de junio (ECLI: ES: TS:2020:1568). n.º de Recurso: 4164/2017 |Ponente: Juan María Díaz Fraile.

**ASESINATOS EN SERIE DE PERSONAS SIN  
HOGAR: ANÁLISIS DE LA SAP BARCELONA  
Nº 36/2023, DE 30 DE JUNIO.**

**SERIAL MURDERS OF HOMELESS PEOPLE: ANALYSIS OF SAP  
BARCELONA Nº 36/2023, OF JUNE 30.**

David Miras Estévez

Abogado en ejercicio

**Sumario:** *I. Introducción. II. El delito contra la integridad moral, el libre desarrollo de la persona y la identidad individual. III. Los problemas dogmáticos en el concepto de aporofobia. IV. Otras cuestiones de la SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 de junio: la exclusión de la prisión permanente revisable y la conformidad encubierta ante el Tribunal del Jurado. V. La prueba pericial de inteligencia. VI. Excurso sobre delitos de odio. VII. Bibliografía.*

**Resumen:** Análisis de la SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 de junio, inédita en la condena por delitos contra la integridad moral en concurso con delitos de asesinato, que consolida la doctrina sobre delitos de odio y discriminación, sancionando la violación del derecho fundamental a la dignidad en su actual vertiente de prohibición de tratos degradantes e inhumanos sobre miembros de colectivos discriminados. Otra cuestión destacada de la SAP Barcelona nº 36/2023 es la exclusión de la prisión permanente revisable, dada la actual interpretación del art. 140.2º CP, que no diferencia en este sentido los asesinatos múltiples de los cometidos en serie, a pesar de tener una valoración desigual desde la perspectiva del injusto. Asimismo, se destaca en este enjuiciamiento la prueba pericial de inteligencia y el novedoso documento de «tour virtual» o videoperitaje presentado ante el Tribunal del Jurado, y la disparidad de criterios existente en la práctica de

la denominada conformidad encubierta. Son principios orientadores en el presente trabajo el derecho fundamental al libre desarrollo de la persona y la identidad individual como bienes jurídicos objeto de protección.

**Palabras clave:** Asesinatos en serie, personas sin hogar, integridad moral, prisión permanente revisable, pericial de inteligencia.

**Abstract:** Analysis of the SAP Barcelona n° 36/2023, of June 30, unprecedented in the sentence for crimes against moral integrity in concurrence with crimes of murder, which consolidates the doctrine on hate crimes and discrimination, sanctioning the violation of the fundamental right to dignity in its current aspect of prohibiting degrading and inhuman treatment of members of discriminated groups. Another notable issue of SAP Barcelona No. 36/2023 is the exclusion of reviewable life imprisonment, given the current interpretation of art. 140.2° CP, which does not differentiate in this sense multiple murders from those committed in series, despite having an unequal assessment from the perspective of the unjust. Likewise, the expert intelligence evidence and the novel «virtual tour» or video expert report presented before the Jury Court stand out in this prosecution, and the disparity of criteria that exists in the practice of so-called covert compliance. The guiding principles in this work are the fundamental right to free development of the person and individual identity as legal assets subject to protection.

**Keywords:** Serial murders, homeless people, moral integrity, reversible life imprisonment, intelligence expert.

## I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n° 36/2023, de 30 de junio, que ya es firme, ha sido dictada en el procedimiento del Tribunal del Jurado n° 2/2020, resolviendo los asesinatos en serie de personas sin hogar que tuvieron lugar en la ciudad de Barcelona durante el estado de alarma y el confinamiento domiciliario de toda la población por el COVID-19. Por dicha sentencia **se condena al acusado como autor de tres delitos de asesinato con alevosía en concurso con tres delitos contra la integridad moral de las personas, resultando una pena de prisión de 63 años en total**, con la concurrencia de la atenuante analógica simple de consumo de sustancias estupefacientes y alcohol. El tiempo máximo de cumplimiento de la pena de prisión se establece en 40 años (art. 76.1c. CP).

La SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 de junio, es inédita en la condena por delitos contra la integridad moral en concurso con delitos de asesinato, y consolida la doctrina en materia de delitos de odio y discriminación, sancionando la aporofobia como una violación del derecho fundamental a la dignidad (art. 10.1 CE/1978) en su actual vertiente de prohibición de tratos degradantes e inhumanos sobre miembros de colectivos histórica y socialmente discriminados. Se está en afirmar, por lo tanto, que este tipo de agresiones y ataques contra miembros de colectivos vulnerables (colectivos diana) también son objeto de protección en el delito contra la integridad moral del art. 173.1º CP, en consonancia con los criterios definidos por la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado.

Con cita de la doctrina y la jurisprudencia, iniciada con la especialización de la Fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación, se sancionan estos supuestos sobre la base del concurso de delitos contra la integridad moral del art. 173.1º CP y el art. 510.2. a) CP, optando por uno u otro delito según el principio de especialidad, y añadiendo en la condena el resto de delitos concurrentes contra la libertad o contra la integridad física. Tomando como referencia dicha doctrina y los problemas dogmáticos en el concepto de aporofobia, son objeto de condena en la SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 de junio, los tres delitos contra la integridad moral en concurso con los tres delitos de asesinato, no siendo de aplicación el agravante del art. 22.4º CP «por motivo de aporofobia o de exclusión social» dado que dicha agravante tuvo su entrada en vigor con posterioridad a la comisión de los asesinatos.

Destaca también de la SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 de junio, la exclusión de la prisión permanente revisable, dada la actual interpretación que el Tribunal Supremo realiza del art. 140.2º CP, que considera aplicable dicho precepto a los reos de asesinato que tuvieran condenas anteriores por al menos tres muertes más, certificadas por sentencias firmes y ejecutorias, excluyéndose los delitos de asesinato sentenciados en la misma causa. No se diferencian, a estos efectos, los asesinatos múltiples de los cometidos en serie, a pesar de tener una valoración desigual desde la perspectiva del injusto.

Asimismo, cabe destacar que tuvo lugar en este enjuiciamiento lo que se denomina como una conformidad encubierta ante el Tribunal del Jurado, que supone la celebración del juicio por todas sus etapas y la práctica de los medios de prueba que culminan con la votación del veredicto. Dicha conformidad encubierta se contrapone con la modalidad de la conformidad anticipada previa a la constitución del Jura-

do, que sí excluye el desarrollo del juicio, la deliberación y la votación de los hechos justiciables, y ello a pesar de que la única conformidad posible que admite la Ley del Tribunal del Jurado es la prevista en las conclusiones definitivas (art. 50 LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, BOE-1995-12095) y que tiene como efecto la evitación del veredicto y la disolución anticipada del Jurado. Existe, no obstante, disparidad de criterios en la práctica de las Audiencias Provinciales, dado que no existe ningún protocolo concreto en los supuestos de admisión total o parcial de los hechos por parte del acusado.

Por otro lado, se destaca también la práctica de la prueba pericial de inteligencia ante el Tribunal del Jurado, y el novedoso documento denominado «tour virtual» o videoperitaje, consistente en una combinación de pruebas, informes y comparativas de imágenes faciales y corporales que permiten la identificación del acusado mediante grabaciones de cámaras de videovigilancia a partir del itinerario realizado en cada crimen. Puede ser controvertida la denominada pericial de inteligencia desde el punto de vista del derecho de defensa, con base en el principio de igualdad de armas y en las garantías debidas en la valoración de la prueba en el proceso penal. Se plantean cuestiones bioéticas sobre el uso de los *Big Data* y de las nuevas tecnologías asociadas a la Inteligencia Artificial (IA), requiriéndose un marco normativo que garantice el respeto y la protección del libre desarrollo de la persona y la identidad individual.

Finaliza el presente trabajo un excursus sobre delitos de odio, donde se analizan los actuales criterios de aplicación, con especial referencia al concepto penal de aporofobia, exponiendo las diferentes alternativas de calificación jurídico-penal con base en los artículos 173.1º y 510.2 a) del CP. Se expresan asimismo las disfunciones detectadas en la aplicación de la circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4º del CP, y se propone interpretar el art. 173.1º CP como un estándar mínimo de protección contra las agresiones discriminatorias.

## II. EL DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL, EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA Y LA IDENTIDAD INDIVIDUAL

El **artículo 173.1º CP** (Libro II, Título VII, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral») sanciona el grave trato degradante e inhumano, remitiendo de un modo tácito a los presupuestos normativos delimitados por la doctrina y la jurisprudencia, dado que no

existe una definición legal de tales conceptos. Tradicionalmente, se ubica dicho precepto en conductas que suponen un ataque al libre desarrollo de la personalidad y la identidad individual, protegiéndose la dignidad e inviolabilidad de la persona, la autoestima y el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (**STS nº 588/2000, de 6 de abril**).

Los delitos contra la integridad moral y los delitos de acoso, en sus distintas modalidades, tienen naturaleza pluriofensiva, sancionándose por separado cada hecho delictivo complejo (art. 177 CP y art. 172 ter., 3º CP). Se exige, no obstante, en el delito de trato degradante (173.1º CP) que la vulneración de la integridad moral sea grave, excluyéndose los supuestos banales o de menor entidad, salvo que fueran cometidos reiteradamente, en cuyo caso podría estarse ante una **conducta de acoso, de acecho ilegítimo (*stalking*) u hostigamiento, prevista en el art. 172 ter. CP (LO 1/2015)**. Estas son conductas que limitan la libertad de obrar del sujeto pasivo, con actos que se realizan de un modo insistente y que alteran el normal desarrollo de la vida cotidiana de la persona, por lo que el bien jurídico protegido principalmente es la libertad, pero incidiendo en otros bienes jurídicos como el honor, la intimidad y la integridad moral. De un modo específico se hallan también tipificados los supuestos de **acoso laboral o acoso inmobiliario (*mobbing*)**, con acciones que individualmente consideradas no tienen la gravedad que requiere el delito de trato degradante pero que en su conjunto lesionan la integridad moral de la víctima, creando un clima de humillación, miedo y aflicción que llevan a la pérdida de la propia autoestima. Son agresiones que consisten en un acoso continuado y que menoscaban el desarrollo de la personalidad, como el **acoso escolar (*bullying*)**, que también se sanciona habitualmente con el tipo de recogida del art. 173.1º CP a pesar de no estar tipificado.

La identidad individual tiene hoy carta de naturaleza en la identidad de género (**STC 67/2022, de 2 de junio**), y son varias las reformas legislativas en este sentido, como el novedoso **art. 173.4º CP de acoso callejero (LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual)** que tipifica, como delito leve, el comportamiento que tiene por objeto lesionar la dignidad de la persona creando un ambiente intimidatorio, humillante u ofensivo. Son conductas que no atentan ni agreden directamente la libertad e indemnidad sexual, pero sí vulneran el derecho a la dignidad, motivo por el cual se halla ubicado dicho precepto en el articulado de los delitos contra la integridad moral. Complemento de las anteriores reformas, son la **LO 4/2023, de 27 de abril (BOE 2023/10213)** que introduce el delito contra la integridad

moral como delito corporativo, cuando el sujeto activo es una persona jurídica (empresas, fundaciones, asociaciones), y la **LO 14/2022, de 22 de diciembre (BOE 2022/21800)** que añade un párrafo nuevo al art. 173.1º CP, castigando expresamente la ocultación del cadáver de una persona a los familiares o allegados de la misma. Todos los supuestos del art. 173.1º, delitos de trato degradante, acoso laboral y *mobbing*, son sancionados con la pena de prisión de seis meses a dos años, excepto en los casos de responsabilidad de personas jurídicas cuya sanción es la pena de multa de seis meses a dos años.

Por otro lado, la toma en consideración de los medios de comunicación de masas para perpetrar delitos obliga al replanteamiento de conceptos tan fundamentales como la dignidad, considerando atentados contra la integridad moral capturas o grabaciones con dispositivos electrónicos con objeto de vilipendiar y denostar a la víctima convirtiéndola en mero instrumento de humillación y cosificación (**STS 1885/2023, de 10 de mayo**). En este sentido, es conocida la **STS 2356/2022, de 2 de junio, que confirma la SAP Barcelona 14581/2019** que condenó a un «youtuber» que difundía contenidos humillantes y vejatorios de personas sin hogar, y confirmaba la prohibición al autor de acudir a esa red social, considerando «el lugar de comisión del delito» a los efectos del art. 48 CP no sólo los espacios físicos sino también los espacios virtuales (internet).

Las agresiones y ataques discriminatorios contra miembros de colectivos vulnerables (colectivos diana) también son objeto de protección en el delito contra la integridad moral de la persona. Son conductas que se hallan contempladas en los llamados delitos de odio pero que no encajan por diversas razones en el tipo penal del art. 510.2.a) del CP, operando en tales casos el art. 173.1º CP como un estándar mínimo de protección, con base en la prohibición de trato degradante e inhumano (art. 3 CEDH) y la expresa prohibición de discriminación (art. 14 CEDH). La gravedad requerida en este precepto se situaría en tales casos en el carácter pluriofensivo de la agresión, debido a que estas acciones lesionan bienes jurídicos de distinta naturaleza, como son el derecho a la integridad física y el derecho a la dignidad y su afectación sobre la identidad individual, en el sentido de pertenencia a un colectivo que puede ser discriminado del resto.

### III. LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS EN EL CONCEPTO DE APOROFOBIA

El concepto de aporofobia (el odio a las personas pobres y sin recursos) fue introducido en el Código Penal por la **LO 8/2021, de**

**4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE 2021/9347), como circunstancia de discriminación del art. 22.4º CP** (entrada en vigor el 25/06/2021), tras numerosas demandas de la doctrina y de la jurisprudencia que advertían el vacío legal y la imposibilidad de aplicación del agravante aun concurriendo el hecho delictivo discriminatorio debido al principio de taxatividad de la ley penal, pues no se hallaba prevista la aporofobia entre las causas de la citada norma. Este fue el problema planteado en la **SAP Barcelona, Sec. 10ª, de 5 de noviembre 2008 (Rec. 127/2007)**, que condenó a unos jóvenes por la agresión de una persona sin hogar que descansaba en una entidad bancaria, y constató la imposibilidad de aplicar la circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4º CP a pesar de la indiscutible motivación aporofóbica del crimen.

Mas en aquellos años, se iniciaba la especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación, con la aprobación de la **Instrucción 6/07, de 9-11, y posteriormente la Instrucción 1/2009 de la Fiscalía Provincial de Barcelona**, que proponían la aplicación del concurso de delitos en supuestos de agresión con motivación discriminatoria con la aplicación del artículo 173.1º (delito de trato degradante). Con apoyo en estas Instrucciones se dictaron las primeras sentencias de condena en concurso de delitos contra la integridad moral y lesiones en casos de agresiones xenófobas (**SJP nº 16 de Barcelona, de 18 de marzo de 2009**). A ello se le sumaban reformas legislativas concretas en materia de derecho penal antidiscriminatorio, con la introducción de los delitos de odio y el **artículo del 510 CP (LO 1/2015)**.

En dicho contexto, surgían las primeras sentencias que amparaban la condena por el delito de trato degradante del 173.1º CP en agresiones y ataques sobre personas sin hogar (sinhogarismo), especialmente vulnerables por el hecho de vivir en la calle y carecer de recursos, ante la imposibilidad de aplicar el agravante de discriminación del art. 22.4º CP por motivos de aporofobia: **SAP Barcelona (Sección 9ª) nº 422/2017, de 15 de mayo, y Sentencias JP nº 7 Barcelona de 9 de febrero de 2016, y de 16 de enero de 2017**. Los criterios emitidos en la **Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado (BOE 2019/7771)**, realizados ante la complejidad y dificultad interpretativa del art. 510 CP, perseguían el mismo objetivo: aquellos ataques realizados con motivación discriminatoria, agresiones gratuitas ejecutadas con la finalidad de humillar y vejear a la víctima, a los que por ser faltas (delito leve) no se les pudiera aplicar el agravante del 22.4º CP, no

podían ser castigados como meras faltas y debían recibir un mayor reproche penal.

Se desarrollaba así una jurisprudencia que ha ido consolidándose en las Audiencias Provinciales, sancionando estos supuestos sobre la base del concurso de delitos contra la integridad moral del art. 173.1º CP y el art. 510.2 a) CP, optando por uno u otro delito según el principio de especialidad, y añadiendo en la condena el resto de delitos concurrentes contra la libertad o contra la integridad física (**STS nº 437/2022, de 4 de mayo; STSJ Madrid nº 131/2023, de 28 de marzo; SAP Madrid nº 23/2023 de 23 de enero; SAP Madrid nº 535/2022, de 11 de octubre; SAP Madrid nº 10395/2022, de 12 de julio; SAP Madrid nº 676/2017, de 30 de octubre; STSJ Cataluña nº 161/2022, de 3 de mayo; SAP Barcelona nº 303/2019, de 24 de abril; SAP Barcelona nº 109/2016, de 9 de febrero; SAP Barcelona nº 706/2015, de 25 de septiembre; SJP nº 9 Barcelona nº 243/2019, de 29 de mayo; SAP Álava nº 126/2022, de 1 de junio**).

Los anteriores precedentes sin duda coadyuvaron en la condena por los delitos contra la integridad moral en la causa de los asesinatos de las personas sin techo de la SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 de junio. Cumple significar que la circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4º CP, por motivo de aporofobia o de exclusión social, no podía ser aplicada en este caso por razones temporales, dado que la referida agravante tuvo su entrada en vigor con posterioridad a la fecha de comisión de los asesinatos. Sin embargo, era evidente que el nivel de gravedad de trato discriminatorio e inhumano (por razones socio-económicas) superaba al que de por sí es inherente al delito de asesinato, con mayor motivo si éstos eran perpetrados en serie entre lapsos de enfriamiento entre cada crimen, en la medida en que ninguna de las circunstancias cualificadoras del asesinato comprendía el dolo específico de discriminación. Eran de aplicación, por lo tanto, las reglas que rigen el concurso de delitos de los artículos 73 y siguientes del CP, así como la norma relativa a la inherencia sobre las circunstancias del delito que prevé el art. 63 CP y su correlación con el principio «non bis in idem», en consonancia con lo previsto en el art. 177 CP. **En definitiva, se sancionaba la violación del derecho fundamental a la dignidad (art. 10.1 CE/1978) en su actual vertiente de prohibición de tratos degradantes e inhumanos (art. 15 CE/1978) contra miembros de un colectivo histórica y socialmente discriminado.**

#### IV. OTRAS CUESTIONES DE LA SAP BARCELONA N° 36/2023, DE 30 DE JUNIO: LA EXCLUSIÓN DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y LA CONFORMIDAD ENCUBIERTA ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

En el presente supuesto fue excluida la pena de prisión permanente revisable, a pesar de la tipología criminal de asesino en serie («serial killer») y la previsión contenida en el **art. 140.2° CP (LO 1/2015, de 30 de marzo, BOE 2015/3439)** en supuestos de «asesinatos reiterados o cometidos en serie». Ello se debe a la actual interpretación que viene realizando el Tribunal Supremo del referido artículo 140.2° CP, entendiéndolo que sólo es aplicable a quien cometa un asesinato después de haber sido condenado (por tanto, en sentencias anteriores) por al menos tres muertes más, debiéndose llevar a cabo una interpretación restrictiva y que no sea contraria a reo (**STS n° 969/2022, de 15 de diciembre; y STS n° 585/2022, de 14 de junio, Sección Pleno**). No se diferencian, en este sentido, los asesinatos múltiples de los cometidos en serie, a pesar de tener una valoración desigual desde la perspectiva del injusto. Quedarían reservados para este tipo exasperado de pena, entre otros casos de víctimas, las especialmente vulnerables por razón de enfermedad (**STS 1282/2023, de 15 de marzo, Rec. n° 10523/2022**), víctimas menores de 16 años, o asesinatos subsiguientes a la comisión de un delito contra la libertad sexual (**SAP Logroño n° 127/2023, de 17 de abril**).

En lo referente al enjuiciamiento, tuvo lugar una conformidad, denominada encubierta, ante el Tribunal del Jurado, que se materializó con la presentación de un escrito conjunto entre todas las partes acusadoras y la defensa, y el posterior reconocimiento de los hechos por parte del acusado. La conformidad encubierta, que no excluye la celebración del juicio ni la práctica de la prueba, está adquiriendo una mayor importancia en asuntos que son competencia del Tribunal del Jurado. No obstante, existe una disparidad de criterios en la práctica de las Audiencias Provinciales, habiendo algunas sentencias que parten de la admisibilidad de la conformidad convencional, resultando innecesaria la celebración del juicio y la constitución del Tribunal del Jurado, aunque la pena conformada supere los 6 años de privación de libertad que se fijan como límite en los artículos 655 y 787 de la LECrim.

Por el contrario, otras sentencias como la aquí referenciada SAP Barcelona n° 36/2023 consideran necesario la celebración del juicio y la práctica de los medios de prueba que permitan a los miembros del Jurado emitir un veredicto suficientemente motivado. El Jurado, se

dice en tales casos, es soberano en la votación de los hechos justiciables, si bien condicionado por los límites del reconocimiento de los hechos que se realiza por parte del propio acusado. Excepciones a los anteriores supuestos han tenido lugar en algunos juicios celebrados durante la pandemia del COVID-19, que por motivos sanitarios justificados han evitado la presencia física y la constitución del Jurado (**SAP Barcelona nº 30/2020, de 23 de julio**).

## V. LA PRUEBA PERICIAL DE INTELIGENCIA

Finalmente, destaca en la citada SAP Barcelona nº 36/2023, la práctica de la prueba pericial de inteligencia, también denominada como informe policial de inteligencia o pericial de síntesis. Se trata de un medio de prueba que combina material probatorio diverso proveniente, entre otros, de documentación aportada por pruebas e informes periciales (informática, balística, telefonía, etc.) inspecciones oculares (informes lofoscópicos), levantamientos y entradas y registros, comparativas de imágenes faciales y corporales, geoposicionamientos, y extracción de información de aparatos electrónicos, entre otros, que suele culminar en una síntesis técnica de valoración global de toda la información objetiva existente en la causa.

La pericial de inteligencia es un medio de prueba complejo admitido por la jurisprudencia (**STS n.º 984/2016, de 11 de enero de 2017, que cita resoluciones anteriores, SSTS 2084/2001, de 13-12; 786/2003, de 29-5 o 352/2009, de 31-3**), y tiene su fundamento práctico en el art. 456 LECrim., y el art. 370. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), actuando los autores de dichos informes como testigos y como peritos al mismo tiempo («perito-testigo» del apartado 4º del art. 370 LEC). La finalidad de esta pericial de «inteligencia policial» es suministrar una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos, y su utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, donde se aportan datos sobre la forma de actuar de una determinada banda terrorista, las características de un grupo criminal, las técnicas operativas y delictivas en ciertos ámbitos, los conocimientos de hechos similares que revelan el modus operandi de una determinada mafia, o incluso la crónica de la historia de una organización criminal, entre otros contenidos.

Singularmente, en el enjuiciamiento de los asesinatos en serie de las tres personas sin hogar de la citada SAP Barcelona nº 36/2023, el Área de Investigación Criminal (Grupo de Homicidios) del cuerpo de policía Mossos d'Esquadra elaboró varios informes de investigación

sobre búsqueda de grabaciones de cámaras de seguridad que permitieron la identificación del autor a partir del seguimiento del itinerario realizado en cada crimen. Estas grabaciones de videovigilancia se contrastaron mediante una comparativa de imágenes faciales y corporales, dando como resultado una combinación de pruebas periciales que incluían informes morfológicos, informes planimétricos, mapas y esquemas de localización y croquis de ubicaciones con interconexiones entre los tres crímenes. A modo de prueba de síntesis, fue elaborado un novedoso documento de «tour virtual» o videoperitaje, que suele ser una herramienta tecnológica asociada con la gestión de siniestros, con objeto de facilitar la comprensión de tales pruebas y hacerlas accesibles al ciudadano que no está acostumbrado a manejar tal cúmulo de informaciones complejas.

Desde el punto de vista del derecho de defensa, la prueba pericial de inteligencia es controvertida y suele ser impugnada, especialmente en los juicios ante el Tribunal del Jurado, dado que la exposición del material probatorio se presenta a modo de «informe de síntesis», formalmente explicado con métodos científicos y asumiendo la tesis de la acusación, lo que puede menoscabar el principio de igualdad de armas entre acusación y defensa y devaluar las garantías en la valoración de la prueba en el proceso penal (**STS 91/2021, de 3 de febrero**). Tratándose de una prueba en la que se utiliza un método deductivo, adquiere una importancia fundamental el orden previsto en la práctica de los medios de prueba y su alteración al amparo del art. 701 LECrim. (**STSJ Cataluña 1515/2022, de 11 de enero, que confirma la SAP Barcelona, Sección Jurado, de 20 de julio 2021**).

Por otro lado, las nuevas tecnologías asociadas a la Inteligencia Artificial (IA) y el uso de los Big Data están adquiriendo una mayor importancia en la investigación policial y forense. La tecnología de reconocimiento facial, que utiliza inteligencia artificial en su desarrollo (algoritmos de aprendizaje automático) plantea problemas sobre cuestiones bioéticas de protección de la privacidad, y su uso indiscriminado puede comprometer derechos fundamentales como la intimidad, la propia imagen o la integridad moral en su conjunto. Es cierto que el auge de las plataformas y el uso de los megadatos en el ámbito jurídico o administrativo permitirían una mayor eficacia y especialización, y el uso de las aplicaciones y modelos algorítmicos resolverían conflictos sin tanta dilación ni burocracia adelantando la respuesta jurídica a una fase prejudicial. Pero si bien se parte de una loable intención en la búsqueda de la verdad material, todavía no existe en la actualidad un marco normativo sobre el uso de estas tecnologías que

garantice el respeto y la protección del libre desarrollo de la persona y la identidad individual.

## VI. EXCURSO SOBRE DELITOS DE OUDIO

Actualmente las agresiones y ataques discriminatorios, conductas de odio propiamente dichas, tienen en el Código Penal español una regulación ambivalente y disfuncional, dado que el legislador utiliza modelos diferenciados de protección para tipificar conductas similares. Por un lado, el modelo basado en la intencionalidad del agresor («animus model») previsto en el artículo 22.4º CP que regula el agravante por discriminación (racismo, xenofobia, homofobia, aporofobia). Y por otro lado, el modelo basado en los efectos individuales y colectivos del delito (modelo de selección discriminatoria) que tiene su reflejo en el artículo 510 CP que habla de «fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia en aquel».

La jurisprudencia más reciente suele calificar las agresiones y ataques de odio del art. 510.2.a), que implican expresiones y mensajes con un contenido propio del «discurso del odio», como un delito cometido con ocasión de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, en su modalidad de lesión de la dignidad de la persona por razón de discriminación (**SAP Madrid nº 14/2023, de 16 enero; STSJ Madrid nº 456/2022, de 14 diciembre; SAP Barcelona nº 303/2019, de 24 de abril**). Por el contrario, cuando se habla de delito de trato degradante, se está haciendo referencia al delito contra la integridad moral previsto en el art. 173.1º CP (**SAP Madrid nº 23/2023, de 23 de enero**).

Se han detectado disfunciones concretas en los delitos de maltrato y de agresiones discriminatorias observadas frecuentemente en los transportes públicos en casos de xenofobia, homofobia o transfobia, o en otros casos de ataques aporofóbicos a personas sin hogar (sinhogarismo) en oficinas bancarias o en la vía pública. Estas denuncias cuando se tramitan como un Delito Leve no tienen una respuesta satisfactoria con la aplicación del agravante por motivos discriminatorios del art. 22.4º CP, en vista de que el agravante tan sólo agrava la pena pero en ningún caso el hecho delictivo. No procederá aplicar, por lo tanto, la referida agravante de discriminación en los delitos leves, que habitualmente se sancionan con una pena de multa, ya que resultaría del todo insuficiente e inadecuado sancionar con una multa

una agresión física que lesiona también el derecho a la igualdad y la dignidad de la persona.

El Consejo de Europa ha impulsado desde hace años, desde la **Decisión Marco 2008/913/JAI**, actuaciones concretas de lucha contra manifestaciones de racismo y xenofobia, reclamando sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en toda la UE. Fruto de este impulso, se han creado secciones especializadas en delitos de odio y discriminación en la mayoría de las Fiscalías Provinciales, y se ha reclamado un Turno de Oficio con especialización en delitos de odio, que ya está operativo en Colegios de Abogados como el de Madrid o el de Málaga. La Fiscalía de Barcelona fue pionera en la difusión de criterios de interpretación que tuvieron resonancia en las primeras sentencias de condena en agresiones de aporofobia sobre personas sin hogar, tomando como base un criterio de mínimos, con la protección prevista en el art. 173.1º CP que sanciona genéricamente el trato degradante e inhumano y la violación grave de la dignidad humana inherente a cualquier agresión de tipo discriminatorio.

Asimismo, la **Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado**, introdujo pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, haciendo referencia a los denominados indicadores de odio o de «polarización radical», que son parámetros que hacen referencia tanto a la víctima como al autor y al contexto para determinar si existe una concurrencia del móvil de odio (**STS nº 437/2022, de 4 de mayo**). Los casos de aporofobia son paradigmáticos en este sentido, porque no suele estar presente un discurso o un mensaje concreto y específico de odio, supuesto en el que será de aplicación el delito troncal contra la integridad moral del 173.1º CP, que recoge un estándar mínimo de protección contra los ataques discriminatorios.

En lo que se refiere a los insultos, expresiones injuriosas y vejaciones injustas de carácter leve con un contenido discriminatorio, es necesario diferenciar si son aislados, puntuales o fruto de una situación incontrolada y momentánea, dado que éstos se encuentran actualmente despenalizados, excepto en el ámbito doméstico (**SAP Barcelona nº 641/2022, de 2 de noviembre**). En caso contrario, si las expresiones injuriosas y degradantes son reiteradas, continuadas o públicas, y se detecta una conducta meditada, consciente y deliberada de animadversión por motivos discriminatorios, se tendrá que perseguir como un delito de odio previsto en el 510.2º a. CP, o como un delito contra la integridad moral del 173.1º CP, según el principio de especialidad (**SAP Madrid nº 535/2022, de 11 de octubre**).

Por su parte, la doctrina científica también ha reclamado mayor profundidad en la redacción del agravante de discriminación del 22.4º CP, para atender y dar cabida a todos los supuestos, pero con olvido que esta agravante no está en condiciones de ofrecer una protección adecuada en los delitos más habituales y comunes. Del estudio jurisprudencial se deduce como en la práctica, todos los supuestos de agresiones y ataques de odio y discriminación se califican sobre la base del delito contra la integridad moral del 173.1º (delito de trato degradante contra las personas), y a partir de este delito troncal y genérico, con base en el principio de especialidad se aplicaría la ramificación resultante, que según el concurso de normas (art. 8.1º y 77 CP) puede dar lugar a un delito de odio previsto en el art. 510.2º a. CP **(STSJ Cataluña nº 161/2022, de 3 de mayo)**.

En todos estos casos, tanto si se opta por la aplicación del delito de trato degradante (173.1º) como si se opta por la aplicación específica del delito de odio (510.2º a.), la condena vendrá acompañada también por el delito contra la integridad física correspondiente en régimen de concurso ideal, con las particularidades previstas en el art. 177 CP, castigándose separadamente los delitos resultantes, de manera que todo el injusto y el desvalor del resultado quede reflejado correctamente en la condena. Así, encontramos actualmente sentencias que recogen el concurso de delitos contra la integridad moral con el delito de amenazas **(SAP Madrid nº 23/2023, de 23 de enero)**, y en supuestos todavía más graves de agresiones físicas, que pueden alcanzar al homicidio, o incluso en el delito de asesinato **(SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 de junio)**.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar García, M. A., «La reforma del art. 510 del Código Penal», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* (2011).
- (dir.); *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (2015).
- Bustos Rubio, M., *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4º CP)*, Ed. Bosch (2020).
- Bustos Rubio, M.; Paño Rodríguez, F.J., *Acoso. Análisis Jurídico Penal*, Ed. Universidad Complutense (2017).
- Cortina Orts, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*, Ed. Paidós (2017).

- De la Mata Barranco, N. J.; Pérez Machío, A. I., «El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal».
- Díaz López, J. A., *El odio discriminatorio como agravante*, Ed. Civitas (2013).
- Dolz Lago, M. J., «El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinares», *Diario La Ley* n° 9112 (2018).
- Dopico Gómez-Aller, J., *La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2000, n° 4.
- ECRI. European Commission Against Racism And Intolerance, Recomendación de Política General n° 15.
- García Domínguez, I., *La Aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Salamanca Ediciones (2020).
- García San Martín, J., *Doctrina Penal Actualizada*, Ed. Tirant lo Blanch (2020).
- Gómez Martín, V., *Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Ed. Teoría y Práctica Juruá (2019).
- Güerri Ferrández, C., «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación», en *Revista para el análisis del Derecho, InDret*, 1/2015.
- Jiménez Serrano, J., «Asesinos en serie: definición, tipologías y estudios sobre esta temática», *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, Enero-Marzo 2014.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 10ª Edición, BdeF (2015).
- Landa Gorostiza, J., *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4º CP*, Ed. Tirant lo Blanch.
- Larrauri Pijoan, E., *Introducción a la Criminología y al Sistema Penal*, Totta (2021).
- Lorca Navarrete, A. M., *El Juicio con jurado: veinticinco años de la aplicación de la Ley del Jurado (1995-2020)*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (2022).
- Pérez Estrada, M. J., «La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7 n° 2 (2021).

- Pérez Marín, M<sup>a</sup> A., *Procedimiento ante el jurado*, Juruá (2016).
- Roxin, C., *Derecho penal parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Civitas (1997).
- Tapia Ballesteros, P., «El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación», *Política Criminal vol. 16* (2021).
- Viñas Gràcia, C., *Skinheads, historia global de un estilo*, Ed. Bellaterra (2022).
- VV. AA., *Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del derecho penal en clave anti-aporófoba*, (Coord. Demelsa Benito Sánchez, Ana Pérez Cepeda), Universidad de Salamanca, Librería Jurídica (2022).

ACERCA DE LA LLAMADA DOCTRINA PAROT:  
LA CONCESIÓN DE LOS BENEFICIOS  
PENITENCIARIOS EN CASOS DE ACUMULACIÓN  
DE PENAS

ABOUT THE SO-CALLED PAROT DOCTRINE: THE GRANTING  
OF PENITENTIARY BENEFITS IN CASES OF ACCUMULATION  
OF SENTENCES

Alfonso Ortega Matesanz  
Universidad de Valladolid

**Sumario:** *I. A modo de introducción: la acumulación jurídica como criterio de imposición de las penas o como regla de ejecución (cumplimiento). II. La doctrina Parot: su origen y fundamento, en qué consiste y su valoración por parte de la doctrina. II.A. Origen, fundamento y aplicación de la doctrina Parot. II.B. Valoración de la interpretación de la STS 197/2006, de 28 de febrero, por la doctrina científica. III. La convalidación indirecta de la doctrina Parot por el Tribunal Constitucional español. IV. El final de la doctrina Parot: el asunto Del Río Prada c. España ante el TEDH (STEDH de 21 de octubre de 2013). V. Consecuencias de la anulación de la doctrina Parot por el TEDH y valoración del fallo. VI. Como conclusión. VII. Bibliografía.*

**Resumen:** En el año 2006, el Tribunal Supremo español adoptó su famosa doctrina Parot (STS 197/2006, de 28 de febrero), con la que estableció que, en los supuestos de acumulación de penas con limitación del tiempo de cumplimiento sucesivo, las redenciones de penas por el trabajo pasarían a aplicarse sobre cada pena individualmente considerada en lugar de sobre la pena máxima (el límite fijado), como se venía haciendo hasta entonces. Dicha doctrina, que fue únicamen-

te aplicable a condenados conforme a las reglas del Código de 1973, sería más tarde invalidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al entender que se habían vulnerado con ella, debido a una aplicación retroactiva de la nueva fórmula de computar los beneficios penitenciarios, y en perjuicio de quienes cumplían sus condenas, los arts. 7 y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En estas páginas presentaremos y valoraremos esa interpretación jurisprudencial y, al término del trabajo, se ofrecerá una respuesta a la pregunta de si sería posible seguir tal criterio de imputación de los beneficios penitenciarios con las reglas sancionadoras del concurso real de delitos del Código Penal de 1995. Nuestra aproximación tendrá lugar desde la perspectiva de la imputación de los beneficios penitenciarios en casos de acumulación de penas.

**Palabras clave:** doctrina Parot; acumulación de penas; cómputo de beneficios penitenciarios; redención de penas por el trabajo.

**Abstract:** In 2006, the Spanish Supreme Court adopted its famous Parot doctrine (STS 197/2006, of February 28), with which established that, in cases of accumulation of penalties with limitation of the period of successive compliance, the remission of penalties for work would be applied on each individual penalty considered, instead of on the maximum penalty (the fixed limit), as had been done until then. That doctrine, which was only applicable to convicted persons under the rules of the 1973 Code, would later be invalidated by the European Court of Human Rights, on the understanding that they had been violated with it, and to the detriment of the convicted persons, due to a retroactive application of the new formula of computing prison benefits, arts. 7 and 5 of the European Convention on Human Rights. In these pages, we will present and evaluate this interpretation and, at the end of the paper, an answer will be given to the question whether it would be possible to follow such a criterion of the attribution of penitentiary benefits with the sanctioning rules of the real competition of crimes of the Penal Code of 1995. Our approach will take place from the perspective of the imputation of prison benefits in cases of accumulation of sentences.

**Key words:** Parot doctrine; accumulation of penalties; calculation of prison benefits; remission for work performed.

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA ACUMULACIÓN JURÍDICA COMO CRITERIO DE IMPOSICIÓN DE LAS PENAS O COMO REGLA DE EJECUCIÓN (CUMPLIMIENTO)

Como bien ha señalado el Tribunal Supremo español en su STS 197/2006, de 28 de febrero, «nuestro derecho penal vigente instaura un sistema de determinación de la pena bajo el concurso real de delitos que se fundamenta en tres ideas: 1) la acumulación aritmética de las penas de la misma especie (art. 69 C.P. 1973 y art. 73 C.P. 1995); 2) la ejecución sucesiva de las mismas por el orden de su gravedad (art. 70.1<sup>a</sup> C.P. 1973; art. 75 C.P. 1995); 3) la limitación del tiempo de ejecución (art. 70.2<sup>a</sup> C.P. 1973; art. 76 C.P. 1995)»<sup>1</sup>.

El concurso real de delitos (es decir, los supuestos en que una pluralidad de hechos constituyen otros tantos delitos que pueden juzgarse al mismo tiempo) se soluciona en nuestro sistema jurídico-penal a partir de un principio general de acumulación material de las penas. De acuerdo con tal criterio punitivo, se imponen al reo la totalidad de las sanciones, previamente individualizadas cada una de ellas, en que hubiera incurrido por sus plurales infracciones, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, en ese último caso siguiendo el orden de gravedad de las penas impuestas (comenzando por la mayor y terminando por la menor).

La primera de las indicadas modalidades de cumplimiento de las penas (el cumplimiento simultáneo) goza de un carácter preferente frente a la otra, mientras que la ejecución sucesiva únicamente entrará en escena de manera subsidiaria, cuando las penas no puedan cumplirse a la vez. Con ello, se trata de evitar que alguna de las sanciones devenga ilusoria, quedando desprovista de sus efectos aflictivos a causa de la simultaneidad (tal y como sucedería, por ejemplo, si dos penas de prisión tuvieran que cumplirse a la vez).

Sólo para la concurrencia de penas de cumplimiento sucesivo, impuestas por un efectivo concurso de delitos, operarán las limitaciones al tiempo de ejecución de los arts. 70.2.<sup>a</sup> CP 1973 y 76 CP 1995, a las que se refiere también la STS 197/2006 al presentar el tratamiento jurídico que se da al concurso real de infracciones en la normativa penal española (tanto en el Código derogado como en el Código vigente). A través de tales limitaciones, dicha regla de acumulación ma-

---

<sup>1</sup> Lo reiteran, aunque aludiendo sólo a la regulación del Código de 1995, los AATS 468/2009, de 12 de febrero, y 1063/2012, de 14 de junio. Hay que indicar, en cualquier caso, que penas de distinta naturaleza o especie podrían requerir de un cumplimiento sucesivo.

terial viene a ser sustituida por una acumulación jurídica o limitada, como solución intermedia entre la acumulación aritmética y la absorción por la pena del delito más grave de las demás.

Esta forma de resolver las situaciones de concurrencia delictiva, tratándose de un concurso real de delitos, no es nueva en nuestro ordenamiento penal ni se remonta al Código de 1973, sino que su origen es mucho más antiguo en el tiempo. El Código de 1848, base de las previsiones actuales, partía en el castigo del concurso de delitos de una acumulación material o absoluta de las penas, disponiendo su art. 76 que las penas impuestas al culpable de dos o más infracciones se cumplirían bien simultáneamente o bien sucesivamente para el caso de no ser posible la simultaneidad inicial. Con esa regulación, la acumulación aplicable al concurso real, aunque la suma de las penas fuera muy dilatada, no conocía de limitaciones.

Frente a la estricta aritmética que dominaba, salvo para los casos de concursos ideales y mediales (art. 77), con el Código de 1848, el sistema de acumulación material encontró determinadas limitaciones con el Código Penal de 1870, tratando así de evitar el legislador del momento las extensas condenas en cómputo de años que en ocasiones se veían obligados a cumplir los condenados, para cuando las penas impuestas a un mismo sujeto debieran cumplirse de forma sucesiva, por no admitir su cumplimiento a la par por el condenado.

Son de sobra conocidos los riesgos que implica adoptar este criterio de acumulación sin ningún tipo de reserva<sup>2</sup>; por eso, en la actualidad, las normativas de los distintos ordenamientos penales, como es el caso del Código español, que todavía acogen el principio «*quot delicta, tot poenae*», expresión latina bajo la que se conoce a la acumulación aritmética, generalmente como punto de partida, le introducen algunos correctivos para mitigar sus severas, a la vez que indeseables, consecuencias<sup>3</sup>. Esos correctivos aparecieron en la normativa española en el Código de 1848 para los concursos ideales y mediales, escapando dichas categorías de pluralidad delictiva completamente del régimen acumulativo, y en el Código de 1870 para la concurrencia real o material de infracciones.

---

<sup>2</sup> Véase ya CARRARA, F., *Programa del Curso de derecho criminal. Parte general*, Tomo II, traducido por Octavio BÉECHE y Alberto GALLEGOS, Tipografía Nacional, San José (Costa Rica), 1890, pp. 131 y ss.

<sup>3</sup> No obstante, parece que hoy está regresando el «*quot delicta, tot poenae*» en distintos ordenamientos, como señala GALVÁN GONZÁLEZ, F., «El retorno del “*quot delicta, tot poenae*”», en VV.AA., *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Vol. I, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 169 y ss.

Conocedor de las merecidas críticas que había recibido el anterior sistema, no sólo por parte de la doctrina, sino también de algunas instituciones como el Colegio de Abogados de Madrid en un famoso informe del año 1852<sup>4</sup>, el legislador de 1870 introdujo un doble límite a la duración de la condena por acumulación de distintas penas: el triple de la duración de la pena más grave y, con un carácter supletorio del anterior, cuarenta años. Esa doble limitación operaría en este primer momento legislativo en sede de imposición de las penas, al señalar la redacción del art. 89.2.<sup>a</sup> del Código que las penas excedentes del *máximum* temporal dejarían de imponerse al infractor.

La regulación procedente del Código de 1870 se conserva en su esencia, aunque con algunos cambios importantes, hasta nuestros días. De entre todos ellos, sólo vamos a destacar aquí uno, por ser el más trascendental para los intereses de este trabajo. La acumulación jurídica como regla de imposición de las penas se mantuvo en los Códigos de 1928 (art. 163.1.<sup>a</sup>) y 1932 (art. 74.2.<sup>a</sup>). Cabe indicar que en esa última normativa se rebajaría el tope máximo concursal de los cuarenta años a treinta años. Sin embargo, el panorama anterior sufrirá un cambio de enorme relevancia con el Código penal franquista de 1944. La nueva redacción del art. 70.2 CP 1944 no determinaba que las penas excedentes del límite no se impusieran, sino que se dejarían de extinguir, es decir, de cumplir. Así, pasábamos con esta reforma de una regla de imposición de la penalidad a una regla de cumplimiento o ejecución. El Código del 44, por otra parte, conservó el límite de los treinta años máximos como techo legal.

Como consecuencia del cambio indicado, los tribunales ya no debían dejar de imponer algunas penas, sino que impondrían todas aquellas, en su correspondiente extensión, que mereciese el reo por sus distintos delitos, aunque las que rebasaran el tope de cumplimiento (en todo o en parte) no se cumplirían por el condenado<sup>5</sup>. Esta solución, en verdad, casa más tanto con la regla general de acumulación matemática, que obliga a imponer todas las penas de los varios delitos, como con la posibilidad, según sería configurada, de aplicar la limitación al cumplimiento a las penas impuestas en diferentes procesos que vendría a admitir después una reforma de 1967 (Ley 3/1967, de 8 de abril), pero, eso sí, siempre que los diferentes hechos sancionados por separado hubieran podido enjuiciarse conjuntamente en atención

---

<sup>4</sup> Vid. ORTEGA MATE SANZ, A., *La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española*, Reus, Madrid, 2022, pp. 82 y 83 (y anteriores para la opinión de la doctrina).

<sup>5</sup> FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947, p. 296.

a su conexión. Hasta esa reforma de 1967, si bien lo cierto es que la ley no se pronunciaba en modo alguno sobre tal cuestión de la unidad o pluralidad de procesos (con excepción, es obligado señalarlo, del Código de 1928, que limitaba expresamente el ámbito de aplicación de los límites del concurso real a las penas impuestas en una misma sentencia<sup>6</sup>), la jurisprudencia mayoritaria del TS venía interpretando, sin un fundamento real verdaderamente<sup>7</sup>, que la acumulación jurídica sólo era aplicable en las hipótesis de unidad efectiva o real de enjuiciamiento de las infracciones.

En la práctica, la modificación legal indicada se tradujo en que sería posible, a partir de la entrada en vigor del CP de 1944, que un sujeto fuera condenado judicialmente a muchos años de prisión (tantos como sumaran las duraciones de todas las penas que se le impusieran individualmente), aunque no pudiera cumplir finalmente más allá del triple del tiempo de la más grave o, en su caso, de los treinta años absolutos. La regla de acumulación mitigada, como en sus orígenes, y de favorecer al penado, operaría por imperativo legal.

El Código Penal de 1973 no introdujo ninguna variación sobre ese marco legal, conservado también por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, aunque según el art. 76 CP vigente, que regula hoy en día la llamada acumulación jurídica, las penas excedentes de la limitación no se dejan de extinguir, sino que —conforme la literalidad del apartado primero de tal precepto— deben declararse extinguidas aquellas penas que procedan desde que las ya impuestas cubran el máximo de cumplimiento efectivo. Debe distinguirse hoy, como con el Código anterior, entre la condena nominal por acumulación material de las penas (simultánea o sucesiva) y la pena de efectivo cumplimiento como resultado de la aplicación de la regla de acumulación jurídica, que sigue interviniendo, y a modo de beneficio legal, a los efectos del cumplimiento (o ejecución) de las penas.

Ninguno de nuestros Códigos, salvo el de 1995 en su art. 78 y únicamente para determinados supuestos con penas acumuladas jurídicamente, se ha pronunciado expresamente acerca del modo de

---

<sup>6</sup> Sobre ello, vid. ORTEGA MATESANZ, A., *La evolución...*, cit., pp. 137 y ss.

<sup>7</sup> Lo pondría de manifiesto ya GROIZARD en sus comentarios al Código de 1870. *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, Tomo II, 2.ª ed., Establecimiento tipográfico de los Hijos de J.A. García, Madrid, 1903, p. 497. En cuanto al Código de 1944, señalaba con razón CÓRDOBA RODA que el texto legal no contenía ninguna exigencia de conexidad para que fuera procedente fijar la limitación. «Artículo 70», en CÓRDOBA RODA, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; DEL TORO MARZAL, A.; CASABÓ RUIZ, J.R., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1972, p. 347.

computar los beneficios y derechos penitenciarios en los supuestos de penas acumuladas. La ausencia de normas expresas en una cuestión de tanta trascendencia llevaría a entender tanto a la jurisprudencia como a la administración penitenciaria que los beneficios penitenciarios, así como los plazos de acceso a la libertad condicional, han de imputarse a la magnitud de pena limitada (aunque no se imponga una única pena con el criterio de acumulación jurídica), por ser esa la interpretación más favorable al reo de entre todas las posibles<sup>8</sup> y exigir el fin preventivo de la pena de un tratamiento individualizado del condenado<sup>9</sup>, aunque éste tenga que cumplir en realidad varias penas<sup>10</sup>.

Sólo en los tiempos más recientes (si pensamos en que el cúmulo domina nuestras reglas de determinación de la pena para la pluralidad de delitos desde mediados del siglo xix), la normativa penitenciaria española ha establecido un principio de unidad de ejecución (pena única penitenciaria), que debe ser respetado tanto cuando las penas no estén sometidas a ningún tipo de limitación como cuando proceda la acumulación jurídica sobre varias sanciones privativas de libertad.

Al operar para el cumplimiento, la regla de acumulación jurídica puede provocar un importante distanciamiento entre la magnitud de pena impuesta y la efectivamente cumplida. La diferencia entre la condena judicial y la condena efectiva o real, aunque en ello no sólo influye el descuento penológico derivado de la acumulación limitativa, ha pretendido ser corregida (o al menos matizada), al considerarse que puede ser muy excesiva en algunos casos, tanto por el legislador (sin embargo, sólo con el Código de 1995, a través de la conocida regla de cumplimiento íntegro del art. 78 CP) como por el Tribunal

---

<sup>8</sup> Al menos, las siguientes: vincular los beneficios y derechos penitenciarios al total aritmético o aplicarlos pena a pena según fueran obtenidos por el reo.

<sup>9</sup> Apuntando a que la interpretación se apoya en un criterio exegético restrictivo *pro reo*, DE SOLA DUEÑAS: «por la misma razón por la que la ley introduce los límites a la acumulación de penas, trata de atemperar los dilatados periodos de cumplimiento de las penas privativas de libertad. Es decir, que ya se estimaría suficiente el margen de severidad establecido por la ley para resolver el concurso de delitos, de manera que, a partir del mismo, no resultaría necesario [...] un tratamiento distinto al de la pena única, en lo que afecta a los efectos de los beneficios penitenciarios y el acceso a la libertad condicional». «Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas», *ADPCP*, Fasc. 1, 1994, p. 282.

<sup>10</sup> En cambio, con el concurso ideal o el concurso medial, como sólo se impone una pena, no hay lugar a tal discusión, pues la pena única aplicada es la que se deberá cumplir por el condenado. Ahora bien, si debiera retornarse a la acumulación en beneficio del reo (lo que únicamente es posible para el concurso ideal desde la LO 1/2015, de 30 de marzo, pero no en relación con el medial), el debate recobraría todo su interés y trascendencia.

Supremo. Este último, mediante una novedosa —decimos novedosa porque hasta entonces no se había impuesto en el seno jurisprudencial— interpretación del art. 70 del Código Penal de 1973, realizada por la STS 197/2006, de 28 de febrero, en cuanto a la forma de computar los beneficios penitenciarios que supusieran un acortamiento de la condena en los supuestos de limitación del tiempo de ejecución sucesiva, realizada, no obstante, no durante su periodo de vigencia, sino cuando esa normativa ya había sido derogada hace varios años, concretamente cerca de diez (pues el Código de 1995 está en vigor desde el 24 de mayo de 1996).

Las siguientes páginas están dedicadas a esa interpretación jurisprudencial que, alterando el panorama anterior, afectó a la forma de computar los beneficios penitenciarios cuando concurren varias penas con limitación del tiempo de ejecución sucesiva por un concurso de delitos.

## II. LA DOCTRINA PAROT: SU ORIGEN Y FUNDAMENTO, EN QUÉ CONSISTE Y SU VALORACIÓN POR PARTE DE LA DOCTRINA

### II.A. Origen, fundamento y aplicación de la *doctrina Parot*

Hasta la entrada en vigor del Código de 1995, no existía disposición alguna sobre el cumplimiento íntegro de las penas en nuestra legislación penal (art. 78 CP vigente). Sin embargo, en una sentencia de fecha 26 de enero de 1993, la Audiencia Provincial de Huelva acordó limitar a 30 años, tope absoluto de cumplimiento sucesivo que imponía la regla segunda del art. 70 del Código de 1973<sup>11</sup>, el tiempo máximo de privación de libertad de un sujeto condenado por la comisión de un delito de asesinato y otro de violación, en ambos casos concurriendo la agravante de reincidencia, a las penas de 28 años de reclusión mayor por el delito de asesinato y de 16 años de reclusión menor por el de violación. Y ello, «sin que tal limitación sea tomada en cuenta a otros efectos como el de aplicación de los beneficios penitenciarios de libertad condicional y redención de penas por el trabajo,

---

<sup>11</sup> Art. 70 regla 2.ª CP 1973: «No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

<sup>1a</sup> La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

para los que servirá de base el tiempo total a que es condenado»<sup>12</sup>. El tiempo total de condena de imposición era de 44 años, tiempo ese que, según acordó el tribunal sentenciador, debía manejarse a los efectos de la concesión al penado de los «beneficios penitenciarios» mencionados<sup>13</sup>.

Sin norma expresa que habilitara tal forma de proceder, la AP de Huelva trataba de evitar que el condenado pudiera beneficiarse de cualquier reducción en el tiempo efectivo de privación de su libertad. Para ello, recurrió en primer término a que, de computarse los descuentos sobre el *máximum* fijado (30 años), dado que la primera pena abarcaba 28 años de reclusión, la segunda carecería prácticamente de relevancia en el tratamiento sancionador. Apeló también el tribunal a la interpretación literal de la regla 2.ª del art. 70 CP 1973, subrayando que su tenor hablaba de «un máximo de cumplimiento, dejando de extinguir... desde que... cubrieren el máximo de tiempo predicho», así como al art. 98 CP 1973, que establecía que la libertad condicional se refiere a la extinción de las 3/4 partes de la condena. Igualmente, tuvo en cuenta que el art. 100 CP derogado preceptuaba que «al recluso trabajador se abonará para el cumplimiento de la pena impuesta... un día por cada dos de trabajo», y que el art. 59 del Reglamento Penitenciario de 1981 rebajaba del total de la pena impuesta sólo el tiempo objeto de indulto y los beneficios penitenciarios que conllevaran su acortamiento. A partir de todo ello, llegó la Audiencia Provincial de Huelva a la conclusión de que «son dos cosas distintas la condena de la pena impuesta que lo es en toda su extensión objeto de condena, y otra su extinción o cumplimiento con restricción de libertad, hasta el punto de que si se aplica la remisión condicional la condena no supone privación de libertad o ejecución de la pena, y el límite temporal sólo afecta a la ejecución».

---

<sup>12</sup> No obstante, el Anteproyecto de Código Penal de 1992 contenía en su art. 93 una previsión conforme a la cual, para determinados delitos (relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas), los beneficios penitenciarios que pudieran suponer un acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se referirían siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. El art. 355 del referido Anteproyecto incluía las mismas previsiones restrictivas para los casos de condena por los delitos comprendidos en los arts. 343 a 350 del Anteproyecto (relacionados con el narcotráfico). Idénticas reglas alumbra el Proyecto de Código Penal del año 1992 en sus arts. 94 y 364. Sobre la interpretación de la AP de Huelva, véase DE SOLA DUEÑAS, A., «Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas», cit., pp. 279 y ss.

<sup>13</sup> En contra de una interpretación como esa, MARTÍNEZ DE LA CONCHA ÁLVAREZ DEL VAYO, R., «Revisión de los criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria números 1 a 7 y 75 a 77», en *Vigilancia penitenciaria (VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, CGPJ, Zaragoza, 1996, pp. 131 y ss.

Frente a dicha resolución, el penado interpuso recurso de casación ante el TS por quebrantamiento de forma e infracción de ley, en el que alegó que esa forma de computar los plazos para la obtención de la libertad condicional y aplicar los beneficios penitenciarios era «tan gravemente innovadora como perniciosa», «porque pugna con los más elementales postulados del Derecho penal moderno y con los fines rehabilitadores que tiene la pena, para convertir a ésta en algo esencial y exclusivamente punitivo y revindicativo, cercenando toda posibilidad de recuperación del delincuente». El recurso fue apoyado por el Ministerio Fiscal.

En sentencia de fecha 8 de marzo de 1994 (ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez), la Sala de lo Penal del TS declaró haber lugar al recurso de casación del condenado, casando y anulando la sentencia recurrida. En dicha resolución se resolvió que el órgano sentenciador era desconocedor de que «el límite de treinta años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas». Asimismo, se expuso por el Tribunal Supremo en su sentencia que el art. 59 RP 1981 no apoyaba la interpretación realizada en la instancia por la Audiencia, «pues se refiere a la pena impuesta y que la suma penimétrica es considerada como una nueva sanción». Y, además, según declaró el Alto Tribunal, no puede distinguirse, «donde la ley no distingue y contra reo y con choque frontal a lo señalado en el art. 25.2 del texto constitucional». La interpretación de la Audiencia Provincial de Huelva, contraria al reo y perjudicial para sus intereses, debía, entonces, quedar proscrita.

Para la Sala, los beneficios penitenciarios y la libertad condicional deben operar sobre la penalidad resultante de aplicar la regla de acumulación jurídica (art. 70.2.<sup>a</sup> CP 1973), que es considerada a modo de nueva pena. En virtud de tal criterio punitivo, de acuerdo con la interpretación de la STS de 8.03.1994, las diferentes penas se transmutarían en una sola, de la misma naturaleza que las acumuladas, pero con una duración temporal diferente, pues la extensión de esta nueva pena se correspondería con la magnitud del límite legal fijado (treinta años en ese caso).

El criterio acogido por el TS en dicha resolución judicial del año 1994 había sido mantenido previamente por la Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/1993 bis, de 9 de diciembre<sup>14</sup>, y se trataba

---

<sup>14</sup> Consulta n.º 3/1993 bis, de 9 de diciembre, sobre criterio interpretativo del límite de los 30 años al que se refiere la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 70 del Código Penal.

también de la interpretación dominante en la jurisprudencia menor y en la práctica penitenciaria<sup>15</sup>. Asimismo, la opinión doctrinal mayoritaria venía mostrándose partidaria de tomar como término de referencia, en los casos de acumulación jurídica, para la aplicación de los beneficios penitenciarios y la concesión de la libertad condicional, el límite legal de cumplimiento y no la extensión de la condena nominal<sup>16</sup>, aunque para algunos autores (opinión que compartimos), el tope era un mero límite temporal de ejecución, subsistiendo las diferentes penas acumuladas, que no resultarían efectivamente sustituidas por una nueva consecuencia jurídica; eso, sin embargo, como se acaba de señalar, no impedía la consideración unitaria del límite para el cumplimiento penitenciario.

De esta manera, se consideraba de forma mayoritaria por los distintos operadores y la doctrina científica que la regla de acumulación jurídica del concurso real de delitos era conducente, en la extensión del límite, a una pena nueva y distinta de las acumuladas. La acumulación jurídica gozaba, pues, de efectos «novatorios» y con su aplicación era como si en realidad se hubiera impuesto una única pena en la fase de individualización judicial del castigo<sup>17</sup>. Era discutible, no obstante, a qué efectos se entendía que aparecía o surgía esa nueva pena; pero lo que estaba claro es que en la ejecución penitenciaria habría que tomar el límite de cumplimiento a modo de pena única. Y

---

<sup>15</sup> Por todos, vid. DE SOLA DUEÑAS, A., «Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas», cit., pp. 279 y ss., aunque señala, a partir de algunos ejemplos, que «el entendimiento del art. 70 no venía siendo tan unívoco» (p. 282); MUÑOZ CLARES, J., «La “Doctrina Parot”: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) 197/2006, de 20 de febrero», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 5, mayo 2006, p. 4; MONTERO HERNANZ, T., «Práctica jurídica penitenciaria: las liquidaciones de condena», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 10, 2008, pp. 15 y 19; LLOBET ANGLÍ, M., «Caso Parot», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 902-903; CUERDA ARNAU, M.L., «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)», *Revista Penal*, n.º 31, 2013, p. 57 (hablando de criterio tradicional y nunca cuestionado); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ascenso y caída de la doctrina Parot: tutela multinivel de los derechos a la legalidad y a la libertad», en PÉREZ MANZANO, M.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 293. De acuerdo con esta autora, las autoridades judiciales y penitenciarias descontaban los días redimidos del tope de cumplimiento, «sin excepción alguna hasta el momento».

<sup>16</sup> Por todos, SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, p. 239; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.; ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1987, p. 362. Con posterioridad, MARTÍNEZ DE LA CONCHA ÁLVAREZ DEL VAYO, R., «Revisión...», cit., pp. 133 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 20.

ello era así, aunque la acumulación jurídica no fuera, desde la reforma del Código de 1944, una norma de imposición de la pena.

Además de la STS de 8 de marzo de 1994, mantienen ese mismo criterio las SSTS de 15 de septiembre de 1995, 14 de octubre de 1995, 15 de septiembre de 2005 y 14 de octubre de 2005. La Instrucción 1/2005 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias lo consideró de igual modo<sup>18</sup>. Estando ante una pena única según la práctica judicial y administrativa consolidada, la consecuencia derivada de tal interpretación es que sobre la «nueva pena», símbolo de desaprobación unitaria, habrían de programarse los beneficios que conllevaran el acortamiento de la condena impuesta en sentencia firme, así como la libertad condicional y el resto de las fechas con trascendencia penitenciaria (a efectos del disfrute de permisos de salida ordinarios, por ejemplo). La «nueva» sanción por acumulación de varias penas recibía el nombre de pena de cumplimiento<sup>19</sup>.

El art. 100 CP 1973, en el que se regulaba el beneficio de redención de penas por el trabajo, por otra parte, excluía de su aplicación a quienes quebrantasen la condena o la intentasen quebrantar, al igual que a los penados que reiteradamente observasen mala conducta durante el cumplimiento. Su derogación por el CP 1995 no impedía que resultase, todavía, de aplicación cuando entró en vigor la LO 10/1995 a aquellos penados que cumplieran sus penas conforme al Código de 1973. En el juego de las disposiciones transitorias, a la hora de resolver si era más favorable la aplicación de uno u otro texto, se partió del entendimiento de que había que tomar las normas completas de uno u otro Código (1973 o 1995) y, por lo tanto, tener en cuenta las deducciones del tiempo correspondiente a que podían dar lugar las redenciones, de las que no podrían gozar, en ningún caso, aquellos individuos que optaron por las normas del nuevo Código, que entró en vigor en mayo de 1996. Las redenciones se conectarían directamente a la cantidad de pena a cumplir.

---

<sup>18</sup> En la cual observamos que, «respecto a la acumulación de condenas prevista en el artículo 76 del Código Penal, se dejará constancia en las hojas de vicisitudes penales del expediente del interno de la aplicación por el tribunal correspondiente. A estos efectos, se anotará el tribunal sentenciador que decreta el auto de acumulación de condenas, fecha de efectos, condenas acumulables y *nueva condena fruto de la acumulación*». La cursiva es nuestra.

<sup>19</sup> Al respecto, vid. NISTAL BURÓN, J., «La “doctrina Parot”. Un mecanismo necesario para corregir el desajuste entre pena impuesta y pena cumplida. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo que aplica la llamada “Doctrina Parot” al interno conocido como «el violador del Vall d Hebrón»)», *Diario La Ley*, n.º 7071, Sección Tribuna, 5 de diciembre de 2008, p. 4 (versión digital).

La *doctrina Parot* afectó a la forma de computar los beneficios penitenciarios que conllevaban un acortamiento de la condena, particularmente la redención de penas por trabajos, en supuestos de concurrencia de varias penas de cumplimiento sucesivo con limitación del tiempo real de ejecución al tope máximo del art. 70 CP 1973. La limitación del triple y los treinta años resultaban aplicables también aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos, si los hechos, por su conexión, pudieron haberse enjuiciado en uno solo (lo señalaba la misma regla 2.<sup>a</sup> del art. 70 CP 1973). En esos casos, la limitación se fijaría mediante auto en fase de ejecución de sentencia, siendo competente para ello el último tribunal sentenciador (art. 988 tercero LECrim).

La *doctrina Parot* tomaría tal nombre del apellido del penado (Henri Parot) cuyo caso, en vía de recurso de casación, fue conocido por el TS en su famosa, y sin duda muy polémica, STS 197/2006, de 28 de febrero.

La interpretación del art. 70 CP 1973 realizada por la STS 197/2006 llevaría a que, rompiendo con la línea jurisprudencial y la práctica penitenciaria anteriores, los días redimidos en virtud del art. 100 CP 1973 se descontaran, según procediera, sobre cada una de las penas a cumplir por el reo y no sobre la condena limitada por aplicación de las reglas de punición del concurso real de delitos<sup>20</sup>, partiendo de la idea de que la limitación correctora de la acumulación material sucesiva es simplemente eso, un límite al cumplimiento sucesivo, sin que las distintas penas queden en modo alguno refundidas en una única consecuencia jurídico-penal distinta de las sanciones originalmente impuestas.

Es sabido que el art. 76.1 CP 1995/art. 70.2.<sup>a</sup> CP 1973, al afectar al cumplimiento, y puesto que conforme al criterio general de acumulación de las penas deben imponerse todas las que el reo mereciera legalmente por los diferentes delitos cometidos, puede causar una notable distorsión entre la pena impuesta judicialmente y la pena a cumplir. En un intento por aproximar ambos valores, similar al llevado a cabo por el legislador con la introducción del art. 78 CP en la LO 10/1995<sup>21</sup>, el Pleno de la Sala de lo Penal del TS, en sentencia 197/2006, de la que fue ponente el magistrado J. Sánchez Melgar,

---

<sup>20</sup> De manera similar, HUERTA TOCILDO, S., «La anulación de la doctrina Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado», en PÉREZ MANZANO, M.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (Dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 266.

<sup>21</sup> Véase sobre ello RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «El modelo penitenciario español frente al terrorismo», *La Ley penal*, n.º 65, noviembre 2009, pp. 5-7 (versión digital).

dio un vuelco radical a la forma tradicional de aplicar los beneficios penitenciarios en supuestos de penas acumuladas con limitación del tiempo de ejecución sucesiva<sup>22</sup>.

Realmente, esa cuestión sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios era extraña al objeto del recurso, cuyo núcleo era dilucidar si concurrían o no, conforme a la jurisprudencia pacífica del TS, los presupuestos de conexidad necesarios para agrupar en un solo bloque acumulativo, con un máximo único de 30 años, las diferentes penas a las que fue condenado el etarra Henri Parot Navarro en otras tantas sentencias. El órgano *a quo* (Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección 1.ª, auto de fecha 26 de abril de 2005) no se había pronunciado sobre la forma de ejecución penitenciaria, y ni el recurrente ni la Fiscalía tuvieron ocasión de discutir el criterio entonces emergente.

El Alto Tribunal pasaría a considerar en esta sentencia, modificando su criterio anterior, que el *máximum* de cumplimiento, como institución, no determina la aparición de una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas. El límite representaría, únicamente, el máximo de estancia del penado en un centro penitenciario, conservando cada una de las penas acumuladas su singularidad previa al sometimiento a la operación de acumulación jurídica. Para llegar a ese entendimiento, el TS se apoyó en argumentos gramaticales, teleológicos y procesales, que se desarrollan ampliamente en los fundamentos jurídicos de la sentencia<sup>23</sup>. La novedad es que los beneficios penitenciarios ya no se imputarían a la pena limitada, sino que también a los efectos de su aplicación subsistirían las penas iniciales, que se cumplirían sucesivamente según su respectiva gravedad<sup>24</sup>, y cada una de ellas con las redenciones y beneficios correspondientes. Pero tal interpretación afectaría sólo a quienes cumplieran sus condenas en aplicación del Código de 1973.

Como corolario de la nueva hermenéutica, dado que «aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumpli-

---

<sup>22</sup> La *doctrina Parot* ha sido presentada, en ocasiones, como revolucionaria, en parte por este motivo del cambio de postura del Tribunal Supremo. Así, DÍAZ GÓMEZ, A., «Los efectos de la llamada “Doctrina Parot” sobre las fechas de repercusión penitenciaria y su aplicabilidad sobre el Código penal derogado y vigente», *ReCrim*, n.º 10, 2013, pp. 83-84. De cambio de las «reglas de juego» habla RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ascenso y caída de la doctrina Parot...», cit., p. 296.

<sup>23</sup> Puede verse RÍOS MARTÍN, J.C., «La libertad condicional. Límites en el concurso real de delitos: especial referencia a la sentencia parot», en CASTRO ANTONIO, J.L. (Director), *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho judicial XXII-2006, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 247 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M., «Caso Parot», cit., pp. 895 y ss.

<sup>24</sup> Conforme a lo establecido en la regla 1.ª del art. 70 CP 1973.

miento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica» (STS 197/2006), el reo irá cumpliendo las penas una a una, con los avatares que correspondan y con todos los beneficios a los que tenga derecho. A partir de entonces (aunque con efectos hacia el pasado, pues se estaba interpretando la redacción del art. 70 CP 1973 en conexión con otros preceptos del Código), los beneficios penitenciarios que supusieran un acortamiento de la condena no operarían sobre la pena resultante de la limitación; lo harían individualmente, según procediera, sobre cada una de las penas impuestas y a cumplir, hasta alcanzar el reo el tope de cumplimiento.

Según se desgrana en la propia sentencia del 28 de febrero de 2006<sup>25</sup>, en el cumplimiento de la condena se principiará según el orden de gravedad de las penas concurrentes (conforme disponía la escala de la regla 1.ª del art. 70 CP 1973), aplicándose los beneficios y redenciones que procedan respecto de cada una de las sanciones (de la sanción) que el penado se encuentre cumpliendo en cada momento. Extinguida la primera de las penas, se dará cumplimiento a la siguiente, continuándose de esa forma con el resto hasta alcanzar las limitaciones legales máximas. Llegado ese estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena y deberá excarcelarse al reo por extinción de sus responsabilidades penales<sup>26</sup>.

Tal y como se explica en la resolución, casi con un carácter pedagógico, la *doctrina Parot* supondrá que si, por ejemplo, un sujeto fue condenado a tres penas de 30, 15 y 10 años, comenzará el cumplimiento sucesivo por la más grave, o sea, la de 30 años. Si hubiera redimido 10 años, tendría cumplida la primera pena a los 20 años de estancia en prisión, que se declarará extinguida. A continuación, el reo pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su gravedad tocante, es decir, la de 15 años. Si de dicha pena redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años. De ese modo, el penado ya no podría

---

<sup>25</sup> Sobre el contexto espacio-temporal, véase RÍOS MARTÍN, J.C.; SÁEZ RODRÍGUEZ, M.C., «Del origen al fin de la doctrina parot», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2014, pp. 4 y ss. Desde la perspectiva histórica, vid. HAVA GARCÍA, E., «Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias», *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, n.º 6, marzo-agosto 2014, pp. 155 y ss. Una aproximación más reciente la encontramos en CÁMARA ARROYO, S., «La Doctrina Parot», en BUSTOS RUBIO, M.; ABADÍAS SELMA, A. (Directores), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 145 y ss.

<sup>26</sup> Considerando racional esta doctrina, en cuanto a la aplicación del art. 70.2.ª CP 1973, DÍAZ GÓMEZ, A., «Los efectos de la llamada...», cit., pp. 80 y ss. Afirma el autor que «la polémica doctrina que emana de esta resolución goza, a nuestro parecer, de un hondo sentido y justificación a la vista del Código Penal derogado».

cumplir más penas porque alcanzaría el tope, dejando de extinguir en ese momento las sanciones excedentes del *máximum*.

De seguirse el criterio tradicional en orden al cómputo de los beneficios penitenciarios, como bien señala ALCÁCER GUIRAO<sup>27</sup>, se habría fijado primero el tope de cumplimiento y después se descontaría de la condena limitada un día por cada dos de trabajo (en los términos del art. 100 CP 1973), con lo que el tiempo de cumplimiento efectivo, si el máximo fijado es el de treinta años, quedaría reducido en la práctica a veinte. Con la nueva doctrina, H. Parot cumpliría algo más de la mitad del total de privación de libertad a que fue condenado en términos efectivos (el 54,54 %), mientras que con la práctica anterior hubiera cumplido tan sólo la tercera parte de su condena (el 36,36 %)<sup>28</sup>.

Se ha dicho por alguna autora, no sin razón, que «el TS materializa con esta sentencia una ruptura total con su anterior doctrina en la determinación del cómputo de los beneficios penitenciarios en caso de acumulación de condenas como respuesta *ad personam* para frenar las consecuencias escandalosas, pero inevitables legalmente, derivadas de una aplicación excesiva a la vez que legal de la redención de penas por el trabajo»<sup>29</sup>. Con la situación previa a *Parot*, la excarcelación, respecto de lo inicialmente previsto, se adelantaría en virtud de cómo se venían teniendo en cuenta las redenciones de penas por el trabajo, pero el mayor descuento en la penalidad respecto de la condena judicial era consecuencia de la regla punitiva de la acumulación jurídica.

En el caso abordado, Henri Parot, terrorista de la banda ETA, fue condenado a un total nominal de 4.769 años, 10 meses y 16 días de privación de libertad en 26 sentencias, dictadas entre los años 1991 y 1996, por hechos cometidos desde el año 1978 hasta 1990. La Sección Primera de la Audiencia Nacional dictó en fecha 26 de abril de 2005 un auto por el que, a pesar de que la jurisprudencia reiterada del TS permitía acumular todas las penas en un solo grupo por ser los hechos cronológicamente conexos entre sí<sup>30</sup>, desconociendo tal criterio,

---

<sup>27</sup> «La “Doctrina Parot” ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, N° 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 43, 2012, p. 932.

<sup>28</sup> SANJUÁN GARCÍA, P., «La redención de penas en la acumulación de condenas: “La Doctrina Parot”», *Lex nova: La revista*, n.º 54, 2008, p. 27.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «El modelo penitenciario español frente al terrorismo», cit., p. 18 (versión digital).

<sup>30</sup> PARA CUERDA ARNAU, era obvio que estábamos ante delitos conexos. «Cambios jurisprudenciales...», cit., p. 55.

acordó la formación de dos bloques independientes de ejecutorias sobre los que aplicó, a cada uno de ellos, un límite absoluto de cumplimiento de 30 años. Sumados ambos límites, el monto final a cumplir serían 60 años (treinta más treinta).

En su auto, esgrimió la Audiencia Nacional que existía un periodo de comisión delictiva tan dilatado (desde el 2 de noviembre de 1978 hasta el 2 de abril de 1990), de casi doce años, que superaba con creces todo criterio de conexión cronológica que pretendiera establecerse. Acogiendo la tesis de la Fiscalía, por cuanto hubo una interrupción en la actividad delictiva del penado durante algo más de dos años, entre el 16 de abril de 1982 y el 21 de noviembre de 1984, momento ese en el que reanuda su actividad terrorista en otro comando diferente hasta la fecha de su detención el 2 de abril de 1990, se construyeron dos acumulaciones parciales, esto es, dos bloques de acumulación diferentes<sup>31</sup>. Una hasta el año 1982, que incluía las penas impuestas en siete ejecutorias, y otra desde 1984 hasta su detención, sobre 19 causas.

Para la AN, «la comisión de otros delitos no puede hacer al condenado de mejor condición, y no puede ese dato mantener una conexión, rota por el transcurso de más de diez años entre los dos delitos, de 1978 a 1990. Tampoco el que Parot haya logrado estar durante tanto tiempo fuera de la acción de la justicia, continuando una imparable carrera criminal, puede servir como base de la conexidad. Precisamente la existencia de ese amplio número de condenas intermedias, por delitos más graves, contribuye a desechar, so pretexto de motivos humanitarios, otra interpretación de los requisitos legales». Reconoció, no obstante, el tribunal que todos los delitos cometidos por Parot lo habían sido como miembro de la banda terrorista ETA. Con esa forma de proceder se retrasó la relativamente próxima puesta en libertad del terrorista, prevista, según cálculos iniciales, para el año 2009<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> En opinión de HAVA GARCÍA, «con el probable objetivo de alargar la estancia en prisión del terrorista hasta los cuarenta años (tiempo que casualmente coincidía con el nuevo límite fijado en el CP95, tras la reforma de 2003), la fiscalía sugirió dividir por dos su historial delictivo, lo que permitía a su vez eludir la aplicación de las reglas de conexidad contenidas en el último inciso del art. 70.2 CP73, en relación con los artículos 17 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». «Antes y después de la doctrina Parot...», cit., p. 158.

<sup>32</sup> Se dice que ya la AN se apartó de la doctrina del TS en la interpretación del requisito de conexidad con la finalidad «de denegar la acumulación de condenas al etarra Herri Parot Navarro y, así, retrasar su excarcelación». De esta forma, LLOBET ANGLÍ, M., «No sólo imprevisible, también irrazonable: otra vez sobre la “Doctrina Parot”», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2015, p. 4.

El condenado recurrió en casación por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, el auto de la Sección Primera de la AN por aplicación indebida del art. 70.2 CP 1973, en relación con los arts. 17.5 y 988 LECrim, y por vulneración de los arts. 9.3, 14 y 25.2 CE. El recurso fue respaldado por el Ministerio Fiscal. La Sala Segunda del TS declaró haber lugar al recurso del terrorista, casó y anuló el auto de la AN.

La Audiencia Nacional había preterido, según consta en la resolución del TS al recurso del penado, que el legislador no condiciona a temporalidad alguna la aplicación de las limitaciones, sino que el único criterio que justifica la unidad de enjuiciamiento es un criterio de conexidad (temporal). Lo equivocado de la resolución de la AN, además de resultar indiferente a los efectos de poder ser enjuiciado en un solo proceso la pertenencia de Parot a uno o más comandos, es que, si el recurrente hubiera seguido cometiendo atentados de forma ininterrumpida, tal actuación le hubiera resultado paradójicamente más favorable, pues en ese caso, abundando en dicha tesis, se le podría aplicar una acumulación total de las penas impuestas.

Dado que concurría el criterio de conexión cronológica exigido por la doctrina pacífica del Tribunal Supremo, al ser todos los hechos anteriores a la primera de las sentencias condenatorias (y a su vez no estar sentenciados antes de ese momento), se fija un límite de cumplimiento de 30 años para la totalidad de las penas acumuladas. Los hechos pudieron haber sido, según la interpretación del requisito de conexidad que mantenía la jurisprudencia, objeto de enjuiciamiento unitario.

Finalmente, se proclamó en la sentencia que «teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020».

En el auto de la Audiencia Nacional se había fijado como fecha de excarcelación el año 2009, de modo que se alargaría, fruto de esa innovación jurisprudencial, el periodo de privación de libertad del recurrente en unos 11 años. No obstante, a meros efectos informativos, Henri Parot fue condenado nuevamente a 11 años de prisión por sentencia 3/2007, de 2 de febrero, de la Audiencia Nacional (Sección Primera), por la comisión de un delito de pertenencia a banda armada, con la agravante de reincidencia, por haber hecho llegar a la

cúpula de ETA en Francia una carta manuscrita desde el centro penitenciario en el que se encontraba cumpliendo condena. Infracción que, en aplicación de la doctrina del TS, no es temporalmente conexa con las anteriores y, por ello, resultaría de imposible acumulación con las mismas. Cuando un delito es cometido después de sentenciados otros, está claro que no estamos en presencia de un concurso real, pues las diferentes infracciones jamás pudieron haberse juzgado unitariamente (en un sentido potencial o abstracto). En tales supuestos de comisión de nuevos delitos después de recaída una sentencia, no pueden extenderse a las nuevas penas impuestas los límites de cumplimiento ya fijados con anterioridad (de ser posible, ello supondría la impunidad, en todo o en parte, de los hechos posteriores).

La *doctrina Parot*, según los argumentos expuestos por la Sala, descansa sobre el principio, residenciado en consideraciones de política criminal, de que «el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo»<sup>33</sup>. Y porque, conforme se dice también, en el caso de 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa, el principio de humanidad estará siempre del lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena<sup>34</sup>.

En última instancia, se afirma por el TS que, al tratarse de un cambio jurisprudencial suficientemente motivado, pues se aplican las normas vigentes en el momento de comisión de los hechos, aunque con una interpretación más acorde al tenor del art. 70 CP 1973, no se

---

<sup>33</sup> Al parecer de REDONDO HERMIDA, «la Política Criminal no es un principio hermenéutico jurídico-penal, salvo más fundado criterio, siendo más bien la orientación que el Gobierno y el Parlamento dan a la lucha contra el delito (art. 97 de la CE). Tan es así, que se admite que precisamente la conexión entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno democrático de la Nación existe desde el momento en que, a través del Fiscal General del Estado, el Gobierno puede instar las actuaciones más adecuadas a una Política Criminal propia de un Estado Social de Derecho». «El cambio jurisprudencial en materia de redención de penas. Comentario a la STS de 28 de febrero de 2006 (Caso Parot)», *La Ley Penal*, n.º 27, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, mayo 2006, p. 3 (versión digital).

<sup>34</sup> Interpretación que, según sostiene SÁNCHEZ MELGAR, parte del principio de que no es lo mismo el cumplimiento de una sola pena que el cumplimiento, por ejemplo, de veinte condenas acumuladas; «no es lo mismo cumplir una pena por un delito de asesinato, pongamos por caso, que cumplir condenas sucesivas por veinte asesinatos». *Prontuario de Derecho penal para abogados. Derecho penal sustantivo. Acceso a la profesión de abogado*, Vol. I., con la colaboración de Ana Belén ALONSO GONZÁLEZ, Servicio de Publicaciones Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2014, p. 294.

infringe el derecho a la igualdad del art. 14 CE (con cita de las SSTC 42/1993 y 71/1998), a la vez que se recuerda que, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, la prohibición de retroactividad no es aplicable a la jurisprudencia. El art. 25.1 CE la reservaría a la ley y el art. 9.3 CE a las disposiciones legales o reglamentarias.

La *doctrina* a la que dedicamos estas páginas supone que en el cumplimiento sucesivo de varias penas acumuladas *ex art. 70.2.<sup>a</sup> CP 1973* los posibles descuentos o reducciones de condena no se producen sobre el límite, y tampoco sobre el total aritmético de las penas impuestas, como ocurre con el régimen especial del art. 78 CP vigente y pretendió aplicar la AP de Huelva en su sentencia antes referenciada, sino sobre cada una de las penas acumuladas. Al no operar el máximo como una pena nueva a estos efectos, el reo cumplirá efectiva e íntegramente 30 años de prisión cuando del límite absoluto se trate<sup>35</sup>. Con ello se evitaba que el interno pudiera ser excarcelado al cumplir la mitad de la pena (si sumamos el descuento que debería practicarse por redenciones ordinarias y extraordinarias)<sup>36</sup>. Hoy en día, el art. 78 CP 1995 permite que las instituciones mencionadas por el tenor de su apartado primero (tras la LO 7/2003: beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y cómputo de tiempo para la libertad condicional) puedan ser vinculadas a la pena de imposición (suma total), pero para ello es necesario, como dato objetivo, que la pena de cumplimiento, en virtud de la limitación, sea inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas en sentencia. En la práctica, ello exige la condena a penas de larga duración o bien por un número elevado de delitos.

---

<sup>35</sup> En opinión de VARONA JIMÉNEZ, la *doctrina* «suponía que el penado cumpliría siempre el máximo de cumplimiento fijado en el auto de acumulación». *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas...*, cit., p. 53.

<sup>36</sup> Según Alfonso DEL MORAL GARCÍA, «este giro o cambio jurisprudencial no debería sorprender si nos atenemos a los razonamientos iniciales que se incluyen en la STS 197/2006, cuestionando la trascendencia que venía teniendo el art. 25.2 CE para la fase de ejecución de condena y todo ello en pro de otro tipo de consideración, basada en la política criminal, inmiscuyéndose el TS en funciones propias del Legislador y que desde luego chocan de plano con la posición que el TS había adoptado en años anteriores respecto del primer plano que debía ocupar el art. 25.2 CE, descartando todo aquello que contradiga y se enfrente «con semejante faro orientador, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional, tornando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales»». «Giro jurisprudencial derivado de la Doctrina Parot y su posterior corrección por la sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013», *La Ley Penal*, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, n.º 111, 2014, p. 4 (versión digital).

Los efectos prácticos que provoca la *doctrina Parot* son explicados en la posterior STS 343/2011, de 3 de mayo: «Efectivamente, es posible según el caso que, dadas las penas impuestas al penado, los beneficios penitenciarios previstos en el Código Penal derogado no supongan una disminución real del tiempo de cumplimiento efectivo. Pero ello se debería principalmente a la gravedad de las penas impuestas, cada una proporcional a la gravedad del hecho cometido, de lo cual tampoco es posible prescindir. El establecimiento de límites máximos de cumplimiento efectivo, aunque estén basados en razones bien conocidas, no suponen un olvido radical por parte del Estado de la culpabilidad y la correspondiente responsabilidad por cada hecho cometido, por lo que no es necesario parificar legalmente en todo caso la situación de quien ha cometido un solo hecho con la de quien ha delinquido de forma múltiple».

El giro jurisprudencial del TS no afectó únicamente a Henri Parot, a pesar de lo que pudo decirse en un primer momento porque el cambio de criterio formaba parte del fallo de la sentencia<sup>37</sup>, sino a todos los penados, mayoritariamente condenados por actividades terroristas, beneficiados por la regla de acumulación jurídica, que se encontrasen cumpliendo sus condenas de acuerdo con las reglas del Código derogado<sup>38</sup>. Es decir, se trató de un criterio de vocación general, pues se ofreció como una interpretación general (y más correcta a juicio de la Sala) de la ley, que no quedaba limitado a un caso concreto y tampoco a determinadas tipologías delictivas<sup>39</sup>, aunque en la práctica los condenados debieron haberlo sido por la comisión de graves delitos, pues el límite de los treinta años no estaba pensado sino para la acumulación de infracciones graves<sup>40</sup>.

Según detalla SÁNCHEZ MELGAR<sup>41</sup>, «esta forma de proceder se ha aplicado en multitud de ocasiones en otros casos que no son

---

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., «Máximo de cumplimiento: terminología, naturaleza jurídica y consecuencias de su reinterpretación jurisprudencial», *SEPÍN, Práctica penal*, n.º 23, mayo 2006, p. 18.

<sup>38</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M.L., «Cambios jurisprudenciales y retroactividad...», cit., p. 54.

<sup>39</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T.S.; CUERDA ARNAU, M.L., «La imprevisibilidad del sistema jurisprudencial español. El caso Parot como paradigma», en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.; VILLA SIEIRO, S.V. (Coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 749.

<sup>40</sup> Cfr. DE SOLA DUEÑAS, A., «Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas», cit., p. 291.

<sup>41</sup> «La vigencia de la “Doctrina Parot”, entrelazada con el caso «Troitiño». Algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas», *Diario La Ley*, n.º 7642, Sección Tribuna, 1 de junio de 2011, pp. 1-2 (versión digital).

propriadamente de terrorismo, pues dicha doctrina en modo alguno fue dictada para casos de aquella índole, ni desde luego, es la aplicación concreta de un caso *ad hoc*, sino la interpretación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre dicha norma de ejecución penal. Quizá tal punto de vista, como algo meramente relativista, hizo desenfocar el problema y produjo con frecuencia interpretaciones incorrectas de tal doctrina». De acuerdo con la información suministrada por el Gobierno español con ocasión del conocimiento de dicha *doctrina* por el TEDH en 2013, ésta se aplicó a 93 miembros de ETA y a otras 37 personas declaradas culpables de delitos especialmente graves (narcotraficantes, violadores y asesinos)<sup>42</sup>.

La Sala retrasó la fecha de excarcelación de un buen número de condenados, prolongando en la práctica el tiempo de su reclusión en muchos casos hasta en nueve o diez años. La sentencia fue seguida de revisiones de acumulaciones de condenas y de nuevas liquidaciones en las que se fijó como fecha de licenciamiento definitivo la coincidente con el final del cumplimiento de los 30 años, pues, como se ha dicho, el límite legal vendría a representar ahora, tan sólo, el tiempo máximo de estancia de prisión para el condenado, sin que a esa cifra debieran conectarse los beneficios penitenciarios obtenidos por el reo<sup>43</sup>. Al tratarse de un mero límite que operaba en la ejecución, y que no producía ninguna otra consecuencia más allá de la reducción del tiempo de condena a cumplir, la regla del cumplimiento sucesivo se mantenía inalterada a todos los efectos, incluidos los penitenciarios (en cuanto al cómputo de los beneficios penitenciarios)<sup>44</sup>.

La verdadera justificación de la *doctrina Parot* —según la dirección de la STS 197/2006— se encuentra en que la suma aritmética de las varias penas a que fueron condenados sanguinarios delincuentes y autores de otros delitos graves excedía, con mucho, del límite de cumplimiento de los 30 años, cifra que podía parecer insignificante, banal, a los ojos de la población mayoritaria si las condenas totales supera-

---

<sup>42</sup> STEDH de 21 de octubre de 2013 (*Asunto Del Río Prada c. España*), § 44.

<sup>43</sup> Así lo señalan DÍAZ y GARCÍA-CONLLEDO, M.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «El cumplimiento y la determinación de las penas impuestas a un mismo sujeto», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coordinadora), *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 126-128. También, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, R., «Las penas acumulables», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coordinadora), *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 311.

<sup>44</sup> Como bien señala DÍAZ GÓMEZ, «no en vano, dicha doctrina no es sino una determinada interpretación de su artículo 70.2<sup>a</sup>, y de las posibles consecuencias de éste sobre el resto del ordenamiento jurídico-penal y penitenciario». «Los efectos de la llamada...», cit., p. 77.

ban, en algunos casos, los mil años de prisión (como sucedía con H. Parot). La diferencia entre la pena impuesta y la pena cumplida podría ser, en muchos supuestos, abismal. Además, el reo podía obtener nuevamente algunos descuentos por la vía de la reducción de penas por el trabajo del art. 100 CP 1973 (redenciones ordinarias y extraordinarias), imputables directamente al tope de acumulación jurídica fijado según la práctica judicial y de la Administración penitenciaria<sup>45</sup>.

Al mismo tiempo, también influyó el rechazo que merecía para amplios sectores el beneficio de redención de penas por el trabajo, que, sin duda pervertido<sup>46</sup>, gozaba de una aplicabilidad prácticamente indiscriminada. Por vía de la redención de penas, según la interpretación tradicional, debería adelantarse la excarcelación del condenado respecto de lo determinado por la regla del cúmulo jurídico. Estábamos, por así decirlo, ante un doble descuento, primero a través del privilegio legal que supone la acumulación jurídica y después con la reducción de la condena (aunque menos trascendente en términos numéricos) mediante el beneficio penitenciario de redención de penas. Sumados ambos descuentos, el de la acumulación jurídica y el del art. 100 CP 1973, la pena a cumplir efectivamente quedaba reducida en muchos casos a veinte años de prisión, o incluso a un número inferior de años por el juego de las redenciones extraordinarias, cuando el límite de cumplimiento estaba fijado en treinta años<sup>47</sup>.

Como bien dice NISTAL BURÓN, la doctrina en estudio, al igual que el art. 78 CP, aspira a corregir la ostensible diferencia entre la aplicación numérica de la pena en sentencia y su aplicación efectiva conforme a la legislación penal y penitenciaria<sup>48</sup>. Pero esta práctica no supone que con ella estemos ante un mismo régimen de ejecución agravado, o una aplicación retroactiva de tal precepto, que cronológicamente es anterior —fue incluido por primera vez por el Código de 1995— a la decisión del TS sobre la nueva forma de aplicar los beneficios penitenciarios al concurso de penas de cumplimiento sucesivo. Se trata, igualmente, con la *doctrina Parot*, de un correctivo a la acumulación jurídica, aunque en este caso introducido por vía de in-

---

<sup>45</sup> Cfr. MUÑOZ CLARES, J., «La “Doctrina Parot”...», cit., pp. 1-2.

<sup>46</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, por ejemplo, señala que este beneficio era aplicado «con cierta generosidad y automatismo». *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias de Derecho Penal*, Vol. I, 5.<sup>a</sup> ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 322. Críticas más severas encontramos en MILLA VÁSQUEZ, D.G., *Los beneficios penitenciarios como instrumentos de acercamiento a la libertad. Análisis desde la legislación iberoamericana*, Tesis Doctoral, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2014, pp. 216-217.

<sup>47</sup> Así, reconocidamente, HUERTA TOCILDO, S., «La anulación...», cit., p. 267.

<sup>48</sup> «La “Doctrina Parot”...», cit., p. 5 (versión digital).

interpretación, pero con el que los beneficios penitenciarios se calculan pena a pena, y no sobre la penalidad matemáticamente acumulada (como se hace con el art. 78 CP 1995). A los efectos materiales, el resultado logrado será el mismo (o, al menos, es plenamente asimilable) que el pretendido con el art. 78 CP, aunque sin necesidad de contar, debido a su generalidad, con un pronunciamiento particular como el exigido por el art. 78 CP por parte del tribunal sentenciador: el reo podrá cumplir la pena máxima prevista en la ley, sin reducciones, y día a día en prisión<sup>49</sup>.

Ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ YAGÜE<sup>50</sup> que la reinterpretación jurisprudencial provocó la coexistencia de cuatro modelos de ejecución diferentes. Por un lado, los dos arbitrados legislativamente por el CP de 1995, es decir, el régimen general de ejecución en el que se computan los beneficios penitenciarios y la libertad condicional sobre el límite de cumplimiento, y el agravado del art. 78 CP, imperativo en algunos casos (límites especiales de 25, 30 o 40 años, que impone el art. 76.1 CP) con la LO 7/2003, de 30 de junio<sup>51</sup>; y por otro, para los condenados que se hallaren cumpliendo sus condenas según

---

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., «Máximo de cumplimiento...», cit., p. 17: «Aunque ciertamente la solución del cumplimiento gota a gota, a efectos de reducciones, no toma la suma aritmética como referencia unitaria, en sus resultados materiales se le puede asimilar y equiparar. Esto es, en materia específica de redención de penas aplicables en los casos de condenados *ex* regla 2.ª del art. 70 CP 1973, la solución de la STS 197/2006 les ha equiparado en sus consecuencias materiales en determinados casos [...] a la aplicación de un art. 78 CP, sin pronunciamiento especial». Asimismo, vid. MONTERO HERNANZ, T., *Las alternativas a la privación de libertad en el derecho penal español*, Criminología y Justicia, Palma de Mallorca, 2013, p. 24. Matizando, no obstante, que los efectos prácticos no son los mismos debido a que quedaron afectadas instituciones diferentes, DÍAZ GÓMEZ, A., «Los efectos de la llamada...», cit., p. 108. Así, afirma que «puede observarse que “Doctrina Parot” y artículo 78 transcurren por caminos distintos, sean o no éstos los efectos pretendidos por el Tribunal Supremo o el Legislador a la hora de elaborarlos». Destacando también sus diferencias, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «*Nulla poena sine lege* y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)», *ADPCP*, Tomo 66, Fasc/Mes 1, 2013, p. 281. Para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «significa el cumplimiento efectivo del máximo de treinta años de prisión cuando la suma de las condenas es superior a cuarenta y cinco años y la pérdida de todo efecto útil de las redenciones ya obtenidas en la práctica totalidad de los casos a los que se aplica». «Ascenso y caída de la doctrina Parot...», cit., p. 295.

<sup>50</sup> *El sistema penitenciario español ante el siglo xxi*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 130-131.

<sup>51</sup> Desde la LO 1/2015 la aplicación del art. 78 CP no es, en ningún caso, preceptiva, sino siempre potestativa para los tribunales sentenciadores, aunque bajo el requisito objetivo de que la pena a cumplir como resultado de la aplicación del art. 76 CP sea inferior a la mitad de la suma de todas las penas impuestas en sentencia. Para comprobar si es así o no, bastaría con realizar una simple operación aritmética.

las reglas del Código derogado, había que diferenciar entre el régimen de cumplimiento previo a la *doctrina Parot*, en el que los beneficios y redenciones se proyectaban sobre el *máximo*, y el posterior a la sentencia.

Por otra parte, señala MANZANO MORENO<sup>52</sup> que, por algunos autores, se ha calificado el régimen del art. 78 CP como una regulación «más severa que la que posteriormente y por vía hermenéutica, vino a establecer con carácter general el Tribunal Supremo a partir de la STS 197/2006». Es el caso, por ejemplo, de SÁNCHEZ MELGAR<sup>53</sup>, quien considera que las normas penales de ejecución diseñadas por la LO 7/2003, «dejan tal doctrina empuñada, por sorprendente que parezca esta afirmación». A su parecer, la modificación del art. 78 CP en 2003 conducía a una situación de mayor rigor en el cumplimiento y convirtió en ilusorios los beneficios penitenciarios<sup>54</sup>. De otra opinión, que entendemos más acertada, es, sin embargo, RODRÍGUEZ YAGÜE<sup>55</sup>: «El efecto de este cambio jurisprudencial en el cómputo de beneficios es, por tanto, más distorsionador si cabe que el artículo 78 del Código Penal de 1995 pues al menos éste refiere el cómputo a la suma de las penas impuestas mientras que esta interpretación del TS remite estas figuras a cada una de las penas sucesivas hasta que se alcance el límite de los 30 años del artículo 70 CP 1973».

Compartiendo el parecer de la última autora, pensamos que la interpretación judicial de la STS 197/2006, desbordante del tenor literal de la ley reguladora del concurso delictivo en el Código anterior<sup>56</sup>, provocó para los penados la aparición subrepticia de un régimen de ejecución más duro, y de carácter mecánico, pues no se hacía necesario acuerdo o pronunciamiento especial previo del sentenciador (del único o del último en los casos de acumulación de penas impuestas en diferentes procesos) para su aplicación, que prescindía del elemento objetivo, requerido por el art. 78 CP, de que de la limitación resultara una pena a cumplir inferior a la mitad de la suma de las penas

---

<sup>52</sup> *La ejecución penal. Estudio crítico legal y jurisprudencial sobre una materia relegada*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 73.

<sup>53</sup> «La vigencia de la “Doctrina Parot”...», cit., p. 1 (versión digital).

<sup>54</sup> «La vigencia de la “Doctrina Parot”...», cit., p. 7 (versión digital).

<sup>55</sup> *El sistema penitenciario español ante el siglo xxi*, cit., p. 130.

<sup>56</sup> VIVES ANTÓN y CUERDA ARNAU se refirieron a ella del siguiente modo: «Tan imprevisible que al Tribunal Supremo no le duelen prendas a la hora de afirmar que, carece de cualquier fundamento, y que ni tiene anclaje en la ley (art. 70 2ª CP 1973), ni en la jurisprudencia de esta sala casacional que la interpreta». «La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español...», cit., p. 751.

impuestas<sup>57</sup>. Tampoco existía la posibilidad, que admite, aunque con determinadas restricciones, el art. 78 CP vigente, de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en un momento posterior, desactivara o anulara ese correctivo a la acumulación mitigada a la vista del pronóstico resocializador del penado, el cual se volvía totalmente intrascendente durante la ejecución. En todo caso, es cierto que la *doctrina Parot* no afectó expresamente a los permisos de salida, a la clasificación en tercer grado o a la libertad condicional, a diferencia del art. 78 CP reformado en el año 2003<sup>58</sup>, pues en todo momento la STS de 28 de febrero de 2006 se refiere a los beneficios penitenciarios<sup>59</sup>. Ese último dato llevaría ciertamente a que el resto de las fechas con repercusión penitenciaria (respecto de figuras que no tuvieran tal efecto reductor o de acortamiento, por ejemplo, en lo relativo a los permisos de salida) de-

<sup>57</sup> En el sentido de imposición obligatoria, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «*Nulla poena sine lege* y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)», cit., p. 282, y la bibliografía allí citada. Este autor sostiene que la *doctrina Parot* «era peor» que el art. 78 CP 1995. MOLINA FERNÁNDEZ señala que se hizo una interpretación general, aplicable siempre, del concurso real en el Código derogado. «Las cicatrices jurídicas del terrorismo: la doctrina Parot y otras interpretaciones irrazonables de la ley», en PÉREZ MANZANO, M.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 254. De la misma opinión, en el sentido de que se extendió a todos los condenados en aplicación del CP 1973, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ascenso y caída de la doctrina Parot...», cit., p. 293.

<sup>58</sup> Para SÁNCHEZ MELGAR, ello «hace inimaginable, en la práctica, tales beneficios, a un condenado, por ejemplo, a 200 años de prisión, a salvo –claro está– de la aplicación del régimen general que puede concederse extraordinariamente conforme al art. 78.3 (y que se endurece considerablemente en los delitos de terrorismo), y que conduce inexorablemente al cumplimiento íntegro de la limitación penológica establecida en el Código Penal, en los casos de delincuentes en serie (o asesinatos múltiples). Dicho lo cual, repetimos que esta regulación legal, actualmente vigente, nos parece mucho más dura que la denominada “Doctrina Parot”». «La vigencia de la “Doctrina Parot”...», cit., p. 7 (versión digital). A juicio de NISTAL BURÓN, «la resolución judicial del Tribunal Supremo, sin embargo deja abierta a nuevas interpretaciones la aplicación de progresiones de grado, los permisos de salida y el cumplimiento en régimen de libertad condicional del último cuarto de la pena, porque el pronunciamiento de la referida sentencia sólo hace referencia al cumplimiento definitivo de la condena –las 4/4 partes– con la aplicación, si procede, del beneficio de la redención de penas por el trabajo, pero deja fuera todas las demás fechas de repercusión penitenciaria, en concreto la 1/4 parte a efectos del disfrute de permisos de salida, la 1/2 a los efectos de la concesión de 3.º grado penitenciario y las 3/4 y las 2/3 a los efectos de libertad condicional y adelantamiento de ésta». «La “Doctrina Parot”...», cit., p. 5 (versión digital).

<sup>59</sup> Así, el FD Quinto de la STS 197/2006: «teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020».

bieran proyectarse sobre la condena (limitada) de manera uniforme (y no sobre cada pena particular), por requerir tales institutos de una ejecución unitaria, como exigencia indispensable para el tratamiento penitenciario y venir ello así exigido por el fin de reinserción social de las penas privativas de libertad<sup>60</sup>.

Inicialmente se discutió acerca de si era posible extender la nueva jurisprudencia a acumulaciones aprobadas con anterioridad. FERNÁNDEZ ARÉVALO<sup>61</sup> sostuvo que la aplicación de la doctrina a resoluciones pretéritas exigiría de una decisión casuística *ad hoc* de los sentenciadores, ya que un pronunciamiento de tal naturaleza no se contenía en el fallo de la sentencia que acordó la limitación del cumplimiento o en el auto resolutorio de un incidente de acumulación de penas. La adopción de tales pronunciamientos, según señalaba, podría comprometer, entre otros, el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, a pesar de que los autos de acumulación, por su propia naturaleza, estén abiertos a revisiones futuras si sobrevienen nuevas condenas —siempre que sea por hechos de la misma época que los demás— o indultos. Se preguntó ese autor si la adopción de tales decisiones podría ser causa justificada para revisar acumulaciones sobre las que ahora serían más favorables los límites del Código del 95, por posibilitar la obtención anticipada de la libertad. Sin embargo, rechaza esa hipótesis porque en el Pleno no jurisdiccional del TS del 12 de febrero de 1999 se acordó la imposibilidad de aplicar los límites temporales del art. 76 CP 1995 a condenas impuestas conforme al CP 1973 no revisadas, en tanto que no sólo se es-

---

<sup>60</sup> CUERDA RIEZU, A., «El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 7, 2006, p. 267; NISTAL BURÓN, J., «La “Doctrina Parot”...», cit., p. 5 (versión digital); MONTERO HERNANZ, T., «Otros efectos de la “Doctrina Parot”», *Diario La Ley*, n.º 7176, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2009, p. 3 (versión digital); LLOBET ANGLÍ, M., «No sólo imprevisible...», cit., p. 9. De otra opinión es RODRÍGUEZ YAGÜE: «Aunque la sentencia se refiere al cómputo del beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo, se puede entender aplicable también respecto al acceso al resto de figuras para cuya obtención el Código requiere el cumplimiento de un plazo temporal, como los beneficios penitenciarios, el tercer grado o la libertad condicional». *El sistema penitenciario español ante el siglo xxi*, cit., p. 129. Asimismo, al igual que la anterior, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto *Del Río Prada c. España*: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años», *Revista de Derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 9, enero de 2013, p. 410. Señalando que no estaba claro que solamente quedara afectada la redención de penas, DÍAZ GÓMEZ, A., «Los efectos de la llamada...», cit., pp. 86 y ss., aunque afirma después que la interpretación jurisprudencial tuvo incidencia sólo sobre la redención de penas y el indulto particular.

<sup>61</sup> «Máximo de cumplimiento...», cit., p. 17.

tarían mezclando dos textos punitivos y aplicando un tercero híbrido, legalmente inexistente, sino dos sistemas de ejecución diferentes<sup>62</sup>.

La *doctrina Parot* dio lugar a revisiones de acumulaciones previas y a posteriores liquidaciones en las que se modificó la fecha de licenciamiento definitivo de las condenas. Al respecto, estima REDONDO HERMIDA que las modificaciones jurisprudenciales son retroactivas, incluso en contra del reo, caso de la que nos ocupa, «siempre que no afecten a la cosa juzgada, esto es, la jurisprudencia desfavorable puede aplicarse con efecto retroactivo, siempre que se refiera a causas pendientes o liquidaciones de condena pendientes»<sup>63</sup>.

Frente a la interpretación defendida mayoritariamente en la STS de 28 de febrero de 2006, se alzaron los magistrados MARTÍN PALLÍN, GIMÉNEZ GARCÍA y ANDRÉS IBÁÑEZ en un voto particular divergente<sup>64</sup>. De manera resumida, los discrepantes defendieron que de las reglas acumulativas surge una pena distinta en la que se integran las originales para su conformación, que el Código no prestaba base legal suficiente para la adopción de una decisión tal y que la práctica tradicional incontrovertida para la Administración penitenciaria y los tribunales, de cara a aplicar los derechos y beneficios penitenciarios, era partir de la pena nueva. El cumplimiento íntegro, remarcan, es una filosofía ajena al CP de 1973, que puede ser causa de un trato discriminatorio y perjudicial. La sentencia, según denunció también el voto particular, desbordó los límites de la pretensión del recurrente, que no pudo alegar nada sobre la nueva fórmula de programación de los beneficios penitenciarios. A juicio de los magistrados que emitieron el voto particular, no se trató de una «interpre-

---

<sup>62</sup> «Máximo de cumplimiento...», cit., p. 19. Sobre esta cuestión, véase también RÍOS MARTÍN, J.C., «La libertad condicional...», cit., pp. 253 y ss.

<sup>63</sup> Cita el autor jurisprudencia del TS conforme a la cual, «el principio de legalidad no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino de las leyes, por lo que no resulta prohibida la aplicación de criterios desfavorables derivados de cambios jurisprudenciales razonados» (STS de 1 de octubre de 1998); o «el principio de legalidad (art. 25.1 de la CE) no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino la de las leyes (...). Los cambios jurisprudenciales no vulneran el art. 24 de la CE cuando son razonados y fundamentados... (STS 11 de mayo de 1994)». «El cambio jurisprudencial en materia de redención de penas...», cit., p. 5 (versión digital). Véase sobre esta cuestión de los cambios jurisprudenciales y su (posible o no) carácter retroactivo, más recientemente, RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «*Nulla poena sine lege* y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)», cit., pp. 282 y ss.

<sup>64</sup> Un análisis del voto particular lo encontramos en GONZÁLEZ FRANCO, J.A.; RAGUÉS i VALLÈS, R., «La refundición de penas en el derecho penal vigente (a propósito del caso «Henri Parot»)», *La Ley Penal*, n.º 39, 2007, pp. 4 y ss. (versión digital). Resume muy bien el contenido del voto MUÑOZ CLARES, J., «La «Doctrina Parot»...», cit., pp. 7-8.

tación innovadora» del art. 70 del Código del 73, sino de «una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo». Concluyen que estábamos, con la nueva exégesis judicial, ante «una verdadera reescritura del texto».

Con posterioridad, destacan asimismo los votos particulares formulados por los magistrados VARELA CASTRO, a las SSTS 734/2008, de 14 de noviembre, y 1089/2011, de 27 de octubre, y GIMÉNEZ GARCÍA, a las SSTS 898/2008, de 11 de diciembre, y 101/2013, de 8 de febrero, en contra de la interpretación realizada en el caso Parot. Del voto particular emitido por el último a la STS de 11 de diciembre de 2008, queremos destacar, por su enorme interés, las siguientes líneas que transcribimos: «La novedosa interpretación de la doctrina Parot en cuanto supone un nuevo ámbito y contenido de la norma penal concernida en una interpretación contra reo, participa del principio de irretroactividad de la ley penal en la perjudicial pena al reo, y por tanto tal interpretación no debió extenderse a situaciones anteriores, máxime cuando tal interpretación afecta de forma directa al bien supremo de la libertad individual, y pone en serio riesgo de vaciamiento la vocación de reinserción a que toda pena de prisión debe responder. Dicho en otras palabras, el nuevo cómputo responde a priorizar exclusivamente los aspectos custodiales de la pena de prisión, de suerte que la prisión queda reducida al mero “aparcamiento” de personas en tales centros, con desentendimiento de toda actividad reeducadora. Enlazado con ello, queda totalmente diluido el principio de humanidad en el cumplimiento de las penas con lo que la posible colisión con la interdicción de toda inhumanidad en el cumplimiento de las penas es algo más que un riesgo».

## **II.B. Valoración de la interpretación de la STS 197/2006, de 28 de febrero, por la doctrina científica**

Por lo general, se estima que la actuación del TS, en cierta medida, era comprensible; trataba de evitar, retrasándolas en el tiempo, las próximas excarcelaciones de delincuentes peligrosos condenados por hechos de máxima gravedad que solamente habían cumplido un escaso porcentaje de años de su condena nominal (lo cual era, no obstante, conforme con la legalidad); aunque la doctrina mayoritaria rechaza, con buen criterio, los argumentos manejados para llegar a una interpretación tal sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios, que las normas penales y penitenciarias vigentes en el momento de los hechos no consentían.

MANZANARES SAMANIEGO<sup>65</sup> afirmó que «el cambio jurisprudencial significa la conversión de dicha institución en letra muerta, no sólo por lo que hace a estos asesinos terroristas, sino también para otros delincuentes. Si la redención se computa sobre el máximo de treinta años, se obtendrá siempre un beneficio, pero éste desaparecerá si se aplica individualmente a cada pena». Rechaza ese autor la interpretación del TS, por ser, en su opinión, discutible desde la perspectiva de algunos principios profundamente arraigados en el Ordenamiento jurídico español, como el de seguridad jurídica, garantizado por el art. 9.3 CE, el cual, según manifiesta, «sufrir un gran revés, cualificado además por concernir a materia tan sensible como la retroactividad penal». «Verdad es que nuestro Derecho punitivo [...] sólo veda aquel efecto a las nuevas leyes que perjudiquen penalmente a una persona, pero se diría que en el presente caso se orilla con la nueva jurisprudencia el espíritu de aquella prohibición». Se preguntaba el citado autor, además, si habría que indemnizar de algún modo a los internos que trabajaron para reducir el cumplimiento de sus penas porque así se les había asegurado y ahora verían como no obtienen tal descuento.

En otra ocasión, ha indicado MANZANARES que la doctrina analizada «no es, para empezar, un cambio jurisprudencial objetivo, sino una construcción encaminada al logro de un resultado previamente establecido. Sólo pretendía romper la interpretación centenaria de la acumulación jurídica para evitar escandalosas excarcelaciones, de forma que la sombra del fraude de ley estaba muy presente»<sup>66</sup>. Valora igualmente que no se comprende por qué la nueva interpretación habría de ser de exclusiva aplicación respecto del límite absoluto y no al trazado por el triplo de la pena más grave, cuando ninguno de los Códigos hace distinción entre ellos. Si fuera así, añadimos nosotros, y únicamente se aplicase la *doctrina Parot* respecto del límite representado en números absolutos, se llegaría al absurdo de considerar —en aplicación del entendimiento generalmente admitido con anterioridad a la STS 197/2006— que el triplo da lugar a una «nueva pena» (o que, aunque las penas mantengan su singularidad, el límite opera como tal en relación con los beneficios y derechos penitenciarios), sobre la que se calcularían los descuentos cuyo disfrute se trató de evitar con la *doctrina Parot*, pero que eso no sucedería con el tope

---

<sup>65</sup> «Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», *Diario La Ley*, n.º 6443, Sección Doctrina, 17 de marzo de 2006, p. 3 (versión digital).

<sup>66</sup> «Las tribulaciones de la doctrina Parot», *Diario La Ley*, n.º 8178, Sección Última Hora, 25 de octubre de 2013, p. 3 (versión digital).

punitivo de los treinta años, pese a estar este previsto a modo de corrección del triple.

ANDRÉS LASO<sup>67</sup> afirma que «con los principios establecidos se reforzó la función retributiva de la pena en línea con la demanda social. Desde el punto de vista práctico este criterio jurisprudencial sirvió para detener y postergar la excarcelación de destacados integrantes de la banda armada ETA y de un número de internos relativamente elevado, autores de múltiples delitos execrables de gran trascendencia que conmocionaron a la opinión pública».

Para RODRÍGUEZ YAGÜE, el TS cedió a la presión mediática que cuestionaba, cada vez en mayor grado, las excarcelaciones tempranas de condenados a penas largas de prisión por influencia de la redención de penas. A su modo de ver las cosas, el TS «modifica su doctrina *ad personam* para impedir la puesta en libertad de este terrorista». Desde el plano del tratamiento penitenciario, denuncia la autora que la interpretación de la STS 197/2006 «desoye la necesidad, derivada del principio de individualización científica, de que exista un criterio de unidad de ejecución que permita diseñar el cumplimiento —y con ello el acceso a permisos, terceros grados y libertades condicionales— sobre la pena que efectivamente tiene que cumplir, lo que no es factible ante una sucesión de penas impuestas»<sup>68</sup>.

En relación con lo indicado por la última autora, pensamos igualmente que la interpretación realizada por el TS de mantener en un sentido inalterado el cumplimiento sucesivo a causa de la individualidad de las penas (pese a que existen argumentos para defender que la interpretación en el caso Parot sólo afectó al cómputo de las redenciones) no resultaba —ni resultaría— compatible con el principio de unidad de ejecución con el que exige contar el sistema de individualización científica que instaura nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)<sup>69</sup>, dado que si las penas conservaran su total y plena individualidad, el tratamiento penitenciario debería desarrollarse partiendo de la pena a cumplir en cada momento (la concreta de la

---

<sup>67</sup> *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2016, p. 432.

<sup>68</sup> *El sistema penitenciario español ante el siglo xxi*, cit., p. 129.

<sup>69</sup> La unidad de ejecución es presentada por DE MARCOS MADRUGA del siguiente modo: «Es la respuesta a los supuestos de concurrencia de pluralidad de penas privativas de libertad en sucesivo cumplimiento, de modo que una vez se produce el ingreso en prisión, todas deben ser tratadas como una sola de extensión comprensiva cuantitativamente de las integradas». «Los retos de la prisión cara al siglo xxi», en ROCA DE AGAPITO, L. (Dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo xxi*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 149.

sucesión), y no sobre una magnitud única, tal y como si estuviéramos no ante un mismo individuo, sino ante distintos penados<sup>70</sup>. Como bien ha señalado CUERDA RIEZU<sup>71</sup>, «no tendría ningún sentido que el tratamiento para un mismo sujeto fuera diferente en función de cada pena que le hubiera sido impuesta». Además, si pretende mantenerse incólume el cumplimiento sucesivo, la consideración no unitaria de las diferentes penas afectaría también (pues otra forma de operar no encontraría sentido), con claro perjuicio para el reo, pues se tendrían que computar los plazos exigidos respecto de la pena concreta que se estuviera cumpliendo en ese momento, a otras figuras como la libertad condicional o los permisos de salida<sup>72</sup>, que no son en puridad beneficios penitenciarios (aunque la libertad condicional adelantada tiene la consideración de beneficio penitenciario en el Reglamento Penitenciario vigente, del año 1996, según su art. 202).

Ha pretendido revelar la incongruencia de la *doctrina Parot* NÚÑEZ FERNÁNDEZ<sup>73</sup>, autor que considera incierta la afirmación que contiene la STS 197/2006 de que «las varias penas se irán cumpliendo [por el reo] con todos los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho», ya que, verdaderamente, no se aplicará la redención, pues el periodo de permanencia del penado dentro del centro penitenciario va a ser, en todo caso, de treinta años, independientemente de que el reo trabaje o no. De otra parte, no le falta razón cuando afirma que el cumplimiento de las penas con todos sus avatares provocaría que se sucedan periodos de encarcelamiento con otros de libertad condicional (si se entiende que también se vio afectada esa figura por la interpretación del Alto Tribunal) hasta que los primeros sumen 30 años, «pues en realidad lo que busca la «doctrina Parot» es que el sujeto permanezca en prisión durante 30 años ya que entiende por cumplimiento solamente el periodo de tiempo que el sujeto pasa dentro de prisión». Esos periodos intercalados de internamiento y de libertad condicional, tal y como dice, se alarga-

---

<sup>70</sup> De esta idea, FARRÉ DÍAZ, E., «A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso del río Prada versus España, de 21 de octubre de 2013. Doctrina «Parot»», *Aranzadi Doctrinal*, n.º 8/2013, p. 14 (versión digital). Asimismo, vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «El modelo penitenciario español frente al terrorismo», cit., p. 17 (versión digital).

<sup>71</sup> Indicando también ese autor que «no existe una correlación entre el tratamiento y la pena impuesta como consecuencia de un concreto hecho delictivo, sino que la correlación se produce entre el tratamiento y la concreta persona del penado». «El concurso real y la acumulación de penas...», cit., pp. 262-263.

<sup>72</sup> Entre otros, respecto de la libertad condicional, LLOBET ANGLÍ, M., «Caso Parot», cit., p. 905.

<sup>73</sup> «La «Doctrina Parot» y el fallo del TEDH en el asunto *Del Río Prada c. España...*», cit., pp. 409 y ss.

rían tanto que habría supuestos en los que el penado fallecería antes de haber transcurrido dicho término<sup>74</sup>. Precisamente, eso es lo que trata de evitar el principio de unidad de ejecución que adopta nuestra legislación penitenciaria (art. 193.2.<sup>a</sup> RP 1996<sup>75</sup> y art. 59 RP 1981), considerando que debe tenerse en cuenta para el tratamiento resocializador la personalidad y la evolución global del interno, aunque sean muchas las penas que deba cumplir una misma persona<sup>76</sup>.

GIMÉNEZ GARCÍA señaló en su voto particular a la STS 898/2008, de 11 de diciembre, de igual modo, que, en relación con los permisos de salida, la progresión al tercer grado o la libertad condicional, la doctrina daba lugar a una ejecución sentencia a sentencia, y no a una ejecución unitaria, «con la conclusión de que cuando en una sentencia —pongamos la primera— hubiese cumplido la parte correspondiente para obtener el tercer grado, o la libertad condicional, habría que adoptar la medida correspondiente, pero simultáneamente al tener que comenzar a cumplir la segunda condena estaría, volvería a estar clasificado en primer o segundo grado con la contradicción que supondría estar al mismo tiempo clasificado en tercer grado o en libertad condicional en una condena y en prisión efectiva en la siguiente y así sucesivamente pero en todo caso, seguiría en prisión».

Frente a ese tipo de objeciones, el ideólogo principal de la *doctrina*, SÁNCHEZ MELGAR, afirma, en alusión a la libertad condicional, aunque con argumentos susceptibles de ser discutidos en nuestra opinión, que «teniendo en cuenta que tal beneficio lo que prepara es al penado para su vida en libertad, no tendrá ningún sentido la concesión de tal beneficio cuando de lo que se trata es del cumplimiento sucesivo de una o varias penas, que aún le faltan por cumplir. Carecería de cualquier sentido penitenciario el otorgamiento del beneficio, para ingresar de nuevo, y todo ello para continuar con el «cumplimiento efectivo de la condena», a la que se refiere el art. 76.1 CP. Únicamente se podrá conceder en el último periodo, como es natural. La libertad condicional solamente es una «expectativa» en el régimen penitenciario, no una exigencia ineludible en la extinción de una condena. Y así, del propio modo que no se concederá cuando no se cumplan sus requisitos, tampoco se ha de otorgar, porque igualmente no se cumplirán, cuando el encadenamiento sucesivo de las condenas resultan-

---

<sup>74</sup> En el mismo sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español ante el siglo xxi*, cit., p. 129.

<sup>75</sup> Que, en realidad, sólo menciona una institución: la libertad condicional.

<sup>76</sup> Véase sobre la problemática de considerar la condena unitariamente, RUIZ VADILLO, E., «Problemas derivados de la aplicación de la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 70 del Código Penal», *Poder judicial*, n.º Especial 3, 1988, pp. 61-62.

tes por extinguir jurídicamente lo impida. De no interpretarse así, quedarían, de nuevo igualados, sin razón, el reo que ha de cumplir una sola pena, porque ha delinquido una sola vez, que el condenado a múltiples penas»<sup>77</sup>.

Ahora bien, por hallarse el reo cumpliendo otras penas, como si de una sola se tratara, encadenadas por exigencias del sistema de individualización científica, se concede la libertad condicional sobre la unidad de ejecución (art. 193.2.<sup>a</sup> RP 1996 y art. 59 RP 1981), para evitar excarcelaciones parciales y que el reo tenga que regresar de nuevo a prisión después de un periodo de libertad condicional disfrutado en una pena, con un perjuicio cuantificable, como si se tratara únicamente de un simple permiso (aunque más largo de lo común). Las excarcelaciones y reingresos continuos irían acompañados, ello sería perfectamente posible, de una nueva clasificación cada vez que el penado tiene que comenzar el cumplimiento de la siguiente pena de ejecución sucesiva tras la extinción de una pena anterior. Esto que decimos viene a demostrar, a nuestro parecer, que un cumplimiento sucesivo puro de las penas, sentencia a sentencia, es impracticable en un sentido penitenciario (y por eso viene a corregirse por la vía reglamentaria, cuestión distinta es si esta corrección recibe un reconocimiento normativo adecuado o no<sup>78</sup>, tanto al art. 75 CP vigente como al anterior art. 70.1 CP 1973), además de mostrarse altamente incoherente, pues en la práctica derivaría en anomalías y disfunciones tales como las indicadas: que el reo tuviera que ser reclasificado cada vez que debe cumplir una pena de prisión. El mandato de reinserción del art. 25.2 CE reclama que las penas se cumplan bajo una unidad de ejecución, o sea, que la suma de todas las penas a cumplir se considere como una única pena, y ello tanto cuando las penas están acumuladas jurídicamente como cuando no lo están, es decir: siempre que exista un concurso de penas privativas de libertad, con independencia de su origen, que podría estar en un concurso de delitos o en la sucesión de crímenes.

GONZÁLEZ FRANCO/RAGUÉS i VALLÈS<sup>79</sup> comparten, en términos generales, la discrepancia de los magistrados que formularon su voto particular a la STS 197/2006, «por el sorprendente cambio

---

<sup>77</sup> «La vigencia de la “Doctrina Parot”...», cit., p. 8 (versión digital).

<sup>78</sup> Vid. DE MARCOS MADRUGA, F., «Los retos de la prisión cara al siglo xxi», cit., pp. 149-150; el mismo, *El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Una guía de actuación ante los juzgados de vigilancia penitenciaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 264 y ss., destacando algunos problemas prácticos derivados de una falta de previsión adecuada.

<sup>79</sup> «La refundición de penas...», cit., p. 5 (versión digital).

de opinión de la Sala después de años de sostener lo contrario a lo afirmado en esta resolución, máxime teniendo en cuenta que dicha interpretación versa sobre un art. del Código Penal derogado que, en buena lógica, pocas más veces deberá aplicarse. Humanamente resulta comprensible que los tribunales puedan titubear cuando se trata de resolver casos que afectan a delincuentes tan sanguinarios y con tanta repercusión mediática, pero, como se sostiene en el voto de la minoría, si quienes representan al Estado de Derecho no se muestran firmes en tan complicados trances, se están dando argumentos a quienes sostienen que la propia idea del imperio de la ley es una pura pantomima».

MOLINA FERNÁNDEZ<sup>80</sup> rechaza la *doctrina Parot* por tres motivos. Primero, por la línea político-criminal a la que se adscribe, ya que, tal y como dice, una aplicación generalizada «provocaría un daño irreparable en la resocialización que, no se olvide, y pese a todos los razonables matices que ha introducido el Tribunal Constitucional en su valor, sigue siendo el único fin de la pena que menciona la Constitución». Lo único positivo de dicha doctrina en su opinión sería su aplicación para cualquier delito, sin vulnerar por tanto el principio de igualdad. La segunda objeción que realiza es de estricta legalidad. Considera que la misma es contraria «no sólo a lo que de manera unánime se había dicho en la jurisprudencia hasta entonces, sino a la propia ley penal, en concreto, al CP art. 78», pues «la jurisprudencia convirtió en regla inamovible lo que expresamente el CP art. 78 concibe como excepción».

Denuncia también, pese a lo acabado de indicar, su formulación generalizada, lo que llevó incluso a su aplicación en el caso del llamado violador del Eixample (STS de 14 de noviembre de 2008). Y respecto del CP 1973, piensa el autor que «es por completo extravagante (y en este sentido impredecible) pretender ahora que el régimen ordinario de cumplimiento era expresamente el que nunca se había aplicado por la jurisprudencia, y el que el legislador expresamente prevé como excepcional en el Código vigente». En tercer lugar, asevera que, aunque sólo hubiera sido aplicada a delitos juzgados conforme al CP de 1973, se produciría un daño irreparable a la justicia y la igualdad. Tanto por su formulación con alcance general como porque los condenados que cometieron los delitos bajo la vigencia del Código derogado habían optado por su aplicación al ser más favorable, y se encontraron con una pena de duración real muy superior a aquella y

---

<sup>80</sup> «Reglas de determinación de la pena», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 610-611.

sin posibilidad de acortamientos. En un aspecto, sin embargo, tenía razón el TS a su parecer: «El criterio tradicional de refundición de las penas impuestas no puede hacer olvidar que éstas mantienen su autonomía a ciertos efectos. La mantienen por completo en todo aquello que tenga que ver la responsabilidad individual por cada uno de los delitos. Si las nuevas pruebas muestran que alguno no lo cometió el condenado, la revisión de la sentencia alcanza, como es obvio, sólo a la pena por ese delito, y no a todos. Por la misma razón, si el indulto se vincula a un hecho concreto, sólo se extingue la pena de éste — en ello acierta la sentencia—. Lo mismo sucedería con el perdón del ofendido, si como antaño, pudiera otorgarse tras la sentencia, etc. En realidad, la refundición sólo opera a aquellos efectos que justifican la existencia de límites al concurso real: favorecer la resocialización. En todo lo que tenga que ver con ésta, el criterio razonable es partir de la pena limitada. Justo lo contrario de lo que propuso la doctrina Parot».

NISTAL BURÓN<sup>81</sup> se mostró más conforme con los razonamientos de la STS 197/2006: «La exigencia del cumplimiento efectivo de las condenas en los delitos más graves y para los delincuentes más peligrosos no supone otra cosa que, una forma de acomodar la duración de la condena a los pronósticos de peligrosidad que pueden representar personas que difícilmente van a reinsertarse y que su paso por un centro penitenciario no es más que otro peldaño que les llevará en un futuro más o menos mediato, dependiendo de la pena impuesta, a ingresar de nuevo en prisión. Esto constituye, además, la necesaria conjunción de la reinserción con el incremento de la seguridad ciudadana, aunando con un criterio de mayor justicia los fines de prevención especial perseguidos por la pena dentro de los fines de la retribución, como garantía de los principios básicos de proporcionalidad y seguridad jurídica propios de cualquier sistema punitivo».

El TS instauró, a nuestro modo de ver, por vía hermenéutica y arrogándose las funciones de legislador, sin que tal posibilidad se desprendiera de las previsiones de la normativa entonces vigente, ajena por completo a la filosofía del cumplimiento íntegro, una forma de descontar los beneficios penitenciarios *contra legem*, sobre cada pena concreta de las incluidas en la acumulación, y en perjuicio del reo<sup>82</sup>. La innovación jurisprudencial contradujo el mandato, aunque no ex-

---

<sup>81</sup> «La “Doctrina Parot”...», cit., p. 7.

<sup>82</sup> Cfr. DÍAZ GÓMEZ, A., «Los efectos de la llamada...», cit., pp. 81-82, cuando señala que la acumulación jurídica genera consecuencias disfuncionales para la prevención general y a efectos de política criminal, pero que la situación debe abordarse desde el plano legislativo.

cluyente, que proclama el art. 25.2 CE, a la vez que se priorizaron, explícitamente, como fines de la pena, la retribución y la prevención especial negativa. Resulta muy evidente, por otra parte, al menos así lo vemos nosotros, que la *doctrina Parot*, más bien el cumplimiento sucesivo en términos estrictos, atenta en su esencia contra el principio de unidad de ejecución<sup>83</sup>, el cual no es cuestionado ni siquiera por el art. 78 CP<sup>84</sup>, que respeta la exigencia de contar con una pena única desde la perspectiva penitenciaria, aunque su aplicación puede excluir ciertamente cualquier salida de prisión con anterioridad a la fecha de libertad definitiva determinada por la aplicación del art. 76 CP.

Sin duda, con el giro jurisprudencial que rompió con la forma convencional de computar los beneficios penitenciarios en las hipótesis de acumulación jurídica, se trató de complacer a los grupos de presión y calmar la alarma social generada por la inminente puesta en libertad de muchos de los más crueles y sanguinarios delincuentes de nuestro país. Fue, en definitiva, un cambio jurisprudencial claramente orientado hacia un fin; el fin de retrasar la liberación de muchos condenados por atentados terroristas o delitos de elevada gravedad que tenían reconocido, por dar cumplimiento a los requisitos legales, además del beneficio de acumulación mitigada, el derecho a la reducción de penas por el trabajo, previsto en una norma sustantiva (el art. 100 CP 1973). Y ello, considerando que el mismo TS había estado antes siempre equivocado cuando interpretaba, ante el silencio legal y de manera favorable al reo, que la acumulación jurídica conducía a una única pena de cumplimiento, que sería la manejada para la ejecución en centro penitenciario.

Es patente, al menos a nuestro juicio, que no estamos con la *doctrina Parot* ante una aplicación retroactiva del art. 78 CP 1995, ni en su redacción inicial, ni en la de la LO 7/2003, aunque su fundamento material sea el mismo<sup>85</sup>. No puede haber retroactividad porque la for-

---

<sup>83</sup> De esta idea también MILLA VÁSQUEZ, quien señala que la *doctrina* pone en riesgo el principio de unidad de ejecución, indispensable para el tratamiento penitenciario. *Los beneficios penitenciarios como instrumentos de acercamiento a la libertad...*, cit., p. 216.

<sup>84</sup> Indica RODRÍGUEZ YAGÜE respecto del art. 78 CP que estamos con él en todo caso ante una «única» pena», resultante de la suma de todas las impuestas». Según dice, no rechaza tal régimen en teoría la unidad de ejecución, puesto que el límite del art. 76 CP servirá para determinar la libertad definitiva. No obstante, a su juicio, el cumplimiento íntegro carcelario «violenta fuertemente el mandato resocializador». *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas treatmentales y el principio de flexibilidad*, Editorial Reus, Madrid, 2021, p. 159.

<sup>85</sup> Y ello, porque el cómputo a realizar no tiene en cuenta la suma total de las penas, sino cada una de ellas, consideradas en particular. De esta idea, CUERDA

ma de operar de la interpretación del TS es distinta de cómo lo hace el art. 78 CP, aunque este precepto no estuviera vigente en el momento de realización de los hechos delictivos que motivaron las condenas. Distinto hubiera sido aplicar el mismo criterio de concesión de los beneficios penitenciarios del art. 78 CP. En un caso, los beneficios penitenciarios se conceden y disfrutan sobre la pena particular que se esté cumpliendo de la relación (*doctrina Parot*); en el otro, sobre el total aritmético de la condena de imposición (art. 78 CP 1995). Se trata de una (quizá no tan, pero sí imprevisible<sup>86</sup>) novedosa reinterpretación de los arts. 70 y, en conexión con aquel, 100 del CP de 1973, que apuesta a todos los niveles, incluido el penitenciario (pudiendo razonarse, no obstante, que sus efectos quedaron limitados únicamente a la redención de penas por el trabajo, sin afectar el cambio de criterio a otras instituciones en el cumplimiento de las penas de prisión distintas de los beneficios penitenciarios), por mantener el cumplimiento sucesivo a causa de la individualidad de las penas y de que el límite únicamente afecte al tiempo máximo de ejecución, aunque opere la limitación, pero no se aplica una norma de manera desfavorable a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor<sup>87</sup>. El cambio jurisprudencial sí afectó retroactivamente a quienes cumplían su condena bajo las reglas del Código anterior al actual, privan-

---

RIEZU, A., «El concurso real y la acumulación de penas...», cit., pp. 287-288. De la misma opinión que el anterior, DÍAZ GÓMEZ, A., «Los efectos de la llamada...», cit., p. 108. También, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Las cicatrices jurídicas del terrorismo...», cit., pp. 250 y ss. Para CÁMARA ARROYO, «los lineamientos de la Doctrina Parot [...] permanecen en nuestro sistema, ya a salvo de la irretroactividad de la norma penal menos favorable, y se aplican continuadamente desde entonces». «La Doctrina Parot», cit., p. 147. SOLAR CALVO, por su parte, estima que «el contenido exacto de la misma», se recoge por el art. 78, sobre el que nada ha dicho el TEDH. Señala después que la *doctrina Parot* supuso «una extensión judicial y extra legem de un precepto que viendo la luz en el 2003 se aplica a hechos cometidos mucho antes de su entrada en vigor. Y ello por la inminente puesta en libertad de determinados terroristas y la opinión contraria que todo ello provocaba. No decimos con esto que esta puesta en libertad fuera justa. No negamos que en muchos casos obedecían a una inadecuada aplicación del beneficio de redención que el anterior CP de 1973 preveía. Pero no es de recibo que esos errores cometidos trataran de subsanarse con un error mayor». «A vueltas con la doctrina Parot: una aproximación diferente», *Diario La Ley*, n.º 8178, 25 de octubre de 2013 (versión digital).

<sup>86</sup> VIVES ANTÓN, T.S.; CUERDA ARNAU, M.L., «La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español...», cit., *passim*; LLOBET ANGLÍ, M., «No sólo imprevisible...», cit., pp. 11 y ss., en especial.

<sup>87</sup> Que no se trató de una aplicación retroactiva del art. 78 CP 1995 lo dice también, entre otros, MUÑOZ CUESTA, J., «El concurso real de delitos. Regulación y penalidad en el derecho vigente y en el proyecto de 2013. El artículo 76 del Código Penal», en *Sistema de penas. Delito continuado y concursos delictivos: régimen vigente y perspectivas de futuro*, CEJ, 2013, p. 18.

do a los condenados del descuento que habían ganado en virtud de lo establecido por el art. 100 CP 1973.

Finalmente, y en conexión con el caso concreto de Parot, una de las cuestiones más importantes es que la Sala resolvió, *ultra petita*<sup>88</sup>, como denunció el voto particular a la sentencia del 28 de febrero de 2006, un aspecto que no era objeto del debate y sobre el cual ni el recurrente ni el Ministerio Fiscal tuvieron ocasión de pronunciarse, lo que, cuando menos, es difícilmente conciliable con la prohibición de la indefensión que garantiza el art. 24.1 CE<sup>89</sup>. Tal cuestión, sin embargo, es menos interesante para este trabajo, por lo que nada más vamos a añadir al respecto.

### III. LA CONVALIDACIÓN INDIRECTA DE LA DOCTRINA PAROT POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La innovación en el modo de computar los beneficios penitenciarios en supuestos de penas acumuladas *ex regla* 2.ª art. 70 CP 1973 provocó que se retrasara la excarcelación de numerosos condenados hasta en diez años. Un buen número de afectados recurrieron en amparo ante el TC las resoluciones por las que los órganos sentenciadores, en aplicación de la nueva doctrina sentada por la STS 197/2006, acordaron una fecha de licenciamiento posterior a la que pudieron prever cuando fueron sentenciados o se acordó la acumulación de sus penas y limitación del tiempo de cumplimiento sucesivo.

En sus escritos, los recurrentes denunciaban que, fruto del cálculo de las redenciones sobre cada pena singular, se habían vulnerado sus

---

<sup>88</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ascenso y caída de la doctrina Parot...», cit., p. 293; ORTS BERENGUER, E., «Comentarios a la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (caso parot)», *ReCrim*, n.º 1, 2009, p. 40.

<sup>89</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Apuntes de urgencia...», cit., p. 3 (versión digital). REDONDO HERMIDA pone de manifiesto, con cita de la STS de 15 de enero de 2002, que el TS siempre había sido muy riguroso en cuanto al respeto del principio de congruencia procesal en materia de acumulación: «La Sala de casación no puede llegar sin embargo a tal conclusión, en cuanto ello supondría una «reformatio in peius» contraria a las exigencias de congruencia procesal, ya que en el recurso no se planteaba la improcedencia de la acumulación, sino que se pretendía fijar un límite de cumplimiento –el de veinte años de prisión– inferior al fijado en el auto recurrido. Y como el límite de cumplimiento pretendido no es procedente, ni se ajusta a lo dispuesto en el art. 76 del CP, el recurso de casación debe ser desestimado». «El cambio jurisprudencial en materia de redención de penas...», cit., p. 4 (versión digital). Para MUÑOZ CUESTA, por otro lado, no existió vulneración del derecho de defensa de Parot. «El concurso real de delitos...», cit., p. 18.

derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a la libertad personal (art. 17.1 CE), a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 CE), así como a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

La pretensión esgrimida en los recursos se sustentaba en que el cambio de criterio jurisprudencial, operado contra reo, modificaba sus expectativas legítimas de libertad, alargando su estancia en prisión por encima de los años inicialmente previstos o calculados, sin que tal modificación tuviera base legal ni reglamentaria, en contra de lo que era la práctica habitual de los tribunales y de la Administración penitenciaria. Manifestaban los recurrentes que se había hecho desaparecer el beneficio de acortamiento de la condena por redención de penas, convirtiéndolo en inoperante. Como resultado de la nueva interpretación, los penados que habían optado por el cumplimiento de sus condenas bajo las normas del CP de 1973, por entender que les era más favorable, resultaron altamente perjudicados.

El TC, en la resolución a los recursos, no se pronunció expresamente sobre el fondo de la *doctrina Parot*, es decir, acerca de la aplicación y exégesis del art. 70.2 CP 1973 y del modo de computar las redenciones en los supuestos de concurso real de delitos. Según consta, por ejemplo, en la STC 113/2012, de 24 de mayo, «no es función de este Tribunal la interpretación de la legalidad ordinaria y, en lo que aquí interesa, que no nos corresponde pronunciarnos directamente sobre cómo interpretar y aplicar al caso el art. 70 en relación con el art. 100 del Código penal de 1973, y sobre cuál ha de ser el límite de cumplimiento y el modo de computar las redenciones, pues se trata de decisiones de ejecución de lo juzgado que, de acuerdo con el art. 117 CE corresponden en exclusiva a los órganos judiciales (STC 147/1988, de 14 de julio, FJ 2; en el mismo sentido, 237/1998, de 14 de diciembre, FJ 3; y 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3). Nuestra función se limita a examinar tales decisiones, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, cuyo contenido se constituye en límite a la actuación judicial»<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> En opinión de DÍAZ CREGO, esto supone que «el TC ha adoptado una postura en exceso formalista y ha obviado, en sus 37 sentencias en la materia, el análisis del problema de fondo, asociado a la eventual vulneración del principio de legalidad penal y de la libertad personal. Ambas cuestiones ocupan una posición secundaria en los pronunciamientos de nuestro máximo intérprete de la Constitución, que se limita a excluir la problemática analizada del ámbito de aplicación del principio de legalidad penal; y a subrayar que la privación de libertad sufrida por los demandantes de amparo es legal, en la mayoría de los casos, al no plantear problema alguno en relación con el resto de los derechos reconocidos por el texto constitucional. Las escasas sentencias del TC en las que este tribunal estima las alegaciones de los

El propio Henri Parot recurrió el fallo de la STS 197/2006 por entender que la Sala se había extralimitado en sus pronunciamientos, incurriendo en una incongruencia *extra petita*, al entrar en un extremo ajeno por completo al objeto de la litis, y sobre el que las partes no pudieron efectuar alegaciones. En su recurso fundamentó que se le había causado indefensión y denunció la vulneración del principio de contradicción. Sin embargo, el TC inadmitió la demanda de amparo de Parot a través de auto 179/2010, de 29 de noviembre, por no haber agotado el recurrente la vía judicial ordinaria mediante la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones (art. 241.1 LOPJ). En concreto, «siendo así, dicha pretensión pudo y debió ser deducida ante el propio Tribunal Supremo con carácter previo a la interposición del recurso de amparo a través de la interposición del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), pues, de acuerdo con nuestra reiterada doctrina, la previa interposición de este recurso es preceptiva para entender cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC], no sólo en los supuestos de incongruencia omisiva, sino también si se denuncia incongruencia *extra petita* en la resolución recurrida en amparo», según consta en el mencionado auto.

De la treintena de recursos que llegaron al TC, solamente se otorgó el amparo en cuatro ocasiones, concretamente en las sentencias 39/2012, 42/2012, 57/2012 y 62/2012, todas ellas de fecha 29 de marzo de 2012. En todos esos supuestos, el amparo fue concedido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, en conexión con el principio de seguridad jurídica y el derecho fundamental a la libertad personal. Bien porque se hubiera modificado, como consecuencia de la aplicación de la *doctrina Parot*, una resolución firme que contenía una fecha de licenciamiento concreta por otra posterior que la retrasaba en 9 años (STC 62/2012), bien porque se trataba de resoluciones en las que constaba expresamente que el penado había optado por la aplicación del CP de 1973, por ser más favorable que las disposiciones del nuevo Código, y contenían un pronunciamiento expreso sobre el modo de computar las redenciones del art. 100 del Código anterior al vigente (el resto de las

---

recurrentes en amparo se centran en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y, en ese sentido, tienen en cuenta una diferencia puramente formal relacionada con el contenido de los autos de revisión de condena de algunos de los recurrentes en amparo». «Cuando Parot llegó a Estrasburgo», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 31, 2013, p. 610.

resoluciones antes referidas)<sup>91</sup>. Al igual que sucedió con Henri Parot, se inadmitieron los recursos de los respectivos condenados por no haber agotado la vía jurisdiccional ordinaria en las SSTC 58/2012, 60/2012 y 63/2012, de 29 de marzo.

Aunque el TC no entró a cuestionar la doctrina (el fondo de la misma), por entender que se trataba de decisiones de ejecución de lo juzgado, a la hora de analizar si existió o no vulneración de los derechos fundamentales invocados, descartó, en primer término, la infracción del art. 25.1 CE, por tratarse con el allí regulado, según el Tribunal, de un derecho fundamental extraño a la ejecución de las penas privativas de libertad, estadio al que se adscribe el cómputo de los beneficios penitenciarios. El mencionado artículo de la Norma Fundamental vendría referido al ámbito propio de la interpretación y aplicación de los tipos penales, a la subsunción de los hechos probados en los mismos y a la imposición de la pena en ellos prevista. De la interpretación sometida a enjuiciamiento no se derivaría el cumplimiento de una pena mayor a la prevista en los tipos aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto. Con cita de abundante jurisprudencia del TEDH, afirma el TC que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena, no a la propia pena, en la medida en que no impliquen que el castigo aplicado sea más grave que el previsto por la ley, no conciernen al derecho a la legalidad penal del art. 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aunque sí pueden afectar al derecho a la libertad<sup>92</sup>.

Por otra parte, resolvió el TC que no estamos en presencia de una aplicación retroactiva del art. 78 CP, sino ante un cambio de interpretación de la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos (CP 1973), que «ciertamente, acoge el criterio de cómputo consagrado expresamente en el art. 78 CP 1995, pero argumentando que

---

<sup>91</sup> Al respecto, véanse ALCÁCER GUIRAO, R., «La “Doctrina Parot” ante Estrasburgo...», cit., pp. 934-935 (8); NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto *Del Río Prada c. España...*», cit., p. 392; MONTERO HERNANZ, T., *Las alternativas...*, cit., pp. 26 y ss. Lo indica igualmente TERRASA GARCÍA, A. J., «Notas a propósito de la llamada Doctrina Parot y la reforma del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo)», *Boletín de la Real Academia de jurisprudencia y legislación de las Illes Balears*, XX, Palma de Mallorca, 2019, pp. 461-462.

<sup>92</sup> Ha de destacarse que muchos de los recurrentes alegaron la vulneración del art. 25.2 CE, la cual, sin embargo, fue rechazada por el TC, porque dicho precepto no consagra ningún derecho susceptible de amparo, sino que contiene un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, y un principio interpretativo de las normas relativas a la imposición y cumplimiento de las penas (por todas, SSTC 88/1998, de 21 de abril, FJ 3; 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; y ATC 279/2000, de 29 de noviembre, FJ 4). Así se aprecia en el FJ 4 de la STC 39/2012.

tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carecería de base fáctica, pues la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el art. 25.1 CE tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, SSTC 21/1993, de 18 de enero, FJ 4; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 20/2003, de 20 de febrero, FJ 4; y 116/2007, de 21 de mayo, FJ 9)» (STC 39/2012, de 29 de marzo).

El denunciado quebrantamiento del derecho fundamental a la libertad personal es igualmente descartado por el máximo intérprete constitucional<sup>93</sup>. Si bien, según reiterada doctrina del TC, no puede excluirse la posible vulneración del art. 17.1 CE como consecuencia de la forma de ejecución, en relación con el cómputo del tiempo de estancia en prisión, por inobservancia de las disposiciones legales, en cuanto suponga un alargamiento ilegítimo de dicha permanencia (y, por ende, de la pérdida de libertad), no se ha producido en los casos afectados un indebido estiramiento del tiempo pasado en prisión que pueda ser considerado como una privación de libertad ilegal. Lo que ocurre es que no tiene lugar el acortamiento de la condena al que los interesados creen tener derecho.

Por último, no puede apreciarse tampoco la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, porque las resoluciones impugnadas se limitan a aplicar la doctrina del TS, máximo intérprete de la ley, justificando el cambio de criterio en el cómputo de las redenciones precisamente en aplicación de esa doctrina. No puede estimarse, por tanto, ni voluntarismo selectivo ni apartamiento inmotivado del criterio consolidado y mantenido entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye esencia de la desigualdad aplicativa, según jurisprudencia del TC<sup>94</sup>.

Ha de estarse de acuerdo con HAVA GARCÍA<sup>95</sup> cuando afirma que se trató de pronunciamientos «en falso», dado que el TC «se limitó a conceder el amparo en los tres casos en que comprobó que las resoluciones judiciales sobre las respectivas liquidaciones de condena ya eran firmes antes de que se procediera a su revisión conforme a los

---

<sup>93</sup> De opinión contraria a lo estimado por el TC, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ascenso y caída de la doctrina Parot...», cit., pp. 299 y ss.

<sup>94</sup> En la Memoria del año 2014 de la FGE se dice que la jurisprudencia constitucional sigue tres líneas básicas complementarias, que allí entran a detallarse ampliamente. Nos remitimos a ello.

<sup>95</sup> «Antes y después de la doctrina Parot...», cit., p. 166.

postulados de la «Doctrina Parot»»; en cambio, en el resto de supuestos fue rechazado «aferrándose para ello a un criterio absurdo por excesivamente formalista (la ausencia de referencias al art. 100 CP73 en las resoluciones que se refieren a la pena a cumplir) y evitando en todo momento entrar siquiera mínimamente en el análisis de la nueva interpretación acuñada por el Supremo».

El TC no se pronunció directamente sobre la legalidad o ilegalidad de la *doctrina Parot*, aunque de forma implícita, con la estimación únicamente de los recursos relativos a los casos en que afectó a la intangibilidad de resoluciones judiciales firmes, vino a ratificarla. Se convalidó, pues, la aplicación de los beneficios penitenciarios previstos en el CP de 1973 sucesivamente, sobre cada una de las penas individuales acumuladas, hasta llegar al tope legal máximo de ejecución sucesiva<sup>96</sup>. El TC consideró, así, que era una interpretación posible de la ley el descuento o abono singularizado, sobre la pena a cumplir en cada momento, de los días redimidos.

Las resoluciones desestimatorias de los recursos contaron con votos particulares, destacando, especialmente, el de la vicepresidenta del órgano, ASUA BATARRITA, a la STC 40/2012, crítico con las «apelaciones genéricas a los fines de la pena» y la residencia en consideraciones de política criminal de la *doctrina Parot*. Interpretación que, «ni la consiente el valor de justicia proclamado por la Constitución española, ni resulta propiamente tampoco de la ley». A su entender, la constitucionalidad debía ser analizada desde el fundamento material del derecho a la legalidad del art. 25.1 CE, «porque tal cambio de criterio altera de forma sustancial la previsión racionalmente fundada sobre la duración efectiva de la pena que la persona condenada pudo establecer al comenzar su ejecución». La magistrada vislumbró ciertamente la que sería la solución que dio el TEDH con posterioridad al conflicto, cuando tuvo ocasión de conocer sobre él en el asunto Del Río Prada c. España: «El acceso al conocimiento seguro de la duración de la pena, su previsibilidad conforme a las pautas vigentes no sólo en el momento de aplicación de la ley sino en el de los hechos

---

<sup>96</sup> Estima MANZANO MORENO que «el TC opta por respetar íntegramente la doctrina Parot llevada a cabo motivadamente por el TS en el ejercicio exclusivo de sus funciones jurisdiccionales, entrando a examinar, tan sólo si las resoluciones judiciales dictadas por la Audiencia Nacional y TS aplicando esa doctrina han podido o no sobrepasar aquél límite. Y a este respecto, el TC considera que sólo en los dos casos mencionados (SSTC 39/12 y 62/12), no en los restantes, se produjo vulneración de derecho fundamental, concretamente del derecho a la tutela judicial efectiva por quebrantamiento del principio de intangibilidad de unas resoluciones judiciales firmes que los propios tribunales sentenciadores habían dictado en fase de ejecución». *La ejecución penal...*, cit., p. 77.

enjuiciados, son elementos que pertenecen al núcleo del derecho fundamental a la ley previa, cierta, precisa, tanto respecto a los delitos como respecto a las consecuencias punitivas correspondientes. Y en el contexto de las singularidades del Código penal de 1973 este conocimiento cierto debe abarcar no sólo el límite nominal del quantum de dicho cumplimiento sino también su traducción correspondiente en un límite efectivo de menor duración por el acortamiento derivado del abono del tiempo redimido por trabajo conforme a las reglas del art. 100».

#### IV. EL FINAL DE LA DOCTRINA PAROT: EL ASUNTO DEL RÍO PRADA C. ESPAÑA ANTE EL TEDH (STEDH DE 21 DE OCTUBRE DE 2013)

La terrorista Inés del Río Prada fue condenada en España, entre finales de los años ochenta y principios de los dos mil, a más de 3.000 años de prisión. La demandante permaneció en situación de prisión preventiva desde el 6 de julio de 1987 hasta el 13 de febrero de 1989. El 14 de febrero de 1989 comenzó a cumplir su primera condena. A través de una decisión de fecha 30 de noviembre del año 2000, la AN notificó a la Sra. del Río que la conexidad existente entre los distintos hechos por los que había sido condenada permitía la acumulación de las varias penas que le fueron impuestas, fijando un límite de cumplimiento único de 30 años. Por resolución de 15 de febrero de 2001, la AN fijó el día 27 de junio de 2017 como fecha de licenciamiento definitivo. El 24 de abril de 2008, el centro penitenciario de Murcia en el que se hallaba interna propuso como fecha de puesta en libertad el día 2 de julio de 2008, tras deducir de los 30 años un total de 3.282 días (casi nueve años) redimidos por los trabajos por ella realizados en prisión desde 1987.

Sin embargo, el 19 de mayo de 2008 la AN rechazó la propuesta elevada el 24 de abril y solicitó a las autoridades penitenciarias, con base en la nueva jurisprudencia (*doctrina Parot*), una nueva fecha de puesta en libertad. Por providencia de fecha 23 de junio de 2008, el tribunal estableció el día 27 de junio de 2017 como fecha de excarcelación definitiva de la condenada. Fecha que, como puede comprobarse a través de una simple operación matemática, coincide con el transcurso íntegro de los 30 años desde su encarcelamiento (en 1987).

La afectada interpuso frente a dicha resolución un recurso de súplica, desestimado por la AN con fecha 10 de julio de 2008. Declaró dicho órgano judicial que no había sido infringido el principio

de irretroactividad de las normas penales desfavorables, dado que la cuestión planteada afectaba a las modalidades de cómputo de los beneficios penitenciarios. Frente a la decisión de la AN, del Río Prada recurrió en amparo ante el TC, invocando la infracción de los arts. 14, 17, 24 y 25 de la CE. El TC inadmitió el recurso de la interesada debido a la ausencia de justificación de la trascendencia constitucional de sus peticiones. Contra dicha resolución, la penada presentó demanda ante el TEDH el día 3 de agosto de 2009.

La recurrente alegó en su escrito de demanda que las autoridades españolas habían transgredido el art. 7 del CEDH —«no hay pena sin ley»<sup>97</sup>— dado que la aplicación retroactiva de la nueva interpretación jurisprudencial de los arts. 70 y 100 CP 1973 provocó estirar su prisión en casi nueve años. Además, denunció que su permanencia en la cárcel desde el 3 de julio de 2008 constituía una privación de libertad ilegítima o irregular, contraria al art. 5 del CEDH —«derecho a la libertad y a la seguridad»<sup>98</sup>—. La Sección 3.<sup>a</sup> del TEDH declaró haber lugar a su demanda el 10 de julio de 2012.

Por unanimidad de todos sus integrantes, la citada Sección del TEDH entendió que la aplicación de la *doctrina Parot* había provocado el efecto retroactivo de ampliar el tiempo de prisión de la demandante en casi nueve años, privándole de la redención a la que habría tenido derecho si se hubiera respetado la práctica tradicional de los tribunales españoles, que consideraban el máximo de condena como una pena nueva y autónoma sobre la que abonar los días redimidos. Esa medida, según se resolvió, no afectaba sólo a la ejecución, sino que tenía un impacto decisivo en el alcance efectivo de la penalidad a efectos del art. 7 CEDH<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Artículo 7 CEDH: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas». Al respecto, sobre el contenido del precepto y la jurisprudencia que lo interpreta, véase, AMBOS, K., *Derecho penal europeo*, traducción a cargo de Leandro DIAS con asistencia de Gustavo URQUIZO, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 238 y ss.

<sup>98</sup> Sobre su interpretación, vid. AMBOS, K., *Derecho penal europeo*, cit., pp. 185 y ss.

<sup>99</sup> Apunta CÁMARA ARROYO que el hecho de que «la norma no estuviera definida entonces de un modo «justo», no es un argumento suficiente para reescribirla con aplicación retroactiva». A eso añade que «debe insistirse, en este punto, que el cálculo de la redención de penas por el trabajo, aun a pesar de su naturaleza de beneficio penitenciario, tomaba la forma de regla de determinación de la pena y, por

Por otra parte, desarrolla la Sección en su sentencia que habría sido difícil, cuando no imposible, imaginar para la recurrente que, tanto en el momento de comisión de los delitos como en el de la acumulación de sus penas y determinación del máximo de cumplimiento, el TS se desviara de su anterior jurisprudencia para modificar los mecanismos de redención de penas. Fruto de esa imposibilidad para prever la aplicación retroactiva del cambio jurisprudencial, se falló que la privación de libertad de la recurrente no había sido regular desde el 3 de julio de 2008, lo que conllevaba la vulneración del art. 5.1 CEDH. El Estado español fue requerido para que pusiera en libertad a la recurrente en el plazo de tiempo más breve posible<sup>100</sup>. España, igualmente, sería condenada a indemnizar a Inés del Río, por una parte, en la cantidad de 30.000 euros en concepto de daño moral y, por otra, en 1.500 euros en concepto de costas.

Disconforme con lo resuelto por la Sección 3.<sup>a</sup>, el Gobierno español decidió recurrir el fallo ante la Gran Sala del TEDH. El 21 de octubre de 2013, tras la previa celebración de una vista oral el 20 de marzo de 2013, se dictó sentencia confirmatoria del fallo de instancia: había existido vulneración de los arts. 7 y 5.1 del CEDH. La Gran Sala, no obstante, no analizó el fondo de la *doctrina*, porque su función, según explica en su resolución, no es la de determinar cuál es la interpretación correcta del derecho interno; su intervención se limitó a establecer si la nueva interpretación que se dio era razonablemente previsible respecto del derecho aplicable en el momento concreto.

Tras entrar la Gran Sala en que la modificación del cómputo de los beneficios penitenciarios, como tal, no queda englobada por el art. 7 CEDH, pues en su jurisprudencia se viene trazando una clara distinción entre medidas que constituyen pena y las que se refieren a su aplicación o ejecución<sup>101</sup>, declara que el nuevo criterio para el cál-

---

tanto, quedaba dentro de la esfera del principio de legalidad en cuanto a norma penal sustantiva». «La Doctrina Parot», cit., pp. 152-153.

<sup>100</sup> Véanse NISTAL BURÓN, J., «El controvertido periplo judicial de la “Doctrina Parot” (De la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al Tribunal de Estrasburgo)», *Diario La Ley*, n.º 8068, Sección Doctrina, 23 de abril de 2013, pp. 10-11 (versión digital); ALCÁCER GUIRAO, R., «La “Doctrina Parot” ante Estrasburgo...», cit., pp. 935 y ss.

<sup>101</sup> En este sentido, es importante destacar, como se hace en la sentencia que, cuando la naturaleza y finalidad de la medida se refieren a la remisión de una condena o alteran las normas sobre excarcelación anticipada, no formarían parte del concepto de pena según el art. 7 CEDH. En el asunto *Uttley c. Reino Unido* (2005), el TEDH consideró que las modificaciones de las normas sobre excarcelación anticipada introducidas después de la condena del recurrente formaban parte del régimen general de ejecución aplicable a los reclusos; de modo que su naturaleza y finalidad, lejos de ser punitiva, tendía a permitir la excarcelación anticipada, no pudiendo

culo de las redenciones no puede ser considerado como una medida que afecte en exclusiva a la ejecución de la pena impuesta. Precisamente, defendía el Gobierno español que la sentencia de la Sección era incompatible con la jurisprudencia de dicho Tribunal en relación con la cuestión de hasta qué punto un sujeto debe ser capaz de poder predecir la duración exacta de la reclusión a la que sería condenado; y no sólo eso, sino que se habría apartado de la jurisprudencia del TEDH que diferenciaba entre las medidas que constituyen pena y las relativas al cumplimiento de la pena. Desde la tesis defendida por el Gobierno, estaríamos en presencia de medidas referidas a remisiones de condena, no al plazo máximo de cumplimiento, que no se vería alterado, y, por lo tanto, relativas a la ejecución de las penas, a través de las que se permitía al recluso trabajador obtener su puesta en libertad antes de haber cumplido la totalidad de la condena, siempre que hubiera demostrado una voluntad de regresar a la sociedad a través del trabajo. El Gobierno se apoyó en jurisprudencia de la *Grande Chambre* en la que se declaraba que las medidas que tuvieran como fin la redención de una pena o el cambio en el sistema de libertad condicional no forman parte integrante de la pena (asuntos *Hogben c. Reino Unido*, 1986, *Grava c. Italia*, 2003, *Uttley c. Reino Unido*, 2005 y *Kafkaris c. Chipre*, 2008)<sup>102</sup>.

La Gran Sala, sin embargo, rechazando la tesis del Gobierno, estimó que la aplicación de las nuevas modalidades de cálculo de las redenciones, pena a pena y no sobre el máximo de cumplimiento, no podían ser consideradas como una medida que afectase exclusivamente a la ejecución de la condena, sino que suponían una redefinición del

---

calificarse intrínsecamente severas. En suma, el nuevo régimen de excarcelación no formaba parte de la pena impuesta. En el asunto *Kafkaris c. Chipre* (2008), se enjuició una cuestión relativa a la modificación de la legislación penitenciaria chipriota por la que se privó a los reclusos que cumplían penas perpetuas (reclusión indefinida), entre los que se encontraba el recurrente, del derecho a la remisión de su condena. El TEDH resolvió que la reforma afectaba a la ejecución y no a la pena impuesta, que seguía siendo la de reclusión indefinida. Aunque esa modificación en las condiciones de ejecución y excarcelación podía ser causa de un endurecimiento, no podía interpretarse que supusiera una pena más rigurosa que la impuesta. Si bien, se advirtió que la distinción entre pena y su cumplimiento no siempre es clara, pues no puede descartarse que medidas adoptadas por el poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales, después de la imposición de una pena definitiva o durante su cumplimiento, puedan ser causa de una redefinición o modificación del alcance de la pena impuesta por el sentenciador. Sobre el principio de legalidad del art. 7 CEDH y su interpretación, vid. LANDA GOROSTIZA, J.M., «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 4, 2012.

<sup>102</sup> Sobre este particular, vid. NISTAL BURÓN, J., «El controvertido periplo...», cit., pp. 11-12 (versión digital).

alcance de la pena impuesta. El máximo de treinta años de prisión, al que se llega por acumulación de las penas, había perdido su carácter de pena autónoma sobre la que debían calcularse las redenciones.

Como cuestión trascendental para la resolución de la controversia, se entra a valorar si la interpretación de la regla 2.<sup>a</sup> del art. 70 CP 1973, adoptada mucho después de que del Río cometiera sus delitos y fuera condenada, e incluso de que se fijara el máximo de cumplimiento a su favor, era razonablemente previsible o no, como tendencia perceptible en la evolución jurisprudencial. Es decir, si podía esperar la terrorista, con asesoramiento pertinente o sin él, que el *máximo* de 30 años podía convertirse en una pena de cárcel efectiva, sin deducciones. La Gran Sala tendrá en cuenta, como antecedente relevante, que en la STS de 8 de marzo de 1994 se seguía el criterio inverso a *Parot*, y que en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 1996 se había fijado que las redenciones de penas debían ser tenidas en cuenta a la hora de comparar las penas a cumplir de acuerdo con el viejo y el nuevo Código.

El Tribunal llegará a la conclusión de que el TS español privó de cualquier efecto útil a las redenciones y condujo, en la práctica, a su anulación, en detrimento de la demandante. Las consideraciones de política criminal en las que se apoyó la Sala de lo Penal del TS fueron consideradas insuficientes para justificar un giro jurisprudencial de tal calado en materia de imputación de los beneficios penitenciarios. La demandante no podía prever o esperar el giro efectuado por el TS. Para la mayoría de los jueces, por quince votos a favor y dos en contra, existió violación del art. 7 CEDH.

De otra parte, Inés del Río había denunciado que su estancia en prisión desde el 3 de julio de 2008 no se ajustaba a las exigencias derivadas del principio de legalidad. La Sección Tercera del TEDH estimó, a la vista de la infracción del art. 7 CEDH, que la recurrente no había podido prever de forma razonable, en el momento de comisión de los hechos, que la duración efectiva de su privación de libertad se prolongaría en casi nueve años y que las modalidades de cómputo de las redenciones establecidas por la STS 197/2006 se aplicarían retroactivamente, por lo que su mantenimiento en prisión desde dicha fecha no era regular y transgredía el art. 5.1 CEDH. Haciendo uso de esos mismos argumentos, la *Grande Chambre* dictaminó que, tanto en el momento en el que fue condenada como cuando realizaba trabajos penitenciarios y se le notificó la resolución por la que se aunaban sus penas, la recurrente no pudo prever de forma razonable que la práctica empleada para calcular el descuento sufriría una alteración como

consecuencia de un cambio jurisprudencial, y que el nuevo criterio le sería aplicable.

Retrasar en casi nueve años la fecha de su puesta en libertad trajo como consecuencia que la demandante había cumplido un período superior al que, realmente, le correspondía de conformidad con la legislación vigente en el momento de condena. Por tanto, la privación de libertad desde el 3 de julio de 2008 no fue legal, con violación del art. 5.1 CEDH, según se acordó por unanimidad.

Por dieciséis votos a favor y uno en contra, se falló que el Estado español debía garantizar que la demandante fuese puesta en libertad en el más breve plazo. España fue condenada a pagar a Inés del Río en el plazo de tres meses la suma de 30.000 euros, más intereses, en concepto de daños morales<sup>103</sup>.

## V. CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DE LA DOCTRINA PAROT POR EL TEDH Y VALORACIÓN DEL FALLO

A la vista de que la *doctrina Parot* dejó sin contenido el beneficio de redención de penas por el trabajo de forma retroactiva y en perjuicio de la Sra. del Río, que pudo creer «razonablemente», según la práctica consolidada de los tribunales y de la administración españoles, que la pena a cumplir era la de 30 años con aplicación del descuento por redención de penas sobre ella, el TEDH declaró que el giro jurisprudencial operado por la STS 197/2006 había provocado la redefinición del alcance de la pena impuesta, lo que traía como consecuencia la transgresión de los arts. 7 y 5.1 CEDH.

El TEDH instó a España, ante la irregularidad de la privación de libertad de la recurrente desde el 3 de julio de 2008, a su excarcelación en el plazo de tiempo más breve. Al día siguiente de la publicación de la sentencia, la AN dictó un auto (61/2013) por el que acordó «en cumplimiento de la sentencia firme de la Grand Chambre del Tribunal Europeo de derechos humanos de fecha de ayer, la LIBERTAD INMEDIATA de la condenada D<sup>a</sup>. Inés del Río Prada dejando sin efecto

---

<sup>103</sup> MANZANARES SAMANIEGO reflexionó sobre ese aspecto concreto que «afortunadamente, las indemnizaciones fijadas no enriquecerán al delincuente sino que servirán para la satisfacción de sus responsabilidades civiles frente a las víctimas. Repárese, de otro lado, en que la cuantía de la fijada en este caso por la privación indebida de libertad es notablemente inferior a la que resultaría conforme al módulo de 120 euros por día que nuestros tribunales utilizan en supuestos similares de responsabilidad de la Administración de Justicia». «Las tribulaciones de la doctrina Parot», cit., p. 4 (versión digital).

el Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 6 de junio de 2008 y la providencia de 23 de junio de 2008». Consiguientemente, se declararon extinguidas las responsabilidades penales de la delincente. Inés del Río tenía ya cumplidos los treinta años de condena máximos.

En el auto de la AN se hace especial incidencia, a la hora de entrar en la ejecución del fallo de la Gran Sala, en el carácter vinculante de la resolución, de obligado cumplimiento para España, como país que adquirió la obligación internacional de dar efectividad y ejecutar las sentencias del TEDH al prestar su consentimiento al CEDH. Es sabido, asimismo, que el CEDH integra el ordenamiento jurídico español (art. 96.1 CE) y que las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben ser interpretadas de conformidad con los tratados internacionales. Además, si no se ejecutara esa decisión obligatoria y vinculante —según los términos del auto—, sería el TC quien tendría que reaccionar anulando una decisión contraria a derecho y a los Derechos Humanos básicos del Convenio europeo, para amparar a la interesada. Si el reino de España no hubiese dado cumplimiento al mandato expreso de excarcelación de Inés del Río, hubiera resultado de aplicación el procedimiento de ejecución previsto en el art. 46 CEDH, especialmente en sus apartados tercero a quinto.

La doctrina española debatió, cuando todavía no era firme la sentencia del TEDH, sobre si, en caso de confirmarse el fallo, el mismo sería de inmediata aplicación o sólo cabría, en cambio, conferirle un carácter meramente declarativo. Las sentencias del TEDH carecían de fuerza ejecutiva directa y no existía mecanismo procesal alguno para reabrir el proceso, cuando ello fuera necesario, y reparar la lesión, como bien recuerda ALCÁCER GUIRAO<sup>104</sup>. Planteaba el mencionado autor que la demandante se encontraría, en caso de requerir de la AN la ejecución del fallo, por ser el órgano judicial que aplicó en su caso la *doctrina Parot*, con que legalmente no podía dicho tribunal anular una resolución firme con efectos de cosa juzgada. Avistaba dos soluciones posibles frente a tal problema, un tanto forzadas y ambas «implausibles» en la práctica en su opinión: la primera el indulto; la segunda, el recurso de revisión ante el TS, «cuya virtualidad pasaría por una muy generosa interpretación extensiva de la ley procesal, entendiéndose que la sentencia de Estrasburgo constituye un «hecho nuevo» que además «evidencia la inocencia del condenado» (artículo 954.4 LECrim)».

---

<sup>104</sup> «La “Doctrina Parot” ante Estrasburgo...», cit., pp. 946 y ss.

Pero lo cierto es que dicho pronunciamiento fue acatado. Inés del Río fue excarcelada, al igual que lo serían un buen número de terroristas de ETA y otros delincuentes a quienes se les había aplicado la *doctrina Parot* por la AN (aunque a ellos no les afectaba directamente, por no ser los demandantes del caso, el fallo del TEDH)<sup>105</sup>. La puesta en libertad de Inés del Río debe ser entendida como una consecuencia lógica del fallo europeo<sup>106</sup>. Al parecer de Alfonso DEL MORAL GARCÍA, «sea como fuere, desde mi punto de vista considero que al Estado español no le quedaba otra alternativa más que cumplir con lo ordenado, esto es, la puesta en libertad de la demandante Inés del Río, puesto que, de no hacerlo, se estaría incurriendo en una infracción de las normas del CEDH, del que España es parte, pudiendo dar lugar a la intervención del Comité de Ministros del Consejo de Europa de acuerdo con lo establecido en el art. 46 del citado CEDH»<sup>107</sup>.

Con el fin de resolver los eventuales problemas que pudieran plantearse en cuanto al modo en que deberían deshacerse las liquidaciones practicadas, el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS adoptó el 12 de noviembre de 2013 el siguiente Acuerdo:

«1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala nº 197/2006, de 28 de febrero.

---

<sup>105</sup> No obstante, la AN consideró en su auto 62/2013, de 25 de octubre, que «los pronunciamientos que realiza el TEDH claramente trascienden a la demandante y son de aplicación general a todos los casos en que se den situaciones semejantes». Por lo tanto, se trataría de una solución «de aplicación general», como señala PENA GONZÁLEZ, W., «De la “Doctrina Parot” al caso «Inés del Río». Legalidad, libertad y el sistema multinivel en Europa y España», *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 7, diciembre 2019, p. 74.

<sup>106</sup> HAVA GARCÍA, E., «Antes y después de la doctrina Parot...», cit., p. 154. En palabras de RÍOS MARTÍN y SÁEZ RODRÍGUEZ, «aportó nuevos argumentos que ponen de manifiesto la superación del valor meramente declarativo atribuido en el paso a las sentencias del TEDH, y la correlativa desaparición de polémica alguna particularmente a partir de la conformación actual del art. 46.1 del CEDH que, como hemos visto, obliga a ejecutar las resoluciones del Tribunal «y más cuando estas se concretan en una obligación de hacer o actuar de determinada manera» [...] y sin perjuicio igualmente de la existencia o no en los estados de mecanismos procesales adecuados o suficientes para llevar a cabo la ejecución». «Del origen al fin de la doctrina parot», cit., p. 33.

<sup>107</sup> «Giro jurisprudencial...», cit., p. 11 (versión digital).

2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.

3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH»<sup>108</sup>.

La consecuencia inmediata de ello fue la vuelta a la interpretación anterior a la STS 197/2006 sobre el cómputo de la redención de penas a partir del límite de cumplimiento, reconociendo el Alto Tribunal que con anterioridad al cambio de criterio siempre se había hecho así. Dicho Acuerdo fue desarrollado por la STS 883/2013, de 14 de noviembre, y la STS 922/2013, de 2 de diciembre, en la última de las cuales se sostuvo que «no solo nada impide la rectificación del criterio hasta ahora aplicado para sustituirlo por otro más favorable al reo en el sentido que se desprende de la tan mencionada STEDH, sino que resulta obligado en tanto que no es posible mantener una situación de privación de libertad basándose en un criterio que, en circunstancias similares a las contempladas en la referida STEDH, vulnera derechos reconocidos en el Convenio Europeo».

En la sentencia del 2 de diciembre de 2013 se incide en que «el Pleno tuvo en consideración que no se trata de un supuesto de rectificación de una condena para acordar la absolución o para imponer una pena más leve, lo que obligaría a acudir al recurso de revisión de sentencias firmes. Incluso en el caso de que, en una causa en concreto, lo que no ocurre en la presente, existiera alguna sentencia firme acerca de la pertinencia de la aplicación del criterio establecido en la STS núm. 197/2006, no se trataría de una decisión sobre el fondo jurídico penal del asunto, sino, más limitadamente, sobre la aplicación de las redenciones de penas por el trabajo durante la ejecución de la sentencia según un criterio que, tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, se ha revelado como incorrecto en cuanto vulnera derechos reconocidos en los arts. 7 y 5 del Convenio».

Entre la doctrina, se encuentran valoraciones a favor y en contra de la *doctrina Parot* una vez que se conoció el fallo del TEDH en el asunto *Del Río Prada c. España*.

---

<sup>108</sup> Al respecto, vid. GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia. Años 1991-2016 (actualizados hasta diciembre de 2016)*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 280-281.

En su defensa a ultranza de la *doctrina*, SÁNCHEZ MELGAR<sup>109</sup> pretende hacer notar que el TEDH nunca se había pronunciado sobre los avatares del cumplimiento de una pena por parte de los Estados firmantes del Convenio; pero, aunque lo hiciera novedosamente en el caso español, en su opinión, tampoco existía jurisprudencia del TS sobre el particular; hasta el extremo de que, según dice, este tiene que referirse en su resolución a una especie de costumbre o práctica en la aplicación de las condenas seriadas de los delincuentes. Desde su punto de vista, la STS de 8 de marzo de 1994 «no es tan explícita como se dice, ni siquiera forma jurisprudencia, puesto que la jurisprudencia ha de estar constituida por dos o más sentencias en el mismo sentido (art. 1.6 del Código Civil). De manera que no habiendo jurisprudencia, huelga hablar de interpretación retroactiva desfavorable». Insiste el autor en la diferencia existente entre la «pena» que sirve para hallar el triple y la condena, ésta última como resultado de una suma de penas, y señala que «el Tribunal nunca había sostenido que el requisito de previsibilidad se extiende a la duración exacta de la pena que ha de cumplirse teniendo en cuenta los beneficios penitenciarios, remisiones, indultos u otros factores que afecten a la ejecución de la pena. Estos factores eran imposibles de prever y calcular ex ante».

Centrándose en el caso de la demandante, SÁNCHEZ MELGAR<sup>110</sup> trata de convencer de que no se dispuso que las sentencias condenatorias —más bien las penas— que tenía que cumplir del Río se habían convertido en una sola pena de 30 años de duración, sino que se fijó un límite, y éste no se traspasó en ningún momento; «y las redenciones de penas por el trabajo se aplican a la condena que cumplía, que era la primera y no las restantes». «En modo alguno se dijo que afectaba a todas las penas que tenía que cumplir la recurrente. Ya se ha dicho, que si la operación de acumulación es refundición, es decir, conversión de varias condenas en una sola, la conclusión es que lo mismo da cometer un crimen que ciento. Y esa tarifa plana, no la puede consentir la ley ni la razón». Conecta el caso, finalmente, con el art. 78 CP, del que dice que se trata de un mecanismo de corrección de la regla de acumulación jurídica establecido para actuaciones delictivas sumamente graves que atentan contra una pluralidad de bienes jurídicos con la finalidad de procurar evitar que la aplicación mecánica

---

<sup>109</sup> *Prontuario de Derecho penal para abogados. Derecho penal sustantivo...*, cit., p. 297.

<sup>110</sup> *Prontuario de Derecho penal para abogados. Derecho penal sustantivo...*, cit., p. 297. Aun así, refiere la acumulación como «mecanismo de refundición». *Prontuario de Derecho penal para abogados. Derecho procesal penal. Acceso a la profesión de abogado*, Vol. II., con la colaboración de Ana Belén ALONSO GONZÁLEZ, Servicio de Publicaciones Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2014, pp. 1.154 y ss.

de los límites pueda desembocar en una generalizada conciencia de impunidad<sup>111</sup>. A su parecer, la *doctrina Parot* estaría todavía vigente en la medida de libertad vigilada<sup>112</sup>, incorporada a nuestro derecho penal de adultos en el año 2010.

Por su parte, NISTAL BURÓN<sup>113</sup> afirma que el ciudadano tiene derecho a conocer si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida (o sea, el *quantum* de pena y que su reclusión efectiva no va a ser superior a la impuesta en sentencia); pero, en el marco de la ejecución penal, el principio de legalidad no goza de alcance para decirle al ciudadano cuánto tiempo de la pena impuesta será de efectivo cumplimiento en prisión y cuánto tiempo podrá cumplir en semilibertad o libertad condicional, y si podrá hacer o no uso de permisos penitenciarios u obtener una reducción de la condena. La reclusión puede ser menor a la impuesta, pero el ciudadano «no puede exigir un derecho a conocerla, ni siquiera a preverla con plena exactitud». En su sentir, la *doctrina Parot* no provocó una prolongación del cumplimiento, sino el no acortamiento de dicha condena, porque tal acortamiento, que puede producirse por mor de la redención, no es un derecho absoluto del recluso, sino un beneficio penitenciario. En otra publicación, señala este autor que con la forma de liquidar las condenas prevista en el art. 78 CP y la establecida vía interpretativa por la STS 197/2006, «tanto el legislador como la jurisprudencia han sabido acoger los criterios [de] la nueva Ciencia victimológica, así como la evolución inherente a la necesaria proporcionalidad del castigo»<sup>114</sup>.

AGUDO FERNÁNDEZ/JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ<sup>115</sup> se refieren a la *doctrina Parot* como «expresión de la razón y el sentido común, basada en sólidos argumentos, y que desde la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003 aparece plasmada legislativamente en el art. 78 del Código Penal». A su manera de ver las cosas, dado que —conforme entienden— en ningún momento se negó a la condenada Inés del Río la aplicación del beneficio legal de acumulación jurídica, que produjo sus efectos reductores, y que el TEDH no profundizó en que una cosa es la aplicación del art. 76 CP y otra distinta «cómo deba calcularse dicho límite», no existió vulneración de los principios de legalidad e igualdad. Tampoco en cuanto a su «interpretación»,

---

<sup>111</sup> *Prontuario de Derecho penal para abogados. Derecho penal sustantivo...*, cit., p. 300.

<sup>112</sup> «La vigencia de la “Doctrina Parot” ...», cit., p. 7 (versión digital).

<sup>113</sup> «El controvertido periplo...», cit., pp. 12-13 (versión digital).

<sup>114</sup> *La víctima en el Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 155.

<sup>115</sup> *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 63-64.

«pues si al sujeto se le había hecho ya la liquidación de la condena y se le había puesto fecha para su excarcelación en resolución firme, ésta era inmodificable, como reiteradamente lo ha dicho el Tribunal Constitucional».

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA también se pronunció en un sentido favorable a la interpretación realizada por la STS 197/2006, pues con ella, de acuerdo con su opinión, se evitaba que los beneficios penitenciarios tuvieran el mismo efecto en todos los condenados (pone por ejemplo el caso de un condenado a 22 años y otro a 3.000 años), cabía la posibilidad de que el delincuente cumpliera el máximo de pena previsto legalmente (los 30 años del Código de 1973), y dado que «termina con una especie de «tarifa plana» para delinquir impunemente que disfrutaban, también, los delincuentes «comunes» más peligrosos, a quienes el segundo asesinato o la segunda y sucesivas violaciones les salía gratis»<sup>116</sup>.

Para MONTERO HERNANZ<sup>117</sup>, la responsabilidad en la resolución del caso habría de repartirse a partes iguales entre el poder legislativo, «porque ha consentido la ausencia de un marco normativo sobre el que sustentar la toma de decisiones en materia de ejecución de penas», como bien constató el TEDH, y los poderes ejecutivo y judicial, «por convertir en norma una práctica sustentada en la interpretación que más se alejaba del sentido de la ley, convirtiendo las propuestas de licenciamiento definitivo y su aprobación en un acto casi debido, ajeno a cualquier cuestionamiento jurídico, y donde la administración penitenciaria, el ministerio fiscal y los tribunales sentenciadores pudieron haber hecho mucho más para promover una interpretación de la norma diferente a la que de forma rutinaria se hacía».

De otra tesis, RÍOS MARTÍN y SÁEZ RODRÍGUEZ<sup>118</sup> consideran que ni la evolución legislativa del principio de acumulación jurídica ni las «maniobras realizadas para evitar sus consecuencias jurídicas» han servido, «salvo para poner en evidencia los perversos resultados del empleo de atajos en el discurrir ordinario de la jurisprudencia». Se trataría, según creen, de un retorno al sempiterno debate acerca

---

<sup>116</sup> «La historia de una sentencia anunciada... (tal vez pactada)», *El confidencial*, 27 de octubre de 2013. Disponible en: [https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2013-10-27/la-historia-de-una-sentencia-anunciada-tal-vez-pactada\\_46715/](https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2013-10-27/la-historia-de-una-sentencia-anunciada-tal-vez-pactada_46715/) [última consulta: 20/11/2023]. En otro lugar, afirma que su punto débil es que se trató de un cambio de criterio jurisprudencial «pro casu». *Introducción al Derecho Penal...*, cit., p. 495.

<sup>117</sup> «La “Doctrina Parot”: de su nacimiento a su ocaso», *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 9, 2014, p. 1 (versión digital).

<sup>118</sup> «Del origen al fin de la doctrina parot», cit., pp. 38-39.

de los límites de la pena impuestos por el respeto a las bases y fundamentos del Estado de Derecho puestos en relación con el tratamiento eficaz de los delincuentes peligrosos —por la gravedad de los delitos o por la reiteración del comportamiento criminal—, y hasta qué punto esos límites se satisfacen con la respuesta penal basada en parámetros de culpabilidad, o si resulta necesario frente a determinadas categorías de delincuentes prolongar el castigo más allá de esos parámetros con fines inocuidadores en función del riesgo de reiteración asociado a la peligrosidad criminal.

MOLINA FERNÁNDEZ<sup>119</sup>, autor cuyas palabras en nuestra opinión pueden suscribirse íntegramente, manifiesta que la resolución del TEDH debe ser aplaudida sin reservas desde la perspectiva de un Estado de Derecho, «aunque lo lamentable es que fuera necesario llegar hasta allí, y que al final la anulación haya sido por una cuestión de retroactividad, y no también, y antes, por razones evidentes de contradicción entre la doctrina Parot y la ley vigente en ese momento en España».

La *doctrina Parot*, su anulación (aunque por una cuestión de retroactividad), hizo resurgir el debate sobre la introducción de la pena de prisión permanente revisable en España<sup>120</sup>, incorporada más tarde por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al catálogo punitivo de nuestro Código Penal. Desde el estricto plano del sistema de la acumulación jurídica previsto para la punición del concurso real de delitos, al que preferimos ceñirnos, la sentencia del TEDH no supone, en ningún caso, reconocer o afirmar que por las reglas limitativas del concurso de delitos se convierte a un conjunto de penas acumuladas en una nueva consecuencia, autónoma y con diferente extensión a la de cada una de las penas originarias individualmente consideradas (y objeto de acumulación)<sup>121</sup>. Más bien, lo cual viene apoyado por la redacción de los respectivos preceptos aplicables, las penas impuestas conservan su individualidad, aunque se limite, de concurrir los requisitos

---

<sup>119</sup> «Reglas de determinación de la pena», cit., p. 611.

<sup>120</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Las tribulaciones de la doctrina Parot», cit., p. 4 (versión digital); LANDA GOROSTIZA, J.M., «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», cit., p. 2. CÁMARA ARROYO, S., «La Doctrina Parot», cit., p. 168, apuntando igualmente que la corrección de la *doctrina* por parte del TEDH, «lejos de suponer una reflexión respecto a las injusticias de un sistema penal de corte retributivo [...], sirvió como acicate para impulsar otras medidas tendentes a la exasperación del tiempo en prisión». Véase también, HAVA GARCÍA, E., «Antes y después de la doctrina Parot...», cit., p. 154; y ORTS BERENGUER, E., «Comentarios...», cit., *passim*.

<sup>121</sup> Opinión distinta, según parece, es la de DÍAZ y GARCÍA-CONLLEDO, M./DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «El cumplimiento y la determinación...», cit., p. 132.

legales, su tiempo de cumplimiento sucesivo hasta el triple de la duración de la más grave o al tope absoluto que corresponda en aplicación del CP de 1973 o del Código de 1995. Esa individualidad, sin embargo, no se mantiene, no puede mantenerse, a todos los efectos. Como bien señala CERESO MIR<sup>122</sup>, «es cierto que la mal llamada «pena de cumplimiento» no es una pena nueva, autónoma, en relación con las diversas penas impuestas en la sentencia, pero es una «unidad de ejecución penitenciaria» formada en atención a los fines de la pena (especialmente el de la rehabilitación y reinserción social) y los beneficios penitenciarios (redención de penas por el trabajo, en este caso) sirven también a los mismos fines y han de aplicarse, por tanto, sobre la «unidad de ejecución»».

En el plano penitenciario debe operarse sobre el límite, entendido como una suma de penas recortada, y no pena a pena. Cuando concurren diferentes penas, a cumplir una después de otra, computar los beneficios penitenciarios o la libertad condicional individualmente es un sinsentido y contradice el principio de unidad de ejecución y el mandato resocializador constitucional (art. 25.2 CE)<sup>123</sup>. Además de que, de esa forma, con una consideración no unitaria de la condena (esencia de la *doctrina Parot*), se privaría a los profesionales de la Administración penitenciaria de la toma de decisiones adecuadas durante la fase de ejecución, pues el tratamiento penitenciario perdería su carácter individualizado, y se estaría denegando al penado el acceso a algunas figuras penales y penitenciarias no por falta de merecimiento, sino caprichosamente.

La STS 197/2006 niega, con una interpretación un tanto forzada de la ley<sup>124</sup>, toda la jurisprudencia anterior que interpretaba el art. 70 CP 1973, valorando como equivocados la totalidad de los pronunciamientos judiciales emitidos en contra de los efectos inhumanos y desocializadores de las penas largas de prisión, que incluso llevaron a limitar, sin otros requisitos más que el hecho de que el reo se enfrentara a penas acumuladas de duración superior a la extensión del límite que contenía al triple, toda suma de penas superior a 30 años

---

<sup>122</sup> «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista penal*, n.º 22, julio 2008, pp. 20-21.

<sup>123</sup> En cuanto a lo último, véanse las interesantes reflexiones de MOLINA FERNÁNDEZ a propósito de la oposición de la *doctrina Parot* al mandato resocializador del art. 25.2 CE. «Las cicatrices jurídicas del terrorismo...», cit., pp. 248-249. Vid. también PERANDONES ALARCÓN, M., «Las insuficiencias del paradigma punitivo y los beneficios de la justicia restaurativa a la luz de la doctrina Parot y la vía Nanclares», *Nuevo Foro Penal*, n.º 96, 2021, pp. 144-145.

<sup>124</sup> En este sentido, vid. ORTS BERENGUER, E., «Comentarios...», cit., p. 39.

de privación de libertad, debido a la primacía de la legalidad constitucional sobre la legalidad ordinaria (vid. entre otras, la STS de 4 de noviembre de 1994, de la que fue ponente el magistrado Francisco Soto Nieto). Se ha dicho, no sin razón que la *doctrina Parot* podía suponer *de facto* la implantación de una pena de prisión perpetua en nuestro país<sup>125</sup>.

Esas simples razones, unidas a que el CP de 1973 no daba cobertura legal al establecimiento de un cumplimiento íntegro —a diferencia del CP 1995, que incluye un correctivo a la acumulación jurídica en sede penitenciaria, y no olvidemos que el TS anuló la interpretación de la AP de Huelva consistente en detraer los descuentos del total impuesto cuando todavía no se había aprobado medida habilitadora para ello—, son más que suficientes para que la *doctrina Parot* hubiera debido ser invalidada mucho antes. Si el legislador hubiera querido que los beneficios penitenciarios se imputaran individualmente a cada pena, lo hubiera establecido así expresamente (tal y como determinó con el art. 78 CP vigente que es posible proyectar las figuras penitenciarias que menciona su redacción sobre el total de la condena de imposición), pues se trata de una cuestión de cardinal importancia en el cumplimiento de las penas de privación de la libertad y que afecta directamente a las posibilidades de reinserción del reo.

Si lo que se pretende es que el cumplimiento sucesivo opere a todos los efectos, el art. 78 CP 1995 va en contra de esa interpretación, porque se remite al total de la condena (suma de las penas) y no a las penas impuestas aisladamente. Es más, si cada una de las penas acumuladas mantuviesen su singularidad a todos los efectos (teóricamente la mantienen), podría llegarse a la conclusión de que ha de operarse sucesivamente (con la libertad condicional, etc.) en los supuestos generales, mientras que en los excepcionales habría de estarse al total aritmético (y resultando posiblemente más perjudicado quien no quedase sometido al art. 78 CP que quien lo estuviere).

Y una cuestión muy importante es: ¿qué sucede con los supuestos de cumplimiento sucesivo no limitable, porque no se dé observancia al requisito de conexidad, hoy entendido en un sentido exclusivamente cronológico, que exige la normativa (art. 76.2 CP vigente)? El RP 1996 (art. 193.2.<sup>a</sup>), y antes el de 1981 (art. 59), ordena que las condenas privativas de libertad pendientes de cumplimiento se consideren, ficticiamente, como una sola. El problema era el descuento directo de la redención de penas por el trabajo, que de algún modo debía corregirse, aunque no se puso suficientemente el foco en el sistema de

---

<sup>125</sup> ORTS BERENGUER, E., «Comentarios...», cit., p. 41.

acumulación, verdadero origen de la problemática al permitir sobre el papel condenas judiciales ficticias a cientos o miles de años que sólo son corregidas para el momento de su ejecución, pero no al tiempo de su imposición (y además no imponiéndose una sola pena que abarque la total actividad delictiva, como debería ser *de lege ferenda* y ha reclamado insistentemente parte de la doctrina científica<sup>126</sup>).

La *doctrina Parot* —el cumplimiento de las penas sucesivo en un sentido absoluto— fue la vía de escape frente a un caso muy mediático que encontró el TS, aunque tal interpretación se aplicó también a otros muchos condenados, mayoritariamente terroristas domésticos, con el objetivo de que los responsables de delitos muy graves pasasen en prisión, sin ningún tipo de rebaja, los 30 años que fijaba como límite máximo para la concurrencia de penas, derivadas de un concurso real de infracciones, el Código de 1973. Quizá, una mejor explicación por parte de los poderes públicos a los ciudadanos acerca del fundamento, garantías y límites del *ius puniendi* habría reducido la dimensión del conflicto. Pero, sobre todo, llevar el principio de unidad de ejecución, siempre respetado antes, a una norma con rango de ley, como exigencia del principio de legalidad ejecutiva<sup>127</sup>, habría impedido la interpretación *in malam partem* realizada por el Pleno del TS en la sentencia del 28 de febrero de 2006.

Nos gustaría decir, por otra parte, que, aunque la acumulación jurídica se entendiera como una refundición, como una transformación de las diferentes penas en una sola, a la misma se llegaría por acumulación, es decir, por suma de las penas, por lo que no habría una parificación entre el autor de un delito y el responsable de cien infracciones. Caso distinto sería el del sujeto a quien por la comisión de un delito muy grave se le impone una pena cuya extensión bordea o agota prácticamente el máximo, pero eso es consecuencia del sistema, que tiene sus fallos y puede dar lugar a situaciones comparativamente injustas entre diferentes penados.

Para finalizar este epígrafe, hemos de señalar que a través de la Ley 41/2015, de 15 de octubre, se ha establecido que el tan ansia-

---

<sup>126</sup> Sobre ello, la reflexión de ORTOS BERENGUER: «Extremo que, conviene recordarlo, siempre ha provocado el estupor y el sarcasmo de la ciudadanía y que debiera hacer meditar al legislador sobre la conveniencia de simplificar y aproximar a la realidad la «cantidad» de pena que se puede imponer a quien ha delinquido. Tiene más sentido establecer, para determinados delitos —básicamente, para los asesinatos, con independencia de la motivación que les subyaga— la pena de prisión perpetua a la manera alemana, por ejemplo». «Comentarios...», cit., p. 38.

<sup>127</sup> Cfr. DE MARCOS MADRUGA, F., «Los retos de la prisión cara al siglo xxi», cit., p. 149.

do cauce para dar efectividad a los fallos del TEDH es el recurso de revisión. Revisión que sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer dicho recurso, hubiera sido demandante ante el TEDH. El plazo para solicitar la revisión será de un año desde que adquiriera firmeza la sentencia del citado Tribunal (art. 954.3 LECrim).

## VI. COMO CONCLUSIÓN

El TEDH no revocó ni anuló la *doctrina Parot* en cuanto al fondo de la misma<sup>128</sup>, es decir, en lo relativo al cómputo de los beneficios penitenciarios sobre cada pena de cumplimiento sucesivo partiendo de la base de que la acumulación jurídica, como regla punitiva, no da lugar a una nueva pena, conservando cada sanción su plena individualidad; sino que lo que revocó en el caso de la etarra Inés del Río c. España es su aplicación a situaciones anteriores a la publicación de la STS 197/2006 (y al Código de 1995), porque el cambio de criterio jurisprudencial en materia del cálculo de los beneficios penitenciarios se había producido retroactivamente en perjuicio de los condenados, volviendo ilusorias sus expectativas de reducir efectivamente la duración de la condena de cumplimiento (resultante de la acumulación jurídica). Y ello, dado que, en los términos en que se pronunció el TEDH, no estábamos ante una simple medida de ejecución, era causa de contravención de lo dispuesto por los arts. 5 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>129</sup>. Lo decisivo era si esa decisión judicial y el cambio de criterio que introdujo en materia de aplicación efectiva de los beneficios penitenciarios podía ser o no esperable para los condenados, estimando el TEDH que no.

Tampoco provocó la STEDH de 21 de octubre de 2013 una alteración de los criterios consolidados para llevar a efecto las acumulaciones jurídicas, pues para ello debe atenderse a un parámetro de conexi-

---

<sup>128</sup> Cfr. FARRÉ DÍAZ, E., «A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso del río Prada versus España, de 21 de octubre de 2013. Doctrina “Parot”», cit., p. 2 (versión digital); LOZANO GAGO, M.L., «La doctrina Parot y el derecho penal de la víctima», *Diario La Ley*, n.º 8399, Sección Doctrina, 15 de octubre de 2014, pp. 3 y ss. (versión digital).

<sup>129</sup> Como bien señala FARRÉ DÍAZ, «el sentido de su decisión se fundamenta en el principio de proscripción de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, esto es, de la aplicación de una Jurisprudencia o de una norma penal posteriores y perjudiciales para la demandante». «A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso del río Prada versus España, de 21 de octubre de 2013. Doctrina “Parot”», cit., p. 2 (versión digital).

dad temporal, tal y como fijó su doctrina el TS en detrimento de una conexión de tipo procesal inicialmente dominante con la Ley 3/1967 y hoy prevé exclusivamente la ley (art. 76.2 CP)<sup>130</sup>. Esa conexión temporal es la que permitiría fijar al TS, corrigiendo la interpretación de la Audiencia Nacional, un único bloque de acumulación en el caso de Parot. Ahora bien, como consecuencia del fallo del Tribunal de Estrasburgo, se retornó a la interpretación previa a la STS 197/2006 para todos los penados, entre ellos el propio Henri Parot<sup>131</sup>, que se encontraran cumpliendo sus condenas conforme al Código de 1973, los cuales verían de nuevo aplicado el descuento correspondiente por los días redimidos sobre la pena limitada. Así lo determinó el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Penal del TS de 12 de noviembre de 2013, al que se ha hecho referencia *supra*.

La *doctrina Parot* no supuso realmente que se ampliara la duración de la condena a los afectados por la nueva interpretación del art. 70 CP 1973 por parte del TS en 2006. No supuso una desatención a la regla de la acumulación jurídica, pues el tope de cumplimiento permaneció fijado en el máximo legal de los 30 años. Pero, en una interpretación rupturista con la línea jurisprudencial anterior<sup>132</sup>, sí provocó, con efectos hacia atrás en el tiempo, un vaciamiento de los beneficios penitenciarios que conllevaban el acortamiento de la condena, puesto que los días redimidos dejarían de tener una influencia real sobre la condena efectiva, al no vincularse al máximo sino a las penas individuales, a cumplir sucesivamente<sup>133</sup>. Como el descuento no operaba sobre el límite, los treinta años se cumplirían en su totalidad. El descuento, en su caso, sólo sería efectivo sobre la pena que el reo estuviera cumpliendo en ese momento; pero a continuación de ella, como consecuencia del concurso real de delitos con penas no simultaneables, debía cumplir otra, y otras más después probablemente. Así, aunque las penas individuales se vieran acortadas en su respectiva duración, el reo tendría que cumplir otras penas antes de llegar al tope, por lo que, en la práctica, el máximo de cumplimiento siempre permanecía inamovible en los treinta años.

---

<sup>130</sup> Véanse al respecto las reflexiones de HAVA GARCÍA, E., «Antes y después de la doctrina Parot...», cit., pp. 170 y ss.

<sup>131</sup> Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «*Nulla poena sine lege* y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013)», cit., p. 272.

<sup>132</sup> PENA GONZÁLEZ, W., «De la “Doctrina Parot” al caso «Inés del Río»...», cit., p. 61.

<sup>133</sup> De opinión distinta es PENA GONZÁLEZ cuando señala que el criterio sentado por la STS 197/2006, de 28 de febrero, «implica un incremento muy considerable de la duración de la pena». «De la “Doctrina Parot” al caso «Inés del Río»...», cit., p. 62.

Una cuestión diferente, y que nos debemos plantear, es si sería posible aplicar actualmente (a partir de 2006), a los condenados después de la fecha de publicación de la sentencia el criterio de cómputo de los beneficios penitenciarios que asume como correcto la STS 197/2006<sup>134</sup>. A nuestro juicio, no lo es, puesto que el art. 78 CP 1995 (que además impediría una interpretación tal) viene a reconocer, al menos implícitamente, al conectar los cómputos y descuentos a la condena nominal, que la regla general para la aplicación de beneficios y derechos penitenciarios consiste en tomar como referencia el límite de cumplimiento, aunque en realidad, teóricamente, las penas deban cumplirse sucesivamente, tal y como ordena el art. 75 CP (anterior art. 70 regla primera CP 1973), porque el criterio de acumulación mitigada no conduce a una nueva consecuencia jurídica en sustitución de las penas impuestas en la sentencia o sentencias, a diferencia de lo que sucede con la punición de los concursos ideales (salvo retorno a la acumulación) y mediales (previsto, como el ideal, en el art. 77 CP 1995), y también con el delito continuado (art. 74 CP vigente), respecto de los cuales, exceptuado el cúmulo, se impone una sola pena, con diferente extensión en cada caso.

El art. 78 CP vigente se configura como una excepción a la aplicación general de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional sobre el límite (pena de efectivo cumplimiento). Si hasta entonces, o sea, hasta la LO 10/1995, no se aceptó esa fórmula de cómputo que toma como referencia las condenas originales (suma total de las duraciones), ello quiere decir que estamos ante una excepción, reconociéndose así que la regla general es atender a la pena limitada en cuanto a la aplicación de los beneficios penitenciarios y para el resto de las fechas con trascendencia en la ejecución<sup>135</sup>. Es decir, lo que se venía haciendo por la administración, con el beneplácito de los tribunales,

---

<sup>134</sup> Así parece sostenerlo LOZANO GAGO, M.L., «La doctrina Parot y el derecho penal de la víctima», cit., p. 4 (versión digital): «Insistimos en que no es correcto lo que dicen los *mass media* en el sentido de proclamar que el Tribunal de Estrasburgo «tumba la doctrina Parot», sino que muy por al contrario, la misma es plenamente aplicable a los casos que hayan tenido lugar una vez se produjo su entrada en vigor; lo que no es posible es aplicarla hacia casos pasados, o sea, lo que ha «tumbado» el Tribunal Europeo es la retroactividad de la misma, no su contenido, y este matiz no es baladí».

<sup>135</sup> Ampliamente, vid. SANZ MORÁN, A.J., «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (a propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 197/2006, de 28 de febrero)», *Revista de Derecho penal*, n.º 18, 2006, *passim*. Véase también VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, cit., p. 62, quien señala que a la hora de calcular los beneficios penitenciarios en los casos de acumulación jurídica, la solución la da el propio Código de 1995.

antes de la STS 197/2006. En definitiva, el art. 78 viene a evidenciar que el régimen ordinario de cumplimiento es el contrario a lo que admite tal precepto, y también que la interpretación de la *doctrina Parot* era equivocada (además de, por diversos motivos, irracional). En cierto modo, así lo señala CUERDA ARNAU<sup>136</sup> cuando afirma que este precepto «vino a consagrar legislativamente la interpretación tradicional, pues la excepción carecería de sentido si fuera, a su vez, la regla general». El legislador no dijo hasta 1995 que, en determinados supuestos, con carácter excepcional, la libertad condicional y los beneficios penitenciarios podrán computarse sobre el total de las penas impuestas<sup>137</sup>. Y jamás se ha establecido ese cómputo por penas individuales que introdujo la STS 197/2006, que si bien podría tener cierta cabida en una interpretación literal de la normativa que regula el concurso real delictivo, se opone ostensiblemente al principio de unidad de ejecución. Ni lo ha previsto la ley ni, ante el silencio legal, se había optado por los tribunales o la Administración penitenciaria por un descuento o aplicación pena a pena de los beneficios penitenciarios.

Aunque en algunos países que optan también por someter las penas materialmente acumuladas a limitaciones legales se produce una auténtica unificación punitiva, ese no es el caso español (aunque sería lo más conveniente). Cada una de las penas acumuladas conserva su carácter individual, para ser cumplida, en teoría, sucesivamente, respetando el orden de gravedad de más a menos que determina el art. 75 CP vigente. Decimos en teoría, porque el principio de unidad de cumplimiento obliga a operar en la práctica penitenciaria con las penas consideradas agrupadamente (con el límite fijado, si concurren los presupuestos necesarios para una acumulación jurídica). Como ha dicho en alguna ocasión nuestro TS, «el tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia o necesidad de operar no sobre penas individualizadas, sino sobre la totalidad de las sentencias o condenas pendientes de ejecución, reduciéndolas a una unidad de cumplimiento» (STS de 29 de septiembre de 1992)<sup>138</sup>. Ningún sentido tiene que el tratamiento penitenciario se desarrolle a partir de las penas individuales y no de la personalidad del reo, que siempre es una sola. La

---

<sup>136</sup> Esta autora, no obstante, parece entender que con el art. 78 CP los beneficios pueden calcularse «sobre cada una de las penas impuestas en la sentencia o sentencias». «Cambios jurisprudenciales y retroactividad...», cit., p. 58.

<sup>137</sup> De la idea que defendemos, también, CALDERÓN CERREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Código Penal comentado. Concordado. Jurisprudencia y doctrina. Legislación penal especial y normas complementarias*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, p. 148.

<sup>138</sup> Entre la doctrina del TS, véase también la STS de 24 de junio de 1994.

unidad de ejecución es un requisito imprescindible para el tratamiento personalizado del recluso<sup>139</sup>.

Destaca además DE MARCOS MADRUGA<sup>140</sup> al tratar la refundición penitenciaria que la «utilidad de la figura va más allá de lo tratamental y se proyecta sobre otras facetas de la vida penitenciaria, sobre el propio régimen de vida de los internos, pues solo considerando la totalidad de la condena se puede articular aquel».

Sin duda, puesto que en realidad se está corrigiendo el régimen de cumplimiento que establece el repetido art. 75 CP<sup>141</sup> vigente para cuando las penas del concurso real delictivo no sean simultaneables, el principio de unidad de ejecución del reglamento penitenciario debería pasar a estar regulado en una norma con rango de ley<sup>142</sup>. Señala, en este sentido, con plena razón MATA y MARTÍN<sup>143</sup> que algunas materias que afectan sustancialmente al derecho fundamental a la libertad personal, caso específico, entre otras, de la refundición de condenas (art. 193.2.ª RP 1996), «deberían estar presentes de forma determinada o determinable en la Ley (Código penal o Ley penitenciaria) evitando múltiples dudas interpretativas y cambios en su aplicación».

---

<sup>139</sup> Cfr. DE MARCOS MADRUGA, F., *El juez de vigilancia penitenciaria...*, cit., p. 265.

<sup>140</sup> *El juez de vigilancia penitenciaria...*, cit., p. 265.

<sup>141</sup> Claramente de esta idea, DE MARCOS MADRUGA, F., *El juez de vigilancia penitenciaria...*, cit., 266, entre los efectos de la refundición penitenciaria: «dejar, de facto, en suspenso la relación entre el orden de cumplimiento de las penas del art. 75 CP conforme a su gravedad y el licenciamiento definitivo de cada una de ellas de forma particular, conforme al art. 17 LOGP, que queda diferido al cumplimiento del total de aquellas».

<sup>142</sup> De esta idea, DE MARCOS MADRUGA, F., «Los retos de la prisión cara al siglo xxi», cit., pp. 149-150. El Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) propuso en el año 2013 que en el art. 76 CP se introduzca un nuevo apartado con la siguiente redacción: «La aplicación de cualquiera de las reglas previstas en este artículo, dejaría sin efecto las penas que se acumulan, pasando el penado a tener una nueva pena sobre la que se calcularían los permisos, las progresiones de grado, la libertad condicional, y cualquier beneficio penitenciario que requiriere el cumplimiento de una porción de la pena para su obtención». Con una reforma legal en tal sentido, que sin duda apoyamos desde aquí, la regla de determinación de la pena del art. 76 CP llevaría a una pena única; pero lo más importante es que se evitarían interpretaciones como la realizada por el TS en la STS 197/2006. El encaje de esa propuesta con el art. 78 CP vigente, no obstante, se muestra difícil (de ahí que el propio CGAE proponga también eliminar en su totalidad el art. 78 CP). «Propuestas de modificación al anteproyecto de reforma del Código Penal». Disponible en: [https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/AlegacionesCPenal\\_Consejo-de-Estado\\_140513.pdf](https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/AlegacionesCPenal_Consejo-de-Estado_140513.pdf) [última consulta: 20/11/2023].

<sup>143</sup> «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 14, 2010, p. 32.

Con las reglas del concurso real de delitos no se imponen la totalidad de las penas para su sustitución *ex post* por una distinta y global en el tiempo equivalente a la limitación, ni se aplica por el sentenciador un solo castigo, aunque la restricción jurídica del art. 70.2 CP 1973/76 CP 95 deba fijarse en sentencia de concurrir los presupuestos legales. Sostener que el *máximo* representa únicamente el tiempo de estancia insuperable en un centro penitenciario y que las penas no se refunden a través de la acumulación jurídica en una única consecuencia penal, como se dijo, acertadamente a nuestro juicio en este aspecto, por la STS 197/2006, no impide que las instituciones o figuras penitenciarias que consienten la variación de la pena en la última de las fases de individualización del castigo penal (en lo que atañe a los aspectos cualitativos), para que el penado pueda avanzar en su proceso de reinserción, sean proyectadas sobre la magnitud de la condena de efectivo cumplimiento. Es más: se hace del todo necesario por exigencias del fin preventivo-especial que debe prevalecer, así lo señala el art. 25.2 de nuestra Constitución de 1978, con las penas privativas de libertad, y de cara al tratamiento penitenciario.

La acumulación jurídica no tiene efectos equivalentes a decir que los beneficios penitenciarios o la libertad condicional se programen directamente, por ser un absurdo y perjudicar a la rehabilitación del condenado, sobre el total de las penas impuestas (pero es posible, de una manera excepcional, según lo dispuesto por el art. 78 CP), ni mucho menos de forma individual o sucesiva (*doctrina Parot*). Los arts. 69 y 72 de la LOGP apoyan que las varias penas sean consideradas como si fueran una sola en su ejecución, porque un cumplimiento pena a pena difícilmente es conciliable con el sistema de individualización científica que introduce nuestra Ley general penitenciaria, pudiendo dar lugar a enormes disfunciones en la práctica diaria (como salidas y reingresos continuos en prisión).

La redacción del art. 78 CP apoya la tesis de la autonomía de las penas acumuladas, no solamente por su literalidad, pues con una novación total deberían traerse a la vida durante la ejecución penas no impuestas en sentencia por el órgano judicial de que se trate para poder restringir o retrasar el acceso a beneficios penitenciarios<sup>144</sup>, clasificación en tercer grado y el disfrute de permisos de salida ordinarios por el condenado a prisión. A favor de este entendimiento puede señalarse también que el art. 134 CP, en orden a la prescripción de las penas que deben cumplirse sucesivamente (conforme al art. 75 CP),

---

<sup>144</sup> Cfr. LÓPEZ CERRADA, V.M., «La acumulación jurídica de penas», *Revista de estudios penitenciarios*, n.º 250, 2004, p. 35.

opta en su apartado segundo, desde la LO 1/2015, por suspender los plazos prescriptivos durante el cumplimiento de otras penas, lo que, desde luego, no sería necesario (ni encontraría sentido) si estuviésemos ante una única pena resultante de la acumulación jurídica<sup>145</sup>.

En definitiva, solamente a los efectos de la ejecución penitenciaria, que no penales ni procesales, y en todo aquello que beneficie al reo para su reinserción social, se operará con una magnitud singular, con el límite concursal —y puede hablarse, aunque es una ficción jurídica, de pena única, pero no de nueva pena—. Como consecuencias prácticas de este entendimiento, habrán de manejarse las penas acumuladas en su consideración individual, con todo lo que ello supone, para su eventual prescripción, la concesión de indultos parciales al reo y la cancelación de los antecedentes penales, en cuanto a la forma de computar los plazos del art. 136 CP<sup>146</sup>. Y, por otra parte, la revisión de una condena por error judicial o como consecuencia de una modificación legal solamente puede incumbir a la respectiva infracción penal, aunque ello podrá afectar, ciertamente, a la acumulación jurídica si una pena se ve, por ejemplo, aminorada respecto de su extensión original.

Cabe destacar que, si en realidad, solamente afectó al cómputo de los beneficios penitenciarios, pero no a otras instituciones como, por ejemplo, la libertad condicional o los permisos de salida, ello pone de manifiesto la total incoherencia de la *doctrina Parot*, pues, en contra de lo que es su filosofía, que la acumulación jurídica no constituye una nueva pena y que las penas acumuladas se van cumpliendo individualmente, con sus respectivos avatares y circunstancias, una detrás de otra, ni siquiera se consideró que la regla del cumplimiento sucesivo (aunque actúe la limitación) opera a todos los efectos, sino solamente a algunos, concretamente en relación con aquellos beneficios que conllevaran un acortamiento real de la condena a cumplir (esto es, la redención de penas). Siendo así, al no rechazar totalmente la unidad de ejecución, está claro que el TS no admitió a todos los niveles su interpretación y que lo único que pretendió fue retrasar, al privar de efectos reales al beneficio de la redención de penas, la puesta en libertad de condenados por haber cometido graves delitos, para así apaciguar los ánimos sociales. De acuerdo con ORTS BE-

---

<sup>145</sup> En su STS 543/2001, de 29 de marzo, el TS consideró que a los efectos de la prescripción, cada una de las penas impuestas conserva su individualidad.

<sup>146</sup> De esta idea, SANZ MORÁN, A.J., «Refundición de condenas...», cit., pp. 30-31. También, VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, cit., p. 62.

RENGUER<sup>147</sup>, la *doctrina Parot* «obedece, en última instancia, a la gravedad de los hechos cometidos por el recurrente y al malestar que la noticia de su excarcelación ha podido generar». Ello se hizo a costa de romper con la interpretación arraigada de los tribunales españoles y la Administración penitenciaria en cuanto al cómputo de los beneficios penitenciarios en los supuestos de acumulación jurídica de penas. Interpretación que, como se ha dicho, es la que viene a admitir, mucho antes de la STS 197/2006, como criterio general, y estimándolo correcto, el Código de 1995.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Agudo Fernández, E.; Jaén Vallejo, M.; Perrino Pérez, A. L., *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Dykinson, Madrid, 2017.

Alcácer Guirao, R., «La “Doctrina Parot” ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10. 7. 2012, N° 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 43, 2012.

Ambos, K., *Derecho penal europeo*, traducción a cargo de Leandro Díaz con asistencia de Gustavo Urquiza, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Andrés Laso, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2016.

Calderón Cerezo, A.; Choclán Montalvo, J. A., *Código Penal comentado. Concordado. Jurisprudencia y doctrina. Legislación penal especial y normas complementarias*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005.

Cámara Arroyo, S., «La Doctrina Parot», en Bustos Rubio, M.; Abadías Selma, A. (Directores), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2020.

Carrara, F., *Programa del Curso de derecho criminal. Parte general*, Tomo II, traducido por Octavio Béeche y Alberto Gallegos, Tipografía Nacional, San José (Costa Rica), 1890.

---

<sup>147</sup> «Comentarios...», cit., p. 38.

- Cerezo Mir, J., «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista penal*, n.º 22, julio 2008.
- Cuerda Arnau, M. L., «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)», *Revista Penal*, n.º 31, 2013.
- Cuerda Riezu, A., «El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 7, 2006.
- Córdoba Roda, J., «Artículo 70», en Córdoba Roda, J.; Rodríguez Mourullo, G.; Del Toro Marzal, A.; Casabó Ruiz, J. R., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1972.
- De Marcos Madruga, F., «Los retos de la prisión cara al siglo xxi», en Roca de Agapito, L. (Dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo xxi*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- *El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Una guía de actuación ante los juzgados de vigilancia penitenciaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- De Sola Dueñas, A., «Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas», *ADPCP*, Fasc. 1, 1994.
- Del Moral García, A., «Giro jurisprudencial derivado de la Doctrina Parot y su posterior corrección por la sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013», *La Ley Penal*, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, n.º 111, 2014.
- Díaz Crego, M., «Cuando Parot llegó a Estrasburgo», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 31, 2013.
- Díaz Gómez, A., «Los efectos de la llamada “Doctrina Parot” sobre las fechas de repercusión penitenciaria y su aplicabilidad sobre el Código penal derogado y vigente», *ReCrim*, n.º 10, 2013.
- Díaz y García-Conlledo, M.; de Vicente Martínez, R., «El cumplimiento y la determinación de las penas impuestas a un mismo sujeto», en de Vicente Martínez, R. (Coordinadora), *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017.
- Fernández Arévalo, L., «Máximo de cumplimiento: terminología, naturaleza jurídica y consecuencias de su reinterpretación jurisprudencial», *SEPÍN, Práctica penal*, n.º 23, mayo 2006.

- Ferrer Sama, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947.
- Galván González, F., «El retorno del «quot delicta, tot poenae»“, en VVAA., *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Vol. I, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022.
- García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias de Derecho Penal*, Vol. I, 5.ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- «La historia de una sentencia anunciada... (tal vez pactada)», *El confidencial*, 27 de octubre de 2013.
- González Franco, J. A.; Ragués i Vallès, R., «La refundición de penas en el derecho penal vigente (a propósito del caso «Henri Parot»)», *La Ley Penal*, n.º 39, 2007.
- Granados Pérez, C., *Acuerdos del pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia. Años 1991-2016 (actualizados hasta diciembre de 2016)*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, Tomo II, 2.ª ed., Establecimiento tipográfico de los Hijos de J. A. García, Madrid, 1903.
- Hava García, E., «Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias», *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, n.º 6, marzo-agosto 2014.
- Huerta Tocildo, S., «La anulación de la doctrina Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado», en Pérez Manzano, M.; Lascurain Sánchez, J. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Landa Gorostiza, J. M., «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 4, 2012.
- Llobet Anglí, M., «Caso Parot», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 2011.
- «No sólo imprevisible, también irrazonable: otra vez sobre la “Doctrina Parot”», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2015.

- López Cerrada, V. M., «La acumulación jurídica de penas», *Revista de estudios penitenciarios*, n.º 250, 2004.
- Lozano Gago, M. L., «La doctrina Parot y el derecho penal de la víctima», *Diario La Ley*, n.º 8399, Sección Doctrina, 15 de octubre de 2014.
- Manzanares Samaniego, J. L.; Albácar López, J. L., *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1987.
- Manzanares Samaniego, J. L., «Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado *caso Parot*», *Diario La Ley*, n.º 6443, Sección Doctrina, 17 de marzo de 2006.
- «Las tribulaciones de la doctrina Parot», *Diario La Ley*, n.º 8178, Sección Última Hora, 25 de octubre de 2013.
- Manzano Moreno, E. C., *La ejecución penal. Estudio crítico legal y jurisprudencial sobre una materia relegada*, Dykinson, Madrid, 2012.
- Martínez de la Concha Álvarez del Vayo, R., «Revisión de los criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria números 1 a 7 y 75 a 77», en *Vigilancia penitenciaria (VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, CGPJ, Zaragoza, 1996.
- Martínez Fernández, R., «Las penas acumulables», en de Vicente Martínez, R. (Coordinadora), *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017.
- Molina Fernández, F., «Las cicatrices jurídicas del terrorismo: la doctrina Parot y otras interpretaciones irrazonables de la ley», en Pérez Manzano, M.; Lascurain Sánchez, J. (Dir. ), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- «Reglas de determinación de la pena», en Molina Fernández, F. (Coordinador), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- Montero Hernanz, T., «Práctica jurídica penitenciaria: las liquidaciones de condena», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 10, 2008.
- «Otros efectos de la “doctrina Parot”», *Diario La Ley*, n.º 7176, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2009.
- *Las alternativas a la privación de libertad en el derecho penal español*, Criminología y Justicia, Palma de Mallorca, 2013.

- Montero Hernanz, T., «La “Doctrina Parot”: de su nacimiento a su ocaso», *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 9, 2014.
- Muñoz Clares, J., «La “Doctrina Parot”: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) 197/2006, de 20 de febrero», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 5, mayo 2006.
- Muñoz Cuesta, J., «El concurso real de delitos. Regulación y penalidad en el derecho vigente y en el proyecto de 2013. El artículo 76 del Código Penal», en *Sistema de penas. Delito continuado y concursos delictivos: régimen vigente y perspectivas de futuro*, CEJ, 2013.
- Nistal Burón, J., «La “Doctrina Parot”. Un mecanismo necesario para corregir el desajuste entre pena impuesta y pena cumplida. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo que aplica la llamada “Doctrina Parot” al interno conocido como «el violador del Vall d Hebrón»)», *Diario La Ley*, n.º 7071, Sección Tribuna, 5 de diciembre de 2008.
- «El controvertido periplo judicial de la “Doctrina Parot” (De la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al Tribunal de Estrasburgo)», *Diario La Ley*, n.º 8068, Sección Doctrina, 23 de abril de 2013.
- *La víctima en el Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Núñez Fernández, J., «La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto *Del Río Prada c. España*: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años», *Revista de Derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 9, enero de 2013.
- Ortega Matesanz, A., *La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española*, Reus, Madrid, 2022.
- Orts Berenguer, E., «Comentarios a la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (caso parot)», *ReCrim*, n.º 1, 2009.
- Pena González, W., «De la “Doctrina Parot” al caso «Inés del Río». Legalidad, libertad y el sistema multinivel en Europa y España», *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 7, diciembre 2019.
- Perandones Alarcón, M., «Las insuficiencias del paradigma punitivo y los beneficios de la justicia restaurativa a la luz de la doctrina Parot y la vía Nanclares», *Nuevo Foro Penal*, n.º 96, 2021.

- Redondo Hermida, A., «El cambio jurisprudencial en materia de re-  
dención de penas. Comentario a la STS de 28 de febrero de 2006  
(Caso Parot)», *La Ley Penal*, n.º 27, Sección Jurisprudencia aplica-  
da a la práctica, mayo 2006.
- Ríos Martín, J. C., «La libertad condicional. Límites en el concurso  
real de delitos: especial referencia a la sentencia parot», en Castro  
Antonio, J. L. (Director), *Derecho penitenciario: incidencia de las  
nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho judicial XXII-2006,  
CGPJ, Madrid, 2006.
- Ríos Martín, J. C.; Sáez Rodríguez, M. C., «Del origen al fin de la  
doctrina parot», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3,  
2014.
- Rodríguez Montañés, T., «Ascenso y caída de la doctrina Parot: tu-  
tela multinivel de los derechos a la legalidad y a la libertad», en  
Pérez Manzano, M.; Lascurain Sánchez, J. (Dirs. ), *La tutela  
multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Rodríguez Yagüe, C., «El modelo penitenciario español frente al te-  
rrorismo», *La Ley penal*, n.º 65, noviembre 2009.
- *El sistema penitenciario español ante el siglo xxi*, Iustel, Madrid,  
2013.
- *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen  
abierto, las salidas treatmentales y el principio de flexibilidad*, Edi-  
torial Reus, Madrid, 2021.
- Ruiz Vadillo, E., «Problemas derivados de la aplicación de la regla  
2.ª del artículo 70 del Código Penal», *Poder judicial*, n.º Especial  
3, 1988.
- Sánchez Melgar, J., «La vigencia de la “Doctrina Parot”, entrelazada  
con el caso «Troitiño». Algunos aspectos de actualidad en el cum-  
plimiento sucesivo de las penas», *Diario La Ley*, n.º 7642, Sección  
Tribuna, 1 de junio de 2011.
- *Prontuario de Derecho penal para abogados. Derecho penal sustanti-  
vo. Acceso a la profesión de abogado*, Vol. I., con la colaboración de  
Ana Belén Alonso González, Servicio de Publicaciones Universi-  
dad Católica de Ávila, Ávila, 2014.
- *Prontuario de Derecho penal para abogados. Derecho procesal penal.  
Acceso a la profesión de abogado*, Vol. II., con la colaboración de  
Ana Belén Alonso González, Servicio de Publicaciones Universi-  
dad Católica de Ávila, Ávila, 2014.

- Sanjuán García, P., «La redención de penas en la acumulación de condenas: «La Doctrina Parot»», *Lex nova: La revista*, n.º 54, 2008.
- Sanz Morán, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986.
- «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (a propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 197/2006, de 28 de febrero)», *Revista de Derecho penal*, n.º 18, 2006.
- Solar Calvo, P., «A vueltas con la doctrina Parot: una aproximación diferente», *Diario La Ley*, n.º 8178, 25 de octubre de 2013.
- Terrasa García, A. J., «Notas a propósito de la llamada Doctrina Parot y la reforma del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo)», *Boletín de la Real Academia de jurisprudencia y legislación de las Illes Balears*, XX, Palma de Mallorca, 2019.
- Varona Jiménez, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Vives Antón, T. S.; Cuerda Arnau, M. L., «La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español. El caso Parot como paradigma», en Fernández Teruelo, J. G.; González Tascón, M. M.; Villa Sieiro, S. V. (Coords. ), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013.

## PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE UN PATRIMONIO PROTEGIDO

PROTECTION OF PEOPLE WITH DISABILITIES THROUGH THE  
CONSTITUTION OF A PROTECTED HERITAGE

Adela de la Osa Fondón

Licenciada en Derecho en la UNED –Calatayud.  
Profesora-Tutora de la UNED de Calatayud

**Sumario:** *I. Introducción. II. Principios que regulan la protección de las personas con discapacidad. II.A. Principio de exclusividad. II.B. Principio de actuación en interés de la persona con discapacidad. II.C. Principio de tutela institucional. III. Constitución de patrimonio protegido como medio de protección a las personas con discapacidad. IV. Disposición de bienes y necesidades vitales. V. Beneficiarios y aportantes del patrimonio protegido. VI. Necesidades vitales y patrimonio protegido. VII. Dirección general de tributos y disposición del patrimonio. VIII. Extinción del patrimonio protegido. IX. Breve referencia al caso especial de cataluña. X. Conclusiones. XI. Bibliografía. XII. Doctrina administrativa. XIII. Jurisprudencia. XIV. Webgrafía*

**Resumen:** Una de las grandes preocupaciones de los familiares del entorno de personas con discapacidades es cómo protegerlos, cómo podemos proteger el patrimonio que poseen dichas personas, por los gestores o administradores de los mismos, para que sus necesidades no se vean mermadas por su condición.

En el presente trabajo se van a dar a conocer las pautas que el legislador ha proporcionado a las personas con discapacidad, a través de la constitución de un patrimonio protegido, independiente del patrimonio de las personas discapacitadas

El principal objetivo es dar a conocer un instrumento jurídico, que permita crear un patrimonio a favor de una persona con discapacidad, bajo control administrativo y con la finalidad de asegurar la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, así como la protección del mismo.

**Palabras clave:** Patrimonio Protegido, discapacidad, personas físicas, necesidades básicas.

**Abstract:** One of the great concerns of family members around people with disabilities is how to protect them, how can we protect the assets that these people possess, by their managers or administrators, so that their needs are not diminished by their condition

In this work the guidelines that the legislator has provided to people with disabilities will be disclosed, through taxes and more specifically, through the constitution of a protected heritage, independent of the heritage of disabled people.

The main objective is to publicize a legal instrument that allows creating a patrimony in favor of a person with a disability under administrative control and with the aim of ensuring the satisfaction of the vital needs of the disabled, as well as their protection.

**Key words:** Protected heritage, disability, physical persons, basic needs

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos la forma de vida, situación sanitaria, la manera en la que nos alimentamos han contribuido a un cambio considerable en la esperanza de vida<sup>1</sup>. Sin embargo, no son los únicos

---

<sup>1</sup> La esperanza de vida media en el mundo aumentó cinco años entre el 2000 y el 2015, el mayor incremento desde los años sesenta, con lo que la media de vida global se sitúa en los 71,4 años, informó hoy la Organización Mundial de la Salud (OMS). Los españoles tienen uno de los niveles de esperanza de vida más altos del mundo, unos 82,8 años de media, tan sólo por debajo de países como Japón, Suiza o Singapur. Según los datos del informe anual sobre la salud global de la OMS, **hay 29 países en el mundo que superan los 80 años de esperanza media de vida**, y en doce de ellos, se superan los 82. Los más longevos del mundo se encuentran en Japón, con 83,7 años de media; en Suiza, con 83,4 años; Singapur, con 83,1; Australia y **España con 82,8**; Italia, con 82,7; Islandia, con 82,7; Israel, con 82,5; Francia, con 82,4; Suecia, con 82,4; Corea del Sur, con 82,3 y Canadá, con 82,2 años.

<sup>2</sup> Por sexos, **la OMS destaca que las mujeres viven mucho más que los hombres** en todos los países y regiones del mundo, la media de esperanza de vida entre ellas se sitúa en los 73,8 años, mientras que los hombres no alcanzan los 70, ya que su media es de 69,1 años de vida.

factores que han contribuido, tenemos que destacar la mejoras de los medios de transporte y los de las comunicaciones. Además, no se pueden negar los imparables avances en la ciencia y medicina, claves para elevar la calidad y esperanza de vida de las personas.

La supervivencia de discapacitados a sus progenitores constituye una nueva realidad, gracias a la mejora de los factores señalados más arriba. Nuevas formas de discapacidad como: las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer, entre otras, hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del disminuido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse. La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003<sup>2</sup>, de 18 de noviembre sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, establece que, «uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos». De manera que se trata de garantizar que determinados fondos —que pertenecen a la persona con discapacidad— se empleen en cubrir las necesidades vitales de la persona protegida y, en la misma línea establece la ley, que las aportaciones que se realicen a dicho fondo por parte de los familiares o personas que tengan un interés legítimo sobre la persona con discapacidad, disfruten de ventajas fiscales tanto para los aportantes como para los titulares de los mismos.

## II. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Ley 41/2003 tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta defensa cual es el patrimonial, de gran calado en materia de derecho civil, procesal e incluso tributario. La Exposición de Motivos de la Ley en relación con el mandato expuesto en el artículo 49 de nuestra Carta Magna<sup>3</sup>, dirigido a los poderes públicos, subra-

---

<sup>2</sup> También denominada LPPPD (Ley del Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad).

<sup>3</sup> Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los

ya los diversos mecanismos que pretenden responder a la delicada situación en la que se encuentran las personas con discapacidad. La principal finalidad de los mecanismos destacados en la Ley es intentar que la minusvalía que padecen las personas con discapacidad no sean un obstáculo que les impida disfrutar de todos los derechos que, de manera universal, reconoce nuestra Constitución junto con las leyes a los ciudadanos, sin distinción alguna. Así se respetaría el **principio de igualdad** contenido en la Constitución Española para «todos los españoles» sin permitir discriminación por la situación especial de las personas con discapacidades en relación con el resto de los españoles<sup>4</sup>.

Con el aumento de la esperanza de vida y la supervivencia de los discapacitados a sus progenitores, ha aumentado la lógica preocupación de éstos sobre el deseo que no les falten de nada ya sea a nivel familiar, afectivo y económico. La Exposición de Motivos de la Ley recoge uno de los elementos que más trascienden en el bienestar de las personas con discapacidad, la existencia de medios económicos a su disposición suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos. Así la Ley protege a los más necesitados para que todos los ámbitos de las personas con capacidades especiales queden cubiertos. Protección basada en los principios generales siguientes:

## II.A. Principio de exclusividad

Los beneficiarios del Patrimonio Protegido que cubra las necesidades vitales de aquellos serán exclusivamente las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía y ello con independencia de que concurran, o no en ellas, causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 CCy en el supuesto de que concurran, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas<sup>5</sup>.

Para lograr este objetivo la ley establece la posibilidad de crear un Patrimonio Protegido (conjunto de bienes y derechos –sin de personalidad jurídica propia) vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular-beneficiario, aislado del resto del patrimonio, quedando su administración y supervisión específico sometidos a un

---

que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

<sup>4</sup> Artículo 9.2 de la Constitución española: «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

<sup>5</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, Exposición de Motivos, considerando II.

régimen específico. Únicamente beneficia a la persona discapacitada, que será su titular exclusivo<sup>6</sup>.

## **II.B. Principio de actuación en interés de la persona con discapacidad**

Cuando la persona con discapacidad no tenga la suficiente capacidad de obrar serán sus progenitores, acogedores o curadores e incluso el guardador de hecho, quienes puedan decidir la constitución de un patrimonio a favor de personas con discapacidad psíquica, Y ello se producirá a través de los bienes que los padres o tutores del discapacitado le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas a favor de ellos.

Siempre que los administradores no cumplan con lo anteriormente señalado se les penalizará, cuando injustificadamente hubieren negado la constitución del Patrimonio Protegido o les negaran recibir las pensiones constituidas a su favor. Los administradores serán sancionados y quedarán excluidos de su cargo por incumplimiento de su deber de protección de los administrados, no obstante, si se producen circunstancias excepcionales que hagan necesario disponer de esos bienes y derechos no deberían ser objeto de penalización. Debe efectuarse una valoración caso por caso. Le Bras referencia las cláusulas penalizadoras por incumplimiento, afirmando que son una constante que debe ser tenida en cuenta cuando se regula el régimen de disposiciones del patrimonio protegido<sup>7</sup>.

## **II.C. Principio de tutela institucional**

Es uno de los más importantes garantes de la protección de bienes y derechos asignados a los discapacitados, sin tener relevancia la

---

<sup>6</sup> Artículo 1. Ley 41/2003. Objeto y régimen jurídico.»1. El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.2. El Patrimonio Protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto en el Título XI del Libro I del Código Civil»

<sup>7</sup> LE BRAS, G. -1936: «Les fondations privées du Haut Empire», Studi in onore di Salvatore Riccobono, Bibliografía 281 Volumen 3, Palermo, págs. 23 a 67.

procedencia de los mismos. Se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio<sup>8</sup>.

El constituyente tiene plenas facultades para establecer las reglas de administración que considere oportunas, sin que se pueda negar el hecho que la administración patrimonial se pueda conferir a entidades sin ánimo de lucro, especializadas en la atención a las personas con discapacidades.

### III. CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIO PROTEGIDO COMO MEDIO DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Resultan numerosas las cuestiones que han surgido alrededor de esta materia y concretamente las generadas alrededor de la aplicación de la ley 41/2003, a través de la Ley 1/2009 de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y cuestiones, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad<sup>9</sup>. La Ley 1/2009 viene a resolver cuestiones como mejorar la comunicación de la constitución del Patrimonio Protegido al Ministerio Fiscal, con el objeto de fiscalizar y garantizar la verdadera finalidad para la que se constituyeron, en cuyo caso contrario, se persigan y sancionen por incumplimiento. Igualmente, se determina que el domicilio en función del cual se fija la competencia del Ministerio Fiscal, no será el de otorgamiento de la escritura pública<sup>10</sup> sino el domicilio del discapacitado.

En gran parte, los medios de protección a las personas con discapacidad vienen proporcionados por los poderes públicos<sup>11</sup> bien directamente a través de servicios públicos dirigidos a estas personas, bien indirectamente a través de instrumentos tributarios como beneficios fiscales o subvenciones específicas. La constitución de un Patrimonio que cubra las necesidades más básicas de las personas con discapaci-

---

<sup>8</sup> Art 4 Ley 41/2003:» Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores si ese no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al Patrimonio Protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no sometidas a condición».

<sup>9</sup> Recuperado de: [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS\\_04\\_2008.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_04_2008.html)

<sup>10</sup> Art 3.3 Ley 41/2003.

<sup>11</sup> Art 49 Constitución Española.

dad requiere, que se efectúe una aportación originaria de bienes y derechos, si bien, una vez constituido el patrimonio, cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones al mismo. Tanto las aportaciones simultáneas a la constitución del Patrimonio Protegido, como las realizadas con posterioridad podrán efectuarse incluso con oposición de padres, tutores o curadores, en tanto en cuanto el juez lo considere conveniente para el beneficiario del Patrimonio. Es decir, la «última palabra» la tiene el juez, sus decisiones serán adoptadas siempre en beneficio del más desfavorecido a pesar de la contraposición de sus propios progenitores/curadores.

La Exposición de Motivos establece que el contenido de la ley no acaba en la regulación de este patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que introduce algunas modificaciones legislativas para ofrecer a las personas con plena capacidad de obrar<sup>12</sup>, la posibilidad de adoptar una serie de disposiciones en previsión de su propia futura incapacitación. Por tanto, se regula el patrimonio protegido además de incorporar modalidades de protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad al amparo del principio de autonomía de la voluntad, a través de la regulación de instrumentos que posibilitan la adopción de medidas en previsión de una pérdida de la capacidad en virtud de su propia voluntad, manifestada cuando todavía es plenamente capaz. Los medios de protección responden a la necesidad de adoptar un sistema de protección eficaz, que tiende a flexibilizar y hacer más adecuado a cada persona el sistema de protección de quien puede prever su disminución o pérdida de capacidad<sup>13</sup>.

El patrimonio protegido está concebido para canalizar un ahorro periódico en favor de la persona con discapacidad. De Pablo explica la posibilidad de realizar una aportación única y que los beneficios fiscales que acompañan a las aportaciones incentivan que se realicen aportaciones periódicas de una cuantía no superior al importe que permite disfrutar de los beneficios fiscales correspondientes<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Se modificó el art. 223 del Código Civil para introducir la llamada «autotutela» y como complemento de esta regulación, se reformó el artículo 1732 del Código Civil, para dar cabida a los «poderes preventivos». Por todo ello, estos instrumentos son la autotutela y el apoderamiento preventivo.

<sup>13</sup> BERROCAL LANZAROT, I., Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad, LA LEY, Derecho de familia, N° 2, Sección Práctica Profesional, Segundo trimestre de 2014.

<sup>14</sup> DE PABLO VARONA, CARLOS «Reflexiones sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad intelectual. Especial referencia a su fiscalidad, pág 17 y ss.

La constitución del patrimonio protegido se regula en los artículos 2, 3 y 4 Ley 41/2003, los cuales analizan los ámbitos objetivo y subjetivo del mismo. Dentro del ámbito subjetivo se manifiestan, por un lado, los titulares o beneficiarios del mismo y, por otro lado, a las personas que pueden constituirlos y aportar bienes (la propia persona con discapacidad, sus familiares próximos y otras personas con interés legítimo). Algunos autores exponen que tiene mayor interés el ámbito objetivo, por cuanto se refiere a la regulación de los bienes y derechos que pueden o no aportarse, si bien la normativa no parece que existan grandes limitaciones pudiendo integrarlo toda clase de bienes, sean dinerarios o no, y derechos. Especifican que la Ley tiene preceptos que limitan de manera directa los elementos patrimoniales que pueden aportarse. Como ya hemos mencionado estos bienes y derechos deben estar afectos a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad (art. 1.1 Ley Patrimonio Protegido), debiendo ser adecuados y suficientes para cumplir con esa finalidad.

La constitución del patrimonio protegido, en virtud de lo expuesto por la doctrina<sup>15</sup>, la Ley exige la escrituración notarial de las aportaciones, y por ello la Dirección General de Tributos ha señalado de forma recurrente que para la aplicación de los beneficios fiscales las aportaciones realizadas con posterioridad a la constitución del patrimonio deben realizarse mediante documento público autorizado por notario, en la práctica suele ser el administrador del patrimonio protegido el que suscribe a final de año un acta notarial recogiendo todas las aportaciones realizadas durante el año. Considera que se trata de una cuestión polémica que aún no puede darse por zanjada, pues hay quien entiende que hay que escriturar cada aportación. Concluyendo que dicha postura constituye un freno a la utilización de este instrumento —frente a los planes de pensiones—, pero hay que tener presente que su coste es reducido.

#### IV. DISPOSICION DE BIENES Y NECESIDADES VITALES

La Exposición de Motivos de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, establece «la ley se ocupa de las consecuencias fiscales derivadas de la realización de actos de disposición de los bienes o derechos integrantes del patrimonio protegido cuando tales actos de disposición se realicen en el plazo comprendido entre el período impositivo de

---

<sup>15</sup> DE PABLO VARONA, CARLOS «Reflexiones sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad intelectual. Especial referencia a su fiscalidad, pág 17 y ss.

la aportación y los cuatro siguientes» (...) «queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad» y especifica que el patrimonio protegido «se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares» Sin embargo, no define qué debemos entender por acto de disposición.

El gasto de dinero y consumo de bienes fungibles realizados por los administradores del Patrimonio Protegido, cuando aquellos se encuentren integrados en el Patrimonio Protegido de las personas con discapacidad y se atiendan las necesidades vitales de la persona beneficiaria, **no deben considerarse como disposición** de bienes o derechos a efectos del requisito de mantenimiento de las aportaciones realizadas durante los cuatro años siguientes al ejercicio de su aportación, establecido en el artículo 54.4 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio<sup>16</sup>. Por ello la utilización de dinero y bienes fungibles existentes en patrimonios protegidos (con independencia de que sean de gasto o de ahorro) durante el período de constitución del mismo o en los cuatro posteriores, siempre y cuando se atiendan las necesidades vitales de la persona con discapacidad, **no** será considerado como acto de disposición, ello evitará que se produzca la regularización tributaria correspondiente sobre dicha disposición.

Pérez Huete plantea que el tratamiento de los actos de disposición de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido de las personas con discapacidad no es una cuestión baladí, ha planteado uno de los temas con mayor problemática de esta regulación<sup>17</sup>.

Navarro Garmendia considera el concepto de disposición en el patrimonio protegido como límite material señalando a qué pueden destinarse las disposiciones de tal manera que permitan el mantenimiento de los incentivos fiscales<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Consulta DGT: V3312/2013.

<sup>17</sup> PÉREZ HUETE, J. (2004): «Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados», Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, nº 29/04, pág. 14.

<sup>18</sup> NAVARRO GARMENDIA, JUAN ANTONIO. «El concepto de disposición como límite material del patrimonio protegido desde la perspectiva de los alimentos» Revista de Derecho UNED, núm. 12, 2013. Pág 621 y ss.

La Dirección General de Tributos pretendió dar claridad a este concepto estableciendo, desde un punto de vista negativo, qué se debe entender por actos de disposición. En este sentido no estimaba los actos de gestión activa del patrimonio, aunque esta clasificación no resolvió el problema, existía una numerosa diversidad de criterios que obligó a introducir una aclaración legal de dicho concepto a través de la Ley 1/2009<sup>19</sup>. Su artículo 2 añade un último párrafo aclaratorio al artículo 5.2 L PATRIMONIO PROTEGIDO PD de suma importancia, por cuanto servirá para definir el límite material del patrimonio protegido, el destino de los actos de disposición, y el límite temporal, indicando cuando pueden realizarse aquellos para no perder los beneficios fiscales.

Garmendia aclara que las respuestas a estas consultas establecen una delimitación negativa del concepto de disposición excluyendo los actos de administración dirigidos al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido. Esta delimitación permite la gestión activa de los bienes y derechos integrados en el patrimonio protegido evitando la pérdida de los beneficios fiscales que el artículo 15. cuatro L PATRIMONIO PROTEGIDO impone a las disposiciones realizadas en el periodo impositivo en que se realiza la aportación o en los cuatro siguientes, la finalidad última de todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como de sus frutos, rendimientos o productos, es la satisfacción de las necesidades vitales del titular-beneficiario. Por este motivo, la delimitación positiva del concepto de disposición exige concretar qué se entiende por necesidades vitales<sup>20</sup>.

En opinión de Cuadrado Iglesias, se debe acudir al derecho sustantivo, y más concretamente al código civil, para hacer extensivo lo contenido en el artículo 142 y comprender las «necesidades vitales». Se entiende como tales: el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica y la educación. Si bien es cierto que no todas las personas tienen las mismas necesidades y se encuentran en las iguales circunstancias, lo que nos lleva a añadir que se debe adecuar el concepto de necesidades vitales a cada persona, caso por caso. Aún podríamos

---

<sup>19</sup> Ley 1/2009 de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

<sup>20</sup> NAVARRO GARMENDIA, JUAN ANTONIO. «El concepto de disposición como límite material del patrimonio protegido desde la perspectiva de los alimentos» Revista de Derecho UNED, núm. 12, 2013. Pág 621 y ss.

llegar más allá de lo especificado e incluir dentro de este concepto aquellas ayudas percibidas para realizar actividades cotidianas<sup>21</sup>.

El concepto de necesidades vitales no ha disfrutado de una consideración uniforme, sirva de ejemplo lo expuesto por Entrena Palomero<sup>22</sup>, ha defendido la incorporación dentro del concepto de necesidades vitales actividades comunes dentro de la sociedad en la que nos encontramos, entre otras, las vacaciones de verano y deporte.

Por el contrario, Escribano Tortajadaha sostenido, que algunas de las actividades comunes sociales (vacaciones, tiempo de ocio de calidad y en igualdad de condiciones) es un derecho a disfrutar de forma digna, también lo es el establecimiento de límites a este patrimonio, Escribano considera que se debe acotar y reducir a lo «estrictamente necesario y vital», con el objetivo de evitar que los acreedores del patrimonio personal puedan repercutir contra este. Afirma que «con ello no pretendemos decir que no tienen derecho a tener unas vacaciones, ni mucho menos, lo que consideramos es que para proteger ese patrimonio que se utilice para satisfacer los gastos esenciales e imprescindibles es necesario ceñirlo a las necesidades estrictamente vitales y así no perjudicar tampoco a los acreedores».

Para ello, resultaría preciso constituir dos patrimonios diferenciados para que, al menos uno de ellos, estuviese destinado a garantizar unos mínimos vitales<sup>23</sup>.

## V. BENEFICIARIOS Y APORTANTES DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Para disfrutar la condición de beneficiario de Patrimonio Protegido la normativa tributaria establece que serán aquellas personas con discapacidad afectadas por los siguientes grados:

- Personas afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33%.
- Personas afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%.

---

<sup>21</sup> CUADRADO IGLESIAS, Manuel. Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García (Servicio de Publicaciones), pág. 1134.

<sup>22</sup> ENTRENA PALOMERO, Blanca. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007 pág. 994.

<sup>23</sup> ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia. El patrimonio protegido de las personas .... Op. Cit.,, pág. 91 yss.

Escribano Tortajada aprecia como la normativa tributaria hace referencia únicamente al concepto de «beneficiario» pero en singular. Es indudable que existe un vínculo inseparable entre constitución de patrimonio protegido y discapacidad, consecuencia de ello, ante la posibilidad de la desaparición de la condición de discapacitado también desaparece el patrimonio protegido<sup>24</sup>.

Ante esta percepción, podríamos plantear si se puede concebir ¿una pluralidad de personas discapacitadas fuera beneficiarias de la constitución de un patrocinio protegido? o, por el contrario, ¿únicamente una persona puede ser titular del patrimonio protegido?

Dicho planteamiento ha generado posiciones contrapuestas. La doctrina partidaria de la idea individualista ha rechazado esta posibilidad, al considerar inviable que se constituya un único patrimonio protegido para varias personas discapacitadas. En este sentido Luna Serrano determina que «esta regla de exclusividad de beneficio a favor del discapacitado titular del denominado patrimonio protegido que parece a primera vista coherente con la afectación de los bienes y derechos constitutivos de dicho patrimonio a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular discapacitado, pero que vincula, sin duda, a este de manera excesiva en cuanto a su posibilidad de disposición y gestión de los bienes en cuestión sobre los que le corresponde su titularidad».

Por otro lado, hay autores como Marín Calero Seda Hermosín que defienden la postura individualista con matices, declaran que una persona con discapacidad puede ser titular de varios patrimonios protegidos, (en calidad de beneficiario o de titular), por el contrario, manifiestan que no se puede constituir un único patrimonio protegido para amparar a varias personas con discapacidad.

Otra de las manifestaciones que se introduce es la visión extensiva de Pereña Vicente<sup>25</sup>. Sustenta que cuando se hace referencia a «beneficiario exclusivo» se refiere a que el titular de este patrimonio sólo puede serlo una persona con discapacidad, sin embargo, Escribano Tortajada especifica que nada dice la ley sobre que puedan existir varios titulares con la condición de discapacidad<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 1º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011., pág. 153

<sup>25</sup> PEREÑA VICENTE, Monserrat. Asistencia y protección de las personas incapaces. 1º Edición. Madrid: Dykinson, 2006, pág. 57.

<sup>26</sup> ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia. El patrimonio protegido... Op. Cit., pág. 160 y 161

Quesada Sánchez asevera que si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de la ley, éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables<sup>27</sup>.

Algunos autores como Martos Calabrús, entre otros, referencia que la extinción del patrimonio protegido se extingue por varias causas: muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario; dejar de tener el beneficiario la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de la ley y cuando el juez dicte su extinción<sup>28</sup>. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

En otro orden de cosas, destacaremos que los aportantes a Patrimonios protegidos podrán disfrutar de los beneficios fiscales establecidos legalmente cuando el mismo tenga una relación con el titular del Patrimonio. Debiendo diferenciar entre persona física o jurídica con la finalidad de determinar si se trata de un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades o, por el contrario, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

El fundamento del reconocimiento de beneficios fiscales de las personas con discapacidad se encuentra en el título I de la Carta Magna y concretamente en los artículos 31 y 49, destacando, por un lado, el principio de capacidad económica y, por otro, la utilización del sistema tributario, como medida de fomento para lograr una mayor integración social de este colectivo. De esta manera, se ha obtenido un tratamiento sistemático y global de la discapacidad en nuestro sistema tributario<sup>29</sup>. El nuevo tratamiento fiscal ha quedado reflejado en un considerable incremento de la atención doctrinal sobre el tema. Martín Dégano asevera que la práctica totalidad de las normas son beneficios fiscales por lo que se requiere un concepto de discapacidad preciso y riguroso dada la prohibición de la analogía contemplada en

---

<sup>27</sup> QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ: «El discapacitado y su... ¿patrimonio protegido?» Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, N° 75, 2008, págs. 187-200

<sup>28</sup> MARTOS CALABRÚS, M. A.: «Capítulo II. El patrimonio protegido de la persona discapacitada (Ley 41/2003 de 18 de noviembre)», cit., p. 153.

<sup>29</sup> MARTÍN DÉGANO, ISIDRO. Documentos de Trabajo 1/202:» El concepto de discapacidad en la aplicación de los beneficios fiscales». Recuperado de [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2020\\_01.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2020_01.pdf) Consultado 11 de noviembre de 2023.

el art. 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, (LGT en adelante), con la ausencia de un tratamiento unitario de la normativa y la ausencia de adaptación terminológica<sup>30</sup>.

Continuando con Martín Dégano, subraya que dos normativas tributarias coinciden en definir la persona con discapacidad como quien tiene reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Definición utilizada por otras ramas del ordenamiento con ausencia de un concepto autónomo propio del Derecho Tributario y empleada por normas autonómicas en sus tributos propios o en los impuestos estatales cedidos. Destacando positivamente la calificación que el legislador tributario efectúa de estas personas en función del grado de discapacidad, sin considerar otros criterios como el utilizado en numerosas ocasiones por el Derecho del Trabajo y referido a la incapacidad, por cuanto la discapacidad, debe abarcar la vida social además del ámbito laboral.

La constitución del Patrimonio Protegido puede ser conformada por la propia persona con discapacidad beneficiaria. La Ley establece que cualquier persona con interés legítimo<sup>31</sup>, siempre y cuando cuente con el consentimiento de la persona con discapacidad (con el apoyo que requiera), podrá realizar aportaciones al Patrimonio Protegido a título gratuito, intervivos, e inclusive a través de pacto sucesorio en aquellos supuestos en los que las legislaciones civiles vigentes la permitan y no estén sujetas a término. Los aportantes tienen la facultad de determinar el destino de las aportaciones efectuadas, a pesar que en ocasiones, no es posible dar a las aportaciones la finalidad originariamente prevista por sus aportantes<sup>32</sup> una vez extinguido el Patrimonio Protegido.<sup>33</sup> Las aportaciones pueden ser dinerarias y en especie.

## VI. NECESIDADES VITALES Y PATRIMONIO PROTEGIDO.

Al dar a conocer un instrumento jurídico que permite crear un patrimonio a favor de personas con discapacidad, bajo control administrativo, y con la finalidad de asegurar la satisfacción de las necesi-

---

<sup>30</sup> Artículo 151.1 LGT; artículo 60 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante LIRPF; 1 art. 20.2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones arts. 20. Uno.8 y 91.dos.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, entre otros.

<sup>31</sup> Art 4 Ley 41/2003.

<sup>32</sup> Art 6 Ley 41/2003.

<sup>33</sup> Art 4.3 en relación con el art 6.3 segundo párrafo de la Ley 41/2003.

dades vitales del discapacitado, va a ser extremadamente importante conceptualizar determinados términos que nos den a conocer el contenido de la protección en sí, como son: las necesidades «vitales», y su «disponibilidad, ya que no se encuentran definidas en ningún sitio.

Podríamos definir «necesidades vitales», como aquellas necesidades que de no ser atendidas pondrían en peligro el concepto mismo de dignidad. González Ruiz asevera que las necesidades vitales no se reducen sólo a su interpretación material: derecho a comida, vestimenta, higiene, vivienda, colegios, médicos, asistencia a centros especializados, fisioterapia, rehabilitación, tratamiento médico-farmacéutico, etc.<sup>34</sup>, sino que deben ser consideradas desde un ámbito jurídico más amplio<sup>35</sup>. Los alimentos son necesidades vitales, pero las necesidades vitales no son, exclusivamente, sólo alimentos.

Acudiendo a la Ley 1/2009<sup>36</sup>, y más concretamente a la enmienda número 7, que fue emitida por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, podremos comprobar que se determina la finalidad de los patrimonios protegidos, con el siguiente carácter «en todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de **satisfacción de las necesidades vitales** de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, **no** se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el Patrimonio Protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria».

En apoyo a lo expuesto hasta el momento, se debe hacer referencia a la circunstancia que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2009, hubo una enmienda<sup>37</sup>, que especificaba: «en todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los

---

<sup>34</sup> GONZÁLEZ RUIZ, FRANCISCO: «Previsión económica y disponibilidad de medios» Pág.2. Recuperado de : <http://www.centrodocumentaciondown.com/uploads/documentos/0f308a1a59e8d8ab17bf23c9d8a0548dca3698a1.pdf> Consultado en 10/11/2023.

<sup>35</sup> Art 5.4 Ley 41/2003:» Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la **satisfacción de las necesidades vitales** de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido».

<sup>36</sup> Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria

<sup>37</sup> Enmienda nº 7 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el Patrimonio Protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria». En la justificación de esta enmienda se dictaminó: «el metálico y los bienes fungibles han sido aportados al Patrimonio Protegido, para atender las necesidades cotidianas y vitales de la persona beneficiaria<sup>38</sup>», el texto de la citada enmienda resulta coincidente con el aprobado en la citada Ley 1/2009.

Hay una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una situación concreta, que es lo que viene a decir, la DGT cuando insiste en que «las necesidades vitales de cada titular de un Patrimonio Protegido, constituyen una cuestión de hecho que podrá acreditarse empleando cualquiera de los medios de prueba generalmente admitidos en derecho, cuya valoración corresponderá efectuar a los órganos de gestión e inspección de la Administración Tributaria».

Al utilizar la expresión de Patrimonio Protegido, debemos exponer que se trata de una figura jurídica de relativa reciente creación en nuestro ordenamiento (2003). Es un instrumento jurídico de gran interés para personas con una discapacidad física o sensorial y para personas con discapacidad intelectual. Su constitución permite designar bienes con los que hacer frente a sus necesidades vitales ordinarias. De esta forma, los padres (ente otros), sin tener que efectuar una donación (mayor coste fiscal), ni venta, y sin tener que esperar a transmitir la masa hereditaria, pueden vincular determinados bienes a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Quesada Sánchez califica al patrimonio protegido como un patrimonio de destino, es decir, masa patrimonial afectada expresamente a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad en cuyo interés se constituya<sup>39</sup>.

Herbosa Martínez ha calificado el patrimonio protegido como «El patrimonio adscrito a un fin», con la percepción que dicho fin debe estar por encima de las personas físicas, ya que debe adquirir una entidad superior al individuo<sup>40</sup>. Sin embargo, Herbosa Martínez plantea una importante duda, por cuanto este patrimonio se vincula expresamente a personas físicas muy concretas. Incluso todo ello se plasma

---

<sup>38</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 113-32, 29/10/2007, pág. 68.

<sup>39</sup> Art.2 Ley 41/2003.

<sup>40</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, I.: «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», AC 2005-2, núm. 16, pp. 1932-1954.

en la propia norma, en tanto en cuanto los actos no encaminados a satisfacer las necesidades básicas del beneficiario no son impugnables como criterio general<sup>41</sup>.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio no tiene personalidad jurídica propia, como se puede comprobar en la Exposición de Motivos de la Ley se aíslan del patrimonio personal del titular-beneficiario y quedan sometidos a un régimen de administración específico.

Como se ha expuesto, el Patrimonio Protegido es configurado como un **patrimonio de destino** al que se otorgan incentivos fiscales<sup>42</sup>. Por este motivo, los criterios que establecen cuándo pueden realizarse las disposiciones de los bienes y derechos que lo integran y a qué pueden destinarse, con la finalidad de beneficiarse de los incentivos fiscales, resultan determinantes para la aplicación de esta figura por sus potenciales beneficiarios. Lucas Durán y Martín Dégano exponen que los bienes afectos al Patrimonio Protegido **podrán ser sustituidos** por otros o incluso se podrá destinar el dinero a inversiones financieras o inmobiliarias, sin penalización fiscal por su disposición anticipada, cuando se mantenga el sentido estricto del destino de aquellos y los bienes vayan a salir del Patrimonio Protegido no tengan un valor mayor que los entrantes<sup>43</sup>.

## VII. DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO

Como cuestión previa, se deben realizar una serie de precisiones vinculadas a la disposición de bienes, derecho y dinero del Patrimonio Protegido.

En primer lugar, cabe destacar que el concepto de disposición actúa como límite material del Patrimonio Protegido, concretando el ámbito de las necesidades vitales que permiten mantener los incentivos fiscales a pesar de la ausencia de una definición, en sentido positivo, de qué debe entenderse por actos de disposición, en la normativa. Ante la falta de definición del contenido de las necesidades vitales,

---

<sup>41</sup> QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ: «El discapacitado y su... ¿patrimonio protegido?» Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, N° 75, 2008, págs. 187-200

<sup>42</sup> Resolución de Tribunal Económico Administrativo Regional, 3/00831/2018/00/00 de 03 de septiembre de 2019.

<sup>43</sup> LUCAS DURÁN, MANUEL; MARTÍN DÉGANO, ISIDORO. «Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad y su fiscalidad». DOC. N° 4/2014Pág 37-50.

se analiza el proceso de concreción de los alimentos y sus posibles aportaciones.

En segundo lugar, y en consonancia con la finalidad propia de los Patrimonios Protegidos el uso de los bienes y derechos integrados en el mismo, así como de sus frutos, productos y rendimientos, **dejarán de tener la consideración de actos de disposición** cuando sea para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria. En todo caso, la normativa efectúa una definición en sentido negativo o excluyente<sup>44</sup>.

En tercer lugar, cuando tratamos de encontrar una definición precisa de qué debe entenderse por actos de disposición, no encontraremos una tesis doctrinal clara, será el preámbulo de la Ley 1/2009 el que remita a la propia Ley «la aclaración legal del concepto de acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios protegidos, habida cuenta de la disparidad de criterios detectados en la práctica».

Por último, la legislación en consonancia con la jurisprudencia administrativa<sup>45</sup>, determinan como finalidad de los actos de disposición, el mantenimiento de la productividad del Patrimonio Protegido, sin embargo, se debe resaltar como finalidad última la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad.

Una vez especificado lo anterior, procederemos a intentar dar a conocer la postura de la DGT en relación con la disposición del Patrimonio. Los ya referenciados Lucas Durán y Martín Décano consideraron que la DGT<sup>46</sup>, en un primer momento, parecía mostrarse contraria a la posibilidad de la constitución de un patrimonio denominado meramente de gasto, sin que se pueda aseverar de manera categórica dicha afirmación, por cuanto lo hacía de una forma imprecisa y confusa. Con el transcurso del tiempo, su postura parecería haber cambiado. Con la aprobación de la Ley 1/2009 de 25 de marzo, terminó admitiendo que el gasto de dinero, y el consumo de bienes fungibles integrados en el Patrimonio Protegido, siempre y cuando, se hicieran para atender las necesidades vitales, no debía considerarse como disposición de bienes o derechos, a efectos del requisito de mantenimiento de las

---

<sup>44</sup> Art 4.2 Ley 41/2003.

<sup>45</sup> Resolución de Tribunal Económico-Administrativo Foral de Vizcaya, 014143 de 04 de diciembre de 2017.

<sup>46</sup> Consultas: de 11/11/2013 (V3312-13); de 27/11/2013 (V3457-13, V3458 13 y V3459-13); de 27/11/2013 (V3463-13) y de 28/11/2013 (V3468-13) Consultas V1383-21 de 13 de mayo de 2021, V0335-21 de 24 de febrero de 2021 y V 0050-21 de 18 de enero.

aportaciones realizadas durante los cuatro años siguientes al ejercicio de su aportación establecido en el artículo 54.5 de la LIRPF.

En recientes consultas, nuevamente se pronuncia acerca de la controvertida cuestión de los beneficios fiscales reconocidos a los patrimonios protegidos, especificando que se deberá hacer *«teniendo en cuenta la finalidad atribuida legalmente(...)»*. La DGT concluyó que: *«(...) , tanto la concreción de las necesidades vitales del discapacitado, las circunstancias excepcionales anteriormente señaladas, así como la efectiva existencia de un patrimonio, son una cuestión de hecho, que deberán ser acreditadas por el contribuyente a través de medios de prueba admitidos en Derecho»*.

Según lo anteriormente señalado, se podría plantear la siguiente cuestión: ¿solo **en circunstancias excepcionales** se podría utilizar el dinero aportado para la constitución del Patrimonio Protegido, antes del plazo de cuatro años<sup>47</sup>? La respuesta a esta cuestión no resulta baladí, por cuanto Lucas Durán y Martín Dégano han especificado que la constitución del patrimonio protegido es una cuestión formal y material y que una vez cumplidos los requisitos subjetivos, objetivos y formales no pueden excluirse de tal figura jurídica determinados supuestos por carecer de fundamento legal alguno para ello.

Esto dio lugar a que la interpretación que venía haciendo la DGT quedara descartada, reconociendo la *necesidad de interpretar de forma integradora y conjunta la regulación fiscal de los beneficios aplicables al Patrimonio Protegido y la regulación del mismo establecida en la normativa civil*. El cumplimiento del deber de utilizar el dinero del Patrimonio Protegido, fuera del límite temporal establecidos normativamente, y poder disfrutar de los beneficios fiscales sin problemas legales deberá ser examinada caso a caso, debiendo esperar a que jueces y tribunales, en última instancia, estudien los diversos supuestos y decidan la adecuación o no, del uso y disposición de bienes y dinero, en tanto en cuanto se generen dudas acerca de su adecuada disposición.

## VIII. EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

La extinción del patrimonio protegido, cuestión a la que se ha hecho una breve referencia más arriba se produce por diversas causas.

---

<sup>47</sup> Art 54.5 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Quesada asevera que si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia. Por otra parte, continúa diciendo, si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de la ley, éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

Moretón Sanz destaca la relevancia de la autonomía que el legislador atribuye al aportante, ya que el régimen previsto en el artículo sexto sólo será de aplicación si no ha sido dispuesto un régimen específico, señalando el único límite de destino que se deba dar a los bienes aportados en caso de extinción de la masa especialmente protegida, que recuerda que será posible dar el destino previsto en el momento de la aportación *«siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que en su caso, fueran aplicables»*. Así mismo hace referencia a la denominada *«reversibilidad de la aportación»*, a través de la cual el otorgante garantiza que el bien o derecho en cuestión revierta nuevamente en su patrimonio, una vez cumplida la finalidad de atender al sujeto beneficiario.

Resulta lógico, si el aportante dona bienes con una finalidad específica, para un destinatario concreto, la extinción del patrimonio protegido sería causa suficiente para que, si existieran bienes/derechos, revirtieran en el donante. La finalidad había concluido, la causa que motivó la donación efectuada se extingue y la finalidad desaparece.

## IX. BREVE REFERENCIA AL CASO ESPECIAL DE CATALUÑA

Desde el punto de vista estatal, la Exposición de Motivos de la Ley estatal 41/2003, así como los artículos 1 y 4 de la misma, se encargan de afirmar categóricamente el carácter gratuito de las aportaciones al patrimonio protegido, en los términos siguientes: *«estas aportaciones de bienes o derechos deberán realizarse **siempre** a título gratuito, incluso a través de pacto sucesorio en aquellas legislaciones civiles vigentes que la permitan, y no estarán sujetas a término»*. Determinando su naturaleza jurídica de donación en tanto en cuanto sea efectuada *inter vivos* y, por ende, sujetas al Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD, en adelante). El ISD es un impuesto directo, complementario al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y cedido a las Comunidades Autónomas, cuyo sujeto pasivo es el donatario.

Las aportaciones efectuadas a Patrimonios Protegidos cuando no se traten de rendimientos del trabajo, deberán tributar por el ISD<sup>48</sup>, en tanto en cuanto excedan de los límites establecidos en el artículo 54.1 LIRPF. Sin embargo, la doctrina efectúa una crítica a la falta de modificaciones en la LISD al considerar casi inexistente el beneficio fiscal, cuando se trata de donaciones a discapacitados, lo cual provoca una desviación de parte de los beneficios fiscales a las CCAA en lugar de los contribuyentes.

En conclusión, no estará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la parte de las aportaciones que tenga para el perceptor la consideración de rendimientos del trabajo, siempre y cuando no supere los límites legalmente establecidos, por el contrario, cuando se llegue a superar dichos límites, el exceso sí estará sujeto.

Esta es la situación jurídica regulada por la normativa estatal: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, según la redacción dada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo.

Desde la perspectiva autonómica, se va a proceder a realizar una breve referencia a la normativa autonómica catalana. Los artículos 227-1 a 227-9 del Código Civil catalán (Llei 25/2010, de 29 de julio, de aprobación del Libro Segundo del Código Civil catalán) señala la configuración propia de la figura jurídica de Patrimonio Protegido. Alguien podría calificar la situación como un escenario normativo en el que se pretende mantener dependientes a los colectivos de familiares de personas con discapacidad, a través de una regulación del Patrimonio Protegido de aquellos (normativa autonómica propia), circunstancia que a resultar de extrema delicadeza no vemos a entrar en debate alguno, por no ser este el objeto del presente trabajo.

Lo cierto, es que Cataluña debe aplicar, por un lado, la normativa estatal (Ley 41/2003, de 18 de noviembre) y coexistiendo con aquella, la normativa autonómica (artículos 227-1 a 227-9 del Código Civil catalán). Entonces, ¿se encuentra la cuestión del Patrimonio Protegido sometido a una doble regulación? Efectivamente, es una sorprendente realidad, pero cierta.

Y la pregunta que sigue a esta insólita situación sería ¿cómo resulta posible que una misma figura jurídica quede regulada por sendas normativas? A pesar de la posible complejidad de la cuestión, la respuesta parece sencilla: el Govern de la Generalitat efectuó una regu-

---

<sup>48</sup> Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

lación propia del patrimonio protegido, en otras palabras, constituyó su propia configuración jurídica.

Como ya se ha hecho referencia con anterioridad, según la ley 41/2003 de 18 de noviembre, el Patrimonio Protegido se encuentra separado e independiente del resto del conjunto patrimonial de la persona con discapacidad, constituyéndose como titular del mismo, la persona protegida. La normativa estatal consagra la titularidad unipersonal del Patrimonio Protegido.

Sin embargo, la normativa catalana regula aquella figura jurídica como un patrimonio ajeno e independiente, al igual que la normativa estatal, con la diferencia que carecería de titularidad, ni personalidad propia, lo que implicaría que el Patrimonio Protegido constituido poseería una identidad diferenciada de la propia persona con discapacidad. Cámara Lapuente afirma que el Patrimonio Protegido catalán se acerca más a los trust<sup>49</sup>, sin que el administrador ni beneficiario tengan propiedad ni ningún otro derecho real<sup>50</sup>, se encuentra una separación entre constituyente, administrador y persona beneficiaria, pudiendo la propiedad recaer sobre la misma persona o no.

La primera consecuencia de lo expuesto sería la posibilidad que el Patrimonio Protegido tuviera más de un beneficiario. Cuestión que resultaría de menor relevancia si no fuera por la consecuencia que de ello se generaría: falta de aplicabilidad de los beneficios fiscales del art 54 de la LIRPF al no poder aplicarse los preceptos de la norma estatal.

Entonces ¿en qué situación quedaría dicha figura jurídica? No es una cuestión superficial, que se concatenaría con las otras: ¿esta situación ha nacido fruto de una vulneración de las competencias normativas catalanas? ¿El legislador catalán puede aplicar beneficios fiscales en base a su normativa autonómica mediante una interpretación analógica de la normativa tributaria?

A la primera interrogante: nos hallamos ante una figura que se encuentra en una laguna jurídico, en materia tributaria consecuencia de un «error» voluntario o involuntario de la regulación autonómica. Se configura una figura jurídica que no encaja con la definición estatal, abocándola a un limbo jurídico en materia tributaria. Dicha

---

<sup>49</sup> El trust es un contrato privado por el cual una persona transfiere un bien o derecho a otra persona de su confianza, con el fin de que lo controle y administre en beneficio de terceras personas, normalmente familiares o allegados.

<sup>50</sup> Artículo 227,2.1 del Código Civil catalán.

mala praxis legislativa ha generado confortamientos legales<sup>51</sup> generadores de problemas en materia tributaria, sin que se hicieran extensivos los beneficios fiscales de los tributos cedidos. Situación que obligó a la adopción de medidas legislativas<sup>52</sup> con la finalidad, entre otras, adaptar los Impuestos sobre el Patrimonio y el de Sucesiones y Donaciones.

Respecto de las siguientes cuestiones, la respuesta es negativa, así se ha encargado de avalarlo el Tribunal Constitucional tras la interposición del recurso de inconstitucionalidad por controversia de naturaleza competencial planteada en relación con la regulación del patrimonio protegido efectuada por el Govern de la Generalitat, en contraposición de lo establecido en la Ley Estatal<sup>53</sup>. El recurso se interpuso por considerar que se vulneraba la competencia autonómica en materia civil catalana. Sin embargo, el Alto Tribunal consideró que carecía de fundamento, entre otras causas, porque la norma estatal objeto de controversia «respetaba escrupulosamente su subsidiariedad en relación a las leyes civiles autonómicas que legislen dicho patrimonio (art. 149.1.8 CE)». El Tribunal dictaminó inexistencia de vulneración de la competencia normativa catalana, y que la aplicación de beneficios fiscales «a una institución similar regulada desde el Derecho civil de Cataluña, tendría que hacerlo mediante una interpretación analógica de la normativa tributaria», lo que prohíbe expresamente la Ley General Tributaria<sup>54</sup>, desestimando el recurso.

## X. CONCLUSIONES

La figura del Patrimonio Protegido en favor de persona con discapacidad, dota de una estructura que, además de garantizar el futuro económico de la persona afectada, optimiza notablemente el tratamiento fiscal de la masa patrimonial aportada y la transmisión de los bienes por parte de los aportantes. Todo ello desde 2003, año en el que se promulga la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sin embargo, no es un hecho aislado por coincidir con la celebración del Año Internacional de la Discapacidad.

---

<sup>51</sup> Sentencia 236/2012, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional, en la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlament de Catalunya contra la Ley 41/2003 por presunta vulneración de competencias.

<sup>52</sup> Llei 2/2016, de 2 de noviembre

<sup>53</sup> Apartado 2 del artículo 1 de la Ley 41/2003

<sup>54</sup> Artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria.

Las consecuencias fiscales de esta figura favorecen, no solo a las personas con discapacidad, sino también a los aportantes al Patrimonio Protegido, pero, a pesar de ello, deben ser consideradas teniendo en cuenta la renta de cada una de las personas que intervinieren, para poder determinar la existencia o no de ventajas de acuerdo con las normas.

Algunas reflexiones a tener presente, legislativamente hablando. La constitución de Patrimonios Protegidos excluye a personas fuera de los grados de discapacidad especificados ¿En qué lugar quedan los sujetos incapacitados? ¿La declaración o exclusión de dichos grados resultan discriminatorios? ¿se trata de un «olvido» circunstancial? ¿debería ampliarse el círculo de personas que recoge el artículo 54.1?

Respecto de la acreditación de la discapacidad de personas con patrimonio protegido, se debe formular una crítica a la jurisprudencia. Cuanto mayor rigidez exista en los medios acreditativos en la calidad de las mismas, mayor seguridad jurídica existirá. Se evitarán fraudes heterogéneos con la finalidad de obtener beneficios fiscales en detrimento de los colectivos a los que se pretende favorecer, que por su vulnerabilidad requieren especial protección jurídica y patrimonial para su plena integración social. Protección que procede bien del sector público, compuesto por el conjunto de medidas de las Administraciones Públicas para favorecer la constitución de los mismos, bien del sector privado en el entorno familiar del discapacitado. Sin embargo, en este último ámbito entran las posibilidades económicas de las familias, principales aportantes del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Por ello, consideramos insuficiente la protección del sector público, teniendo funcionalidad en los supuestos en los que las familias tengan una cierta capacidad económica o posean medios económicos suficientes.

Tras abordar el estudio de parte de la figura jurídica (patrimonio protegido), es necesario proyectar algunas propuestas con el objeto de conciliar la falta de concreción normativa, terminológica e incluso de contenido, resaltando la iniciativa positiva del legislador con la que pretende elaborar un instrumento jurídico que favorece la protección de las personas con discapacidad y a la satisfacción de sus necesidades vitales.

Sin embargo, en la práctica es imperativo reformar la legislación con la finalidad de fomentar las aportaciones privadas que incentiven y motiven la constitución de un patrimonio protegido para personas con discapacidad.

La Ley se ha quedado desactualizada y requiere importantes reformas. Es insuficiente e imprecisa la regulación normativa para trasladar parte de la responsabilidad económico-social al sector privado. Se propone una motivación económica por medio de incentivos fiscales superiores para la constitución de patrimonios protegidos por particulares, situación que incrementaría las opciones de constitución de patrimonios protegidos por el sector privado; favorecería la autonomía económica de los beneficiarios y propiciaría una integración e igualdad de las personas discapacitadas al resto de la sociedad. Las escasas ventajas fiscales merman su constitución.

Desde un punto de vista subjetivo, si bien la ley otorga la posibilidad de crear un patrimonio protegido en favor de las personas con discapacidad (en los grados indicados por la normativa), a los incapacitados les niega esta posibilidad, la normativa no los incluye en el ámbito subjetivo de los beneficiarios. Por lo que la reforma normativa debería incorporar a los incapacitados como beneficiarios de patrimonios protegidos, si necesidad de requerirles una declaración de discapacidad en los grados exigidos en el artículo dos de la Ley.

Es importante la labor que el legislador debe hacer para cumplir con el verdadero propósito de la ley que tanto ha sido reiterado a lo largo de nuestra exposición: la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, por cuanto nos encontramos con conceptos abstractos como «necesites vitales» y que varía en atención de las circunstancias de la persona, dificultando la generalización del patrimonio protegido entre sus potenciales beneficiarios. Por ello, se debe exigir al legislador mayor concreción terminológica, los conceptos deben quedar ajustados a una definición que evite incongruencias e inexactitudes causantes en pro de la seguridad jurídica y beneficiarios de los patrimonios protegidos.

Ante el planteamiento expuesto, la reforma legislativa debería comenzar con una precisión sólida, detallada y específica del ámbito de las necesidades vitales de los titulares del patrimonio protegido. La reforma se debe coordinar con la concreción del contenido de la doctrina y la jurisprudencia. Se plantea la necesidad de delimitar el contexto de necesidades vitales desde el contenido, diferenciando entre un contenido acotado y amplio. Por un lado, el contenido acotado situaríamos necesidades que está fuera del ámbito propio de los alimentos entre parientes de la prestación de alimentos. Por otro, en el contenido amplio se encontrarían las necesidades vitales incluidas dentro del ámbito de la prestación. Pero se puede llegar más allá, dentro de este último se debería distinguir entre necesidades vitales

generales y necesidades vitales derivadas de la propia discapacidad con el objetivo de proporcionar herramientas suficientes que no dieran lugar a confusión.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- Berrocal Lanzarot, I., Instrumentos de protección en previsión de una pérdida progresiva de la capacidad, LA LEY, Derecho de familia, Nº 2, Sección Práctica Profesional, Segundo trimestre de 2014.
- Cámara Lapuente, S., El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 525 y 526.
- «Trusts y patrimonios fiduciarios: acerca de las posibles aplicaciones en el derecho de la persona, familia y sucesiones y su eventual regulación en La Ley», nº 7675, año XXXII. [Consulta 18/09/2023].
- Cuadrado Iglesias, Manuel. Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García (Servicio de Publicaciones), pág. 1134.
- De Pablo Varona, Carlos «Reflexiones sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad intelectual. Especial referencia a su fiscalidad, pág 17 y ss.
- Entrena Palomero, Blanca. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2007, pág. 994.
- Escribano Tortajada, Patricia. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 1ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011., pág. 91 y ss.
- González Ruiz, Francisco: «Previsión económica y disponibilidad de medios», pág.2. Recuperado de : <http://www.centrodocumentaciondown.com/uploads/documentos/0f308a1a59e8d8ab17bf23c9d8a0548dca3698a1.pdf>. Consultado en 10/11/2023.
- Herbosa Martínez, I.: «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», AC 2005-2, núm. 16, pp. 1932-1954.
- Le Bras, G. 1936: «Les fondations privées du Haut Empire», Studi in onore di Salvatore Riccobono, Bibliografía 281 Volumen 3, Palermo, págs. 23 a 67.

- Lucas Durán y Martín Dégano «*Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad y su fiscalidad*» Instituto de estudios fiscales, DOC. N°4/2014, pág.12 y ss.
- Lucas Durán, Manuel y Martín Dégano, Isidoro (2018): Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad: régimen civil y tributario, 17 septiembre 2018, pág. 114-129.
- Luna Serrano, Agustín. El patrimonio protegido del discapacitado. II Congreso regional. 2007, pág. 108.
- Marín Calero, Carlos. Comentarios a la ley de protección patrimonial. Jornadas sobre la Nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados. 2005, pág. 45.
- Martín Dégano, Isidro. Documentos de Trabajo 1/202: «El concepto de discapacidad en la aplicación de los beneficios fiscales». Recuperado de [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos\\_trabajo/2020\\_01.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2020_01.pdf) Consultado 11 de noviembre de 2023.
- Martos Calabrús, M. A.: «Capítulo II. El patrimonio protegido de la persona discapacitada (Ley 41/2003 de 18 de noviembre)», cit., p. 153.
- Moretón Sanz, M.<sup>a</sup> Fernanda. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, Revista de Derecho UNED, núm. 6, 2010, págs 337-368.
- Navarro Garmendia, Juan Antonio. «El concepto de disposición como límite material del patrimonio protegido desde la perspectiva de los alimentos» Revista de Derecho UNED, núm. 12, 2013, pág 620 y ss.
- Pereña Vicente, Monserrat. Asistencia y protección de las personas incapaces. 1º Edición. Madrid: Dykinson, 2006, pág. 57.
- Pérez de Vega, Leonor M<sup>a</sup>:» *Tratamiento fiscal de las personas con discapacidad en el impuesto sobre sucesiones y donaciones* «Universidad de Valladolid, pág 55 y ss. [Consulta 24/04/2022]
- Pérez Huete, Joaquín: «Régimen Fiscal del Patrimonio Protegido de los Discapacitados. Año 2005. Crónica Tributaria N° 116, pág 113-135. (Consultado 12/11/2023 y disponible en <https://economistas.es/Contenido/REAF/gestor/116/Perez.pdf>.
- Quesada Sánchez, Antonio José: «El discapacitado y su... ¿patrimonio protegido?» Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Socia-

les: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, N° 75, 2008, págs. 187-200

Seda Herмосín, Manuel A. Protección por terceros: constitución del patrimonio separado. Contrato de alimentos. Discapacitado, patrimonio separado y legítima. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ. Madrid, 2006, pág. 132.

## XII. DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Consulta DGT V2936-14.

Consulta DGT, V0844-06 de 04 de mayo de 2006.

Consulta V0386-04, de 3 de diciembre de 2004.

Consulta V0415-21, de 26 de febrero de 2021.

Consulta V3312/2013.

Consulta V5308-16 de 15 de diciembre de 2016 y Consulta 0050-21 de 18 de enero.

Consultas V0303-20 de 10 de febrero de 2020 y V1383-21 de 13 de mayo de 2021.

Consultas V0844-06 de 04/05/2006, V0423-08 de 25/02/2008, V1528-08 de 24/07/2008.

Consultas V1378-09 y V1379-09 de 10/06/2009 y n.º V1526-08.

Consultas V3312-13; V3457-13; V345813; V3459-13; V3463-13 y V3468-13.

Consultas: de 11/11/2013 (V3312-13); de 27/11/2013 (V3457-13, V3458-13 y V3459-13); de 27/11/2013 (V3463-13) y de 28/11/2013 (V3468-13)

## XIII. JURISPRUDENCIA

Sentencia 351/2014, de 26 de marzo, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuyo criterio es reiterado en la sentencia número 833/2015, de 14 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2012, de 13 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad 1004-2004. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con el artículo 1.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Vid: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-346>

SSTS de 2014, de 20 de octubre de 1 de julio.

STS3923/2017-ECLI:ES:TS:2017:3923IdCendoj:28079110012017100566

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1

Fecha: 08/11/2017.

#### XIV. WEBGRAFÍA

<http://www.centrodocumentaciondown.com/uploads/documentos/Of308a1a59e8d8ab17bf23c9d8a0548dca3698a1.pdf>

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

<https://coenfeba.com/la-esperanza-de-vida-en-el-mundo-aumenta-5-anos-desde-el-ano-2000/#:~:text=Por%20sexos%2C%20la%20OMS%20destaca,69%2C1%20a%20C3%B1os%20de%20vida.>

<https://economistas.es/Contenido/REAF/gestor/116/Perez.pdf>

<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/irpf-2020/capitulo-3-rendimientos-trabajo/concepto/rendimientos-trabajo-expresa-disposicion-legal/k-aportaciones-realizadas-patrimonio-protegido.html>

<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/nuevasede.html>

<https://web.gencat.cat/es/tramits/tramits-temes/Reconeixement-o-revisio-del-grau-de-la-discapacitat>

[https://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Informacion\\_institucional/Campañas/Renta/2020/Folletos/Personas\\_con\\_discapacidad\\_R20.pdf](https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_institucional/Campañas/Renta/2020/Folletos/Personas_con_discapacidad_R20.pdf)

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-346>

[https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS\\_04\\_2008.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_04_2008.html)



## EL DERECHO DE DEFENSA Y LA DEONTOLOGÍA EN ESPAÑA

THE RIGHT OF DEFENCE AND THE DEONTOLOGY IN SPAIN

Francisco Pérez Fernández

Profesor en la Facultad Padre Ossó de Oviedo, Abogado y  
Doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.

**Sumario:** *I. La función social del abogado. II. Importancia de la deontología en relación con el derecho de defensa. II.A. La independencia. II.B. La libertad. II.C. El secreto profesional. III. La deontología como conditio sine qua non de la defensa. IV. Referencias. IV.A. Bibliografía. IV.B. Legislación. IV.C. Jurisprudencia.*

**Resumen:** La deontología profesional aplicable a la abogacía desempeña un papel trascendental a la hora de garantizar la efectividad del derecho de defensa. Este derecho, que es uno de los pilares de los modernos sistemas legales, carecería de relevancia en la práctica si no existiesen profesionales que pudiesen desarrollar su labor amparados por unas normas que les aseguran ciertas garantías, a la vez que les exigen actuar conforme a unos criterios mínimos de profesionalidad. Analizaremos las normas deontológicas vigentes en España, así como la jurisprudencia y la opinión de diversos autores, para comprender la influencia que sobre el derecho de defensa tienen ciertas materias propias de la deontología profesional aplicable a la abogacía, concretamente, la independencia, la libertad y el secreto profesional.

**Palabras clave:** Derecho de defensa; deontología; abogacía; independencia; libertad; secreto profesional.

**Abstract:** The professional deontology applicable to the advocacy plays a transcendental role in guaranteeing the effectiveness of the right of defense. This right, which is one of the pillars of modern legal

systems, would lack relevance in practice if there were no professionals who could carry out their work protected by norms that ensure them certain guarantees, as well as requiring them to act in accordance with minimum criteria of professionalism. We will analyze the current deontological norms in Spain, just as the jurisprudence and the opinion of various authors, in order to understand the influence that certain matters of professional deontology applicable to the advocacy have on the right of defense, specifically, independence, freedom and legal professional privilege.

**Keywords:** Right of defence; deontology; advocacy; independence; freedom; legal professional privilege.

## I. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL ABOGADO

Como profesión, la abogacía posee una especial importancia debido al indispensable papel que desempeña dentro de nuestra sociedad. El abogado es un elemento esencial en la articulación de la Administración de Justicia, y el desempeño de sus funciones dentro del sistema legal es condición necesaria para la realización de los más altos principios que rigen el moderno Estado democrático de Derecho. En este sentido, Miquel Roca Junyent, uno de los siete ponentes a los que se encomendó la redacción de la Constitución Española, subraya la importancia de la profesión: «Ser abogado es más, bastante más, que ejercer una profesión: significa estar convencido de que con su función se colabora con valores fundamentales que delimitan el marco de la convivencia en libertad»<sup>1</sup>. Una prueba de la elevada trascendencia que caracteriza el oficio de la abogacía la encontramos precisamente en el propio texto de la Constitución, en el que la profesión es mencionada hasta en cuatro ocasiones:

- Al establecer la asistencia de abogado como una garantía de la que ha de gozar el detenido mientras se desarrollan las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3).
- Cuando se reconoce el derecho de todos a la defensa y a otros derechos entre los que se encuentra la asistencia de letrado (art. 24.2).
- Al mencionar a los abogados de reconocida competencia como posibles miembros del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3).

---

<sup>1</sup> ROCA JUNYENT, M., *¡Sí, abogado! Lo que no aprendí en la Facultad*, Crítica, Barcelona, 2007, pág. 39.

- Igualmente, al declarar la elegibilidad de los abogados a la hora de determinar la composición del Tribunal Constitucional (art. 159.2).

Sin lugar a dudas, una de las materias en las que más destaca la relevancia de la labor desempeñada por los abogados es el ejercicio del derecho de defensa. Difícilmente podríamos imaginar la forma en la que el derecho de defensa disfrutaría de auténtica efectividad sin mediar la intervención del abogado. Que este profesional del Derecho sea un ducho conocedor de la ley, la técnica jurídica y las estrategias procesales es una de las condiciones necesarias para garantizar el asesoramiento de los intervinientes en los pleitos, así como la consecución de los principios de igualdad y contradicción entre las partes, elementos todos ellos que resultan imprescindibles tanto para la realización del derecho de defensa como para la salvaguarda de la tutela judicial efectiva. Esta es la quintaesencia que conforma la función social del abogado, y lo que convierte a este profesional en uno de los componentes básicos de todo ordenamiento jurídico garantista.

## II. IMPORTANCIA DE LA DEONTOLOGÍA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE DEFENSA

Ya hemos identificado al abogado como una pieza indispensable para la efectividad del derecho de defensa, ahora bien, para la consecución de este derecho resulta también imprescindible que la actuación profesional de este operador jurídico se avenga a una serie de normas, las cuales han de garantizar la adecuada y responsable defensa de los derechos y pretensiones de sus clientes. Es en este punto en el que el régimen deontológico adquiere una trascendencia máxima, dado que es el encargado de que el ejercicio profesional de la abogacía pueda desarrollarse conforme a unas condiciones sin las cuales la seguridad de los ciudadanos dentro del sistema legal se vería enteramente comprometida. En este sentido, las normas deontológicas, por un lado, reconocen a los abogados ciertos derechos necesarios para ejercer la defensa de sus clientes, y por otro lado, imponen una serie de obligaciones que vienen a asegurar que el comportamiento de los letrados se ajuste a un canon deseable<sup>2</sup>. Una sociedad carente

---

<sup>2</sup> Minor Salas se muestra francamente pesimista a la hora de considerar que la abogacía pueda ser ejercida conforme a los criterios propios de lo que él llama *la moral pública dominante*, no obstante, destaca así la necesidad de contar con una regulación deontológica y un sistema de coerción que hagan frente a las conductas profesionales reprochables: «Muchos profesionales incurren en acciones que son reprochables. Ese reproche [...] tiene su fundamento en la ley, en el caso de tratarse de

de este tipo de cautelas podría llegar a ser semejante a la distopía jurídica que describe Kafka en su novela *El proceso*: «Es propio de esta clase de justicia sufrir condena no sólo siendo inocente, sino permaneciendo además ignorante»<sup>3</sup>. De esta forma, la deontología se nos manifiesta como una suerte de guardián cuyo cometido es asegurar el cumplimiento de unas exigencias mínimas que impidan incurrir en esa *pesadilla kafkiana*, caracterizada por la indefensión del ciudadano frente a un sistema carente de garantías. Al denunciar el desacertado olvido que dentro del ámbito educativo y teórico sufre muchas veces la deontología, Luigi Ferrajoli hace referencia a la conexión que une esta materia con el derecho de defensa:

Los problemas vinculados a la deontología forense y, más en general, al derecho a la defensa y a la figura del defensor, por raro que parezca, siempre han sido descuidados por la doctrina jurídica y la reflexión filosófica [...] En los manuales de procedimiento se habla, por supuesto, del derecho a la defensa; pero casi nunca —salvo raras excepciones— se reflexiona sobre la función del abogado, su deontología, sus prerrogativas y sus obligaciones profesionales<sup>4</sup>.

Pasemos a continuación a analizar algunas materias que son abarcadas por la normativa deontológica con la finalidad de orientar el recto ejercicio de una profesión tan significativa socialmente.

## II.A. La independencia

Comencemos la exposición de este primer aspecto del ejercicio profesional citando las palabras de Nielson Sánchez Stewart, quien resalta que la abogacía posee un marcado carácter independiente «porque no está subordinada a ningún poder del Estado o grupo social que condicione sus actuaciones»<sup>5</sup>. De esta forma, podemos afirmar que el abogado «es independiente porque no recibe órdenes de

---

un delito, o en los códigos deontológicos, si se trata de una cuestión ética. Ahora bien, una forma (no la única) para combatir las conductas reprochables de los agremiados es precisamente crear los mecanismos administrativos o legales para denunciar los hechos y, además, para hacer públicas las faltas cometidas, O sea, se requiere un sistema de control de las conductas censurables y su respectiva publicidad. El propósito de estas medidas es simple: corregir al que cometió la infracción y persuadir (mediante el ejemplo) a quien no la ha cometido». En SALAS SOLÍS, M., «¿Es el Derecho una profesión inmoral?», *Doxa*, n.º 30, 2007, pág. 591.

<sup>3</sup> KAFKA, F., *El proceso*, Debolsillo, Barcelona, 2012, pág. 59.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L., «Sobre la deontología profesional de los abogados», en GARCÍA PASCUAL, C. (Coord.), *El buen jurista deontología del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pág. 203.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *Manual de deontología para abogados*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pág. 104.

nadie, ni de los Colegios, ni de los Tribunales, ni de sus clientes: instrucciones, recomendaciones, solicitudes, requerimientos, sí pero órdenes no»<sup>6</sup>. Citemos también a La Torre, que se encarga de subrayar tanto la importancia de la independencia como los diferentes matices de la misma:

El abogado en definitiva se configura como independiente respecto al Estado, pero también como independiente respecto al cliente [...]

Es la defensa de los derechos de éste lo que le preocupa y le compete. Ello tiene importantes consecuencias deontológicas, en el sentido de que el abogado debe conservar una cierta distancia, y también una dosis de neutralidad e imparcialidad, respecto a los intereses ya los deseos del cliente. Tan es así que en los códigos deontológicos europeos se subraya que el abogado no debe someterse, en la conducción de la causa, a las instrucciones del cliente<sup>7</sup>.

El artículo 2.1 del Código Deontológico de la Abogacía Española (en adelante, CDAE), dedicado a la independencia, recoge este principio fundamental: «La independencia de quienes ejercen la Abogacía es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa del justiciable y de la ciudadanía por lo que constituye un derecho y un deber». De esta forma, la independencia es entendida como un derecho del profesional, cuya actuación debe desarrollarse libre de imposiciones u órdenes, pero también como un deber que éste tiene en favor del ciudadano cuyos derechos ha de defender leal y diligentemente, constituyendo el apartamiento de este deber una infracción deontológica.

El mencionado artículo 2 continúa estableciendo en su apartado segundo lo siguiente: «Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses del cliente, debe mantenerse el derecho y el deber de preservar la independencia frente a toda clase de injerencias y frente a intereses propios o ajenos». Observemos cómo se distinguen aquí dos tipos de intereses que pueden perturbar la actuación profesional:

- Intereses ajenos al del cliente, que pertenecen a terceros involucrados en el asunto y pueden influir peligrosamente en el criterio del profesional.
- Intereses propios del letrado, personales o profesionales, los cuales interfieren en su independencia por no ser coincidentes con los de su cliente.

---

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> LA TORRE, M., «Juristas, malos cristianos», en *Derechos y libertades: Revista de filosofía del Derecho y derechos humanos*, n.º 12, 2003, págs. 83 y 105.

En el tercer apartado del citado precepto se reivindica así la salvaguarda del carácter independiente del abogado: «La independencia debe ser preservada frente a presiones o exigencias que limiten o puedan limitarla, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, de los tribunales, del cliente, sea respecto de los colaboradores o integrantes del despacho». Por consiguiente, debemos entender que la exigencia de independencia es total, y que ha de ser entendida no sólo respecto de las circunstancias limitativas ya existentes, sino también de las eventuales circunstancias que en un futuro podrían llegar a condicionar al profesional. Éste deberá prever y evitar, en la medida de lo posible, aquellas situaciones en las que su independencia pueda llegar a verse comprometida. Subrayemos que la norma se refiere a presiones de toda índole, provenientes del poder judicial, de colaboradores del despacho o del propio cliente<sup>8</sup>.

Por último, el cuarto y último apartado del artículo 2 del CDAE establece una importante garantía para los abogados:

La independencia permite no aceptar el encargo o rechazar las instrucciones que, en contra de los propios criterios profesionales, pretendan imponer el cliente, los miembros de despacho, los otros profesionales con los que se colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, debiendo cesar en el asesoramiento o defensa del asunto cuando se considere que no se puede actuar con total independencia, evitando, en todo caso, la indefensión del cliente.

Esta regla conecta con lo dispuesto en otra disposición del mismo texto normativo, en la que se precisa que «la libertad de defensa comprende la de aceptar o rechazar el asunto en que se solicita la intervención, sin necesidad de justificar su decisión» (art. 12.A.4). A continuación, el CDAE hace también referencia a varias obligaciones que compelen al profesional a «abstenerse de seguir las indicaciones del cliente si al hacerlo pudiera comprometer la observancia de los principios que rigen la profesión» (art. 12.A.4), así como a cesar su intervención «cuando concurren circunstancias que puedan afectar a su libertad e independencia en la defensa o asesoramiento» (art. 12.A.5). De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que el abogado es libre de renunciar a la dirección de un asunto que haya asumido, independientemente de la razón que motive esta decisión, deviniendo obligatoria esta opción cuando se vea afectada la independencia pro-

---

<sup>8</sup> Recordemos aquí las palabras de Ángel Ossorio y Gallardo, quien remarca la necesidad de que el letrado se mantenga su firmeza ante todo cliente que pretenda imponerle su criterio: «El abogado se deshonraría si aceptase el deber de obedecer a su cliente, pues en su especialísima relación ocurre todo lo contrario: que el cliente le obedece a él o que él abandona la defensa». En OSSORIO Y GALLARDO, Á., *El alma de la toga*, Porrúa, México, 2005, pág. 26.

fesional, y siempre que no se esté quebrantando el único límite contemplado: no provocar la indefensión del cliente. Tengamos presente que la posición del abogado y la de su cliente son distintas, y eso trae consigo importantes consecuencias, tal y como señala Luigi Ferrajoli:

Para determinar el primer límite, basta con reconocer que el defensor no se identifica con su cliente. En efecto, su deontología no equivale a la de su cliente, por el simple hecho de que no tendría sentido hablar de una deontología del imputado. Precisamente porque el abogado es un técnico del derecho —la voz jurídica de su asistido— se impondrá para él, pero no para su defendido, el deber de actuar en el juicio con lealtad y probidad<sup>9</sup>.

Al margen de todo lo ya dicho, deberíamos igualmente hacer alusión a otras normas que también incluyen importantes referencias a la independencia. Así, dentro del Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGAE), encontramos diferentes preceptos que ponen de manifiesto la gran trascendencia que dentro de la deontología tiene la independencia. Citemos a continuación dichos preceptos:

- Art. 1.1: La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas.
- Art. 10.1: Los profesionales de la Abogacía prestarán juramento o promesa de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico y de cumplir las normas deontológicas de la profesión, con libertad e independencia.
- Art. 20.1: La publicidad que realicen los profesionales de la Abogacía respetará en todo caso la independencia, libertad, dignidad e integridad como principios esenciales y valores superiores de la profesión.
- Art. 47.1: La independencia y libertad son principios rectores de la profesión que deben orientar en todo momento la actuación del profesional de la Abogacía, cualquiera que sea la forma en que ejerza la profesión. El profesional de la Abogacía deberá rechazar la realización de actuaciones que puedan comprometer su independencia y libertad.
- Art. 58.2: Si el profesional de la Abogacía considerase que la autoridad, juez o tribunal coarta la independencia y libertad necesarias para cumplir sus deberes profesionales, o que no guarda la consideración debida a su función, podrá hacerlo

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L., «Sobre la deontología profesional...», *Op. Cit.*, pág. 209.

constar así ante el propio juzgado o tribunal y dar cuenta a la Junta de Gobierno. La Junta, si estimare fundada la queja, adoptará medidas activas para amparar la libertad, independencia y dignidad profesionales<sup>10</sup>.

- Art. 86.b: Son derechos de los colegiados [...] recabar del Colegio el amparo de su dignidad, independencia y lícita libertad de actuación profesional.

Recordemos que la independencia es una cualidad que debe presidir el ejercicio de la abogacía en todos sus ámbitos, incluyendo también, como no puede ser de otra forma, las actuaciones profesionales desarrolladas ante los órganos judiciales. En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) dictamina que «en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes» (art. 542.2).

La independencia también es una cuestión presente en normas de carácter internacional, como es el Código de Deontología de los Abogados Europeos, en el cual se declara que «esta independencia es necesaria tanto en la actividad judicial como en la extrajudicial» (art. 2.1.2), y el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo texto establece que los «abogados que comparezcan ante el Tribunal de Justicia gozarán de los derechos y garantías necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones» (art. 19).

Por último, hagamos mención a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en la que podemos hallar una limitación a esa libertad, antes comentada, que tiene reconocida el abogado a la hora de aceptar o renunciar a la dirección letrada de los asuntos que le son planteados por sus clientes, sin perjuicio de la garantía que protege a éstos del riesgo de sufrir indefensión. Dicha limitación obedece a la voluntad del legislador de amparar en mayor medida a los beneficiarios de la justicia gratuita, y se configura a través del establecimiento de la siguiente restricción:

Los abogados y procuradores designados desempeñaran sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso [...] sin perjuicio del efecto de las causas de renuncia o excusa que estén previstas en la Ley. Sólo en el orden penal podrán los abogados designados excusarse de la defensa. Para ello deberá concurrir un motivo personal y justo, que será apreciado por los Decanos de los Colegios (art. 31).

---

<sup>10</sup> Tenemos aquí la figura del amparo decanal, un medio de defensa puesto en favor de los abogados para garantizar su independencia.

## II.B. La libertad

La libertad es otro atributo esencial que debe estar presente en la actuación de todo profesional de la abogacía. Aunque solamos encontrarla mencionada junto a la anteriormente comentada independencia, con la que comparte múltiples similitudes, podemos trazar entre ambas una diferencia conceptual. Así, Nielson Sánchez Stewart hace la siguiente distinción:

A diferencia de la independencia que es abstracta y absoluta, la libertad es concreta y relativa. Cuando se es independiente, se es independiente de todo y con relación a todos [...] La libertad por el contrario se refiere necesariamente a una determinada facultad donde se despliega y así, hay libertad de comercio, de conciencia, de cultos, de imprenta, del espíritu, de pensamiento...<sup>11</sup>.

Albino Escribano Molina expone también esa diferencia: «Mientras la independencia supone proscribir la existencia de injerencia, propia o ajena, en el ánimo de actuación, la libertad supone la preeminencia de la voluntad e inteligencia del abogado en la llevanza del asunto desde un punto de vista profesional»<sup>12</sup>.

La libertad también posee capital importancia en relación con el derecho de defensa, dado que nunca podría concebirse asegurada la protección que tal garantía ofrece a los ciudadanos si el ejercicio profesional de la abogacía no pudiese ser desempeñado conforme a los conocimientos, estrategias e ideas propios del abogado. La libertad es un principio fundamental básico de nuestro Estado de Derecho, y ha de verse reflejado también en el ejercicio profesional, tal y como nos recuerda Miquel Roca Junyent:

No sabría comprender la función del abogado sin ponerla al servicio de la libertad. Ciertamente, la justicia es el objetivo que el derecho pretende alcanzar, pero la libertad es el camino para conseguirla. No podría ser de otra manera: si el derecho es el instrumento del que se dota la humanidad para garantizar una convivencia ordenada y pacífica, la libertad es el valor que hará posible que esta garantía sea eficaz<sup>13</sup>.

A la hora de hablar de la libertad en la abogacía, es inevitable referirse al artículo 3 del CDAE, cuyos apartados recogemos aquí para comentarlos a continuación:

---

<sup>11</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *Manual de deontología...*, *Op. Cit.*, pág. 104.

<sup>12</sup> ESCRIBANO MOLINA, A., *Deontología de la abogacía. Visión práctica del Código de 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 60.

<sup>13</sup> ROCA JUNYENT, M., *¡Sí, abogado! Lo que...*, *Op. Cit.*, pág. 59.

1. Quienes ejercen la Abogacía tienen el derecho a la plena libertad de defensa y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes.
2. La libertad de expresión está especialmente amparada por la Constitución Española, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y demás legislación que pueda resultar aplicable.
3. La libertad de expresión no legitima el insulto ni la descalificación gratuita.
4. No se podrán utilizar medios ilícitos ni el fraude como forma de eludir las leyes.
5. Se debe ejercer las libertades de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional, procurando siempre la concordia, haciendo uso de cuantos remedios o recursos establece la normativa vigente, exigiendo tanto de las Autoridades, como de los Colegios, todas las medidas de ayuda en su función que les sean legalmente debidas.

En el primer apartado se hace referencia a la libertad como derecho, pero también como obligación. En efecto, la plena libertad a la hora de defender y asesorar a su cliente ha de ser un derecho del que goce todo profesional. Es decisión autónoma del abogado elegir la forma en la que desarrollará su trabajo en cada caso concreto, trazando la estrategia jurídica a seguir y eligiendo los medios procesales que entienda más idóneos, y todo ello sin perjuicio de la garantía que exige que su actuación sea siempre conforme a sus conocimientos y a la *lex artis*. La anteriormente explicada posibilidad de aceptar o rechazar libremente la llevanza de un asunto (recogida como ya vimos en el art. 12.A.4 del CDAE) puede considerarse también una manifestación de esta libertad<sup>14</sup>. Por supuesto, nada impide al abogado hacer caso de las sugerencias de su cliente, no obstante, ha de preservar siempre su autonomía y no plegarse a propuestas que considere insensatas o

---

<sup>14</sup> El libre rechazo de un caso en ciertas condiciones llega a ser, en opinión de Eduardo Couture, una prueba indicativa del grado de profesionalidad de un abogado: «Más grave aún es la situación que nos depara nuestro mejor cliente, aquel rico y ambicioso cuya amistad es para nosotros fuente segura de provechos, cuando nos propone un caso en que no tiene razón. El abogado necesita, frente a esa situación, su absoluta independencia moral. Bien puede asegurarse que su verdadera jerarquía de abogado no la adquiere en la facultad o el día del juramento profesional; su calidad auténtica de abogado la adquiere el día en que le puede decir a ese cliente, con la dignidad de su investidura y con la sencillez afectuosa de su amistad, que su causa es indefendible. Hasta ese día, es sólo un aprendiz». En COUTURE, E., «Los mandamientos del abogado», en *Manuales jurídicos* (Colección de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México), n.º 4, 2002, pág. 12.

desaconsejables, independientemente de las molestias que esto pueda producirle al cliente. La importancia de este hecho nos la recuerda Roca Junyent:

La confianza que caracteriza la relación entre abogado y cliente descansa precisamente en el reconocimiento por parte de éste de que su abogado le conduce por el camino correcto, mal que le pese en determinadas ocasiones. Cuando esto no es así, la relación no es de confianza, sino de dependencia. La dependencia del abogado en relación con el cliente: éste manda y ordena al abogado, mero ejecutor de decisiones cuya valoración realiza el cliente. Así, se inicia —entre otras cosas— un fracaso profesional<sup>15</sup>.

Como decíamos, la libertad no es sólo un derecho del profesional, sino también una obligación, debido a que todo abogado deberá ser siempre responsable en la ejecución de su cometido y garantizar la adecuada defensa de su cliente<sup>16</sup>. Este carácter obligatorio se encuentra explícitamente recogido en el artículo 47.3 del EGAE, en el que se obliga al abogado a «cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada». En caso de mediar una actuación negligente o contraria a la *lex artis*, se generaría una responsabilidad profesional por la que el letrado deberá responder, pudiendo ser sancionado conforme a las normas deontológicas. Recordemos que el abogado sólo respondería por falta de diligencia, y en ningún caso por no lograr el triunfo de las pretensiones de su cliente, tal y como explica Escribano Molina:

La obligación del profesional lo es de medios, es decir, debe aplicar su ciencia de un modo conforme a la Ley para defender el derecho del cliente, pero eso no significa que si no logra que prospere su tesis deba responder; necesariamente, por su actuación, toda vez que no está obligado a obtener un resultado. Sólo será responsable del perjuicio que haya podido sufrir el cliente en caso de actuación negligente o que pueda considerarse como tal<sup>17</sup>.

Sin negar la anterior afirmación, maticemos que la relación que une al abogado con su cliente puede ser de muy diferente condición, dependiendo de las funciones que haya de llevar a cabo el primero. Aunque normalmente estemos ante un contrato de servicios, el tra-

---

<sup>15</sup> ROCA JUNYENT, M., *¡Sí, abogado! Lo que...*, *Op. Cit.*, pág. 122.

<sup>16</sup> Eduardo Couture señala claramente la necesidad de que el abogado sea firme a la hora de defender los intereses de sus clientes: «Antes de la aceptación de la causa, el abogado tiene libertad para decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la de la libertad, sino la de la lealtad. Si el defensor fuera vacilante y escéptico después de haber aceptado la defensa, ya no sería defensor. La duda es para antes y no para después de haber aceptado la causa». En COUTURE, E., «Los mandamientos...», *Op. Cit.*, págs. 13 y 14.

<sup>17</sup> ESCRIBANO MOLINA, A., *Deontología de la abogacía...*, *Op. Cit.*, pág. 64.

bajo prestado por un abogado también puede encontrar encaje en el contrato de mandato o en el de obra. Reglero Campos explica así esta circunstancia:

En cuanto a la jurisprudencia, por regla general concibe la relación del abogado con su cliente como un contrato de servicios, si bien lo cierto es que las más de las veces aborda la cuestión desde la perspectiva de la prestación del abogado como director letrado en un determinado pleito. Es desde esta perspectiva que se llega a la tradicional concepción de su obligación como de medios y no como de resultado, de donde resulta el canon de diligencia exigible.

Pero esto debe ser matizado. Existirá obligación de medios (y no de resultados) en los casos en los que el resultado final pretendido por el cliente no dependa de forma exclusiva de la voluntad del Abogado, sino de un tercero [...] En estos casos, una vez aceptado el encargo, la obligación del abogado consistirá en desplegar la actividad necesaria con la diligencia exigible dirigida a obtener el resultado pretendido por el cliente. Por el contrario, habrá obligación de resultados, cuando habiendo recibido y aceptado el encargo del cliente, la obtención de aquellos dependa de forma exclusiva de la voluntad del Abogado. Así sucede cuando lo que debe hacer el Abogado es redactar informes, dictámenes, otros documentos (contratos, estatutos...), realizar otros actos jurídicos (constitución de sociedades...), etc.<sup>18</sup>.

Respecto a la libertad de expresión<sup>19</sup>, hemos de tener en cuenta que el libre ejercicio de la abogacía exige una especial toma en consideración de este derecho, ya que la defensa de un cliente resultaría gravemente lastrada si el letrado que lo representa fuese coartado a la hora de exponer su discurso en favor de las pretensiones postuladas. Como no puede ser de otro modo, los abogados gozan, igual que sucede con cualquier otro ciudadano, del derecho de libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución, no obstante, los letrados poseerán un especial amparo en el ámbito correspondiente al ejercicio de su profesión. Esto es debido a que la libre expresión del profesional constituye un requisito fundamental para que se haga efectivo el derecho de defensa.

La importancia de remarcar esta libertad hace que incluso la LOPJ obligue a los juzgados y tribunales a velar por su protección: «En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados [...] serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa» (art.

---

<sup>18</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 11, 2007, pág. 791.

<sup>19</sup> A la que se refiere expresamente el CDAE en su artículo 3.2: «La libertad de expresión está especialmente amparada por la Constitución Española, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y demás legislación que pueda resultar aplicable».

542.2). A esta mención de la LOPJ se refiere el Tribunal Constitucional en su Sentencia 157/1996, de 15 de octubre, en la que se establece el especial amparo reconocido en favor de la libertad de expresión de los abogados:

El legislador orgánico de 1985 ha descrito los rasgos más esenciales del estatuto de la abogacía, concluyendo con una proclamación de la “libertad de expresión y defensa”, como parte esencial e imprescindible de la función de defensa. La relevancia constitucional de esta libertad es consecuencia necesaria de su conexión instrumental con el derecho fundamental a la defensa y asistencia de letrado reconocido en el art. 24.1 C.E., sin la cual dicho derecho fundamental resultaría ilusorio. En este sentido bien puede decirse que el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia de letrado implica un derecho a una defensa libremente expresada. La libertad de expresión, por tanto, del Abogado en el ejercicio de su función de defensa debe ser concebida como un supuesto particularmente cualificado de esta libertad fundamental [...]

La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de su función de defensa resulta, así, una libertad de expresión reforzada por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa ex art. 24.2 C.E. Todo ello es sólo consecuencia del doble carácter o naturaleza de los derechos fundamentales<sup>20</sup>.

También podemos observar cómo el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 205/1994, de 11 de julio, expresa el mismo razonamiento:

La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el art. 20 C.E., porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte (art. 24 C.E.) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 C.E.). Por esta razón, se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar<sup>21</sup>.

El tercer apartado del artículo 3 del CDAE precisa que la libertad de expresión, aunque disponga de esa especial protección, no ampara el uso de insultos o descalificaciones, previsión que concuerda con lo expuesto en otros dos preceptos de la normativa deontológica:

- Art. 11.3 del CDAE: En los escritos judiciales, en los informes orales y en cualquier comunicación escrita u oral, debe mantenerse siempre el más absoluto respeto a quien defiende a las demás partes, evitando toda alusión personal.

---

<sup>20</sup> STC núm. 157/1996 de 15 de octubre (RTC 1996\157), FJ 5.

<sup>21</sup> STC núm. 205/1994 de 11 de julio (RTC 1994\205), FJ 6.

- Art. 59.2.b del EGAE: Los profesionales de la Abogacía están obligados en las relaciones con otros compañeros a lo siguiente: Mantener el más absoluto respeto por el profesional de la Abogacía de la parte contraria, evitando toda alusión personal en los escritos.

Este límite a la libertad de expresión es perfectamente entendible, pero puede venir fácilmente acompañado de una extraordinaria dificultad a la hora de determinar qué ha de ser considerado como un insulto o una descalificación y qué no. Ciertamente, resolver esta cuestión no es tarea sencilla, por la razón que explica Sánchez Stewart:

El problema radica en que tanto el respeto como la falta de respeto son eminentemente subjetivos, temporales y mudables. Lo que para uno puede ser una ofensa, para otro puede no pasar más allá de un simple desagrado. Lo que hoy puede constituir un agravio, mañana puede ser una expresión usual e intrascendente<sup>22</sup>.

Sea como fuere, hemos de tener en cuenta que, a la hora de juzgar la idoneidad de aquellas medidas coercitivas que los juzgados y tribunales adopten en contra de los abogados por haber usado éstas expresiones desconsideradas o descorteses, el criterio seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) es especialmente garantista en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se regula la libertad de expresión<sup>23</sup>. El TEDH es especialmente cauto respecto a las sanciones que un abogado pueda sufrir a raíz del ejercicio de la defensa de sus clientes, para evitar así que los letrados puedan sentirse cohibidos en tan importante tarea. El Tribunal Supremo (en adelante, TS), en la Sentencia 283/2017, de 19 de abril, hace suya esta misma idea:

Teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico español los abogados pueden ser sancionados disciplinariamente, el TEDH estimó que el “hecho de haber sido condenado penalmente, junto con el carácter grave de la pena impuesta al demandante es de naturaleza a producir un “efecto disuasorio” sobre los abogados en situaciones en las que para ellos se trata de defender a sus clientes”. Por ello concluye que las sanciones penales entre las cuales, principalmente, las que conllevan eventualmente una privación de libertad que limitan la libertad de expresión del abogado de la defensa, difícilmente pueden encontrar una justificación [...] En estas condiciones, el TEDH consi-

---

<sup>22</sup> SÁNCHEZ STEWART, N., *Manual de deontología...*, *Op. Cit.*, pág. 147.

<sup>23</sup> El citado Convenio establece lo siguiente respecto al amparo de la libertad de expresión: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras» (art. 10.1).

dera que la condena del demandante, que incluso implicaba riesgo de encarcelamiento, no era proporcionada al fin perseguido y no era por ello “necesaria en una sociedad democrática”. Ha habido por tanto violación del art. 10 del Convenio<sup>24</sup>.

El apartado 4 del artículo 3 del CDAE hace mención de otro límite que también afecta al ejercicio de la abogacía: la prohibición de eludir las leyes a través de medios fraudulentos o ilícitos. Dado el especial cometido que desarrollan los abogados, resulta indispensable que estos operadores jurídicos se atengan minuciosamente a la legalidad vigente, y no se dejen llevar por prácticas que les puedan resultar ventajosas pero que trasgredan las leyes y los fines perseguidos por éstas. El límite aquí tratado puede ser puesto en conexión con otros preceptos del ordenamiento jurídico español:

- En el artículo 10.2.a del CDAE se establece la obligación de «actuar con buena fe, lealtad y respeto» ante los órganos jurisdiccionales.
- La Ley de Enjuiciamiento Civil exige en su artículo 247.1 que todos aquellos que intervengan en cualquier tipo de proceso se ajusten «en sus actuaciones a las reglas de la buena fe».
- El artículo 250.1.7 del Código Penal castiga la estafa procesal, figura en la que incurren «los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo». Tal y como se establece en el mismo precepto, para que se aprecie este delito, será necesario que dichas actuaciones fraudulentas provoquen en el juez o tribunal un error en base al cual se dicte «una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero».

Finalmente, en el último apartado del artículo 3 del CDAE, encontramos una máxima que condiciona el ejercicio de la libertad de expresión al respeto de la buena fe y de las reglas que dirigen la práctica profesional. El reconocimiento en favor de los abogados de una libertad especialmente cualificada, algo que como ya hemos visto atiende a las necesidades propias del derecho de defensa, tiene como consecuencia que la actuación del abogado se avenga a unos requerimientos mínimos de corrección. Podemos relacionar estas exigencias con lo dispuesto en diferentes normas:

---

<sup>24</sup> STS núm. 283/2017 de 19 de abril (RJ 2017\1813), FJ 2.

- El Código Civil requiere que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», a la vez que proscribire el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo (art. 7.1).
- Al reconocer el papel que desempeñan los abogados en relación con la Administración de Justicia, el CDAE atribuye a éstos el deber de «participar en ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados» (art. 10.1). También describe como obligación de los órganos jurisdiccionales el «evitar en las actuaciones toda alusión personal, al Tribunal y a cualquier persona que intervenga» (art. 10.2.g).
- El CDAE también declara la necesidad de que en los escritos y comunicaciones se mantenga siempre «el más absoluto respeto a quien defiende a las demás partes, evitando toda alusión personal» (art. 11.3).

## II.C. El secreto profesional

Pasemos ahora a analizar una cuestión que resulta muy característica de la abogacía, y que se encuentra cargada de matices, tanto en su regulación como en la práctica. Esta especial complejidad es puesta de manifiesto por Ángel Ossorio:

Todos sabemos que el abogado está obligado a guardar secreto y sabemos muy bien que el no guardarlo es un delito. [...] Con saber esto parece que lo sabemos todo. Pero no sabemos nada. Esta materia de la revelación de los secretos es una de las más sutiles, quebradizas y difíciles de apreciar en la vida del abogado<sup>25</sup>.

Por secreto profesional ha de entenderse tanto el derecho como la obligación que todo abogado tiene de no desvelar aquellos hechos y comunicaciones cuyo conocimiento tenga origen en el ejercicio de su actividad profesional. Este concepto podemos encontrarlo en diferentes pronunciamientos hechos por el TS, como es el de la Sentencia, de 24 de junio de 1991, en la que se remarca el carácter esencial que tiene la figura del secreto profesional dentro del ámbito de la abogacía:

Los Abogados deben guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos, como dice el artículo 437 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en concordancia con el Estatuto de la Abogacía que contempla

---

<sup>25</sup> OSSORIO Y GALLARDO, Á, *El alma de...*, Op. Cit., págs. 25 y 26.

esta situación desde la doble perspectiva del derecho-deber del secreto, uno de los pilares básicos para el perfecto desarrollo del ejercicio profesional que ha de estar rodeado de plenitud de garantías al constituirse en pieza básica en un Estado de Derecho, dentro de las cuales debe incluirse, como es bien sabido, el mismo secreto profesional<sup>26</sup>.

En igual sentido se pronuncia el TS respecto a la idea y la trascendencia propias del secreto profesional, en Sentencia de 10 de mayo de 1999:

El secreto profesional, enmarcado dentro del principio de reserva, se tutela y protege en el artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al establecer “que los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”, y las particulares Normas Deontológicas de cada uno de los Colegios de Abogados, al igual que las superiores y generales de su Consejo General, velan y protegen este sacral derecho, piedra angular de la independencia de esta noble profesión, sobre la que se deposita la confianza de sus clientes, justiciables ante el Poder Judicial<sup>27</sup>.

Qué duda cabe acerca de la decisiva trascendencia que el secreto profesional ostenta respecto a la cuestión que más nos importa en este caso, el derecho de defensa. Para la efectiva articulación de la defensa legal de cualquier ciudadano es requisito indispensable que su abogado tenga acceso a la mayor cantidad de información posible en relación a la cuestión que le es encomendada. La disposición de dicha información por parte del profesional de la abogacía nunca estará garantizada mientras su cliente no sienta protegida su intimidad, imposibilitándose así la salvaguarda de la tutela judicial efectiva. En otras palabras, sin la protección y garantía que el secreto profesional brinda tanto al abogado como a su cliente, la libertad de defensa y la tutela efectiva no pasarán de ser principios baldíos en la práctica jurídica. Esta finalidad tuitiva que el secreto profesional garantiza, en relación tanto con el derecho de defensa como con el derecho a la intimidad, es subrayada también por el TS, en su Sentencia 451/2018, de 10 de octubre:

Desvelar lo que debe ser secreto se traduce pues en una lesión del derecho a la intimidad del cliente, pero también al derecho a la tutela judicial sin sufrir indefensión. La amplitud de las posibilidades de defensa está vinculada al momento pre procesal ya que en el mismo la futura parte del eventual proceso ha de ser libre de suministrar al le-

---

<sup>26</sup> STS de 24 de junio de 1991 (RJ 1991\4795), FJ 3.

<sup>27</sup> STS de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999\4799), FJ 4.

trado que le asiste toda la información —incluida la perjudicial— que garantice la efectiva defensa<sup>28</sup>.

A la hora de destacar la importancia del secreto profesional en la abogacía, Escribano Molina nos recuerda que «sería inconcebible el ejercicio de nuestra profesión si el cliente no tuviese el derecho a que su abogado guardase absoluta reserva sobre los hechos y manifestaciones que en la intimidad de la relación profesional le pone de relieve»<sup>29</sup>. Muchas veces resultará necesario que el cliente exponga hechos íntimos que puedan ser relevantes de cara a defender sus pretensiones e intereses, y esto sólo acontecerá si la relación con su abogado es de absoluta confianza y confidencialidad. De ahí que podamos calificar el secreto profesional como un fundamento indispensable del derecho de defensa, tal y como viene a constatar el TS en Sentencia de 17 de febrero de 1998:

No obsta a que a dichas gestiones se extienda también el deber de secreto profesional, puesto que, fundado el mismo en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución —en el ámbito del proceso considera nota característica del derecho a la tutela judicial, se pondría en grave riesgo esta finalidad si el deber de secreto pudiera entenderse restringido [...]

La confidencia y la confianza recíproca son esenciales características y el fundamento de las relaciones del abogado con sus clientes, como dice en distintos lugares el Código Deontológico de la Abogacía Española<sup>30</sup>.

El secreto profesional encuentra la raíz de su fundamento en la proclamación que el artículo 18 de la Constitución hace del derecho a la intimidad, y se encuentra enunciado como una obligación propia de los letrados en la LOPJ: «Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos» (art. 542.3). Dicho precepto de la LOPJ encuentra su reflejo dentro de la normativa deontológica en el EGAE, donde se expone lo siguiente:

La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen al profesional de la Abogacía, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que

---

<sup>28</sup> STS núm. 451/2018 de 10 de octubre (RJ 2018\4575), FJ 1.

<sup>29</sup> ESCRIBANO MOLINA, A., *Deontología de la abogacía...*, *Op. Cit.*, pág. 89.

<sup>30</sup> STS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998\1633), FJ 2.

conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ellos (art. 21.1).

Asimismo, el artículo 23 del EGAE también extiende los efectos de esta obligación a las comunicaciones habidas con otros compañeros de profesión, estableciendo que ningún profesional de la abogacía «podrá aportar a los Tribunales, ni facilitar a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la Abogacía, mantenga con el profesional de la Abogacía de la otra parte, salvo que este lo autorice expresamente».

Una regulación más detallada del secreto profesional la encontramos en el artículo 5 del CDAE, cuyos apartados debemos analizar para comprender mejor la relevancia y el alcance de la figura que estamos examinando. Así, el primer apartado de esta disposición remarca el carácter mixto que posee el secreto profesional, afirmando que la relación de confianza y confidencialidad con el cliente tiene para el abogado las siguientes implicaciones:

Impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto, y, a la vez, le confiere este derecho, respecto de los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, limitándose el uso de la información recibida del cliente a las necesidades de su defensa y asesoramiento o consejo jurídico, sin que pueda ser obligado a declarar sobre ellos.

Tal como explica la norma, el secreto profesional constituye un derecho para el abogado, siendo la manifestación más clara de dicho derecho la imposibilidad de verse obligados a declarar sobre los hechos cuyo conocimiento provenga de su actuación profesional<sup>31</sup>. Por otro lado, guardar secreto también constituye un deber del abogado, y su vulneración da lugar a una infracción deontológica merecedora de sanción. Por añadidura, hemos de recordar que en este punto también podría llegar a aplicarse una sanción penal, dado que el Código Penal castiga la revelación de secretos cometida por aquel que «revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales» (art. 199.1). Maticemos el hecho de que el ámbito de la sanción deontológica es mayor que el de la sanción penal, porque la segunda se ciñe a la revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la profesión, mientras que la primera incluye la revelación de todo tipo de hechos conocidos por razón de la actuación profesional, con independencia de que éstos tengan un carácter secreto o no.

---

<sup>31</sup> En los ya mencionados artículos 542.3 de la LOPJ y 21.1 del EGAE.

El segundo apartado del artículo 5 del CDAE delimita lo que podemos llamar el ámbito subjetivo del secreto profesional. Esto significa que la norma determina las personas que pueden comunicarle al abogado hechos que deban ser mantenidos en secreto por éste. El CDAE no sólo incluye aquí lo desvelado por el cliente, sino que también tiene en cuenta las comunicaciones y propuestas «de la parte adversa, las de los compañeros, así como todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya remitido o recibido por razón de cualesquiera modalidades de su actuación profesional» (art. 5.2). El TS asume además una interpretación amplia respecto a las comunicaciones que se dan entre letrados y resultan amparadas por el secreto profesional. Esta circunstancia podemos observarla, por ejemplo, en la Sentencia, de 22 de abril de 1997, en la que se califica como materia reservada:

La documentación habida entre Abogados que no ha sido firmada y por lo tanto también el borrador del convenio regulador, que constituye la manifestación o concreción de un intercambio de opiniones, pareceres y propuestas, razón determinante de que no pueda limitarse aquella reserva a las meras conversaciones orales y a la correspondencia personal, máxime cuando podía trascender sea cuales fueren las razones que se expongan contra tal criterio en el resultado del procedimiento judicial iniciado<sup>32</sup>.

En virtud de lo dicho en el artículo 5.3 del CDAE, el ámbito del secreto profesional se amplía de tal forma que el contenido de las comunicaciones efectuadas entre compañeros no puede ser facilitado ni al propio cliente ni a los tribunales<sup>33</sup>. No obstante, al formular esta máxima, el CDAE tiene en cuenta dos posibles excepciones, en las cuales ha de mediar la «autorización expresa del remitente y del destinatario, o, en su defecto, de la Junta de Gobierno, que podrá autorizarlo discrecionalmente, por causa grave y previa resolución motivada con audiencia de los interesados» (art. 5.3)<sup>34</sup>. Cabe reseñar que la obligación de guardar secreto profesional resulta vulnerada con la mera aportación en juicio de las mencionadas comunicaciones entre abogados, siendo irrelevante que se produzca un perjuicio efectivo para la parte contraria. Este importante matiz es confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la Sentencia

---

<sup>32</sup> STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3094), FJ 2.

<sup>33</sup> El EGAE también hace referencia a esta cuestión, impidiendo al abogado «aportar a los Tribunales, ni facilitar a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la Abogacía, mantenga con el profesional de la Abogacía de la otra parte, salvo que este lo autorice expresamente» (art. 23).

<sup>34</sup> Esta misma excepción se encuentra igualmente recogida en el art. 34.e del EGAE.

192/2019, de 18 de marzo, que identifica como quebrantamiento del secreto profesional:

Una infracción de mera actividad, que no se cualifica por el resultado dañoso para un tercero ni beneficioso para el infractor, ni se vincula a una consecuencia procesal precisa. Se agota la tipicidad con la constatación de tales aportaciones procesales de documentos confidenciales sin autorización<sup>35</sup>.

La referida Sentencia, en la que se reseña la importancia de que la vulneración del deber de secreto se vea acompañada por la imposición de una sanción grave, hace también una importante precisión al señalar tres factores que entiende objetivamente relevantes a la hora de fijar la gravedad de la infracción:

En primer lugar, el alto bien jurídico en juego, la confidencialidad entre abogado y cliente y entre abogados; en segundo lugar, el servicio de tales negociaciones desarrolladas con franqueza, confianza y naturalidad, para alcanzar acuerdos que pongan fin al litigio, que ciertamente quedarían amordazadas si se saldasen como regla general con una simple falta leve [...] y en tercer lugar, la necesaria ejemplaridad que debe reinar en los casos aislados que merezcan reproche por este concepto, dado que nos movemos en el ámbito corporativo donde resulta valiosa y útil la función pedagógica al servicio deontológico profesional, que resulta inherente a toda sanción<sup>36</sup>.

Siguiendo con el análisis del artículo 5 del CDAE, encontramos en su cuarto apartado la prohibición expresa de grabar conversaciones en las que participe un colega de profesión, «de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático [...] sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes». En este punto se puede plantear un problema cuando la grabación es realizada por alguien que no sea abogado, ya que a esa persona, como es evidente, no se le aplicaría el CDAE. A pesar de que en esta situación no tenga sentido la prohibición de realizar grabaciones, sí que persistiría la prohibición de aportar dichas grabaciones a un procedimiento judicial, puesto que la aportación es llevada a cabo por un abogado obligado por el secreto profesional y al que sí se le aplica el CDAE. Podemos citar aquí la Sentencia, de 10 de mayo de 1999, en la que el TS entiende exigible que el abogado conecedor de una grabación, hecha por su cliente al abogado de la parte contraria, renuncie a la defensa por razones de dignidad y decoro profesional, en lugar de hacerse participe de la operación efectuada aportando la mencionada grabación al procedimiento en curso:

---

<sup>35</sup> STSJA núm. 192/2019 de 18 de marzo (JUR 2019\121707), FJ 2.

<sup>36</sup> STSJA núm. 192/2019 de 18 de marzo (JUR 2019\121707), FJ 2.

Lejos de actuar como un mero instrumento de su cliente, al aportar por orden o encargo de éste las cintas subrepticamente grabadas, debió renunciar a su derecho de defensa, encomendándolo a otro Letrado, o comunicar a la Junta de Gobierno la perturbación que sufría por el mantenimiento de su secreto profesional, incompatible, a su entender, con el derecho de defensa que le encomendaron<sup>37</sup>.

De acuerdo con lo expuesto en el CDAE, la protección del secreto profesional ampara «comunicaciones y negociaciones orales y escritas de todo tipo, con independencia del medio o soporte utilizado» (art. 5.5). Se entiende incluido aquí el uso de las nuevas tecnologías, cuya utilización ha de ser también juiciosa y prudente, tal y como se precisa en los dos primeros apartados del artículo 21 del mismo texto normativo: «El uso de las tecnologías de la información y la comunicación no exime de cumplir las normas deontológicas que regulan la profesión [...] Se debe hacer uso responsable y diligente de la tecnología de la información y la comunicación».

El respeto por el secreto profesional es explícitamente extendido por el CDAE tanto a los compañeros del abogado que formen parte de su despacho colectivo (art. 5.6) como a cualquier persona que mantenga una colaboración laboral con él (art. 5.7). En otras palabras, el deber de secreto respecto a un caso concreto será vinculante no sólo para el abogado encargado de gestionarlo, sino también para otros letrados que sean miembros de su despacho, con independencia de que éstos colaboren o no en la llevanza del asunto en cuestión, y será igualmente una exigencia que deba figurar en las cláusulas del contrato laboral de aquellos trabajadores que, a pesar de no ser abogados, puedan por razón de su trabajo tener acceso a la información personal de los clientes.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 5.11 del CDAE, todo abogado también se verá obligado, en virtud del secreto profesional, a no aceptar ningún encargo «cuando se haya mantenido con la parte adversa una entrevista para evacuar una consulta referida al mismo asunto». Esta imposición tiene como finalidad evitar que información relativa a una persona que ha efectuado una consulta profesional pueda ser utilizada en su contra con posterioridad, en caso de que el abogado consultado acabe defendiendo ulteriormente unos intereses contrapuestos a los de aquella persona. Lo anterior conecta directamente con lo dispuesto también por el CDAE respecto a la extensión de la misma obligación a todos aquellos casos en los que la consulta sea realizada por otro abogado:

---

<sup>37</sup> STS de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999\4799), FJ 5.

No deberá aceptarse el encargo de un asunto cuando la parte contraria o un colega de profesión le haya realizado una consulta referida al mismo asunto en virtud de la cual haya adquirido una información que pueda poner en peligro su independencia, la obligación de preservar el secreto profesional o su deber de lealtad (art. 12.C.7).

El artículo 5 del CDAE configura el alcance del deber vinculado al secreto profesional, estableciendo dos matices: la inexistencia de límite temporal que restrinja este deber y la confirmación de un carácter público que lo hace independiente de la voluntad del cliente. Veamos estas particularidades en la literalidad del texto:

- Art. 5.8: La obligación de guardar el secreto profesional permanece incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente o abandonado el despacho donde se estaba incorporado, sin que esté limitada en el tiempo.
- Art. 5.10: El consentimiento del cliente no excusa de la preservación del secreto profesional.

Por último, refirámonos una excepción que es reconocida en el CDAE, y en virtud de la cual los abogados podrán utilizar la información salvaguardada por el secreto profesional cuando éstos deban defenderse a sí mismos en procedimientos judiciales o disciplinarios seguidos en su contra:

Solamente podrá hacerse uso de hechos o noticias sobre los cuales se deba guardar el secreto profesional cuando se utilice en el marco de una información previa, de un expediente disciplinario o para la propia defensa en un procedimiento de reclamación por responsabilidad penal, civil o deontológica (art. 5.9).

### III. LA DEONTOLOGÍA COMO *CONDITIO SINE QUA NON* DE LA DEFENSA

Al margen de las cuestiones a las que hemos hecho referencia hasta ahora, podríamos igualmente hacer alusión a otras muchas materias de las que se ocupa la deontología y cuya relevancia es también destacada a la hora de garantizar el efectivo cumplimiento del derecho de defensa, como pueden ser las relaciones con los compañeros de profesión y con la Administración de Justicia, la confianza e integridad profesionales, las relaciones con los clientes, etc. A pesar de no hacer un análisis de todos estos temas, el estudio de las normas deontológicas que rigen la independencia del abogado, su libertad y el secreto profesional, es un indicador suficiente del grado de influencia que este ámbito normativo tiene respecto del ejercicio del derecho de defensa.

La función letrada resulta indispensable a la hora de asegurar la concurrencia de las ineludibles garantías que en un Estado democrático de Derecho acompañan al referido derecho de defensa. Ahora bien, hemos de ser conscientes de que la mera existencia de profesionales dedicados a defender legalmente a los ciudadanos no basta para asegurar la efectividad de dichas garantías. Si queremos que los letrados sean auténticos garantes del derecho de defensa, será necesario que, a la hora de desarrollar su actuación profesional, éstos cumplan con unos criterios mínimos e imprescindibles de diligencia e integridad. Igualmente, deberán poder realizar su labor de forma libre e independiente, y bajo el amparo de unos derechos que protejan aspectos especialmente destacables de la práctica profesional. El cumplimiento de estas condiciones esenciales revela la importancia que atesoran las normas deontológicas, en tanto que éstas resultan ser un condicionante del que depende la materialización de las garantías propias del derecho de defensa. Esta idea, con la que partíamos al inicio de este ensayo, podemos ahora verla constatada tras haber analizado la gran influencia que la deontología ejerce en la práctica de la abogacía.

Finalicemos citando unas palabras de Miquel Roca de las que se desprende la singular importancia que posee la profesión de la abogacía en relación con la consecución de los principios abanderados por nuestro sistema legal:

Ser abogado es dotar de contenido práctico los grandes principios, es hacer aterrizar en la realidad la letra de la norma. Garantizar la convivencia es una obligación de todos, pero los abogados son una pieza fundamental de la misma. El legislador, como intérprete del interés general y depositario de la soberanía popular, define el cuadro normativo de la convivencia. Corresponde a jueces y magistrados corregir las situaciones en que la norma e incluso su espíritu no son respetados. Pero sin los abogados la justicia no sería posible: sólo ellos acercan al ciudadano a la justicia y sólo ellos contrastan con la realidad los límites y la eficacia de la norma<sup>38</sup>.

## IV. REFERENCIAS

### IV.A. Bibliografía

Couture, E., «Los mandamientos del abogado», en *Manuales jurídicos* (Colección de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México), n.º 4, 2002.

---

<sup>38</sup> ROCA JUNYENT, M., *¡Sí, abogado! Lo que..., Op. Cit.*, pág. 20.

- Escribano Molina, A., *Deontología de la abogacía. Visión práctica del Código de 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Ferrajoli, L., «Sobre la deontología profesional de los abogados», en García Pascual, C. (Coord.), *El buen jurista deontología del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.
- Kafka, F., *El proceso*, Debolsillo, Barcelona, 2012.
- La Torre, M., «Juristas, malos cristianos», en *Derechos y libertades: Revista de filosofía del Derecho y derechos humanos*, n.º 12, 2003, págs. 71-108.
- Ossorio y Gallardo, Á., *El alma de la toga*, Porrúa, México, 2005.
- Reglero Campos, L.F., «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º. 11, 2007, págs. 785-814.
- Roca Junyent, M., *¡Sí, abogado! Lo que no aprendí en la Facultad*, Crítica, Barcelona, 2007.
- Salas Solís M., «¿Es el Derecho una profesión inmoral?», en *Doxa*, n.º 30, 2007, págs. 581-600.
- Sánchez Stewart, N., *Manual de deontología para abogados*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

#### **IV.B. Legislación**

- Código de Deontología de los Abogados Europeos, adoptado en Sesión Plenaria del CCBE, de 28 de octubre de 1988, y modificado en Sesiones Plenarias, de 28 de noviembre de 1998, de 6 de diciembre de 2002 y de 19 de mayo de 2006.
- Código Deontológico de la Abogacía Española, de 6 de marzo de 2019, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española.
- Constitución española, de 6 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1987).
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y modificado por los Protocolos n.º 15, en vigor a partir del 1 de agosto de 2021, y n.º 14, en vigor a partir del 1 de junio de 2010.
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada)

Ámsterdam), 2 de octubre de 1997, Protocolo (nº 3). Diario Oficial nº C 340 de 10/11/1997 p. 0173 – 0306.

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE núm. 40, de 24 de marzo de 2021).

Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica en Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

#### **IV.C. Jurisprudencia**

Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia núm. 192/2019 de 18 de marzo, JUR 2019\121707, Recurso de Apelación núm. 43/2019.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia de 17 de febrero de 1998, RJ 1998\1633, Recurso de Apelación núm. 2060/1992.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia de 22 de abril de 1997, RJ 1997\3094, Recurso de Apelación núm. 4893/1992.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia de 10 de mayo de 1999, RJ 1999\4799, Recurso de Casación núm. 1268/1995.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia de 24 de junio de 1991, RJ 1991\4795, Recurso núm. 847/1990.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 283/2017 de 19 de abril, RJ 2017\1813, Recurso de Casación núm. 20748/2016.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>), Sentencia núm. 451/2018 de 10 de octubre, RJ 2018\4575, Recurso de Casación núm. 2148/2017.

Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 205/1994 de 11 de julio, RTC 1994\205, Recurso de Amparo núm. 2379/1991.

Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 157/1996 de 15 de octubre, RTC 1996\157, Recurso de Amparo núm. 2563/1993.



## SIGNAR EN NOMBRE DEL REY: ACCESIBILIDAD A LA JUDICATURA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA

SIGN IN THE NAME OF THE KING: ACCESSIBILITY TO THE  
JUDICATURE FOR PEOPLE WITH HEARING DISABILITIES

Fernando Pérez Villar

Abogado. Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales.  
(UNED)

**Sumario:** *I. La participación en la Administración de Justicia desde el marco teórico de los paradigmas o modelos de la discapacidad. I.A El modelo de la prescindencia. I.B El modelo médico o de las deficiencias. I.C Modelo de los derechos individuales o de la integración. I.D Modelo social-contextual o las discapacidades como barreras sociales. I.E Modelo de la independencia o enfoque de los Derechos Humanos. II. Discapacidad auditiva y participación en la Administración de Justicia. III. La regulación normativa del acceso al rol juzgador en España. IV. El precedente del aspirante ciego y la resolución del CGPJ. V. ¿Prevalece y constituye barrera, para las personas con diversidad auditiva, la naturaleza oral de los procedimientos judiciales?. VI. La oposición: ¿primera puerta de acceso o primera barrera al acceso?. VII. Los recursos del RD 674/2023 y Ley 27/2007. VIII. Ejemplo de buenas prácticas a nivel internacional. IX. Análisis DAFO de la situación actual. X. Conclusiones.*

**Resumen:** El presente artículo aborda algunos contenidos puntuales de entre los tratados en la tesis doctoral «La participación accesible de las personas con discapacidad auditiva en la Administración de Justicia», en los que, partiendo de una somera referencia a los más relevantes paradigmas o modelos de percepción y valoración del hecho de la discapacidad, se analizan los artículos de la CE que ampa-

ran tal derecho, centrándose posteriormente en el estudio acerca de si tal participación es actualmente considerable inclusiva e integradora, y si ofrece igualdad de oportunidades en lo que respecta a la posible opción de llevar a cabo tal participación a través del concreto rol de jueces encuadrados en la carrera judicial, para finalmente indagar en los motivos o variables que obstaculizan o favorecen que así sea, y concluyendo con una valoración final de todo ello, tras un conciso análisis de los mismos bajo la estructura de la herramienta DAFO.

**Palabras clave:** Discapacidad auditiva, Administración de Justicia, Igualdad de oportunidades, Integración, Inclusión.

**Abstract:** This article addresses some specific content among those discussed in the doctoral thesis «The accessible participation of people with hearing disabilities in the Administration of Justice», in which, starting from a brief reference to the most relevant paradigms or models of perception and assessment of the fact of disability, the articles of the EC that protect such right are analyzed, subsequently focusing on the study of whether such participation is currently considerably inclusive and integrative, and whether it offers equal opportunities with regard to the possible option of carrying out such participation through the specific role of judges framed in the judicial career, to finally investigate the reasons or variables that hinder or favor this being so, and concluding with a final assessment of all this, after a concise analysis of them under the structure of the SWOT tool.

**Key words:** Hearing disability, Administration of Justice, Equal opportunities, Integration, Inclusion.

## I. LA PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DESDE EL MARCO TEÓRICO DE LOS PARADIGMAS O MODELOS DE LA DISCAPACIDAD.

Una variable principal que incide en la mayor o menor integración e inclusividad de las personas en una sociedad es la del paradigma o modelo con que la misma aborda la concepción, valoración y consiguiente tratamiento con el que se enfoca el hecho de la discapacidad o diversidad, y que como consecuencia derivada tendrá significativo reflejo en facilitar u obstaculizar que las personas en quienes concurre esa circunstancia puedan participar en mayor o menor grado, o incluso les esté vedado, en la AdJ.

Sin ánimo de ser exhaustivos, ni siendo el objetivo abordar un estudio específico dentro del que nos ocupa en este artículo (contenidos sobre los que además ya hay abundante bibliografía en extensión y calidad), y con finalidad necesariamente esclarecedora para ubicar contextualizadamente, y sobre referentes conceptuales, las normas de interés y aplicación al caso, analizamos sucintamente los modelos sobre la discapacidad de mayor relevancia y transcendencia, así como de mayor consenso en la doctrina.

### **I.A. El modelo de la prescindencia**

La discapacidad conforma un concepto que existe y muta desde nuestras primeras civilizaciones. Mismamente, en la antigüedad, era considerada desde una visión de pura agresividad y segregación. Las personas con discapacidad simplemente se consideraban una carga de la que se contemplaba la opción de prescindir, modelo de la prescindencia que contemplan algunos autores como como Agustina Palacios<sup>1</sup>, Javier Romañach<sup>2</sup> o Soledad Arnau Ripollés, ambos pioneros como miembros activistas e impulsores de la filosofía del Foro Vida Independiente en España. Bajo ese modelo cualquier concepción de participación en la sociedad de las personas con discapacidad es impensable, ya que

«consideraba, que la discapacidad tenía su origen en causas religiosas, y que las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, sin nada que aportar a la comunidad. Este modelo contiene dos submodelos que, si bien coinciden en lo que respecta al origen de la discapacidad, no lo hacen en lo tocante a la respuesta social hacia la misma. Estos dos submodelos son el submodelo eugenésico y el submodelo de marginación»<sup>3</sup>.

Sin embargo, a través de los años, se ha evolucionado a nuevas percepciones y construcciones que la sociedad ha ido creando paralelamente al avance de otras perspectivas éticas y filosóficas más solidarias y sensibilizadas con la dignidad humana de la que todas las

---

<sup>1</sup> PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Cinca, Madrid, 2008, pág. 37.

<sup>2</sup> ROMAÑACH CABRERO, J., *Bioética al otro lado del espejo. La visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos*, Diversitas-AIES, A Coruña, 2009.

<sup>3</sup> ARNAU RIPOLLÉS, M.S. y TOBOSO MARTÍN, M., «La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen»; *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, N° 20, Año 10, Segundo semestre de 2008, pág. 2.

personas son portadoras. Según los diversos autores hay una gran pluralidad de clasificaciones, si bien tienden a tener puntos en común que nos permiten llegar a una clasificación sincrética, obviando matices muy particulares. Como referencias inspiradoras de la particular y concreta opción personal que se va a contemplar y exponer en la presente publicación, hay que mencionar al antes citado Javier Romañach Cabrero, al profesor Israel Biel Portero<sup>4</sup>, y a la investigadora y doctora por la UNED, Begoña Consuegra Cano<sup>5</sup>.

## I.B. El modelo médico o de las deficiencias

Considera la discapacidad como una condición médica a ser tratada, cuya plasmación normativa más significativa en España vendría dada por la denominada LISMI<sup>6</sup> de 1982, y cuyo concepto o término más definitorio sería el de «deficiencia» o «minusvalía». Se basa en la idea de que los problemas y dificultades que sufren las personas con discapacidad están directamente relacionados con su impedimento físico, sensorial o intelectual, como exponen autores como Hans<sup>7</sup> o Quinn y Degener<sup>8</sup>. Para Consuegra Cano

«Aunque con distintas denominaciones, el Modelo médico (...) su crítica se incluye en casi cualquier acercamiento o contenido sobre la discapacidad; así, entre los activistas del Modelo de vida independiente recibe el nombre de Modelo rehabilitador, mientras es denominado Modelo individual, entre quienes hacen una interpretación socio-política de la discapacidad, mayoritaria entre los seguidores del Modelo social británico»<sup>9</sup>.

En este modelo las personas con discapacidad son seres con problemas médicos a quienes meramente se intenta ofrecer y proporcionar asistencia y protección desde el Estado:

---

<sup>4</sup> BIEL PORTERO, I., *Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

<sup>5</sup> CONSUEGRA CANO, B., *Las políticas de accesibilidad al patrimonio cultural, con especial referencia a los espacios museísticos: normativa, agentes y prácticas*, Tesis doctoral UNED. Madrid, 2019.

<sup>6</sup> Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. «BOE» núm.103, de 30 de abril de 1982, págs.11106 a 11112.

<sup>7</sup> HAHN, H. (1985): «Towards a politics of disability: definitions, disciplines, and policies». *The Social Science Journal*, 22.4, 1985, págs. 87–105.

<sup>8</sup> QUINN, G. y DEGENER, T., *Derechos humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

<sup>9</sup> CONSUEGRA, ob. cit., pág. 93.

«El Modelo Médico ve la discapacidad como un defecto dentro del individuo. La discapacidad es una aberración en comparación con los rasgos y características normales. Para tener una alta calidad de vida, estos defectos deben curarse, repararse o eliminarse por completo. Los profesionales de la atención de salud y los profesionales de los servicios sociales tienen el poder exclusivo de corregir o modificar estas condiciones»<sup>10</sup>.

No persigue la integración, y menos aún se contempla la participación, sino cubrir las necesidades básicas existenciales de las personas afectadas (tanto desde el punto de vista médico como material). El sujeto con discapacidad se trata como un agente pasivo, mero receptor de esa asistencia. En esa línea, en el ámbito internacional 1971 fue adoptada por la ONU la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, y posteriormente en 1975, fue proclamada la Declaración de Derechos de los Impedidos<sup>11</sup>.

Las derivas prácticas y concretas de ese modelo que se plasmaban en la legislación reguladora de la participación en la AdJ, han sido las restricciones o incluso vetos al acceso o posterior desempeño, en casos sobrevenidos, de roles o funciones como las de jueces y magistrados, que aquí nos ocupan preferentemente, pero también a las de fiscales, abogados, o incluso, en tiempos recientes, las del TdJ.

Como consecuencia se daba en contrapartida una posición de cierto paternalismo tutelar, algunos de cuyos ecos incluso muy tardíamente se reflejan en nuestro país aún en parte de la LISMI<sup>12</sup>, si bien ésta ya se orientaba en ciertos aspectos hacia el siguiente modelo integrador. Ello no obstante, obsérvese a su vez que contradictoriamente si bien tales impedimentos se han ido diluyendo o desapareciendo de la mano de los posteriores referentes y sus consiguientes proyecciones normativas, a veces de forma más o menos consciente han seguido incidiendo incluso ya bajo la prevalencia de un paradigma bastante posterior, como sería el caso del vigente modelo social: así sería el clamoroso caso de la limitación que se reguló inicialmente respecto a la participación en el TdJ, posteriormente enmendada.

---

<sup>10</sup> ODPC, «Modelos médicos y sociales de discapacidad», [https://odpc.ucsf.edu/node/1906#:~:text=Los%201%C3%ADderes%20en%20el%20movimiento,perciben%20a%20aquellos%20con%20discapacidades](https://odpc.ucsf.edu/node/1906#:~:text=Los%201%C3%ADderes%20en%20el%20movimiento,perciben%20a%20aquellos%20con%20discapacidades.). [Consultado: 07-08-2023].

<sup>11</sup> ONU, «Declaración de los Derechos de los Impedidos», [http://sid.usal.es/idos/F8/FDO5018/declaracion\\_dchos\\_impelidos.pdf](http://sid.usal.es/idos/F8/FDO5018/declaracion_dchos_impelidos.pdf) [Consultado: 07-08-2023].

<sup>12</sup> Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1982, págs. 11106 a 11112.

### **I.C. Modelo de los derechos individuales o de la integración**

A partir de este modelo se produce un viraje significativo en la consideración del hecho de la discapacidad y las personas con tal circunstancia. Tal modelo pone el énfasis en la capacidad de las personas con discapacidad para participar plenamente en la sociedad, con su correlativa norma representativa: LIONDAU<sup>13</sup>, de 2003, resumible en el término «discapacidad».

Desde el final de la década de los sesenta se empezó ya a reorientar el enfoque de las políticas sobre discapacidad. Las personas con discapacidad comenzaron a ser portadoras de derechos individuales, aspecto que se fue consolidando y teniendo reflejo en las distintas elaboraciones normativas que, tanto a nivel internacional como nacional, se fueron aprobando en lo que restó del siglo XX, sobre todo a partir de la década ochenta. Como señala el profesor Biel Portero:

«A través de su resolución 31/123, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el año 1981 como Año Internacional de los Impedidos, (...) la Asamblea General adoptó en 1982 el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, con el propósito de <promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de participación plena de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de igualdad»<sup>14</sup>.

Con la referida LIONDAU se vira del enfoque tutelar de la anterior LISMI, ligada al enfoque médico-rehabilitador, hacía un enfoque ahora eminentemente integrador y participativo.

### **II.E. Modelo social-contextual o las discapacidades como barreras sociales**

Ese viraje ve la culminación con este nuevo paradigma, que considera la discapacidad como un problema causado por barreras sociales y arquitectónicas, impulsado con la promulgación del RDL 1/2013<sup>15</sup>, de 29 de noviembre, representable por el término «diversidad funcional».

---

<sup>13</sup> Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas. «BOE» núm. 289, de 03/12/2003.

<sup>14</sup> BIEL PORTERO, I., ob. cit., pág. 54.

<sup>15</sup> RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. «BOE» núm. 289, de 03/12/2013.

Reflejado en la filosofía y disposiciones de la CIDPD de la ONU de 2006<sup>16</sup>, el anterior modelo de los derechos individuales será la antecala y soporte sobre el que se sustentará ahora el denominado social. Éste considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, ni científicas, ni de ninguna otra índole clásica, sino que son, en gran medida, sociales:

«es un concepto que engloba distintas corrientes surgidas dentro del movimiento por los derechos de las personas con discapacidad, y cuyos postulados han adquirido legitimación al incluirse en las normativas de instituciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud, que las tienen presentes al elaborar la Clasificación Internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF) de 2001, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que las sigue más literalmente, y a través de los cuales han alcanzado a las regulaciones nacionales»<sup>17</sup>.

El Modelo Social exige el fin de la discriminación y la opresión contra las personas con discapacidades a través de la educación, la adaptación y el diseño universal. Al valorar un espectro de habilidades, solo aumentamos nuestra riqueza y diversidad colectiva. Cuando intentamos eliminar la discapacidad de la experiencia humana, la sociedad pierde. Como dice la escritora y académica discapacitada Alison Kafer: «Eliminar la discapacidad es eliminar la posibilidad de descubrir formas alternativas de estar en el mundo, excluir la posibilidad de reconocer y valorar nuestra interdependencia»<sup>18</sup>.

En España, el momento legal que da el paso a este tercer modelo, que asimismo se suele denominar de la «diversidad funcional», se produce a partir del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Con el mismo se refunden no meramente textos normativos sino que se le da un nuevo enfoque a las bases y consecuencias prácticas que los otros dos enfoques anteriores habían venido a aportar, ahora proyectándolos con un enfoque finalista centrado en garantizar una plena inclusividad de las personas con discapacidad/diversidad, inclusividad que se manifestará de la forma más completa en tanto que se logre su reflejo en la participación político-social, en el ejercicio de los derechos y deberes de tipo social, laboral, político, educativo, ocio, etc. en igualdad

---

<sup>16</sup> ONU, «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> [Consultado 25-05-2023].

<sup>17</sup> CONSUEGRA CANO, B., ob. cit., pág. 145.

<sup>18</sup> KAUFER, A., *Feminist, Queer, Crip*, Indiana University Press, Indiana, 2013, pág.83.

de condiciones que todos los demás miembros de la sociedad, para lo cual el foco de atención e intervención se fijará a partir de ahora, no en los déficits particulares y personales, sino en la eliminación de las barreras sociales y contextuales, si es preciso con la figura de los «ajustes razonables» y la colaboración de los «recursos técnicos», cuyos beneficios no derivan para exclusiva satisfacción de las personas con discapacidad sino que además se extienden a todas las personas.

### **I.F. Modelo de la independencia o enfoque de los Derechos Humanos**

En el confluyen en sinergia enriquecedora los avances que aportaron el modelo social y el movimiento Vida Independiente, en el marco de la CIDPD de la ONU de 2006, y que se enfoca en el reconocimiento de las personas con discapacidad para ser independientes y tomar decisiones por sí mismas, sobre la base de la dignidad humana inherente. Modelo aún en ciernes y con reflejo normativo en la Ley 6/2022, de 31 de marzo<sup>19</sup> y el RD 674/2023, de 18 de julio<sup>20</sup>.

El derecho a la participación en la AdJ de las personas con discapacidad se encuadra en el marco de las filosofías de la participación y la independencia, que se enfocan en dicha convicción de que las personas con discapacidad pueden ser independientes y tomar decisiones por sí mismas, y, en consecuencia, no hay justificación para poner limitaciones con amparo normativo a la participación de estas personas, como ha sucedido en otras épocas, que al amparo de la vigencia de paradigmas anteriores, se plasmaban en las regulaciones o reglamentos negativos o prohibitivos de acceso, participación y funcionamiento en diversos roles de este campo, tales como el de la judicatura.

Las raíces o antecedentes pioneras de este modelo se encuentran ya en 2006 con

«los autores Agustina Palacios y Javier Romañach (2006), plantean la necesidad de que surja un nuevo paradigma o modelo de la dis-

---

<sup>19</sup> Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. «BOE» núm. 78, de 1 de abril de 2022, págs. 43626 a 43633.

<sup>20</sup> RD 674/2023, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las condiciones de utilización de la lengua de signos española y de los medios de apoyo a la comunicación oral para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. «BOE» núm. 171, de 19 de julio de 2023, págs. 104002 a 104029.

capacidad, en tanto en cuanto consideran que es fundamental para aceptar definitivamente el hecho de la diversidad humana (incluida, la discapacidad, o <diversidad funcional>, como defienden dichos/as autora y autor), superar la dicotomía conceptual: <capacidades> / <discapacidades>»<sup>21</sup>.

Este modelo hace que todas las ramas del ordenamiento se ocupen y preocupen por cuáles derechos se ven eventualmente comprometidos por su despliegue reglamentario, ya sea en los tratados internacionales, en las constituciones o en la legislación de cada Estado. Un enfoque basado en los derechos, por un lado, desarrolla la capacidad de los garantes de derechos para cumplir con sus obligaciones; por otro, alienta a los titulares de derechos a reivindicarlos. Los gobiernos tienen tres niveles de obligación: respetar, proteger y hacer cumplir cada derecho. Como exponen Carmen Borja, Paloma García y Richard Hidalgo, en referencia a Celia Fernández<sup>22</sup>

«El marco normativo internacional de los derechos humanos establece la participación como derecho humano y un principio fundamental, y por tanto es una característica del EBDH. Partiendo de la nueva mirada las personas que participan son consideradas como ciudadanos y titulares de derechos, lo que significa que la participación no es una opción, sino una obligación. Las personas deben tener el derecho a una participación activa, libre y significativa, en todas las fases del proceso de desarrollo»<sup>23</sup>.

En esta etapa se llevan a su culminación los avances aportados en su momento por los precedentes movimiento de Vida Independiente y modelo social, sobre la base del valor moral y la dignidad inherentes a todas las personas, soportes ambos de los DDHH:

«Este nuevo planteamiento va mucho más allá de lo que se refiere «pensar la discapacidad». En el Movimiento de Vida Independiente y, fundamentalmente, en el modelo social, se observa que las personas con grandes discapacidades o diversidades funcionales intelectuales y/o mentales, cuando no tienen capacidad para autogobernarse (es decir, carecen de autonomía moral para ejercer su autodeterminación), tienen muy poco que decir dentro del entramado teórico de dichas visiones.

---

<sup>21</sup> ARNAU RIPOLLÉS, M.S. y TOBOSO MARTÍN, M., ob. cit., pág. 3.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ ALLER, C. (COORD.), «Marco teórico para la aplicación del EBDH en la cooperación para el desarrollo», Capítulo 2, en *Fundamentación y concepto del EBDH*, Red Universitaria de investigación sobre cooperación para el desarrollo, Ed. Catarata, Madrid, 2009.

<sup>23</sup> BORJA SEGADE, C., GARCÍA VARELA, P., HIDALGO LORITE, R., *El enfoque basado en Derechos Humanos: Evaluación e Indicadores*, Red EnDerechos, Madrid, 2011, pág.31.

Recordemos que en el modelo social, una persona puede desarrollar sus potencialidades o capacidades, siempre y cuando la sociedad ponga los medios humanos, tecnológicos y de accesibilidad necesarios para situarla en igualdad de condiciones. Sin embargo, Palacios y Romañach, plantean que desde el nuevo <modelo de la diversidad>, todas las personas tienen un mismo valor moral, independientemente de sus <capacidades, o dis-capacidades>, y, por tanto, tienen que tener garantizados los mismos Derechos Humanos»<sup>24</sup>.

Y entre esos derechos, es dónde ubicamos el derecho a la participación político-social en general, y en la rama de la AdJ en concreto, y más específicamente en el desempeño de la función jurisdiccional.

## II. DISCAPACIDAD AUDITIVA Y PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Nuestra Constitución dispone que «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»<sup>25</sup>.

Pero ¿puede afirmarse que tiene opción todo el pueblo a participar en igualdad de condiciones en esa función de la AdJ? Si al hablar del pueblo nos referimos a todos los ciudadanos españoles, en su totalidad y con toda la amplitud del concepto, con toda su diversidad, incluyendo obviamente a todas las personas con discapacidad, nos preguntamos si también las diversidades están reflejadas o representadas entre quienes realizan esa función. Y, sobre todo, si una de las discapacidades, de las denominadas invisibles, como es la auditiva, está presente entre esos perfiles o, si por el contrario, encuentra barreras u obstáculos discriminatorios, e incluso disposiciones legales en contra, relativas a esa participación.

Si tenemos en cuenta las estadísticas o aspectos meramente numéricos, vemos que en España:

- a) Según fuentes del CGPJ, hay un total de aproximadamente 5.500 jueces y magistrados: «En 2019, el número de jueces y juezas que prestan servicio en España asciende a un total de 5.419»<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> ARNAU RIPOLLÉS, M.S. y TOBOSO MARTÍN, M., ob. cit., pág. 4.

<sup>25</sup> Art. 117.1 CE.

<sup>26</sup> CGPJ, «Las mujeres ya son mayoría en la Carrera Judicial en quince de las diecisiete Comunidades Autónomas», <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-mujeres-ya-son-mayoria-en-la-Carrera-Judicial-en>

- b) Por otro lado, según el SID, «Casi siete millones de personas en España presentan problemas de audición, aunque son 1.230.000 la que tienen una discapacidad auditiva reconocida»<sup>27</sup>, de las cuales, según el INE, con los datos que arroja la última EDAD del año 2020, casi el 98% utiliza la lengua oral para comunicarse, mientras que 27.300 personas emplean la lengua de signos (2'2%)<sup>28</sup>.
- c) Por su parte, sobre el perfil de sordoceguera, «De acuerdo con el escenario más restrictivo, 9695 personas en España tendrían una situación combinada de sordera y ceguera completas. En el escenario más amplio, sin usar ayudas técnicas tales como audífonos, implantes cocleares, etc., habría 229.949 personas en España que cumplen con los criterios de sordoceguera (...), lo cual equivaldría al 0,48% de la población en España en 2020»<sup>29</sup>.
- d) Y la población total de España, en datos del INE a fecha de 01-07-2023, es de 48.345.223<sup>30</sup>.

De tales cifras, obtenemos que el porcentaje de personas que participan en la AdJ en la función o rol judicial es del 0,011% del total de lo que podemos considerar es el pueblo o conjunto de ciudadanos, del que según el citado art. 117.1 de la CE emana la justicia. A partir de ese dato, un indicador cuantitativo y objetivo del grado del nivel de participación de las personas con discapacidad auditiva en esa función vendrá dado por la comparación del porcentaje de personas con cualesquiera de las diversas modalidades de discapacidad

---

quince-de-las-diecisiete-Comunidades-Autonomas#:~:text=En%202019%2C%20el%20n%C3%BAmero%20de,46%2C1%20por%20ciento), publicado: 05-04-2019 [Consultado: 25-09-2023].

<sup>27</sup> SID, «Casi 7 millones de personas tienen problemas de audición en España», <https://sid-inico.usal.es/noticias/casi-7-millones-de-personas-tienen-problemas-de-audicion-en-espana/>, publicado: 25-09-2022 [Consultado: 25-09-2023].

<sup>28</sup> INE, Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia, [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176782&menu=resultados&idp=1254735573175](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resultados&idp=1254735573175), publicado: 28-04-2022 [Consultado: 25-09-2023].

<sup>29</sup> MIGUEL BASCONES SERRANO, L. y MARTÍNEZ MADRIGAL, B., *Estudio sobre la situación de las personas sordociegas en España*, Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023, pág. 58.

<sup>30</sup> INE, Estadística de población. ECP. Datos provisionales 01/07/2023, [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981#:~:text=%C3%9Altima%20Nota%20de%20prensa&text=La%20poblaci%C3%B3n%20de%20Espa%C3%B1a%20aument%C3%B3,situ%C3%B3en%2048.345.223%20habitantes](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981#:~:text=%C3%9Altima%20Nota%20de%20prensa&text=La%20poblaci%C3%B3n%20de%20Espa%C3%B1a%20aument%C3%B3,situ%C3%B3en%2048.345.223%20habitantes), publicado: 08-08-2023 [Consultado: 25-09-2023].

auditiva (oralistas, signantes o sordociegas), que forman parte y están incluidas en el total de esos 5419 jueces y juezas que informa el CGPJ.

Indicadores cualitativos vendrán a su vez dados por la regulación normativa y su naturaleza y efectos facilitadores o discriminadores para que potencialmente las personas con diversidad auditiva, que tengan vocación para ello y lo deseen, puedan desempeñar el rol juzgador.

### III. LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL ACCESO AL ROL JUZGADOR EN ESPAÑA

Llegados a este punto, cabe ahora preguntarse cuál y cómo es la regulación normativa del acceso al rol de juzgador en España y, sobre todo, en que filosofía o modelo de la discapacidad antes analizados se puede insertar. Básicamente el texto normativo que regula el acceso al desempeño de la judicatura es la LOPJ, complementada a este efecto por el Reglamento de la Carrera Judicial y reflejada en las bases de las correspondientes oposiciones o pruebas de acceso que periódicamente se convocan para la Carrera Judicial y Fiscal.

El artículo 303 de dicha LOPJ, cuya redacción, al menos en su tenor literal es evidente que se incardina en el marco del modelo médico, dispone que «están incapacitados para el ingreso en las carreras judicial y fiscal los impedidos física y psíquicamente para la función judicial». Usa terminología de tal modelo:» incapacitados» e «impedidos». Sin embargo, la modificación operada en la LOPJ por la LO 19/2003<sup>31</sup>, incumbe al artículo 301, que en su nueva redacción ha aportado otro enfoque, al menos desde el punto de vista teórico y legal, en cuanto al acceso a la función pública en la Carrera Judicial y Fiscal por parte de las personas con discapacidad. Así, entendemos y valoramos que, en el marco y bajo el impulso de los nuevos modos de percibir la discapacidad cómo diversidad, y como reflejo de estos y de cómo la legislación puede y debe impulsar la integración e inclusividad de las personas con discapacidad, la actual redacción del art. 301 de la LOPJ obliga en las pruebas selectivas a reservar el 5% de las vacantes a personas con discapacidad en grado igual o superior al 33%:

«se reservará en la convocatoria un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, siempre que superen las

---

<sup>31</sup> LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, páginas 46025 a 46096.

pruebas selectivas y que acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes en la forma que se determine reglamentariamente. El ingreso de las personas con discapacidad en las Carreras Judicial y Fiscal se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, procediéndose, en su caso, a la adaptación de los procesos selectivos a las necesidades especiales y singularidades de estas personas»<sup>32</sup>.

La fuerza transformadora de los nuevos modelos se refleja en la mayor apertura y opcionalidad para hacer real la participación en la AdJ en el rol de juez o magistrado, mediante los avances contenidos en el Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del CGPJ, por el que se aprobó el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial<sup>33</sup>. En concreto, en el capítulo III del Título I de este, se dispuso sobre el ingreso en la Carrera Judicial de las personas con discapacidad que las mismas «tendrán derecho a que las oposiciones y concursos de ingreso en la Carrera Judicial se desarrollen con respeto a los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, en las condiciones reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el presente Reglamento»<sup>34</sup>.

En el siguiente art. 9, en línea con el art. 301.8 de la LOPJ arriba analizado, se dispone la reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes, para ser cubiertas entre personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, siempre que éstas superen las pruebas selectivas y acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes a la Carrera Judicial. Las plazas de este cupo de reserva que no resultasen cubiertas por personas con discapacidad acrecerán al cupo general. La opción por estas plazas habrá de formularse en la solicitud de participación en la convocatoria, con declaración expresa por parte de las personas solicitantes de que reúnen el grado de discapacidad requerido, acreditado mediante certificado expedido al efecto por los órganos competentes del Ministerio de Trabajo e Inmigración o de la Comunidad Autónoma con competencias en la materia.

Las medidas concretas que se instrumentalizarán para hacer realidad esas pretensiones de igualdad de oportunidades vienen especificadas en los arts. 10 y 11, que disponen que las pruebas selectivas

---

<sup>32</sup> *Id.* art. 301.8.

<sup>33</sup> Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial. «BOE» núm. 110, de 9 de mayo de 2011, págs. 46297 a 46405.

<sup>34</sup> *Id.* Título I, capítulo II, art. 8.

tendrán idéntico contenido para todas las personas participantes, sin perjuicio de las adaptaciones previstas en el art. 14 de ese Reglamento. A su vez, sobre las adaptaciones plausibles, el citado art. 14 regula las adaptaciones y ajustes razonables de tiempo y medios para su realización que fueren precisos para asegurar su participación en condiciones de igualdad de los aspirantes con discapacidad, sin perjuicio de mantener el mismo grado de exigencia para todos los participantes. Será en su instancia de solicitud de participación cuándo los aspirantes que opten por el cupo de discapacidad deberán formular la correspondiente petición con expresión de las necesidades específicas que precisan para participar en el proceso en condiciones de igualdad.

Una de las medidas específica, la denominada adaptación de tiempos, consistirá en la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios. Los criterios aplicables para la concesión de adaptación de tiempos serán los previstos en la Orden PRE/1822/2006<sup>35</sup>, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad, o norma que la sustituya. En cuanto a la adaptación de medios y los ajustes razonables, se especifica que consistirán en la puesta a disposición de las personas participantes de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnologías asistidas que precise para la realización de las pruebas en las que participe; se garantizará la accesibilidad a la información y a la comunicación de los procesos selectivos, así como al recinto o espacio físico donde éstos se desarrollen. A efectos de valorar la procedencia de conceder las adaptaciones solicitadas, se recabará el correspondiente certificado o la información adicional que resulte precisa. La adaptación se otorgará en aquellos casos en que la discapacidad guarde relación directa con la prueba a realizar.

A mayor abundamiento, es de destacar que en aras de la integración y no discriminación, el art. 12 del Reglamento que nos ocupa dispone que una vez superado el proceso selectivo se contemple la previsión de que las personas que hayan sido admitidas en el cupo de plazas reservadas a personas con discapacidad puedan solicitar a la Comisión de Permanente del CGPJ la alteración del orden de prela-

---

<sup>35</sup> Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad. «BOE» núm. 140, de 13 de junio de 2006, págs. 22530 a 22533.

ción para la elección de plazas por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras circunstancias análogas, que deberán ser debidamente justificadas. La Comisión Permanente acordará dicha alteración siempre que estas causas estén debidamente acreditadas; y esa alteración se limitará a las modificaciones estrictamente necesarias para posibilitar el acceso a una plaza que se acomode a las necesidades impuestas por su discapacidad.

Pero no sólo serían de aplicación tales principios al inicial ingreso en la Carrera judicial sino que el Reglamento dispone que serán asimismo aplicables en las pruebas de promoción y especialización de los miembros de la Carrera Judicial, que se regulan en el Título II, en cuyo desarrollo se observarán los requisitos contemplados en dicho Capítulo cuando participen en las mismas personas afectadas por alguna discapacidad. E idénticamente en la participación en cursos y programas de formación, en que se preceptúa que, para el desarrollo de dichos cursos, se realizarán las adaptaciones y ajustes razonables que fueren necesarios para que las personas con discapacidad lleven a cabo esa participación en condiciones de igualdad en los procesos formativos. Las personas participantes deberán formular la petición concreta en la solicitud. El órgano convocante resolverá sobre la conveniencia de dicha adaptación, que sólo podrá denegar cuando suponga una carga desproporcionada.

En consecuencia, sobre la regulación normativa, y su correlativa situación desde un punto de vista teórico e idealista, se deduce en conclusión inicial que, contrariamente a la impresión que ofrece la redacción literal del art. 303, incardinable en el modelo médico-rehabilitador, por el contrario el resto de la regulación de la LOPJ y del Reglamento de la Carrera Judicial, en aparente contradicción con tal art. estaría sin embargo inspirada en la filosofía o enfoque de los modelos social-contextual y de los DDHH, por lo que trata de apoyar el acceso de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, proscribiendo discriminaciones y removiendo para ello los obstáculos que pongan a estos aspirantes en situación de desventaja.

#### IV. EL PRECEDENTE DEL ASPIRANTE CIEGO Y LA RESOLUCIÓN DEL CGPJ

En ese contexto normativo, y fruto de esos nuevos enfoques y su reflejo en sus correspondientes elaboraciones normativas, en mayo del 2014, aunque en un caso de discapacidad visual, sensorial al fin y al cabo cómo la auditiva, se produce un hecho relevante cuando, en

2013 y 2014, un posible opositor a las pruebas de acceso a la carrera judicial y fiscal, Gabriel Pérez Castellanos, consultó al CGPJ, previamente a decidir por optar a realizar la oposición, acerca de la compatibilidad de su discapacidad con el acceso a la carrera judicial caso de que superase las pruebas de la oposición. Hay que resaltar, cómo se recoge en una página que la web del CERMI dedica a la noticia<sup>36</sup>, que, se había solicitado tal informe en el año 2013, y en agosto de ese año inicialmente le contestaron que «tenía que decidirlo el ministerio de Justicia», por lo que «en febrero [de 2014], el joven volvió a contactar con el CGPJ y se enteró de que había un «informe desfavorable» al respecto de cuya existencia no le habían dicho nada en agosto [de 2013]». Sobre tal hecho hay que aclarar que «El CGPJ anterior a la última renovación encargó a su secretario, Celso Rodríguez, el análisis de la consulta que concluyó con un informe desfavorable, ya que, a su juicio, hay limitaciones: «La expresión de la cara de un acusado, por ejemplo, su mirada, la forma en que reacciona a las preguntas, todo eso es muy importante para alguien que tiene que juzgar»<sup>37</sup>.

A Juan Gabriel le informaron de que, en el Pleno de marzo de 2014, se iba a debatir, pero no fue así, y lo que ocurrió finalmente es que tras la renovación del CGPJ, que tomó posesión en diciembre de 2013, el nuevo presidente, Carlos Lesmes, encargó al vocal Juan Manuel Fernández, presidente a su vez del Foro Justicia y Discapacidad, un informe para debatir en el «plazo en el plazo más breve posible, que sería en un mes»<sup>38</sup>. El informe concluyó que la ceguera no representaba un impedimento para ejercer la función judicial, dada la excepcionalidad de medios probatorios «que exijan la utilización del sentido de la vista de un modo insustituible»<sup>39</sup>. En el documento se valoró que la ceguera no era impedimento, por ejemplo, para valorar un testigo, puesto que se argumentó que puede ser suficiente hacerlo con el sentido del oído. El informe admite que algunas fuentes de prueba sólo son apreciables a través de la vista, como el reconocimiento de un terreno a efectos de deslinde, por ejemplo, o casos como una demanda por vulneración de la propiedad intelectual, pero estima que ello no es suficiente para denegar de forma tajante a los invidentes el acceso

---

<sup>36</sup> CERMI, «El CGPJ reconoce que lo que digo es justo». <https://cermi.es/noticia/el-cgpj-reconoce-que-lo-que-digo-es-justo> [Consultado: 24-04-23].

<sup>37</sup> LA INFORMACIÓN. «El CGPJ elabora un informe favorable para que un ciego pueda ser juez» [https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/el-cgpj-elabora-un-informe-favorable-para-que-un-ciego-pueda-ser-juez\\_pdpifxaviuhvmzduztd02/](https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/el-cgpj-elabora-un-informe-favorable-para-que-un-ciego-pueda-ser-juez_pdpifxaviuhvmzduztd02/) [Consultado: 24-04-23].

<sup>38</sup> CERMI, ob. cit.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ HUESA, J.M., *En buena dirección*. Ed. CERMI, Madrid, marzo 2022, pág. 79.

a la carrera judicial. Además, se señaló que en la actualidad existen medios técnicos suficientemente avanzados para que el juez acceda casi de manera instantánea a toda la documentación, por estar digitalizada, de forma que es fácilmente convertible a un formato de audio o legible en Braille. En su consecuencia, la Comisión Permanente del CGPJ, en su reunión de fecha de 14-05-2014 resolvió:

«V. 9. En relación con la consulta deducida por D. Gabriel Pérez Castellanos sobre la posibilidad de realizar funciones judiciales en su condición de invidente, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acuerda participarle que es posible su acceso a la Carrera Judicial para el caso de que llegue a superar el proceso selectivo correspondiente, si bien éste habrá de desarrollarse en puestos compatibles o adaptados a sus capacidades»<sup>40</sup>.

El hito lo resaltaron medios de comunicación, cómo el periódico *El país* de forma sensacionalista: «Las togas, también para los ciegos»<sup>41</sup>. Y a todo ello, hay que precisar que, finalmente, no sería Gabriel quien obtuviese la plaza que le situaría en posición de ser el primer juez invidente en España. Cómo informó el 17-09-2020 la web del CGPJ, «Héctor Melero Martí, de 26 años y natural de Cullera (Valencia), se ha convertido en la primera persona ciega en aprobar las oposiciones a las Carreras Judicial y Fiscal»<sup>42</sup>.

## V. ¿PREVALECE Y CONSTITUYE BARRERA, PARA LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD AUDITIVA, LA NATURALEZA ORAL DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES?

Tras la solicitud de Gabriel y la correspondiente respuesta unánime de la Comisión Permanente del CGPJ, Ana Sastre, a la sazón delegada del CERMI de DDHH y para la Convención de la ONU, señaló que se había producido

«un cambio importante tras la aprobación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y todas las normativas relativas a la defensa de los derechos del colectivo y desta-

---

<sup>40</sup> A C T A N.º XX/2014 de la Comisión Permanente del CGPJ file:///C:/Users/Mi%20ordenador/Downloads/20140513%20BoletinesAcuedosCP.pdf [Consultado: 14-04-2023].

<sup>41</sup> EL PAIS, «Las togas, también para los ciegos», [https://elpais.com/sociedad/2014/05/12/actualidad/1399904374\\_554781.html](https://elpais.com/sociedad/2014/05/12/actualidad/1399904374_554781.html), publicado: 12-05-14 [Consultado: 14-04-2023].

<sup>42</sup> CGPJ, «Una persona ciega aprueba por primera vez las oposiciones a las Carreras Judicial y Fiscal», <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Una-persona-ciega-aprueba-por-primera-vez-las-oposiciones-a-las-Carreras-Judicial-y-Fiscal->, publicado: 17-09-20 [Consultado:14-04-2023].

có que en este caso, era esta legislación aplicable la base que toma el CGPJ para hacer una interpretación favorable. Asimismo, subrayó que este hecho supone la aplicación de los medios necesarios que garantizan la igualdad de oportunidades en las leyes que regulan y protegen el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad.»<sup>43</sup>.

Ello iría en línea con una de las posibles preguntas y respuestas que se analizan en la presente publicación: ¿los modelos sobre el concepto o hecho de la discapacidad, influyen o no, a través, por ejemplo, de su plasmación en regulaciones normativas, en avances en una mayor inclusión e integración de las personas, específicamente en este caso con diversidad auditiva, en orden a su participación en roles, profesionales y no profesionales, en la AdJ?. En su parecer a priori, de forma analógicamente extensible, la respuesta es afirmativa.

Precisamente por aquel entonces, el CERMI, bajo el amparo de la Convención de la ONU y los nuevos paradigmas teórico-prácticos para el enfoque de la discapacidad, reforzó sus planteamientos al CGPJ de la modificación de la normativa de acceso de personas con discapacidad a la carrera judicial, para que ninguna persona con discapacidad con aptitudes para ejercer las funciones judiciales quedase excluida de ese tipo de responsabilidades públicas. Y precisa y concretamente, se refirió en sus demandas al caso de Gabriel Pérez al considerar que su ceguera, no debería ser un obstáculo para ejercer como juez en España, donde las tecnologías permiten ya a las personas con discapacidad visual grave acceder a los textos informatizados y donde existen figuras como la del secretario judicial o la del ayudante<sup>44</sup>.

Sin embargo, hay que señalar que un aspecto muy relevante en la posible incidencia respecto a las personas con discapacidad sensorial auditiva, es el llamativo hecho de que en el informe que sirvió de base para la referida resolución del Pleno del CGPJ se señaló que por otro lado «las leyes procesales conceden importancia a elementos aprehensibles a través del oído, como la evasión en las respuestas, los titubeos o las vacilaciones»<sup>45</sup>. Por su parte, el art 120.2 de la CE, bajo la rúbrica de «Publicidad de las actuaciones judiciales», dispone que «El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal».

---

<sup>43</sup> CERMI, «El CERMI considera un avance la decisión del CGPJ de permitir que una persona ciega aspire a ser juez», <https://cermi.es/noticia/el-cermi-considera-un-avance-la-decision-del-cgpj-de-permitir-que-una-persona-ciega-aspire-a-ser-juez> [Consultado: 14-04-2023].

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *Id.*

¿Supone todo esto que, a diferencia de la posición informando a favor de que puedan ser jueces las personas invidentes, no lo sea igualmente para las personas con discapacidad auditiva?. En principio, al menos en lo que respecta al referido artículo de la CE, a pesar de su aparente tenor literal, hay que precisar que su trasfondo no se refiere al modo de comunicación oral, de forma que pudiese constituir hándicap para ninguna persona con discapacidad sensorial auditiva, sino que como su rúbrica indica se orienta a la naturaleza pública de las actuaciones judiciales:

«El art. 120 en su apartado primero consagra la publicidad de las actuaciones judiciales. (...) Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de publicidad tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho»<sup>46</sup>.

Un relevante aspecto pendiente en el ámbito de la participación mediante el desempeño del rol de la judicatura radica sustancialmente en que, incluso a pesar del modelo médico-rehabilitador vigente, en el art 303 de la LOPJ que establece la incompatibilidad y la incapacitación para el desempeño judicial de los «disminuidos físicos y psíquicos», se produce una laguna con su indeterminación y necesidad de desarrollar una reglamentación detallada y específica en el Reglamento de la Carrera Judicial, ya que en los actuales arts. 8 a 15 no se concreta qué se considere sea esa disminución ni en qué condiciones objetivas o de forma indubitable se incurra en tal situación incapacitadora, lo que provoca la necesidad de subsanar mediante labor de interpretación por el CGPJ en los casos concretos que se puedan ir planteando, tal y cómo ocurrió en el del aspirante con discapacidad visual antes comentado.

En todo caso una opción es la medida de la elección preferencial de destino, compatible con el perfil de discapacidad, donde las opciones contencioso-administrativa, civil o mercantil, por ejemplo, pueden aminorar las situaciones requeridas de valoración en base a criterios de naturaleza oral, si bien, lamentablemente la jurisdicción contencioso-administrativa que era una opción plenamente ideal a estos efectos perdió ese cariz a raíz de la reforma operada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, que como novedad respecto del texto anterior,

---

<sup>46</sup> Cortes Generales, Sinopsis del art. 120 de la CE, <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=120&tipo=2>, Sinopsis elaborada por Sylvia Martí Sánchez, Letrada de las Cortes Generales, Diciembre, 2003. Actualizada por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales, 2011. [Consultado: 30-94-23]

incorpora un procedimiento abreviado para determinadas materias de cuantía determinada limitada, basado en el principio de oralidad.

## VI. LA OPOSICIÓN: ¿PRIMERA PUERTA DE ACCESO O PRIMERA BARRERA AL ACCESO?

Para constatar en qué medida los aspectos positivos en favor de la integración, la igualdad, la inclusividad y la no discriminación, que se han trasladado al marco normativo como reflejo de los nuevos paradigmas más recientes sobre la circunstancia de la discapacidad y del impacto de la CIDPD, han tenido una incidencia real, se ha tratado de encontrar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿Se ha realizado con posterioridad similar informe al respecto, para este otro colectivo de discapacidad?.

Y, si finalmente, como así ocurrió, aunque fue en otro caso posterior al que inicialmente solicitó el informe al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), ya hay al menos un acceso oficializado y amparado a todos los efectos a la participación en la AdJ mediante el rol profesional de la judicatura de una persona con discapacidad sensorial visual, y así expedito el camino para que otras en iguales circunstancias puedan tratar de conseguir el acceso al desempeño del rol judicial, ¿constan igualmente accesos de personas con diversidad sensorial auditiva, en cualquiera de sus modalidades, oralista, signante o sordociega?

Para ello se solicitó información al CGPJ acerca de datos estadísticos sobre personas con discapacidad que se hayan presentado y aprobado las oposiciones de jueces y fiscales a partir de 2004, con especial referencia a cuántas lo han sido con concreta discapacidad auditiva, y desde dónde en respuesta a tales cuestiones ha facilitado la siguiente información relevante en orden a las mismas:

«Se remiten los datos estadísticos de los que actualmente se dispone correspondientes a los años 2022-2014:

<b>AÑO</b>	<b>T. RESERVA</b>	<b>APROBADOS</b>
2022	49	en curso
2021	57	1
2020	64	1
2019	62	2

AÑO	T. RESERVA	APROBADOS
2018	53	2
2017	46	0
2016	45	1
2015	51	0
2014	51	2

Para convocatorias anteriores a 2014 sería necesario acometer un trabajo de búsqueda y recopilación de la información solicitada, que no es posible acometer por esta Sección para una petición general de información, en atención al artículo 18.c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno»<sup>47</sup>.

La primera conclusión que podemos extraer de tales datos es el insuficiente número de personas del turno discapacidad aprobadas, lo que da la razón a las reclamaciones que en reiteradas ocasiones ha expuesto el CERMI al respecto, sobre el bajo porcentaje de personas con discapacidad que superan una oposición; habría que analizar el porqué es así: si es que hay algunas barreras en el propio sistema o lo son inherentes a otros factores de desventaja y vulnerabilidad asociados a la propia condición de discapacidad.

Asimismo, es un hecho significativamente llamativo el de que ni siquiera se disponen datos con anterioridad a 2014, lo cual en el lado positivo es señal de avances, y cómo se van plasmando con hechos concretos y diferenciales los principios o filosofía sobre la discapacidad imperantes ya que de ese dato podemos inferir que con anterioridad ni se constataba o merecía relevancia la simple conservación estadística de los datos, mientras que desde el 2014 al menos ya sí hay disponibles tales. Al respecto, se precisa que la razón de la acotación a los años posteriores a 2004 en la parte más antigua de la horquilla temporal es porque a partir de ese año rige el RD 2271/2004<sup>48</sup> con su disposición de reserva de un porcentaje no inferior al 5% de las vacantes de todas las OPEs <sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> CGPJ. *Informe de respuesta al Formulario de solicitud de información pública resuelto mediante el Expte. 117/2023*. Sección de Selección. Escuela Judicial. Barcelona, 2023.

<sup>48</sup> RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. «BOE» núm. 303, de 17/12/2004.

<sup>49</sup> *Id.* art. 2.1.

En cuanto a la solicitud de datos sobre el número de personas con concreta discapacidad auditiva, desde el CGPJ se manifiesta que

«no se dispone de esa información, ya que, por motivos de protección de datos de carácter personal, únicamente se verifica que el grado de discapacidad sea igual o superior al 33% al objeto de verificar que cumple el requisito para presentarse por el turno de personas de discapacidad y la exención de la tasa de examen.

Únicamente en el caso concreto de que una persona aspirante solicite adaptación de medios o tiempos para la realización de los exámenes, se le requiere que acredite la discapacidad que padece al efecto de que la Comisión de Selección pueda valorar dicha solicitud de adaptación de medios y tiempos. No existiendo estadísticas al respecto de las adaptaciones solicitadas y resueltas».

Lo cual constituye un hándicap a la hora de diseñar estrategias de prevención, diseño e implementación de actuaciones para perfiles de discapacidad específicos, tales como el de diversidades auditivas que nos ocupa en esta reflexión.

Tampoco se disponen o se está en disposición de facilitar datos oficiales acerca del número de jueces o magistrados que, de forma declarada, consten con alguna diversidad auditiva hipoacúsica, ello con independencia de los casos que a nivel particular se admite que haya y que se abordan mayoritariamente mediante la adquisición y el uso privado de prótesis auditivas personales. No obstante, lo que sí se asevera por las fuentes del CGPJ consultadas es el dato de la absoluta constancia de inexistencia de jueces o magistrados con un perfil de las diversidades auditivas tanto de sordoceguera como de usuarios del modo de comunicación signante.

## VII. LOS RECURSOS DEL RD 674/2023 Y LEY 27/2007

Si ya Sócrates exponía que las cuatro características del juez eran escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente, podría inferirse de ello en un apriorismo precipitado que las personas con diversidades auditivas estarían impedidas para tal función en tanto que estarían imposibilitadas para llevar a cabo la primera de las fases de esa secuencia de la actividad del rol judicial, como se podría sustentar al amparo del tenor nudamente literal del art. 303 de la LOPJ.

Sin embargo, actualmente los avances en los denominados productos de apoyo pueden subsanar o solventar los obstáculos o barreras que suponen para las personas con diversidad auditiva los re-

quisitos o naturaleza oralista de nuestros procedimientos judiciales. De ello es reflejo normativo, el reciente RD 674/2023<sup>50</sup> en el que se enumera una amplia relación de productos de apoyo para la comunicación oral y la audición, que enmarcan el ámbito de los que puedan y deban ser considerados, en función de las concretas peculiaridades y circunstancias personales, en orden a facilitar la accesibilidad y participación en la AdJ, incluido obviamente el rol judicial que nos ocupa.

En el mismo, en cuanto a las personas sordas usuarias de modalidad de comunicación oral, se refieren: prótesis auditivas, tanto audífonos como implantes, así como todo tipo de dispositivos que funcionan en conexión con estas, el bucle o lazo de inducción magnética, los equipos de frecuencia modulada, labiolectura o lectura labial, palabra complementada y la subtitulación. Los dos más relevantes para este colectivo serían el subtitulado y el bucle o lazo de inducción. En materia de subtitulado se ha avanzado en su potencial mayor disponibilidad en sedes y procedimientos judiciales al haberse perfeccionado las opciones de estenotipia automatizada, es decir realización de subtitulado por medios no manuales, sin intervención de operador humano. En cuanto al bucle de inducción magnética, en el referido RD se le define cómo

«sistema de sonido que transforma la señal procedente de una fuente de audio o microfónica generando un campo magnético que capta la prótesis de la persona con discapacidad auditiva y sordociega y ésta percibe el sonido directamente, sin las limitaciones que impone la distancia, la reverberación o el sonido ambiente. Los bucles pueden ser de instalación fija, eventual, portátil o de tipo individual»<sup>51</sup>.

Para las personas sordas signantes son de destacar: el uso de la LS, intérpretes de LS, mediación comunicativa, servicios de interpretación o de videointerpretación en LS, comunicación bimodal. Un posible servicio de esa naturaleza que facilitaría la comunicación en el ámbito judicial, al igual que ocurre ya en otros ámbitos de la Administración, sería el denominado servicio SVisual. Es prestado por la CNSE y su dinámica de funcionamiento, básicamente consiste en comunicar a la persona sorda signante con un interlocutor oralista, a través de la intermediación de un intérprete online. Ello facilita la inmediatez y la mayor disponibilidad de recursos, que si se tiene que solicitar y proveer de forma presencial. El principal problema

---

<sup>50</sup> RD 674/2023, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las condiciones de utilización de la lengua de signos española y de los medios de apoyo a la comunicación oral para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. «BOE» núm. 171, de 19 de julio de 2023, págs. 104002 a 104029.

<sup>51</sup> RD 674/2023, de 18 de julio, art. 4º, f] 2º.

u obstáculo que inicialmente podría haber en este ámbito, aunque fácilmente solventable, sería el derivado de las garantías de profesionalidad o especialización cualificada suficiente en la compleja terminología jurídica, así como la inexistencia de un código deontológico que regule la profesión, máximamente necesario en unas funciones que requieren las máximas garantías de traducción exacta y fidedigna en sus procedimientos. En cualquier caso, superadas esas objeciones, resulta una opción de recurso que facilitaría la comunicación de un posible juez usuario de modalidad de comunicación signante, con los abogados y partes, y viceversa, y que, aparte de la atención por un ILS que cumpliera plenamente los requisitos mencionados, tan sólo requeriría materialmente un equipo de videoconferencia. En cuanto al citado servicio SVisual añadir que, aparte de facilitar la comunicación de personas sordas signantes con oralistas, sordas o no, igualmente posibilita a la inversa que personas oralistas puedan contactar con personas sordas signantes. Además se adapta a una opción polivalente de modalidades de comunicación: LS, lectura labial, chat o signo y voz.

Al margen de los productos expresamente recogidos en el RD, lo cierto es que la tecnología está diseñando ya otros nuevos cuya futura adopción abre vía a una AdJ ciertamente más accesible. Es de destacar, por ejemplo, el denominado proyecto SignOn, que pretende conseguir un sistema avanzado de traducción automática de la LS a la lengua oral y viceversa a través de una App. Con esta aplicación la persona sorda recibirá la conversión de la conversación oral a conversación signada a través de la figura de un avatar, lo que supone un claro avance en su desempeño más autónomo, integrador e inclusivo en los diversos campos y roles de participación en la AdJ, incluido obviamente el rol juzgador<sup>52</sup>.

Por su parte, el RD de referencia, para las personas sordociegas recoge igualmente una relación de posibles productos o servicios de apoyo, tales como pueden ser la LS táctil o apoyada, la mediación comunicativa, los servicios de guía-interpretación, los sistemas alfabéticos, el sistema Dactyls, el sistema de signos Haptic, y la audiodescripción, basados, excepto el último, en el recurso a la comunicación mediante el tacto, bien en la palma de las manos, bien en otras zonas del cuerpo como pueden ser los brazos, antebrazos o espalda. Dada la dificultad y complejidad que entrañaría su uso en el singular vocabulario y procedimientos judiciales, y por lo tanto el nivel de exigen-

---

<sup>52</sup> Universidad Pompeu Fabra, «Proyecto SignOn», [https://www.upf.edu/es/web/etic/inicio/-/asset\\_publisher/nT5ucm2DcHyd/content/id/240953223](https://www.upf.edu/es/web/etic/inicio/-/asset_publisher/nT5ucm2DcHyd/content/id/240953223), publicado: 18-12-2020 [Consultado: 08-03-2023].

cia de recursos, unido a que determinados perfiles de sordoceguera conllevarían para un posible juzgador la privación de la percepción de datos e indicios tanto por vía visual como auditiva es sumamente probable que en este perfil el análisis o valoración del grado de ajuste razonable plantease objeciones.

Hay que referir que ya con anterioridad a este RD, y de forma prioritariamente específica, en cuánto al concreto colectivo de personas sordas signantes, en la Ley 27/2007<sup>53</sup> se establecieron medidas para garantizar la comunicación de las personas sordas y con discapacidad auditiva en diversos ámbitos, incluyendo el judicial. Medidas en la línea que ahora reincide el RD y en las que el mayor problema ha sido su desaprovechamiento y falta de plena puesta en práctica por carencia o insuficiencia de los recursos humanos de ILSs precisos. En cuanto al ámbito y perfil judicial no han sido ni precisas ni aplicadas por la ausencia de jueces usuarios de modalidad de comunicación signante.

## VIII. EJEMPLO DE BUENAS PRÁCTICAS A NIVEL INTERNACIONAL

Una referencia destacada es la iniciativa chilena, destacado ejemplo integrador e inclusivo de Chile pro ciegos, sordos y mudos, por medio de la cual un grupo de parlamentarios de aquel país, incluida la senadora Isabel Allende, aprobaron moción el 1 de mayo de 2014, precisamente a la par casi de que en España el 14 de mayo decidiera la Comisión Permanente del CGPJ sobre el caso del aspirante a judicatura Gabriel Pérez antes comentado, para que los ciegos, sordos y mudos pudiesen ser jueces y notarios. La moción aprobada en el Senado de Chile propuso «suprimir del Código Orgánico de Tribunales, las normas que impiden que las personas sordas, ciegas o mudas se desempeñen en los cargos de jueces y notarios»<sup>54</sup>.

En el debate de aquella referida iniciativa chilena algunos senadores sostuvieron que para la nueva ley había que implementar una tecnología especial judicial para que los jueces que no pueden ver ni

---

<sup>53</sup> Ley 27/2007, de 23 de Octubre, por las que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. «BOE», núm. 255 de 24 de Octubre de 2007, págs.: 43251-43259.

<sup>54</sup> FOAL, «Chile y España deciden sobre jueces y notarios ciegos, sordos y mudos». <https://www.foal.es/es/noticias/chile-y-espa%C3%B1a-deciden-sobre-jueces-y-notarios-ciegos-sordos-y-mudos>, publicado: 03-07-2014 [Consultado: 24-04-2023].

oír sobre las pruebas, puedan instruirse sobre las mismas, ya que el problema que se deriva es que quizás los acusados podrían reclamar discriminación por no ser escuchados, vistos u oídos, y en el caso de un notario, los clientes tendrían que esperar que el documento se digitalice para ser timbrado.

En el seno del debate de la Cámara chilena el senador Eugenio Tuma dijo que

«hay que implementar todo lo que sea necesario en la justicia chilena. (...) Es muy importante la convicción que tenga el juez con los distintos medios de prueba, entonces naturalmente hay que adoptar todas las medidas...para resolver de manera pertinente un juicio donde se resuelve la culpabilidad o inocencia (por parte) de alguien que está estableciendo pruebas»<sup>55</sup>,

y destacó que

«Entonces aquí hay un desafío muy importante para el Poder judicial, para saber cuáles serán las medidas que se van a tomar para que estos jueces puedan tener el desempeño para el cual fueron nombrados, pero al mismo tiempo estamos cumpliendo con dar igualdad de oportunidades de acuerdo a la constitución no hay porqué negar derecho a nadie»<sup>56</sup>.

E igualmente el senador Espina, miembro de la Comisión de Constitución, elogió la finalidad de «una sociedad más inclusiva en donde las discriminaciones vayan terminándose»<sup>57</sup>, gracias a que con los avances tecnológicos actuales no hay razón «que justifique que para ser notario o ser juez sea un impedimento, (...), el ser ciego, sordo o mudo»<sup>58</sup>.

En informe sobre la materia de la Biblioteca Nacional del Congreso de Chile<sup>59</sup> que se realizó con ocasión del Proyecto de Ley antes recogido, se incluyeron asimismo referencias a los casos de Holanda y Reino Unido, si bien previenen que no han encontrado información

---

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> Senado de Chile, «Nueva ley permitirá que personas ciegas, sordas o mudas puedan ser jueces o notarios», <https://www.senado.cl/senadores/nueva-ley-permitira-que-personas-ciegas-sordas-o-mudas-puedan-ser>, Publicado: 18-08-2016. [Consultado: 27-02-2023].

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> BCNC, «Acceso de personas con discapacidad sensorial a cargos de jueces y otros. Aspectos operativos y experiencia extranjera», [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20380/5/Aspectos%20operativos%20de%20acceso%20de%20Personas%20con%20Discapacidad%20a%20cargos%20de%20Jueces%20\[actualizado%20Jul\\_2014\]\\_v6.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20380/5/Aspectos%20operativos%20de%20acceso%20de%20Personas%20con%20Discapacidad%20a%20cargos%20de%20Jueces%20[actualizado%20Jul_2014]_v6.pdf) [Consultado: 27-04-2023].

oficial, sino que sus fuentes provienen de información de prensa o entrevistas a los casos referenciados.

De Holanda, se recoge el caso de Romke de Vries, quien ya en 1982 «fue nombrado el primer juez ciego de los Países Bajos y ha trabajado, desde entonces, en la justicia juvenil, de familia, penal, entre otras áreas. De Vries utiliza un computador personalizado con Braille y soporte de voz (programa Jaws). Antes de la existencia de dicha tecnología, se hacía asistir por una secretaria especial»<sup>60</sup>.

De Reino Unido, el informe refirió al único juez ciego, John Lafferty, señalando que usa la misma tecnología para invidentes que el juez Romke de Vries, y un asistente. Otras estrategias de las que se sirve son: un secretario que resalta aspectos del juicio imperceptibles por el juez, la solicitud a los abogados de la lectura en alta voz de las alegaciones, y su rol como magistrado en un Jurado, lo que permite considerar «que ellos pueden evaluar imágenes necesarias para el resultado del juicio, y su rol es darles a conocer las reglas para anular alguna evidencia. Si alguna imagen (o lo visual) es clave en el devenir del juicio y para cumplir su rol, y él lo advierte con anterioridad, se niega a conocer el juicio, recusándose, y pide que sea otro juez quien juzgue»<sup>61</sup>.

Asimismo, en otros países, como Brasil y Perú, la integración de invidentes en la justicia ya es una realidad hace años. En Brasil, el juez Ricardo Tadeu da Fonseca, en 2009 ya llevaba 19 años desempeñando la labor de fiscal, cuando fue nombrado juez. Había perdido la visión durante sus estudios de Derecho y su estrategia durante el ministerio fiscal había sido la de contar con la ayuda de los funcionarios y asesores con los que trabajaba. La misma con la pensaba contar en la labor de juez<sup>62</sup>.

En Perú, Edwar Bérjar, quien, tras sufrir la discriminación por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, a causa de su condición de invidente en su aspiración al desempeño del rol de fiscal adjunto provincial de Cusco, batalló con el apoyo de la Defensora del Pueblo. Tras obtener razón en los tribunales, no puntuó suficiente para la obtención de la plaza en el primer intento, aunque en 2010, en una segunda ocasión obtuvo plaza como juez. «Trabajaré con ayuda

---

<sup>60</sup> *Id.* págs.1-2.

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> ElDiario.es, «¿Puede tener España un juez invidente?», [https://www.eldiario.es/sociedad/gabriel-gabi-juez-ciego-invidente-oposiciones-justicia\\_1\\_4950440.html](https://www.eldiario.es/sociedad/gabriel-gabi-juez-ciego-invidente-oposiciones-justicia_1_4950440.html), publicado: 06-04-2004 [Consultado: 27-04-2023].

de la tecnología. Utilizaré un escáner que reproduce en palabras lo que va leyendo de un documento»<sup>63</sup>.

En todo caso, no se han obtenido, por el contrario, casos de jueces con diversidad auditiva, lo que refuerza la importancia y necesidad de seguir avanzando en ese ámbito respecto a este colectivo, siendo buenos referentes los precedentes sentados en discapacidad visual.

## IX. ANÁLISIS DAFO DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

Si aplicamos la herramienta DAFO (Debilidades, Amenazas, Fortalezas, Oportunidades) a la cuestión de la accesibilidad a la participación en la AdJ de las personas con diversidad auditiva en el específico rol del desempeño de la función judicial, considerando todos los aspectos desarrollados en la presente publicación podemos extraer las siguientes reflexiones:

### **Debilidades:**

La falta de suficientes y significativos datos estadísticos.

Es muy relevante el hecho de que ni siquiera se dispongan datos de cuántas personas con discapacidad (no ya la auditiva en concreto sino cualquier tipo de discapacidad) firmaron las pruebas de acceso a jueces y fiscales a partir de 2004 y con anterioridad a 2014, y que incluso en menor grado aún se dispongan acerca de cuántos jueces y magistrados en activo acreditan de forma constatada y oficial alguna modalidad de diversidad auditiva.

Datos estadísticos de esa naturaleza son imprescindibles para implementar políticas rigurosas de gestión y planificación preventiva en el ámbito de los RRHH de la judicatura para la atención y apoyo que puedan precisar personas con este perfil.

### **Amenazas:**

Inconcreción en la LOPJ y su Reglamento de los conceptos de «disminuidos físicos y psíquicos».

La falta de concreción de los arts. 8 a 15 del Reglamento de la Carrera Judicial deriva en una peligrosa indeterminación acerca de

---

<sup>63</sup> *Id.*

qué se considere concretamente sea la naturaleza de «impedidos» que refiere el art. 303 de la LOPJ, y por lo tanto en qué determinadas casuísticas se podría romper la prevalencia que a priori debe haber en favor de los arts. 1.2, 9.2, 14, 23.2, 49 y 53.3 de la CE por el hecho de que forma incuestionable se incurra en tal supuesto incapacitador.

### **Fortalezas:**

El modelo predominante sobre la discapacidad.

Incluso los tenores literales de normas surgidos o conectados con el modelo médico-rehabilitador, actualmente deben no obstante interpretarse conforme al predominante modelo de la independencia o enfoque de los DDHH, o cuando menos en relación a sus predecesores modelo social-contextual o de las discapacidades como barreras sociales y el modelo de los derechos individuales o de la integración. Tal es así, que han sido asimilados en el ordenamiento jurídico a través de normas que prevalecen en virtud del principio de jerarquía normativa, cómo sería el caso de la CIDH suscrita por España.

### **Oportunidades:**

El desarrollo exponencial de los denominados productos de apoyo.

La discapacidad en general, e igualmente la auditiva en particular, ven aminorados e incluso eliminados sus efectos o consecuencias limitadoras merced a los llamados productos de apoyo, mediante y gracias a los cuales se amplían constantemente las opciones de participación, a causa de la eliminación de barreras discriminadoras. En concreto, en España, es un referente el RD 674/2023 por su detallada enumeración de concretas opciones de productos de apoyo facilitadoras de la mayor accesibilidad, integración e inclusión de las personas sordas, tanto hipoacúsicas-oralistas, cómo signantes, y sordociegas, en el ámbito de la Administración en general y en el particular de la AdJ.

También la Ley 27/2007 es un baluarte legal en favor de la participación, principalmente de los colectivos signantes y sordociegos.

## **X. CONCLUSIONES**

Es incuestionable que, dentro de los colectivos de diversidad auditiva, el hipoacúsico-oralista enfrenta menos barreras y limitacio-

nes en comparación con el signante y el de las personas sordociegas. Por lo tanto, serán las oportunidades referidas en el correspondiente apartado DAFO las que, si se llevan a puro y debido efecto dotándolas de los necesarios recursos personales y materiales, sustentan la expectativa de que mediante ellas la plena participación en la Justicia de las personas signantes y sordociegas sea cada vez mayor, y podamos alcanzar tal nivel de integración, inclusión y no discriminación que la simbólica expresión que da nombre al presente artículo, «signar en nombre del rey», pueda ser algún día realidad, significando que esa Justicia que nuestra CE en su art. 117.1 expresa que «emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados» pueda ser, en igualdad de condiciones, administrada por personas de ese mismo pueblo usuarias de la LS. Quizá, además, así pueda ser en el seno de un nuevo paradigma, que podríamos denominar de la tecnodiscapacidad, diversidad tecnológica o de las tecnologías de apoyo a la discapacidad.

## XI. ABREVIATURAS

- AdJ: Administración de Justicia
- Art.: Artículo
- BCNC: Biblioteca Congreso Nacional de Chile
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CE: Constitución Española
- CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- CIDH: Convención Internacional de los Derechos Humanos
- CIDPD: Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- CNSE: Confederación Nacional de Sordos Españoles
- DAFO: Debilidades, Amenazas, Fortalezas, Oportunidades
- DDHH: Derechos Humanos
- ECP: Estadística Continua de Población
- EDAD: Encuesta Discapacidad Autonomía y Dependencia
- EBDH: Enfoque Basado en Derechos Humanos
- FOAL: Fundación ONCE para la solidaridad con las personas ciegas de América Latina

- ILS: Intérprete de Lengua de Signos  
INE: Instituto Nacional de Estadística  
LIONDAU: Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas  
LISMI: Ley de Integración Social de los Minusválidos  
LO: Ley Orgánica  
LS: Lengua de Signos  
MDSA2030: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030  
ODPC: Office of Developmental Primary Care  
ONU: Organización de las Naciones Unidas  
OPE: Oferta Pública de Empleo  
Orden PRE: Orden del Ministerio de Presidencia  
RD: Real decreto  
RDL: Real Decreto Ley  
RPD: Real Patronato sobre la Discapacidad  
RRHH: Recursos Humanos  
SID: Servicio de Información sobre Discapacidad  
TC: Tribunal Constitucional  
TdJ: Tribunal del Jurado  
UN: Naciones Unidas  
UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- Arnau Ripollés, M.S. y Toboso Martín, M., «La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen»; *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, N° 20, Año 10, Segundo semestre de 2008, págs. 2-4.
- Borja Segade, C., García Varela, P., Hidalgo Lorite, R., *El enfoque basado en Derechos Humanos: Evaluación e Indicadores*, Red En-Derechos, Madrid, 2011, pág.31.
- Biel Portero, I., *Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CGPJ. *Informe de respuesta al Formulario de solicitud de información pública resuelto mediante el Expte. 117/2023*. Sección de Selección. Escuela Judicial. Barcelona, 2023.

- Consuegra Cano, B., *Las políticas de accesibilidad al patrimonio cultural, con especial referencia a los espacios museísticos: normativa, agentes y prácticas*, Tesis doctoral UNED. Madrid, 2019.
- Fernández Aller, C. (COORD.), «Marco teórico para la aplicación del EBDH en la cooperación para el desarrollo», Capítulo 2, en *Fundamentación y concepto del EBDH*, Red Universitaria de investigación sobre cooperación para el desarrollo, Ed. Catarata, Madrid, 2009.
- González Huesa, J.M., *En buena dirección*. Ed. CERMI, Madrid, marzo 2022.
- Hahn, H. (1985): «Towards a politics of disability: definitions, disciplines, and policies». *The Social Science Journal*, 22.4, 1985, p. 87–105.
- Kafer, A., *Feminist, Queer, Crip*, Indiana University Press, Indiana, 2013.
- Miguel Bascones Serrano, L. y Martínez Madrigal, B., *Estudio sobre la situación de las personas sordociegas en España*, Real Patronato sobre Discapacidad. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2023.
- Palacios Rizzo, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Cinca, Madrid, 2008.
- Quinn, G. y Degener, T., *Derechos humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.
- Romañach Cabrero, J., *Bioética al otro lado del espejo. La visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos*, Diversitas-AIES, A Coruña, 2009.

### XIII. REFERENCIAS NORMATIVAS

CE, art. 117.1.

Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, págs. 46025 a 46096.

Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1982, págs. 11106 a 11112.

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas. «BOE» núm. 289, de 03/12/2003.

Ley 27/2007, de 23 de Octubre, por las que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Boletín Oficial del Estado, núm. 255 de 24 de Octubre de 2007, págs.: 43251-43259.

Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. «BOE» núm. 78, de 1 de abril de 2022, págs. 43626 a 43633

RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. «BOE» núm. 289, de 03/12/2013.

RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. «BOE» núm. 303, de 17/12/2004.

RD 674/2023, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las condiciones de utilización de la lengua de signos española y de los medios de apoyo a la comunicación oral para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. «BOE» núm. 171, de 19 de julio de 2023, págs. 104002 a 104029.

Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad. «BOE» núm. 140, de 13 de junio de 2006, págs. 22530 a 22533.

Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial. «BOE» núm. 110, de 9 de mayo de 2011, págs. 46297 a 46405.

#### XIV. WEBGRAFÍA

A C T A N° XX/2014 de la Comisión Permanente del CGPJ, file:///C:/Users/Mi%20ordenador/Downloads/20140513%20BoletinesAcuedosCP.pdf [Consultado: 14-04-2023].

BCN, «Acceso de personas con discapacidad sensorial a cargos de jueces y otros. Aspectos operativos y experiencia extranjera», [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20380/5/Aspectos%20operativos%20de%20acceso%20de%20Personas%20con%20Discapacidad%20a%20cargos%20de%20Jueces%20\[actualizado%20Jul\\_2014\]\\_v6.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20380/5/Aspectos%20operativos%20de%20acceso%20de%20Personas%20con%20Discapacidad%20a%20cargos%20de%20Jueces%20[actualizado%20Jul_2014]_v6.pdf) [Consultado: 27-04-2023].

CERMI, «El CERMI considera un avance la decisión del CGPJ de permitir que una persona ciega aspire a ser juez», <https://cermi.es/noticia/el-cermi-considera-un-avance-la-decision-del-cgpj-de-permitir-que-una-persona-ciega-aspire-a-ser-juez> [Consultado: 14-04-2023].

CERMI, «El CGPJ reconoce que lo que digo es justo», <https://cermi.es/noticia/el-cgpj-reconoce-que-lo-que-digo-es-justo> [Consultado: 24-04-23].

CGPJ, «Las mujeres ya son mayoría en la Carrera Judicial en quince de las diecisiete Comunidades Autónomas», [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-mujeres-ya-son-mayoria-en-la-Carrera-Judicial-en-quince-de-las-diecisiete-Comunidades-Autonomas#:~:text=En%202019%2C%20el%20n%20C3%BAmero%20de,46%2C1%20por%20ciento\),](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Las-mujeres-ya-son-mayoria-en-la-Carrera-Judicial-en-quince-de-las-diecisiete-Comunidades-Autonomas#:~:text=En%202019%2C%20el%20n%20C3%BAmero%20de,46%2C1%20por%20ciento),) publicado: 05-04-2019 [Consultado: 25-09-2023].

CGPJ, «Una persona ciega aprueba por primera vez las oposiciones a las Carreras Judicial y Fiscal», <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Una-persona-ciega-aprueba-por-primera-vez-las-oposiciones-a-las-Carreras-Judicial-y-Fiscal>, publicado: 17-09-20 [Consultado: 14-04-2023].

Cortes Generales, Sinopsis del artículo 120 de la CE, <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=120&tipo=2>, Sinopsis elaborada por Sylvia Martí Sánchez, Letrada de las Cortes Generales, Diciembre, 2003. Actualizada por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales, 2011. [Consultado: 30-04-23].

ElDiario.es, «¿Puede tener España un juez invidente?», [https://www.eldiario.es/sociedad/gabriel-gabi-juez-ciego-invidente-oposiciones-justicia\\_1\\_4950440.html](https://www.eldiario.es/sociedad/gabriel-gabi-juez-ciego-invidente-oposiciones-justicia_1_4950440.html), publicado: 06-04-2004 [Consultado: 27-04-2023].

EL PAIS, «Las togas, también para los ciegos», [https://elpais.com/sociedad/2014/05/12/actualidad/1399904374\\_554781.html](https://elpais.com/sociedad/2014/05/12/actualidad/1399904374_554781.html), publicado: 12-05-14 [Consultado: 14-04-2023].

FOAL, «Chile y España deciden sobre jueces y notarios ciegos, sordos y mudos». <https://www.foal.es/es/noticias/chile-y-espa%C3%B1a-deciden-sobre-jueces-y-notarios-ciegos-sordos-y-mudos>, publicado: 03-07-2014 [Consultado: 24-04-2023].

INE, Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia, [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176782&menu=resultados&idp=1254735573175](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resultados&idp=1254735573175), publicado: 28-04-2022 [Consultado: 25-09-2023].

INE, Estadística de población. ECP. Datos provisionales 01/07/2023, [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981#:~:text=%C3%9Altima%20Nota%20de%20prensa&text=La%20poblaci%C3%B3n%20de%20Espa%C3%B1a%20aument%C3%B3,situ%C3%B3%20en%2048.345.223%20habitantes](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981#:~:text=%C3%9Altima%20Nota%20de%20prensa&text=La%20poblaci%C3%B3n%20de%20Espa%C3%B1a%20aument%C3%B3,situ%C3%B3%20en%2048.345.223%20habitantes), publicado: 08-08-2023. [Consultado: 25-09-2023].

LA INFORMACIÓN, «El CGPJ elabora un informe favorable para que un ciego pueda ser juez», [https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/el-cgpj-elabora-un-informe-favorable-para-que-un-ciego-pueda-ser-juez\\_pdtipfxaviuhvmzduztd02/](https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/el-cgpj-elabora-un-informe-favorable-para-que-un-ciego-pueda-ser-juez_pdtipfxaviuhvmzduztd02/), [Consultado: 24-04-23].

ODPC, «Modelos médicos y sociales de discapacidad», <https://odpc.ucsf.edu/node/1906#:~:text=Los%20l%C3%ADderes%20en%20el%20movimiento,perciben%20a%20aquellos%20con%20discapacidades>, [Consultado: 07-08-2023].

ONU, «Declaración de los Derechos de los Impedidos», [http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO5018/declaracion\\_dchos\\_impelidos.pdf](http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO5018/declaracion_dchos_impelidos.pdf) [Consultado: 07-08-2023].

ONU, «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> [Consultado 25-05-2023].

Senado de Chile, «Nueva ley permitirá que personas ciegas, sordas o mudas puedan ser jueces o notarios», <https://www.senado.cl/senadores/nueva-ley-permitira-que-personas-ciegas-sordas-o-mudas-puedan-ser>, publicado: 18-08-2016 [Consultado: 27-02-2023].

SID, «Casi 7 millones de personas tienen problemas de audición en España», <https://sid-inico.usal.es/noticias/casi-7-millones-de-personas-tienen-problemas-de-audicion-en-espana/>, publicado: 25-09-2022 [Consultado: 25-09-2023].

Universidad Pompeu Fabra, «Proyecto SignOn», [https://www.upf.edu/es/web/etic/inicio//asset\\_publisher/nT5ucm2DcHyd/content/id/240953223](https://www.upf.edu/es/web/etic/inicio//asset_publisher/nT5ucm2DcHyd/content/id/240953223), publicado: 18-12-2020 [Consultado: 08-03-2023].

---

## RESEÑAS

---



MEDIDAS CAUTELARES EFICACES O PROCESO  
PENAL INFRUCTUOSO:  
«EL QUE NO CORRE, VUELA».

RESEÑA A LA MONOGRAFÍA: *LAS MEDIDAS  
CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL*»

DE JOSÉ MARÍA ASECIO GALLEGO

Editorial Atelier, Colección «Litigación penal», 2023.

Por Sonia Calaza López.

Catedrática de Derecho procesal de la UNED.

Time is gold: Sin unas medidas cautelares inmediatas y eficaces, el proceso penal resulta infructuoso respecto de su triple finalidad: condena del culpable/absolución del inocente, reparación de la víctima/restauración de la convivencia y reinserción/reeducación del condenado. Podría, incluso, llegar a afirmarse que el proceso penal sin unas adecuadas medidas cautelares —tanto civiles (reales) como penales (personales)— podría llegar a defenestrar el ideal perseguido a lo largo —y ancho— de su procedimiento: la Justicia del caso concreto; ese *ius puniendi* —que, recuérdese siempre: solo corresponde al Estado— aderezado de sus imprescindibles cautelas patrimoniales: que posiblemente no anulan, ni —siquiera— merman el dolor de la víctima; pero —casi seguro— contribuyen —al menos— a rebajar el umbral económico —daño moral— de su «doble», «triple» o, acaso, «múltiple» victimización —también pecuniaria—.

Desde la —posible— manipulación inicial de las fuentes de prueba hasta el mismo peligro de fuga, pasando por la —nada improbable— repentida superveniencia de la insolvencia, entre tantas otras

creativas fórmulas o derivados de la delincuencia —por cierto, cada vez más sofisticada— en un entorno físico, híbrido y/o digital, con un fuerte impacto —en muchos casos— internacional, son «factores de riesgo» que pueden conllevar —nada menos que— el fracaso de un proceso penal, por lo demás, perfectamente ideado, construido y desarrollado. Todos esos «factores de riesgo» —y muchos otros— podrán, sin embargo, minorarse gracias a una adecuada regulación —y mejor aplicación práctica— de las medidas cautelares penales.

Bien lo sabe el Juez y Prof. Dr. José María Asencio Gallego, quién acaba de publicar una monografía —«Las medidas cautelares en el proceso penal»— donde aborda —de forma tan didáctica como pedagógica, no exenta además, de profundidad dogmática— esta relevante temática. Se trata de una obra, publicada en la colección Litigación penal, de la Editorial Atelier, que expone y analiza todas las medidas cautelares que pueden adoptarse en el seno del proceso penal, ya sean personales o reales, así como —y esta es seguramente la parte más original y sugerente— aquellas aplicables a las personas jurídicas.

El trabajo del Juez y Prof. Dr. Asencio Gallego comienza con mención del fundamento o razón de ser de las medidas cautelares: a saber, el aseguramiento de la tutela judicial efectiva, a pesar del tiempo transcurrido desde la incoación del proceso hasta el dictado de la sentencia. En este sentido, el Autor —en adelante, A.— precisa que no podría garantizarse el cumplimiento efectivo de ninguna condena si las personas investigadas se sustrajesen a la acción de la justicia, como tampoco podría asegurarse el resarcimiento de los perjuicios materiales ocasionados por la infracción penal si el investigado se desprendiese de todos sus bienes.

Seguidamente el A. expone los presupuestos para acordar estas medidas cautelares. En primer lugar, el *fumus boni iuris*, llamado por algunos autores «*fumus delicti commisi*», en virtud del cual se exige la imputación de una persona determinada y, en consecuencia, el cumplimiento de los requisitos para la asunción de la condición de investigado, es decir, la sospecha de haber cometido un hecho delictivo concreto, la existencia de indicios de criminalidad contra la citada persona. Así lo establece el art. 503.1 LECrim. Y, en segundo lugar, el *periculum in mora*, que deriva de la dilatación en el tiempo del proceso y del peligro para la efectividad de la sentencia que esto implica; en concreto, entre las circunstancias que pueden darse y pueden comprometer la tutela judicial, pueden destacarse, en las medidas cautelares personales, el riesgo de fuga, el riesgo de reiteración delictiva y el riesgo de destrucción o alteración de pruebas. No así la alarma

social, no prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y propia de los regímenes autoritarios. Una cuestión esta última en la que el A. incide y lo hace especialmente en el estudio de la prisión provisional.

A continuación, el A. analiza los caracteres de las medidas cautelares y precisa los siguientes: **primero, la jurisdiccionalidad**, ya que todas las medidas cautelares deben ser acordadas —en buena lógica— por el órgano jurisdiccional competente, sin que sea posible, salvo en el excepcional caso de la detención, que se adopten por otra autoridad distinta de la judicial; **segundo, la excepcionalidad**, que implica que, el ámbito de las medidas cautelares, la libertad ha de ser siempre la regla general. Por tanto, su restricción deberá ser la excepción. Y, además, **la proporcionalidad**: existiendo distintas medidas cautelares, más o menos gravosas, deberá imponerse aquella que, siendo suficiente —o igualmente eficaz— para alcanzar el fin perseguido, cause menos perjuicios al investigado. Por ejemplo, si con una orden de alejamiento puede evitarse que el investigado cometa otros hechos delictivos, no debería acordarse su ingreso en prisión provisional; **tercero, la necesidad**, que deriva de la característica anterior, y que implica que las medidas cautelares, ya sean personales o reales, sólo podrán adoptarse cuando resulte necesario para garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria que, en su día, recaiga; **cuarto, la instrumentalidad**, esto es, su constante supeditación a un proceso penal en curso, de modo que tan sólo pueden acordarse en el seno de un proceso y constante el mismo. Esto significa que, concluido éste, independientemente de que esto ocurra por auto de sobreseimiento o por sentencia, habrán de cesar. Sólo la detención, por su carácter de «provisionalísima», podrá ser adoptada al margen de un proceso, aunque a los efectos antes señalados; **quinto, la provisionalidad y la temporalidad**, ya que, como plazo mucho, durarán el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal. Y, además, algunas medidas cautelares son temporales, por cuanto el legislador ha establecido unos tiempos máximos de duración. Sucede esto con la detención (art. 17.2 CE) o con la prisión provisional (art. 504 LECrim.); **sexto, la responsabilidad estatal**, ya que si en la adopción de una medida cautelar, concurriese error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y se hubiese causado un daño al afectado por aquélla, el art. 121 CE le concede el derecho a recibir una indemnización a cargo del Estado.

Por último, el A. analiza, con todo detalle, el concepto, el contenido y el procedimiento para adoptar las medidas cautelares reguladas en la LECrim. y en el Código Penal, que son las siguientes:

Las personales: a) La detención, ya sea judicial, acordada por el Ministerio Fiscal, policial o por particulares (arts. 489 a 501 LECrim.); b) La prisión provisional (arts. 502 a 519 LECrim.); c) La libertad provisional, con o sin fianza (arts. 528 a 544 LECrim.); d) La prohibición de residir o de acudir a determinados lugares y la prohibición de aproximarse o comunicarse con determinadas personas (art. 544 bis LECrim.); e) La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica o de género (art. 544 ter LECrim.); f) La privación provisional del permiso de conducir (art. 529 bis LECrim.); g) La retirada provisional del pasaporte (art. 530 LECrim.); h) La suspensión del ejercicio de función o cargo público para personas sospechosas de haber cometido un delito de terrorismo o de rebelión y que hayan sido procesadas y sometidas a prisión provisional (art. 384 bis LECrim.); i) La suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores (art. 544 quinquies 1.a) LECrim.); j) La suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento (art. 544 quinquies 1.b) LECrim.); k) El establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada (art. 544 quinquies 1.c) LECrim.); l) La suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada con el no conviviente o con otro familiar (art. 544 quinquies 1.d) LECrim.).

Las reales: a) La fianza (arts. 589 a 621 LECrim.); b) El embargo (arts. 589 a 621 LECrim.); c) El decomiso (art. 127 octies CP); d) La pensión provisional a la víctima en los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor (art. 765 LECrim.); e) La suspensión de las actuaciones de ejecución dirigidas al cobro de la deuda tributaria en los delitos contra la Hacienda Pública (arts. 621 bis y 621 ter LECrim. y art. 305.5 CP); f) La suspensión de procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social (art. 307.4 CP); g) La suspensión de las actuaciones de ejecución dirigidas al cobro por la Administración competente de las cantidades correspondientes a prestaciones del Sistema de Seguridad Social obtenidas por simulación o tergiversación de hechos o por ocultación consciente de hechos de obligada comunicación (art. 307 ter.4 CP); h) La suspensión de las actuaciones de ejecución dirigidas al cobro por la Administración de las cantidades correspondientes a subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en cuantía superior a cien mil euros, obtenidas mediante la falsificación de las condiciones requeridas para su concesión o por ocultación de aquellas que la hubiesen impedido (art. 308.7 CP).

Y las aplicables a las personas jurídicas: a) La clausura temporal de los locales o establecimientos.; b) La suspensión de las actividades sociales.; c) La intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Una vez destacado, de un lado, el acierto de la elección del tema; y de otro, la utilidad —tanto pedagógica como científica— de esta obra —enmarcada, además, en dos prestigiosos Proyectos de Investigación del MICINN: «Ejes de la Justicia en tiempos de cambio» (IP. Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00 y «Transición Digital de la Justicia» (IP. Sonia Calaza), Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-I00— tan sólo me queda felicitar al Autor y desearle toda suerte de merecidos éxitos con esta obra en la que queda muy clara la imperiosa necesidad de la —estratégica— anticipación estatal en materia criminal; y ello no sólo en forma de prevención, sino también —cuando esta prevención hubiere fallado— de represión en un contexto procesal aireado, sano y saludable —esto es, escrupulosamente respetuoso con los derechos y garantías esenciales—; pero también eficaz: y la eficacia del proceso penal depende, en buena medida, de la oportunidad (necesidad), inmediatez (temporalidad) y adecuación (proporcionalidad) de sus medidas cautelares porque aquí resulta evidente que: «el que no corre, vuela».



**RECENSIÓN DE: LA NUEVA REGULACIÓN DEL DELITO DE USO FRAUDULENTO DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO AL ALBUR DE LA REFORMA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2022: UN ANÁLISIS DEL ART. 249.1 B) Y 249.2 B) DEL CP**

DE ALFREDO ABADÍAS SELMA

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público, Bilbao, 2023

Por Rocío Leal Ruiz

Dra. en Derecho Penal. ESERP Universidad de Vic

Es para mí un privilegio y un verdadero deleite, tanto a nivel personal como académico, tener la oportunidad de realizar una reseña de una obra tan relevante y significativa.

A través de una cuidadosa investigación y una sólida fundamentación doctrinal, el Dr. Abadías Selma ofrece nuevas perspectivas y reflexiones que enriquecen el debate existente en la nueva regulación del delito de usos fraudulentos de medios de pago distintos del efectivo. En esta reseña, exploraremos los puntos clave del artículo, su relevancia para el Derecho Penal y las contribuciones más significativas que aporta a la comprensión y desarrollo del artículo 249.1 b) y 249.2 b).

La sistemática del texto se encuentra dividida en dos bloques. El primero lleva al lector a contextualizar el entorno social y económico más relevante para comprender el propósito y los objetivos de este trabajo. El segundo permite asimilar el marco legal en el que se enmarca la conducta delictiva, evaluando su aplicación en casos reales y revelando problemas o lagunas legales que pueden surgir en su concreción.

El primer bloque de la obra nos introduce en los avances tecnológicos que han generado el desplazamiento de la moneda física a la virtual. El protagonismo que ha creado esta forma de pago se debe a los distintos tipos de formato, los cuales son cada vez más cómodos y sencillos de utilizar. Es aquí donde evidencia el Dr. Abadías Selma los peligros que esto puede comportar, desde la óptica criminal con delitos como la clonación o la suplantación de identidad, entre otros.

Esta doble cara de las bondades y peligros favorecida por este avance tecnológico se traslada a los colectivos más vulnerables, como pueden ser las personas de edad avanzada y los menores, lo que a juicio del autor hace que el legislador deba protegerlos sin ambages y con todos los medios posibles.

No se descuidan en esta parte los retos jurídicos planteados a raíz de la democratización de las tecnologías cuando se empezó a hablar de «delito informático<sup>1</sup>» o de las acciones delictivas cometidas a través de la informática<sup>2</sup>, que pervierten la utilización de estas tecnologías para vulnerar así el derecho del legítimo titular de bienes jurídicos dignos de protección penal.

Esto conlleva también a una discusión dogmática<sup>3</sup> en la que se plantea el poder hablar de delito informático como término autónomo o de una serie de delitos cuya característica común sería el hecho de haberse cometido por medio del empleo de ordenadores.

Concluye esta parte haciendo énfasis en el hecho de que en el Código Penal no existe una categoría específica de delito informático, y esta carencia produce en el contexto de la ciberdelincuencia una problemática de cada *nomen iuris*.

El segundo bloque dividido en nueve puntos se centra en los elementos del tipo penal y es el más extenso. El primer punto se concentra en el bien jurídico que protege el patrimonio trayendo a colación la doctrina mayoritaria y advierte que el término abarca el ámbito económico-jurídico y no solo el personal, comprendiendo los bienes susceptibles de contenido económico que tengan reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Acertadamente, Abadías Selma señala que

---

<sup>1</sup> RAMOS PORTERO, R., «Los delitos informáticos», en *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 1989, págs.176 y ss.

<sup>2</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M.Á., *Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 302.

<sup>3</sup> ROMEO CASABONA, C., «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», en AA.VV. (Coord. ROMEO CASABONA, C.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 8.

este tipo penal no solo protege el patrimonio, sino también la buena fe o las relaciones de confianza, al tener el engaño como elemento fundamental.

El segundo punto se dedica a la delimitación de las conductas típicas, si bien antes evoca unos trazos históricos sobre el origen de naturaleza imprecisa, para seguidamente incidir en la reforma del CP de 1983, ello recordando también las tesis del Maestro Antón Oneca que establecía los elementos de la acción. Sin ánimo de ser exhaustivo recuerda algunas formas de estafas de las más conocidas en España hasta llegar a la actualidad y esto le sirve para evidenciar que el ordenamiento jurídico español se estableció con base en la delincuencia física.

Es destacable como el autor examina las exigencias de la tipicidad planteando la posibilidad de comisión por omisión a dejar abierto el debate e incidir en que en estas formas actuales el requisito de riesgo de lesión *ex ante* cada vez es más difuso.

Muy acertadamente expone el caso de los pagarés de Nueva Rumasa para tratar el elemento de verosimilitud y su apreciación para el delito de estafa, trayendo a colación la STS 228/204, de 26 de marzo que considera que «el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo».

Asimismo, refiere la evolución legislativa del artículo 248 del CP cuando plantea el debate doctrinal que surgió a raíz del *numerus clausus* que recogía el precepto que implicaba la atipicidad de una serie de conductas.

Descarta con la nueva reforma (donde estas acciones pasan a recogerse en el artículo 249.1) y 249.2)) que la conducta típica deba ser más concreta por los constantes cambios en la esfera tecnológica, pues lo que produciría es en un breve lapso de tiempo su obsolescencia.

Una de las aportaciones más significativas del Dr. Abadías Selma se localiza en este apartado, donde realiza alusiones a la Directiva 2019/713, de 17 de abril y al Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre en donde se expone la necesidad de una regulación conjunta del fraude y de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, por su naturaleza transfronteriza. Sostiene que el legislador ha establecido una fórmula abierta de las distintas modalidades de pago al recoger también las exitosas tarjetas que otorgan los establecimientos comerciales. El autor se refiere a los diferentes *modus operandi*, desde los más rudimentarios hasta los más complejos. Asimismo, reflexiona sobre si se perpetra este tipo delictivo cuan-

do el titular del medio de pago se excede en el límite económico que tiene concedido, sustentándose en la doctrina y en la línea jurisprudencial más actual. Pone de manifiesto la discusión doctrinal sobre si la mala utilización de la tarjeta en perjuicio de la víctima puede considerarse robo con fuerza en las cosas y según algunos autores, entre ellos Vázquez González<sup>4</sup>, interpretan que esta utilización se equipara a una llave física falsa. La controversia ha sido resuelta por la STS 369/2007, de 9 de mayo.

Descarta la forma abusiva del legítimo titular, incluido el falsificar algunos de sus datos o el importe de los cheques. Asimismo, se refiere al uso de las tarjetas virtuales donde la diferencia sustancial es la alta especialización del autor.

Por último, aborda la sustracción, apropiación o forma ilícita recogidas en el artículo 249.2 b) del CP, señalando que este tipo de actuaciones fraudulentas han de estar cubiertas por las entidades que han emitido el medio de pago. En este sentido el autor pone de relieve el gran desconocimiento de la población sobre los derechos que le amparan en estos casos.

En el tercer punto plantea la figura del sujeto activo, en concreto sobre la capacidad del autor para ocasionar el engaño que a su juicio se tendrá que medir con las capacidades de la víctima. Cabe advertir que es común la comisión de este tipo delictivo por organizaciones criminales. En esta parte de la obra realiza un recorrido sobre diferentes figuras como; los *Hackers*, *Influencers*, *Phishing*, *Muleros* e *Insiders* y su abordaje penal.

En el cuarto punto relativo al sujeto pasivo establece que será el que ha sufrido el daño patrimonial como aquel que haya actuado a causa de un error y haya sido engañado, siempre examinando y apreciando factores objetivos y subjetivos.

El autor se refiere a colectivos vulnerables, como el caso de Fórum filatélico y AFINSA aludiendo a la «estafa-masa».

El quinto punto profundiza en el elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, y señala el desacuerdo con algunas teorías que solamente exigen la concurrencia del dolo. Según indica de forma acertada Abadías Selma, cabe la posibilidad del dolo eventual y la imprudencia.

---

<sup>4</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Estafa», en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A. y SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D., *Curso de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 295.

El sexto punto trata de las formas de aparición de este delito, recalcando que puede ser cometido de múltiples formas. El delito de estafa es de resultado material y cabría la tentativa, apreciando nuestros tribunales la tentativa inidónea no punible y la que no es absolutamente idónea. El autor propone un debate doctrinal sobre en qué momento el hecho irrelevante penalmente ofrece un riesgo real que se convierte en típico.

Los concursos se encuentran en el punto séptimo con la controversia generada por la doctrina y la jurisprudencia sobre si se puede apreciar un concurso de normas o un concurso de delitos en relación entre el delito de estafa y la apropiación indebida. También se toma en consideración la consunción entre las falsedades instrumentales y el delito de estafa. Para resolver todas estas cuestiones trae a colación diversos acuerdos jurisprudenciales, sentencias y doctrina además de la modificación del art. 399 bis 4.<sup>a</sup> del CP.

Las consecuencias jurídicas se desarrollan en el punto octavo y noveno donde se dirime si desde la reforma del Código Penal de 2010 pueden ser sanciones no proporcionales en comparación con el delito de robo. De modo que se trata con menor dureza a los delincuentes de cuello blanco bajo el denominado «Derecho penal del amigo». También se pone de relieve la exigua y mala instrucción en la pieza de responsabilidad civil.

El Dr. Abadías Selma pone el broche final al concluir que los cambios producidos en los últimos tiempos afectan directamente a los colectivos más vulnerables con una clara desventaja ante la criminalidad cibernética. Aquí realiza una atinada propuesta señalando que lo principal es la colaboración de las distintas administraciones públicas y las entidades financieras con una serie de medidas.

Como el lector podrá apreciar se trata de una creación jurídica que aborda y resuelve aspectos fundamentales de la nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo, y su implicación va más allá de un caso individual e innegablemente sentará bases jurídicas muy sólidas en la aplicación práctica para el futuro de los diferentes operadores jurídicos.



## NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA DE DERECHO UNED *RDUNED*

La Dirección de la *RDUNED* ha considerado conveniente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de manera uniforme.

1. Los textos se presentarán en formato Word, por una sola cara, con letra Times New Roman de 12 puntos e interlineado de un espacio y medio, debidamente revisados y con el V.º B.º del autor para su publicación definitiva (no admitiéndose más de cuatro modificaciones). Los textos deberán entregarse en lengua castellana.
2. Al inicio del trabajo deberá indicarse el título en castellano e inglés, el nombre del autor o autores y su situación académica o profesional (en el caso de doctorandos se mencionará la Universidad a la que está vinculado).
3. Tendrán una extensión máxima de 20 a 30 folios para ser considerados *ESTUDIOS*, de 7 a 15 folios los destinados a la *SECCIÓN ABIERTA*, y de 2 a 6 folios las *RESEÑAS DE LIBROS*.
4. Los trabajos que se remitan para su publicación en la sección de *ESTUDIOS* o *SECCIÓN ABIERTA* deberán:
  - 4.1. Contar en primer lugar con un resumen de unas 10 o 15 líneas de extensión y con palabras clave (máximo 5) que permitan la identificación del tema u objeto del trabajo, tanto en castellano como en inglés (abstract y key words).
  - 4.2. Contener un SUMARIO, que seguirá las siguientes pautas:
    - I.
    - I. 1.
    - I. 1. A.
    - I. 1. A: a)
    - I. 1. A: a) a')

- 4.3. Finalizar preferiblemente, con unas breves CONCLUSIONES.
5. Los trabajos que se remitan para su publicación en la sección de *RESEÑAS DE LIBROS* deberán seguir el siguiente orden: *Título de libro*, APELLIDOS, Autor N., Editorial, lugar de edición año de publicación.
6. En el caso de utilizarse notas a pie de página se seguirá necesariamente el siguiente orden:
  - 6.1. Para libros: APELLIDOS, Autor N., *Título del libro*, Editorial, lugar de edición año de publicación.
  - 6.2. Para revistas: APELLIDOS, Autor N., «Título del trabajo», *Revista en la que se ha publicado*, número de la revista, año de publicación y, en su caso, páginas en las que aparece la cita.
  - 6.3. Para la abreviatura de página se utilizará pág. o págs., dejándose libertad a los autores para utilizar las abreviaturas actuales o clásicas en relación a las referencias (véase o *vid.*, *ob. cit.* u *op. cit.*, etc.).
7. Los trabajos deberán enviarse, acompañados de una nota con el título del trabajo, el nombre del autor o autores, su situación académica o profesional, NIF, teléfonos de contacto y correo electrónico, a la siguiente dirección electrónica [negociadosesecretaria2@der.uned.es](mailto:negociadosesecretaria2@der.uned.es).
8. El Consejo de Redacción decidirá la publicación o no de los trabajos, previa valoración de los informes emitidos por los evaluadores externos y anónimos.
9. En cualquier caso, los profesores de la Facultad de Derecho de la UNED, así como cualquier otro profesor o investigador de otra Facultad de Derecho de otra Universidad, solo podrá publicar un artículo por número de la Revista. Por otra parte, los profesores de la Facultad solo podrán publicar por número de Revista un artículo de un doctorando suyo que expresamente avalen. El autor cuya obra sea publicada no podrá volver a publicar en los dos números siguientes.
10. La decisión definitivamente adoptada por el Consejo de Redacción se le notificará al autor y, en caso afirmativo, se procederá a informarle el número de la *Revista RDUNED* en

el que se incluirá su trabajo. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original, en especial a la adaptación a las normas de publicación. Los textos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas correcciones.

11. Los textos impresos por la imprenta serán remitidos a sus autores para que cotejen posibles errores formales. Dichos errores, serán corregidos por los autores con el programa Adobe Acrobat 9. El texto modificado se remitirá en el plazo de una semana a la dirección de correo electrónico establecida.
12. El autor o autores ceden a la *RDUNED*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si bien, del contenido de los trabajos responden, exclusivamente, a sus autores.

**Ana L. Mohino Manrique**

Directora de *RDUNED*  
Decana  
Facultad de Derecho (UNED)

**Jordi Gimeno Beviá**

Coordinador de *RDUNED*  
Vicedecano de Investigación  
e Internacionalización  
Facultad de Derecho (UNED)

