

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos



Nº 9 | 2024

ISSN -e: 2660-7964

DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM>

EQUIPO EDITORIAL

CONSEJO DE REDACCIÓN

Directora/editora:

Ana María Rodríguez Tirado

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Directora adjunta/editora:

Isabel Zurita Martín

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales/editoras:

Sección "Estudios"

María de la Paz Martín Castro

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz (España)

Sección "Análisis"

María Josefa Rodríguez Mesa

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

Secciones "Crónicas" y "Recensiones"

María José Cervilla Garzón

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España)

Secretario editorial/editor:

Pablo García Molina

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales:

Juan Antonio Alberca de Castro

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Miguel Carrasco González

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz (España)

Emilia Girón Reguera

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España)

Inmaculada González García

Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Manuel Jesús Rozados Oliva

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (España)

Leticia Cabrera Caro

Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz (España)

Carlos Varela Gil

Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz (España)

Secretaría de redacción:

José Caro Catalán

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Diego Jesús Maldonado Guzmán

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal de la Universidad de Málaga (España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Pedro Jesús Baena Baena

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España)

Vicenzo Barba

Professore Ordinario di Diritto Privato della Sapienza Università di Roma (Italia)

Juan Carlos Campo Moreno

Ex-Ministro de Justicia. Magistrado (España)

Joseph Carby-Hall

Director of International Legal Research en la University of Hull (Reino Unido)

Ana María Carmona Contreras

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España)

Raquel Castillejo Manzanares

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

José Alejandro del Valle Gálvez

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Escribano López

Profesor Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla (España)

Manuel Estrella Ruiz

Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz. Magistrado (España)

Liliana Estupiñán Achury

Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Colombia)

Rocco Favale

Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino (Italia)

Antonio Fernández de Buján y Fernández

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

Javier García Oliva

Professor of Law in University of Manchester (Reino Unido)

Juan Francisco Herrero Perezagua

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España)

Simone Marinai

Professore Associato di Diritto Internazionale dell'Università di Pisa (Italia)

Javier Martínez-Torrón

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Lorenzo Mezzasoma

Professore Ordinario di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Perugia (Italia)

María Luisa Moreno-Torres Herrera

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)

Daniele Negri

Professore Ordinario di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi di Ferrara (Italia)

María del Carmen Núñez Lozano

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva (España)

Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España)

María José Roca Fernández

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

Francesco Sidoti

Professore Emérito di Criminologia e Sociologia nell'Università di L'Aquila (Italia)

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/index>
ISSN-e: 2660-7964
DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM>

Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho
Avda. de la Universidad, 4
11406 Jerez de la Frontera (Cádiz)
revista.rejucrim@uca.es

Editorial 
REVISTAS | Universidad de Cádiz

SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
Presentación.....	9
ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO	
ESTUDIOS	13
Personas de la tercera edad en residencias. Regularización procesal de situaciones de estancia irregular.....	15
JESÚS SÁEZ GONZÁLEZ	
Dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades: la <i>cultura del cumplimiento</i> y el traslado y extensión de la responsabilidad penal en operaciones de M&A.....	53
PEDRO FANJUL GONZÁLEZ	
El lingüista forense: concepto, perfil y aportación procesal de este perito.....	97
CRISTINA CARRETERO GONZÁLEZ	
Aritmética Jurídica e Inteligencia Artificial: sobre la Calculadora 988.....	141
ALFONSO ORTEGA MATESANZ	
Reflexiones críticas sobre la implementación del modelo Barnahus en España. Enfoque jurídico y victimológico.....	205
BEATRIZ MARTÍNEZ PERPIÑÁ	
Perspectiva neurocientífica y genética de la reprochabilidad como fundamento de la culpabilidad.....	249
DANIEL MIGUEL BOLDOVA MARZO	
La exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP.....	293
LUCAS G. MENÉNDEZ CONCA	
El límite de responsabilidad (“límite de indemnización”) del porteador terrestre en el artículo 61.3 de la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías.....	341
ESPERANZA PENDÓN PÉREZ	
ANÁLISIS	385
Patent portfolios and Patent Assertion Entities: antitrust issues and future perspective under the Unified Patent Court.....	387
PIETRO CAPPABIANCA	

Género, salud y prisión: especial referencia a mujeres de etnia gitana.....	409
MARÍA DEL MAR MARTÍN ARAGÓN	
CRÓNICAS	429
Legalidad del requisito de publicación en revista científica previa al depósito de Tesis Doctorales: implicaciones para la educación inclusiva.....	431
PABLO HERRANZ-HERNÁNDEZ	

PRESENTACIÓN

Presentación

El número 9 de la Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos (REJUCRIM), que se publica en formato PDF y XML, se presenta con ocho trabajos de investigación en la Sección de Estudios y dos trabajos en la Sección de Análisis, en los que consta la fecha de recepción y aceptación tras el correspondiente proceso de revisión, y una crónica en la correspondiente Sección. Las disciplinas de procedencia son diversas dentro de los ámbitos científicos objeto de esta revista: Derecho Mercantil, Derecho Procesal y Derecho Penal, Criminología y Psicología. Y las temáticas abordan cuestiones de actualidad tan diversos como el trabajo del lingüista forense, la reprochabilidad desde el análisis neurocientífico y genético, la exclusión de las sociedades pantalla de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o las dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades, los internamientos de personas mayores y su regularización procesal, el funcionamiento del modelo Barnahus, el límite de responsabilidad del porteador en el transporte nacional o el cálculo de la pena en los concursos reales a través de la IA, el uso estratégico de las patentes y el estudio de género sobre la población reclusa femenina.

En la Sección de Estudios, se han incluido siete estudios realizados por las y los siguientes autores:

- Cristina CARRETERO GONZÁLEZ aborda del análisis conceptual, las áreas de trabajo del lingüista forense y la necesidad de una formación específica, y examina las actuaciones que puede realizar este perito a lo largo del proceso civil.
- Daniel Miguel BOLDOVA MARZO analiza la perspectiva neurocientífica y genética de la reprochabilidad como fundamento de la culpabilidad.
- Lucas G. MENÉNDEZ CONCA trata la posible exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas de los arts. 31 bis y ss. CP.
- Jesús SÁEZ GONZÁLEZ se centra en el estudio de las personas de la tercera edad en residencias desde la regularización procesal de situaciones de estancia irregular a partir del procedimiento de apoyo a personas con discapacidad, regulado en los artículos 756, siguientes y concordantes de la LEC, instando o acordando de oficio al mismo tiempo, como medida cautelar, autorización por vía de urgencia para el ingreso de la persona.

Cómo citar este trabajo: RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, "Presentación", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 9-11, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.01>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 9-11

- Beatriz MARTÍNEZ PERPIÑÁ profundiza, desde una perspectiva jurídica y victimológica, en la implementación del modelo Barnahus en España como sistema de intervención y de justicia integral destinado a la infancia y la adolescencia a través de experiencias piloto, identificando los rasgos característicos y los beneficios reportados por el uso de esta clase de sistema, así como posibles problemáticas que podrían entorpecer su proceso de extensión en el contexto nacional.
- Esperanza PENDÓN PÉREZ disecciona el límite de responsabilidad del porteador terrestre en el artículo 61.3 de la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías, que ha dado entrada en el transporte nacional, y el debate doctrinal suscitado sobre el significado de este nuevo régimen de responsabilidad.
- Pedro FANJUL GONZÁLEZ examina las dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades: la cultura del cumplimiento y el traslado y extensión de la responsabilidad penal en operaciones de M&A. Parte de la base de que las personas jurídicas son naturalmente diferentes y susceptibles de adaptarse a nuevas regulaciones debido a la competencia en un mercado económico globalizado y en constante evolución.
- Alfonso ORTEGA MATESANZ acomete el análisis del funcionamiento de la aplicación Calculadora 988 en su aplicación al cálculo de la pena que corresponde cumplir al condenado a partir de la aritmética jurídica y la Inteligencia Artificial en el concurso real de delitos. Asimismo, examina los aspectos más controvertidos que plantea el algoritmo de cálculo.

En la Sección de Análisis, este número incluye dos trabajos, que son los siguientes:

- Pietro CAPPABIANCA, escrito en lengua inglesa, analiza el uso estratégico de las patentes para prolongar ilegalmente el tiempo de protección y, al hacerlo, excluir a los competidores del mercado.
- María del Mar MARTÍN ARAGÓN se circunscribe a analizar las repercusiones del género y la salud en prisión, haciendo especial referencia a mujeres presas de etnia gitana.

Y en la Sección de Crónicas, el Consejo Editorial ha decidido incluir la reflexión efectuada sobre la legalidad del requisito de publicación en revista científica previa al depósito de Tesis Doctorales, en concreto, sus implicaciones para la educación inclusiva, cuya autoría corresponde a Pablo HERRANZ-HERNÁNDEZ.

Desde el Consejo Editorial, queremos agradecer la buena acogida y confianza en esta revista por las y los autores que han remitido sus trabajos, así como el excelente trabajo que realizan las y los revisores, cuyos informes contribuyen a la mejora de la calidad de esta revista. Gracias a tod@s.

El próximo número se publicará en diciembre de 2024. Está abierto el plazo de recepción de los nuevos trabajos hasta el 15 de octubre de 2024 a través de la plataforma de la revista (<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim>).

Jerez de la Frontera, 24 de junio de 2024

Ana María Rodríguez Tirado
Directora de la Revista

ESTUDIOS

Personas de la tercera edad en residencias. Regularización procesal de situaciones de estancia irregular

Elderly people in residential homes. Procedural regularisation of situations of irregular stay

JESÚS SÁEZ GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Cádiz (España)

jesus.saez@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0002-1542-352X>

Resumen: En los casos de ingreso involuntario de personas en residencias o centros de atención social es preceptiva la autorización judicial. La creciente preocupación tanto de Fiscales como de Jueces de Familia a lo largo de los últimos años por el modo en que las personas mayores han sido o se encuentran ingresadas en residencias ha hecho aflorar no pocas situaciones de irregularidad, habiendo detectado numerosos casos en los que se carecía de dicha autorización. Las medidas para solucionar estas situaciones irregulares pasan, *stricto sensu*, por puesta inmediata en libertad de la persona ingresada o por solicitar un procedimiento de *habeas corpus* con el mismo fin. Sin embargo, la aplicación de estos remedios trae en ocasiones como consecuencia la creación de nuevos problemas, pues al ser puestas en libertad, quedan totalmente desamparadas al no encontrar en familiares que puedan –o quieran– hacerse cargo de ellas, o no poder acceder de forma inmediata a servicios asistenciales domiciliarios. La vía procesal por la que se ha optado para evitar esa situación de estancia irregular y de desprotección en caso de ser puestos en libertad, pasa actualmente por iniciar un procedimiento de apoyo a personas con discapacidad, regulado en

Recepción: 29/12/2023

Aceptación: 26/03/2024

Cómo citar este trabajo: SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús, 'Personas de la tercera edad en residencias. Regularización procesal de situaciones de estancia irregular', *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 15-52, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.02>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 15-52

los artículos 756, siguientes y concordantes de la LEC, instando o acordando de oficio al mismo tiempo, como medida cautelar, autorización por vía de urgencia para el ingreso de la persona. En este trabajo se analiza la idoneidad de tal solución, al tiempo que se reflexiona sobre la posibilidad de aplicar otras medidas más acordes con las instituciones procesales.

Abstract: *In cases of involuntary admission of people to residences or social care centres, judicial uthorization is required. The growing concern of both Prosecutors and Family Judges over the last few years regarding the way in which elderly people have been or are being admitted to residences has brought to light many situations of irregularity, with numerous cases having been detected in which said uthorization was lacking. The measures to resolve these irregular situations involve, stricto sensu, the immediate release of the person admitted or the application for habeas corpus proceedings for the same purpose. However, the application of these remedies sometimes results in the creation of new problems, as when they are released, they are left totally helpless as they cannot find family members who can –or want to– take care of them, or they cannot immediately access home care services. The procedural route that has been chosen to avoid this situation of irregular stay and lack of protection in the event of release, currently involves initiating a support procedure for persons with disabilities, regulated in articles 756 and following and concordant articles of the LEC, requesting or agreeing ex officio at the same time, as a precautionary measure, emergency uthorization for the person’s admission. This paper analyses the suitability of such a solution, while reflecting on the possibility of applying other measures more in line with the procedural institutions.*

Palabras clave: tercera edad, ingresos involuntarios, centros asistenciales, situaciones irregulares.

Keywords: *elderly people, involuntary admissions, care homes, irregular situations.*

Sumario: 1. CONTEXTO Y OBJETO DEL ESTUDIO. 2. INGRESO Y ESTANCIAS IRREGULARES EN RESIDENCIAS. 2.1. Sobre el marco normativo de los internamientos. 2.2. Diferencias entre el ingreso en residencias y las medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. 2.3. Autonomía de los procedimientos regulados en el artículo 763 y el procedimiento del artículo 756 de la LEC. 2.4. Los internamientos como medida cautelar del artículo 762 de la LEC. 3. OPCIONES. 3.1. ¿Medidas cautelares en los procedimientos de autorización del artículo 763 de la LEC? 3.2. Causas de urgencia en los procedimientos de ratificación de ingresos en residencias. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA. 6. JURISPRUDENCIA.

1. CONTEXTO Y OBJETO DEL ESTUDIO

Estas páginas versan sobre el problema que se plantea en algunos supuestos de estancia de personas mayores en residencias. En una proporción importante de esas estancias, las personas aceptan voluntariamente su ingreso y permanencia en tales centros. En los mismos reciben los cuidados, atenciones y servicios que en otros

supuestos serían provistos por ellos mismos o por su entorno familiar. Necesidades tales como la alimentación, el aseo, la supervisión médica o un hogar en el que residir son provistas por las residencias a quienes viven en ellas.

Una parte importante de los ingresos y de las estancias en residencias se realizan con la conformidad de la persona que mora en las mismas¹. Pero igualmente existen supuestos en los que el ingreso y la estancia se producen sin contar con su anuencia. Se trata, habitualmente, de personas que se encuentran en situaciones de demencia senil y que carecen de voluntad o que apenas son capaces de discernir lo que les conviene. Al estado mental de las personas se añaden otras causas, como son las circunstancias que rodean su entorno. Hablamos de casos en los que las personas que podrían asistir a quienes lo precisan no pueden hacerlo o no están dispuestas a ello aun pudiendo hacerlo. Para estos casos en los que la persona carece de voluntad o de conocimiento suficiente para poder evaluar su situación y poder adoptar una decisión con respecto a la posibilidad de ser atendida en una residencia la ley prevé que tanto el ingreso como la estancia sean sometidas a control judicial. La razón de ello está ligada al hecho esencial del régimen de internamiento que puede sufrir la persona en estos casos. Las personas que libre y voluntariamente ingresan en residencias pueden, cuando lo deseen, abandonar las mismas libremente, no así quienes son ingresadas de forma involuntaria. Esencialmente, es precisamente la limitación de sus capacidades cognitivas lo que en estos casos exige que el cuidado de la persona pase por una supervisión que no puede realizarse fuera del centro en el que se halle. Los riesgos que conllevarían para la persona un régimen de libertad, incluso para su propia vida, es lo que motiva que no puedan abandonar las instalaciones del centro en el que se hallen si no es debidamente acompañadas por otras personas, ya pertenezca al centro, ya se trate de sus propios familiares o allegados.

Entre los diversos intereses y derechos de estas personas a los que prestan su atención las leyes el del respeto al derecho fundamental a la libertad es uno de ellos. Esa y no otra es la razón de ser de los procedimientos que establece el artículo 763 y demás concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Inicialmente previsto como un artículo pensado para los internamientos en centros relacionados con la salud mental, su ámbito protector ha rebasado los límites de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico para amparar, igualmente, los internamientos en residencias, sea cual fuere el motivo del ingreso, cuando se realicen de forma involuntaria².

1 El informe publicado por el IMSERSO, perteneciente al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, sobre “Servicios Sociales Dirigidos A Las Personas Mayores” (a 31 de diciembre de 2021) ofrece en su página 40, salvo error de interpretación, la cifra de 265.549 personas mayores de sesenta y cinco años usuarias de residencias. Llama la atención el número de personas que superan los ochenta años ingresadas: 189.809. https://imserso.es/documents/20123/2794117/inf_ssppm-mesp2021.pdf/8f175b2f-016d-17e2-bbb1-ca46141ea095 (Último acceso, 03.10.2023).

2 Los internamientos involuntarios vienen regulados, además de en el artículo 763 de la LEC en los artículos 748 y siguientes de la misma ley. En ellos se establecen una serie de “Disposiciones generales” que son de aplicación también a estos procedimientos. Aspectos como la intervención del Ministerio

Que los internamientos en residencias están amparados por las garantías procesales que vienen recogidas en el artículo 763 de la LEC no admiten la menor duda. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) tiene declarado que los ingresos involuntarios en residencias entran dentro del más amplio concepto de internamientos involuntarios, internamientos que, en estos supuestos, limitan el derecho a la libertad recogido en el artículo 5.1.e) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en adelante CEDH). En estos casos el TEDH exige, de un lado, la existencia de una regulación en la que se establezca de manera clara y precisa cuáles son los trámites y las garantías que han de ser observados. De otro lado, se han de observar los criterios que en una dilatada jurisprudencia ha establecido el propio TEDH en más de ochenta sentencias. Conforme al modo de expresarse la jurisprudencia del TEDH, cuando el internamiento se realiza respetando unos y otras se considera “regular”, y en caso de no hacerlo “irregular” o no conforme con la ley nacional o con el Convenio, según la interpretación que el TEDH realiza de este último³.

Público en estos procedimientos, la representación y defensa de las partes, la indisponibilidad del objeto del proceso o la prueba son materias reguladas en estos artículos y que son igualmente de aplicación a los procedimientos recogidos en el artículo 763.

3 Tal vez sea la sentencia dictada en el caso K.C. contra POLONIA, la que de forma más clara y directa trata el tema del internamiento de una persona en una residencia de tipo asistencial, aunque no es la única. En su § 69 se lee:

“En cuanto al segundo criterio, a saber, la necesidad de justificar el internamiento por la gravedad del trastorno, el Tribunal está dispuesto a aceptar que en la fase inicial del internamiento de la demandante los tribunales nacionales tenían motivos razonables para creer que el internamiento de la demandante en una residencia de atención social garantizaría su cuidado de forma permanente. Es cierto que ninguno de los dictámenes psiquiátricos elaborados en el caso de la demandante mencionaba que la demandante supusiera una amenaza directa para la vida o la salud de ella misma o de terceras personas. El dictamen de 8 de mayo de 2008 sólo menciona un riesgo indirecto para la vida de la demandante derivado de su incumplimiento de los principios básicos de higiene, así como de su lugar de residencia y de su alimentación (véase párrafo 11 supra). En el dictamen de 6 de abril de 2009, elaborado después del internamiento de la demandante en la residencia, el psiquiatra no consideró necesario que la demandante fuera ingresada y tratada en un hospital. Asimismo, no existía ningún peligro directo para la salud o la vida de la demandante o de un tercero (véase el apartado 25). Sin embargo, se comprobó que la demandante se había descuidado a sí misma y su apartamento y que no observaba los principios básicos de higiene y alimentación. También se confirmó que necesitaba cuidados constantes para poder funcionar con normalidad. En su decisión de 19 de junio de 2008 el Tribunal de Distrito subrayó la necesidad de proporcionar a la demandante una asistencia permanente, cuya falta suponía un peligro para su vida. Tras examinar las circunstancias del caso, el Tribunal de Distrito consideró que no había miembros de la familia o terceras personas que pudieran hacerse cargo de la demandante de forma permanente. En particular, la hija de la demandante se negó expresamente a hacerlo. Además, la asistencia de los empleados de la asistencia social, que por su naturaleza se presta de forma temporal, no había sido suficiente para garantizar las necesidades básicas de la demandante (véase el apartado 11 supra). El Tribunal de Distrito concluyó que el internamiento de la demandante en un hogar de asistencia social era la única solución para garantizar los cuidados y la asistencia necesarios. Teniendo en cuenta el estado de salud de la demandante y todas las circunstancias abordadas por los tribunales en el momento del ingreso de la demandante en el hogar de asistencia social, el Tribunal acepta que la decisión del tribunal nacional de internar a la demandante en un centro de asistencia social estaba debidamente justificada por la gravedad del trastorno”.

En el mismo sentido CERVENKA contra la REPÚBLICA CHECA (13.10.2016), en cuyo § 102 leemos: “El Tribunal señala que ya ha tenido ocasión de examinar el internamiento de personas incapacitadas mentalmente en residencias sociales, y que se trata de una privación de libertad en el sentido del artículo 5 § 1 del Convenio (véase Stanev contra Bulgaria [GC], n.º 36760/06, § 132, TEDH 2012;

Nuestro TC, por otra parte, considera igualmente que el ingreso involuntario en residencias es uno de los supuestos en los que ha de ser observado lo prescrito en el artículo 763 y demás concordantes⁴. Así, en el párrafo cuarto del FJ 3 de su sentencia número 132/2016 (18.07.2016), se afirma que “nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el ‘centro’ al que se refiere el art. 763.1 LEC”. Nótese en el párrafo completo que se cita a pie de página, cómo en la fecha en que se dicta la sentencia los procesos de internamientos se encuentran aún ligados a los procesos de incapacitación, estos últimos según la terminología del momento. Es este un punto sobre el que habrá que volver más adelante, si quiera sea sucintamente. Ahora lo que queda señalado es que los internamientos involuntarios en residencias quedan al amparo del artículo 763 de la LEC.

Básicamente, se considera que el internamiento es “regular”, o legal, cuando el internamiento involuntario ha sido autorizado o ratificado por el juzgado competente. En el primer caso, autorización, el ingreso se produce tras el procedimiento correspondiente; en el segundo, ratificación, el internamiento se produce en primer lugar por motivos urgentes, siendo ratificado, o no, por la decisión judicial posterior. Para acordar la autorización o la ratificación, el artículo 763 establece dos cauces procedimentales diferenciados, muy simples, pero suficientes, que constituyen sendos procedimientos declarativos especiales. Constando la autorización o la ratificación judicial⁵, podemos decir que el ingreso y la estancia es regular, no constando ni la primera ni la segunda, el ingreso y la estancia con carácter involuntario es irregular o ilegal, una situación en la que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad.

Llegados a este punto en el que nos encontramos y tomando como punto de partida el hecho de que un ingreso y una estancia irregulares, o ilegales, violan el derecho fundamental a la libertad, el siguiente paso es afirmar que existen, al menos, dos medios para poder solucionar estas situaciones de forma rápida (“procedimentalmente” rápida); ambos medios vienen reconocidos por la jurisprudencia del TC. El primero de ellos es algo tan simple como acordar la inmediata puesta en libertad de la persona, el segundo es el procedimiento de *habeas corpus*. Sobre el primero

Shtukaturon contra Rusia, n.º 44009/05, §§ 104-10, 27 de marzo de 2008; D.D. contra Lituania, n.º 13469/06, § 152, 14 de febrero de 2012; y Šýkora contra la República Checa, n.º 23419/07, § 47, 22 de noviembre de 2012”.

4 “Abordaremos, en consecuencia, la cuestión que se plantea en el presente recurso de amparo a la luz de la doctrina sentada en la citada STC 34/2016, no sin antes recordar que, como ya dijimos en la también citada STC 13/2016, FJ 3 (y reiterado en la misma STC 34/2016, FJ 5), ‘nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el ‘centro’ al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico’ a las que alude la propia STC 13/2016, FJ 3 (‘si el centro dispone de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento, y si el centro cuenta con los equipos y recursos materiales ... que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise’).”

5 El procedimiento se mantiene vivo mientras la persona esté ingresada en la residencia.

de ellos, la puesta en libertad o la imposibilidad de mantener el confinamiento, se expresa nuestro Constitucional del siguiente modo:

Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración [del plazo de setenta y dos horas] no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. (...) Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente. Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE⁶.”

Y en cuanto a la posibilidad de utilizar el procedimiento de *habeas corpus* en su sentencia número 141/2012, de 2 de julio, establece lo siguiente:

“En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de *habeas corpus* por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento ex art. 1 b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (‘Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar’)⁷.”

“...en esta materia de internamiento involuntario civil hemos dejado abierta la puerta, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, para poder acudir al procedimiento de *habeas corpus* ante el Juez de instrucción competente en procura de la necesaria tutela de la libertad (STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 3)⁸.”

Los anteriores pronunciamientos están relacionados con procedimientos de ratificación, es decir, con situaciones en las que las personas han sido ingresadas por motivos urgentes. En estos casos la LEC prevé unos plazos muy breves de veinticuatro horas para que la dirección del centro en el que ha sido ingresada la persona comunique el ingreso al Juzgado y de setenta y dos horas para que este ratifique el internamiento. Excedidos esos plazos sin que se haya producido la notificación del ingreso al Juzgado o su ratificación por este la persona se encuentra en una situación de privación ilegal de libertad. La solución en estos casos pasa, según lo dicho, bien por poner en libertad a la persona de forma inmediata, bien por iniciar un procedimiento de *habeas corpus* con la misma finalidad. Sin embargo, existen situaciones en las que la aplicación de estas soluciones a rajatabla crean situaciones nada deseables.

6 FJ 6 c), párrafo segundo.

7 FJ 5 c), último párrafo.

8 FJ 6 c), último párrafo.

Pensemos en el caso de una persona que precisa ser atendida en sus necesidades básicas y que es ingresada por sus familiares o por las personas con las que convivía ante la imposibilidad material de asistirle. Son situaciones de personas que dependen de unos familiares que no pueden hacerse cargo de la persona por razones económicas, de trabajo, o por causas personales, como puede ser el padecimiento de una enfermedad. Cabe sencillamente que la causa sea otra: la negativa de los familiares y allegados a convivir con la persona mayor, con independencia de los motivos que han ejemplificado la causa anterior. En ambos casos el resultado es el mismo: el ingreso de la persona en una residencia, ingreso que bien puede realizarse simplemente trasladando a la persona a un centro asistencial. Será el visto bueno de la propia persona ingresada y el régimen que rija durante su estancia los que determinen si ingreso y estancia son voluntarios o no lo son. Cuando el ingreso resulta ser involuntario, sobre todo teniendo en cuenta el régimen de “puerta cerrada” que lo rija, procederá por parte de la dirección del centro comunicarlo al Juzgado, dando así comienzo a los trámites para internamientos urgentes del artículo 763 de la LEC. Pues bien, como decimos, en ocasiones se producen situaciones que crean un auténtico problema de carácter asistencial. No proceder conforme a lo previsto en la ley supone privar de libertad a una persona de forma ilegal. Ante tal situación, si se aplica estrictamente la ley y lo establecido en la jurisprudencia constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que procedería sería poner a esa persona en libertad, bien por decisión propia de la dirección del centro en el que la persona ha ingresado, bien como resultado de un procedimiento de *habeas corpus*. En estos casos, poner en libertad a la persona ingresada irregularmente puede suponer, y de hecho supone, dejarla en la calle totalmente desamparada.

Son las situaciones de estancia irregular en residencias y el desamparo que produciría su puesta en libertad, así como las soluciones que se aplican en la práctica siguiendo la jurisprudencia establecida por varias sentencias de nuestro TC las que llaman nuestra atención. De hecho, también han provocado varios pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional. La posición del TC nos interesa no tanto en la medida en que se refiere a casos concretos sobre los que se ha pronunciado, cuanto por las soluciones que ofrece nuestro tribunal de garantías constitucionales para solucionar situaciones de irregularidad de quienes ya se encuentran ingresados por carecer de la ratificación judicial necesaria. A ello es a lo que dedicamos las páginas que siguen.

2. INGRESO Y ESTANCIA IRREGULARES EN RESIDENCIAS

Una vez que queda expuesto que los ingresos y estancias en residencias, cuando se efectúan en contra o en ausencia de la voluntad de la persona, forman parte de los supuestos amparados por el artículo 763 de la LEC, podemos adentrarnos en las situaciones que reclaman nuestra atención. Lo hacemos de la mano de dos sentencias del Tribunal Constitucional, ya que, a falta de acceso a las actuaciones en concreto,

ambas sentencias nos ofrecen información suficiente para delimitar los hechos que conforman la situación de irregularidad, así como de las soluciones que se ofrecen, primero por la Audiencia Provincial que conoce del recurso y, después, por el mismo TC. Conviene no perder de vista algo muy importante, que las soluciones *establecidas* por el TC son las que en la práctica se aplican para solucionar las situaciones de irregularidad que comentamos. De este modo, lo que nos mueve en este trabajo no es el estudio de las sentencias, sino el hecho de que lo que ocurre en la práctica, que se apoya en lo establecido en ellas.

Las sentencias que se mencionan son la número 34/2016, de 8 de abril de 2016 y la número 132/2016, de 18 de julio de 2016. Ambas sentencias se refieren a casos muy semejantes, por no decir iguales. Dado que la segunda de las sentencias acude reiteradamente a argumentos recogidos en la primera de ellas y que se pronuncia un fallo con los mismos pronunciamientos, realizaremos nuestra excursión investigadora de este problema siguiendo lo expresado en la segunda de las sentencias, toda vez que, al hacerlo, reiteramos lo contenido en la primera. Merece la pena detenernos en la información que nos brinda la sentencia ya que nos sirve para describir la situación de irregularidad que comentamos.

La Sra. C. C. H. es ingresada por vía de urgencia en una residencia para personas mayores. Se insta a continuación el procedimiento previsto para los casos urgentes recogido en el artículo 763 de la LEC. Los motivos de su internamiento son los siguientes⁹:

“... la interesada, como ‘consecuencia de su falta de capacidad, no puede manifestar por sí misma su voluntad de ingreso y permanencia en este centro’. (...) C. C. H. se encuentra ingresada en la residencia desde el día anterior a iniciativa de su nieta, quien ha realizado los trámites pertinentes; considera conveniente su permanencia allí porque ‘debido al estado de dependencia actual, doña C. C. H. requiere una total atención para realizar las actividades más básicas de la vida diaria, siendo el recurso más adecuado un centro sociosanitario’.”

En un informe médico que se adjunta a la solicitud de ratificación del internamiento, la facultativa que lo extiende hace constar que C. C. H. tiene diagnosticadas las siguientes patologías:

“‘arritmia cardíaca’, demencia senil (simple o complicada) e incontinencia urinaria’; (...) en el momento del ingreso en la residencia la paciente ‘evidencia claros síntomas de deterioro cognitivo y una manifiesta incapacidad para la toma de decisiones. Presenta una dependencia absoluta para las actividades básicas de la vida diaria. Es imprescindible que se le preste atención, cuidados y supervisión las 24 horas del día’.”

El ingreso es comunicado al Juzgado, el cual incoa el correspondiente procedimiento y dicta un auto acordando no admitir a trámite la solicitud de ratificación

9 Antecedente 2 a).

del internamiento producido. Considera el Juzgado que no se dan los requisitos previstos en el 763 de la LEC ni la doctrina constitucional al efecto (citando la STC 141/2012), por no tener el carácter urgente que exige el citado precepto legal¹⁰. Hay que subrayar que el Juzgado llega a dicha conclusión solo sobre la base de la documentación aportada. No hay ningún tipo de actuación procesal directa con C. C. H., ni siquiera reconocimiento judicial, pese a que en el informe médico se dice que

“presenta una dependencia absoluta para las actividades básicas de la vida diaria. Es imprescindible que se le preste atención, cuidados y supervisión las 24 horas del día.”

Notificada la resolución en la que no se acuerda ratificar el internamiento de C. C. H. a la Fiscalía, esta insta la incoación de un procedimiento por la vía establecida en el artículo 763 para supuestos no urgentes, siguiendo lo dispuesto en el auto del Juzgado por el que se rechaza ratificar el internamiento. El Fiscal solicita en su escrito que se regularice la situación y autorice su ingreso en una residencia¹¹.

Turnada la petición, la magistrada vuelve a caer en el mismo Juzgado que rechazó ratificar el internamiento. Este dicta un nuevo auto en el que tampoco admite lo nuevamente solicitado. Motiva su decisión en el hecho de que la situación en la que se encuentra la señora C. C. H. no tiene encaje en el artículo 763, ya que, según la propia documentación aportada por la Fiscalía, la señora llevaba ya ingresada en la residencia un mes y el procedimiento para casos no urgentes se debe plantear antes del ingreso, no después. Entiende la magistrada que tampoco puede utilizarse el 763 para regularizar la situación en la que se encuentra C. C. H. El procedimiento ordinario de internamiento (el no urgente) sólo se puede instar antes de proceder al internamiento, cuando la persona aún no ha sido internada. Autorizar en tal situación el internamiento implicaría, según el auto, dar cobertura a una situación que no la tiene¹².

La situación en la que se encuentra la señora es la de un auténtico “limbo jurídico”. Se rechazó ratificar el internamiento por la vía urgente, se rechazó igualmente autorizar el internamiento por vía no urgente puesto que la señora ya estaba ingresada y esta opción solo es aplicable cuando la persona aún no ha sido internada; pero la señora seguía estando ingresada, y lo estaba sin la preceptiva autorización judicial. Lo procedente habría sido ponerla en libertad, pero ello habría creado una situación de absoluta desprotección para la señora. Recordemos al efecto el estado en el que se encontraba la señora y las circunstancias que la rodeaban. Este aspecto de la desprotección es fundamental para comprender los posicionamientos de los tribunales que conocen de los recursos posteriores que fueron interpuestos por el Ministerio Fiscal.

¹⁰ Antecedente 2 b).

¹¹ *Ibidem*.

¹² Antecedente 2 d).

Recurrida la resolución ante la Audiencia Provincial, esta emite auto en el que, en primer lugar, ratifica el dictado por el Juzgado de Primera Instancia al entender que el procedimiento del artículo 763 en supuestos no urgentes no es aplicable al caso porque dicho procedimiento “solo está previsto para el supuesto de que la autorización sea ‘previa al procedimiento’”. En segundo lugar, manifiesta que no puede utilizarse esta vía para regularizar la situación en la que se encuentra la señora C. C. H., ratificando el resto de los argumentos expuestos por el Juzgado de Primera Instancia en su resolución¹³. Finalmente, como solución al problema entiende que el Fiscal debería haber instado las medidas cautelares del art. 762 LEC, subrayando que:

“... hay que tener en cuenta que se trata de medidas solo posibles cuando se aprecie en la persona una posible causa de incapacitación, por lo que, aunque sea en fase posterior, debería iniciarse un proceso de incapacitación para la adecuada y definitiva protección de los intereses del presunto incapaz¹⁴.”

En definitiva, conforme a lo establecido por la Audiencia Provincial lo que debería hacer el Ministerio Fiscal, previa puesta en libertad de la persona, sería solicitar como medida cautelar el ingreso de la señora y, “aunque sea en fase posterior, debería iniciarse un proceso de incapacitación”, procedimiento del que la Audiencia Provincial entiende el ingreso sería una de las medidas previstas en el 762 de la LEC. Y ello a pesar de que el Ministerio Fiscal, al presentar su escrito instando el internamiento de C. C. H. por la vía no urgente del 763 manifestó que:

“Por otra parte, destaca que de la información facilitada por el centro sociosanitario en que la paciente está ingresada no se aprecia que se encuentre en una situación de desprotección que justifique la interposición de la correspondiente demanda de determinación de la incapacidad¹⁵.”

Está claro que es más que dudoso que pudiera acordarse el internamiento como medida cautelar en situaciones como las que comentamos en las que “no se aprecia que se encuentre en una situación de desprotección que justifique la interposición de la correspondiente demanda de determinación de la incapacidad”.

Llegado el tema al Tribunal Constitucional, este opta por la posición expresada en su resolución por la Audiencia Provincial, de modo que, entiende que en estos casos el modo de regularizar estas situaciones de irregularidad es iniciar a toda prisa un procedimiento para la –en el lenguaje actual– declaración judicial de medidas de apoyo a la capacidad de la persona (que en este caso no son precisas) y, al mismo tiempo, solicitar como medida cautelar del 762 de la LEC el internamiento urgente de la persona¹⁶.

13 Antecedente 2 e).

14 Último párrafo de la letra e) del Antecedente 2.

15 Párrafo segundo del Antecedente 2 c).

16 Dice el TC:

“Por lo que se refiere a la posibilidad de “regularización” de situaciones consumadas de internamientos

2.1. Sobre el marco normativo de los internamientos

La posición que establecen tanto la Audiencia Provincial como, sobre todo, el TC, cuya doctrina es la que nos interesa por ser la que se aplica en la práctica en los supuestos de ingreso y estancia irregulares, no puede entenderse sin tener en cuenta, de un lado, que la legislación en la que se basa se encuentra derogada en la actualidad y, de otro, la perspectiva actual de la razón de ser de los procedimientos regulados en los artículos 756 y siguientes de la LEC y en el artículo 763 de la misma ley. Es preciso repasar, si quiera sea brevemente, la evolución que ha tenido el tratamiento legal de los procesos de internamiento en nuestro país y poner de relieve las perversiones jurídicas que en el sistema se introdujeron con la mejor de las intenciones hace ahora cuarenta años. No se puede perder de vista este aspecto a la hora de reflexionar sobre el modo de solucionar las situaciones de irregularidad hoy día.

Tras la muy desafortunada para los internamientos psiquiátricos, aunque muy bien intencionada, reforma de los artículos que regulaban la entonces capacidad de las personas en el Código civil en 1983, todo el orden anterior sobre internamientos vino a trastocarse para bien y para mal. La reforma de 1983 trajo la derogación de toda la normativa existente sobre esta materia hasta aquel momento. Dicha normativa, un Decreto de julio de 1931, regulaba todos los aspectos, procedimentales y no procedimentales, relacionados con los internamientos psiquiátricos. Pese a que en su momento se trató de una regulación muy avanzada, pronto empezó a quedar

de personas por trastornos psíquicos, en contra de su voluntad o sin contar con ella porque el afectado no es consciente de la realidad que le rodea o está impedido para comunicarse y expresar su parecer, la STC 34/2016, FJ 4, tras recordar la doctrina sentada por este Tribunal acerca de la exigencia de control judicial en este ámbito –en la STC 141/2012, de 2 de julio, con cita a su vez de la anterior STC 129/1999, de 1 de julio–, razona que se sigue de esta doctrina ‘que, con la excepción de que se cumplan los requisitos y garantías que permiten llevar a cabo un internamiento involuntario urgente directamente por el centro médico o asistencial (con los controles legales y judiciales que le son inherentes), resultará imprescindible que la medida se acuerde previamente por el Juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad. En este segundo caso, el internamiento no urgente podrá solicitarse por los trámites del art. 763 LEC y sin el condicionante de las 72 horas para que el Juez resuelva, siempre que la adopción de dicha medida constituya el objeto exclusivo de tutela que se pretende en favor del afectado. Por el contrario, si existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad, deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC’”. Dicho lo cual, continúa en el párrafo séptimo del FJ 5 del siguiente modo:

“Llegados a este punto, el Ministerio Fiscal viene a sostener que cualquier otra respuesta jurisdiccional que no sea admitir la vía del internamiento urgente del art. 763.1 LEC equivale a una falta de control judicial y a sumir a doña C. C. H. en un “limbo jurídico”. La Audiencia Provincial, en cambio, lo que entiende en su Auto por el que desestima la apelación del Fiscal, es que el control judicial sí es posible, pero debe efectuarse a través de un procedimiento de incapacitación (arts. 756 y ss. LEC); sin perjuicio de que el Fiscal pueda instar las medidas cautelares del art. 762 LEC, iniciando a continuación un proceso de incapacitación para la adecuada y definitiva protección de los intereses del presunto incapaz.”

desfasada. Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 era evidente que el legislador tendría que ocuparse pronto del tema, sobre todo teniendo en cuenta que la autorización de los internamientos forzosos venía atribuida a las autoridades gubernativas, cosa incompatible con las exigencias del nuevo texto constitucional que exigía para tal fin la intervención judicial, toda vez que el internamiento involuntario venía a limitar un derecho fundamental recogido en la Constitución.

El cambio legislativo vino de la mano de una modificación del Código civil, una modificación que no tenía por finalidad regular el tema de los internamientos, sino poner al día la normativa relativa a la capacidad de las personas. Aprovechando la reforma civil se derogó, así, de paso, la normativa anterior sobre internamientos. La reforma trajo algo muy loable. A partir de 1983 los internamientos no voluntarios tendrían que ser autorizados por un órgano judicial. El paso dado adelante es innegable. Pero trajo también algo perverso. Desde 1983 solo quedaron regulados los internamientos de los presuntos incapaces, quedando huérfanos de toda regulación el resto de los internamientos que no tuvieran relación con las actuaciones vinculadas a la capacidad de las personas. Lo que fue aún peor: en primer lugar, todos los internamientos pasaron a ser tramitados siguiendo lo dispuesto en el Código civil, tanto si eran de presuntos incapaces como si no lo eran; y, en segundo lugar, internamiento e incapacitación se entremezclaron conceptualmente de tal modo que llegó a asumirse que todo internado debía ser incapacitado o, incluso, que para proceder a la incapacitación de una persona debía ser previamente internada¹⁷.

17 Sin duda alguna, esa era la conclusión a la que llevaba la aplicación de los artículos 211 y 203 del Código civil vigentes en aquel momento. El tenor de los dos primeros párrafos del artículo 211 era el siguiente:

“Artículo 211.

El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.”

Y el tenor del artículo 203 el que se cita a continuación:

“Artículo 203.

El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración [de incapacitación] si las personas mencionadas en el artículo anterior [familiares] no existen o no lo hubieran solicitado. A este fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El Juez competente, en los mismos casos, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias, y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien deberá solicitar del Juez lo que proceda, dentro del plazo de quince días”.

No habría habido nada que objetar a los dos artículos anteriores si la persona objeto de internamiento se tratara de alguien que, siguiendo la terminología del momento, precisara ser incapacitada. Los problemas surgieron cuando las personas que necesitaban ser internadas para ser tratadas médicamente no necesitaban ser igualmente declaradas incapaces, es decir, cuando el internado no era un “presunto incapaz”. Obviamente, en estos casos las familias no procederían a iniciar un procedimiento de incapacitación. Pensemos en personas que son internadas para ser tratadas por trastornos

A medida que ha ido pasando el tiempo la *confusión* entre ambas figuras, esto es: la fusión entre ambas, se ha ido desvaneciendo. Al margen de la influencia que ha ejercido el TEDH no solo en nuestro sistema, sino en el de tantas otras legislaciones nacionales a partir de la conocida sentencia dictada en el caso WINTERWERP contra los PAÍSES BAJOS, y la doctrina subsiguiente que fue elaborando nuestro TC, hay que señalar como muy importante el paso dado por la Ley Orgánica 1/1996¹⁸, que modificó el tenor del 211 CC. A partir de la entrada en vigor de la citada Orgánica, la regulación sobre internamientos involuntarios pasó a referirse a personas que no estuvieran en condiciones de decidirlo por sí, aunque estuvieran sometidas a la patria potestad¹⁹. Quedaron, pues, bajo la regulación del 211 no solo los internamientos de presuntos incapaces, sino los de cualquier persona precisada de esta medida. Pero, sobre todo, fue la promulgación de la Ley de enjuiciamiento civil, del año 2000, que derogó los artículos 202 a 212, inclusive, del Código civil y creó dos procedimientos de internamiento involuntario, la que vino a dar soporte a un nuevo enfoque sobre la autorización de los internamientos²⁰. Estas dos leyes casi han terminado por deslindar normativamente los límites de las medidas aplicables a la capacidad de las personas y a los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, aunque esa conexión entre capacidad y trastorno psíquico no ha dejado de estar presente en las mentes tanto de expertos y como de legos en Derecho.

La actual normativa nos permite hoy trazar una línea divisoria muy clara entre las situaciones que requieren un apoyo a la capacidad de la persona y las que demandan su internamiento por razón de trastorno psíquico, reconociendo la entidad propia que cada figura tiene y que podríamos esquematizar, brevemente, del siguiente modo:

1. Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico constituyen un medio que la Psiquiatría aún sigue utilizando con la finalidad de poder hacer efectivos determinados tratamientos médicos; en cambio, “Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el

alimenticios (anorexia) que conservan el pleno uso de sus facultades mentales. En tales situaciones podían darse dos situaciones, a cuál más llamativa. La primera sería que el Ministerio Fiscal no instaría un procedimiento de incapacitación. En tal caso incumpliría lo ordenado en el artículo 203. La segunda implicaría que el Ministerio Fiscal instaría un procedimiento de incapacitación, cumpliendo con lo ordenado en el artículo 203, se desarrollaría en todas sus fases y, finalmente, concluiría con un pronunciamiento del Juez en el sentido de no haber lugar a la declaración de incapacitación.

18 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

19 El tenor del artículo 211, de acuerdo con la reforma de 1983, comenzaba del siguiente modo: “El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial”. Tras la reforma de 1996 el citado artículo, desaparece la expresión “presunto incapaz”, comenzando así: “El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial.”

20 Véase la Disposición Derogatoria Única 2, 1.º, de la LEC del año 2000.

desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad²¹.”

2. Los internamientos son un medio que permite el uso de ciertas terapias. Las medidas de apoyo a personas con discapacidad permiten habilitar los medios necesarios para que puedan ser tomadas decisiones que afecten a sus personas o su patrimonio; tales medidas se materializan en instituciones como la guarda de hecho, la curatela, la defensoría judicial o las que voluntariamente sean establecidas con el fin de poder tomar las decisiones que la persona no pueda adoptar, dadas sus circunstancias personales.

3. El internamiento no voluntario produce como efecto la privación de libertad de la persona, una lesión en un derecho fundamental al limitar el derecho recogido en el artículo 17.1 de la CE. De ahí la necesidad de que su legalidad dependa de la autorización y del control judicial de la medida. No sucede tal cosa con las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. No hay medidas de apoyo a la personalidad jurídica que consistan en privar de libertad a la persona.

4. Es evidente que hay personas que viven en libertad, que no requieren ser internadas, a pesar de tener asignadas medidas de apoyo, y personas internadas que no por ello precisan ser provistas de medidas de apoyo a su capacidad.

5. Procesalmente, medidas de apoyo e internamientos forzosos por trastorno psíquico constituyen pretensiones y delimitan objetos procesales diferentes. Las respuestas que se obtienen de los tribunales de justicia también difieren.

6. El Derecho procesal civil ofrece instrumentos suficientes para acumular pretensiones o procesos con objetos procesales diferentes en los casos en los que supone una ventaja procedimental. La acumulación de pretensiones o de procesos resuelve el problema de tramitar conjuntamente un proceso de internamiento forzoso y un proceso para acordar medidas de apoyo a la personalidad, cuando la persona en cuestión precisa unas u otras.

7. Hoy día ya es criterio generalmente admitido, incluso por la jurisprudencia constitucional, que los internamientos involuntarios en residencias de atención social entran dentro del ámbito de las situaciones en las que la persona se ve privada de libertad. En estos casos también es necesaria la autorización judicial para poder ser llevados a efecto, autorización que debe ser fruto de las actuaciones establecidas en el artículo 763 de la LEC y sus concordantes, toda vez que en estos casos también nos encontramos ante internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico.

8. Por las razones que más adelante serán expuestas, los internamientos no pueden ser considerados como medidas cautelares de los antiguos procedimientos de incapacitación, hoy procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

²¹ Artículo 249 del Código civil.

En el momento actual nos encontramos en una etapa en la que finalmente los conceptos de capacidad o de medidas de apoyo a personas con discapacidad y los internamientos pueden ya ser contemplados como realidades distintas e independientes, sin que ello sea óbice para acordar unas y otro en aquellas situaciones en las que la persona necesita tanto de apoyos jurídicos como de asistencia o terapia. Asumir la independencia de unas y otro no implica su exclusión mutua llegado el caso. Lejos deben quedar, pues, aquellos años en los que, de acuerdo con la ley, toda persona internada por trastorno psíquico debía ser, además, incapacitada; o bien, desde otra perspectiva, que para proceder a un internamiento de una persona era preciso iniciar un procedimiento de incapacitación. El siguiente paso en esta evolución bien podría ser dar independencia sistemática dentro de la LEC al artículo 763, cosa fácilmente realizable simplemente haciéndolo preceder de una rúbrica que lo ubique en un Capítulo propio dentro del mismo Título en el que se halla en la actualidad.

Dicho lo anterior, la idea de que para solucionar las situaciones de irregularidad en residencias de personas mayores sea preciso acudir a un procedimiento para adoptar medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y, ligado al mismo, solicitar entonces un ingreso como medida cautelar parece estar aún asentada en lo que en nuestros días parece ser una visión superada. Encontrar respuestas a tales situaciones irregulares desde otra perspectiva no parece un propósito descabellado, sino, más bien, una necesidad.

2.2. Diferencias entre el ingreso en residencias y las medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad

Hallar soluciones alternativas a la irregularidad de los ingresos en residencias pasa, necesariamente, por insistir en la diferencia que existe entre el internamiento y “las medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”. Intentando no excedernos en demasía en esta cuestión hay que recordar que la finalidad del internamiento, medida que implica necesariamente privación de libertad, es servir de medio para poder tratar médicamente a la persona internada, para ser atendida en sus necesidades vitales básicas, o para ambos fines. El internamiento es necesario para cualquiera de dichas tareas, pero solo es un medio que permite llevarlas a cabo. Y lo es porque desde el ámbito de la Psiquiatría o desde la perspectiva de que en la sociedad actual no puede abandonarse a una persona que no puede, o no quiere, atender a las necesidades básicas de alimentación, higiene o cuidados personales hasta el punto de que corra riesgo su vida o ponga de algún modo en peligro las de los demás, el medio para conseguir aplicar las terapias correspondientes o prestar los servicios necesarios solo es viable en ocasiones cuando la persona se encuentra ingresada y atendida en un centro adecuado. No es de extrañar, por consiguiente, que tanto en el caso de la terapia como en el de los servicios sociales, los ingresos involuntarios sean la última respuesta, prefiriendo siempre que unos y otros se lleven a cabo en régimen de libertad.

En cambio, las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica están reguladas en el Código civil. La misma rúbrica del Título XI del Código que las recoge ya nos dice a qué ámbito van destinadas: “para el ejercicio de su capacidad jurídica”. En el párrafo primero del artículo 249, primero de los incluidos dentro de este Título XI tiene el tenor que se menciona a continuación:

“Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad²².”

En definitiva, estas medidas están vinculadas con el ámbito de la toma de decisiones de la persona; a diferencia de ello, los internamientos son el medio que permite que una persona recibir una terapia o ser atendida en sus necesidades básicas. Atender estas necesidades básicas o dispensar un tratamiento no obliga necesariamente a acordar medidas judiciales de apoyo a una persona que puede ser plenamente capaz para tomar decisiones. En el caso que estudiamos el Ministerio Fiscal vio la diferencia claramente:

“En terminología tradicional, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas confunde internamiento e incapacitación, sin tener en cuenta que son dos realidades distintas y que tratan de dar respuesta jurídica a supuestos diferentes. Así, ‘no todo internamiento de una persona debe provocar, necesariamente, su incapacitación judicial’, ni toda ‘incapacitación judicial’ debe dar lugar a un internamiento de la persona, como así se expuso por la Fiscalía en su recurso de apelación²³.”

No parece que sea necesario extenderse demasiado en dilatadas reflexiones para entender que la privación de libertad que implica un internamiento involuntario no es un instrumento muy adecuado para cumplir con los fines que se suponen de las medidas de apoyo, esto es: “permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su

22 En el artículo 250 CC, párrafos primero y segundo del artículo se nos dan algunos ejemplos de dichas medidas. Muy acertadamente los internamientos voluntarios no aparecen mencionados entre ellos:

“Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.”

(Redacción vigente desde el 3 de septiembre de 2021, tras la entrada en vigor del artículo 2.23 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE n.º 132, de 3 de junio de 2021, A-2021-9233).

23 Penúltimo párrafo del Antecedente 3.

desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”; no encaja entre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, máxime en situaciones en las que la persona, por el deterioro mental que padece, requiere ser atendida en sus necesidades básicas (alimentación, higiene, aseo, administración de medicinas). Si el objetivo de una medida de apoyo es que, en definitiva, puedan ser adoptadas decisiones en favor del sujeto incapaz, decisiones que van a ser adoptadas por otra persona o con la ayuda de otra persona, no parece que sea lo más recomendable privar al incapaz de libertad a través de un internamiento. En estas situaciones de abandono personal es frecuente que la persona requiera ser atendida y disponer, a su vez, de esas medidas de atención y ayuda. En el caso que recoge en la sentencia que nos sirve como fuente de datos para describir estos supuestos de estancias irregulares en residencias, C. C. H. nos muestra una situación habitual en la vida diaria en la que la persona ingresada en una residencia ni puede desenvolverse sola por sí misma ni puede ser atendida por sus familiares u otras personas. Por otra parte, ni su nieta ni el Ministerio Fiscal instan la adopción judicial de medidas de apoyo por la incapacidad de C. C. H. ni de los informes presentados por los servicios sociales se desprende la necesidad o conveniencia de hacerlo. En este caso, todo parece indicar que la nieta ejerce esas funciones de tutela y no es necesario instar el acuerdo judicial de otras medidas, tal y como sucede en muchos casos; en otros, en cambio, la declaración de medidas de apoyo también debe ser instada.

2.3. Autonomía de los procedimientos regulados en el artículo 763 y el procedimiento del artículo 756 de la LEC

Otro paso importante, no por obvio, debe ser ignorado. Los trámites de internamiento involuntario constituyen dos procedimientos contenciosos civiles meramente declarativos, ya que en estos procesos no caben pretensiones de condena. Se trata de procedimientos especiales, sí, pero de procedimientos contenciosos, al fin y al cabo²⁴. No solo vienen regulados por el artículo 763 de la LEC, sino que también les son de aplicación también las “disposiciones generales” establecidas en los artículos 748 y siguientes. Estas disposiciones generales alcanzan a todos los procedimientos incluidos en Título I del LIBRO IV, Libro que trata “De los procesos especiales”, de la LEC. Estos procedimientos especiales son los que versan sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores. Los procedimientos de internamiento vienen regulados en el último de los artículos que regulan los procedimientos para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, ubicación esta sobre la que más adelante también entraremos. Está claro, pues, que nos encontramos ante dos procedimientos

²⁴ Podríamos reflexionar sobre si realmente son procesos de naturaleza civil o de otro tipo, muy próximos, por ejemplo, a los procedimientos de habeas corpus. En cualquier caso, su regulación forma parte del Libro IV de la LEC, en el que se regulan los procedimientos especiales, lo que ofrece la ventaja de facilitar en caso necesario su acumulación a los procesos relacionados con la capacidad de las personas de los artículos 756 y siguientes.

meramente declarativos, especiales y de naturaleza contenciosa. No son trámites de jurisdicción voluntaria desde la entrada en vigor en 2001 de la actual LEC. Y esta es una realidad que es preciso tener en cuenta para adentrarnos una de las dos opciones que se sugieren más adelante.

Otro aspecto importante que hay que subrayar es el siguiente. Uno y otro proceso, el de medidas de apoyo y los de internamiento involuntario, tienen objetos procesales diferentes, obedecen a pretensiones distintas y, en consecuencia, salvo acumulación, no cabe un único pronunciamiento como si de un solo proceso con un solo objeto se tratara. No se entienda que lo que se pretende con estas líneas es buscar complejidades procedimentales. Los procesos de internamiento, si no son los más flexibles de todos los procedimientos civiles, sí se encuentran entre los mismos. Ahí radica su especialidad. Lo son, además, en la medida en que con los mimbres procesales que ofrecen los artículos 763 y concordantes de la LEC se pueden estructurar ambos procedimientos –el de autorización y el de ratificación– y escapar así de las complicaciones del procedimiento verbal a que nos conduciría de otro modo el artículo 753 de la misma LEC. Los procedimientos regulados en el artículo 763 tienen su propia estructura y, como procesos, tienen delimitado su objeto procesal que es la constatación de que la privación de libertad que supone el ingreso involuntario en una residencia se realiza de forma legal o, empleando la terminología del TEDH, no se produce de forma arbitraria.

En consecuencia con lo dicho, no parece descabellado llegar a la conclusión de que el procedimiento del artículo 756 no puede ser utilizado para solucionar los problemas que surgen en relación con los procedimientos del artículo 763. El Ministerio Fiscal tenía las ideas bastante claras cuando sostenía en sus alegaciones ante la Audiencia que:

“Para el Fiscal, esa autorización judicial ha de concederse a través del proceso especial del art. 763 LEC y toda negativa a otorgarla por esa vía supone vulnerar el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de la persona afectada²⁵.”

2.4. Los internamientos como medida cautelar del artículo 762 de la LEC

Si en páginas anteriores se ha hecho mención a la evolución que ha tenido la legislación sobre los internamientos involuntarios por trastorno psíquico en España ha sido, entre otras razones, por una cuestión clave en el tema que tratamos. Desde la reforma del Código civil operada en 1983 los internamientos vinieron a consolidar la consideración de medida cautelar de los, hasta el año 2022, procesos de incapacidad²⁶. Así lo ha visto la jurisprudencia ordinaria y la del propio Tribunal

25 Párrafo segundo del FJ2.

26 Así por ejemplo, antes de la reforma del Código civil de 1983, HERCE QUEMADA, en el manual que escribe con GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil* (edición de 1975), incluía, siguiendo a Prieto-Castro, el internamiento de ‘dementes furiosos’ entre las medidas de carácter cautelar (p.

Constitucional, como se puede comprobar en las sentencias que citamos y que versan sobre los internamientos o los ingresos involuntarios. Así fue vista también inicialmente por la doctrina, aunque hace ya años que se pudo constatar el comienzo de un cambio de punto de vista, expresado, cuando menos, no citando los internamientos del 763 como una de medidas cautelares recogidas en el artículo 762²⁷. En la actualidad ya hemos visto cómo es posible delimitar claramente

242), en un momento en el que todavía era de aplicación el artículo 17 del Decreto de 3 de julio de 1931. Ya con base en la reforma operada por la Ley 13/1983 que modificó el artículo 211 del CC se manifiestan de forma semejante, entre otros, AVELLO FUERTES, “Procedimientos de incapacidad introducidos por la reforma del Código Civil en materia de tutela”, *Poder Judicial*, núm. 10, marzo de 1984, pp. 35 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico –Comentario a la STS 10-2-1986”, *Poder Judicial*, Época 2^a, número 3, septiembre de 1986, pp. 107 y siguientes; HUERTAS MARTÍN, I.: *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*, Granada, 2002, pp. 157 a 220; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Santiago: “El internamiento de los enajenados”, *Poder Judicial*, número 4, diciembre de 1986, pp. 49 a 67; y la propia Fiscalía General del Estado en su *Memoria* de 1985, pp. 205 a 235; RAMOS MÉNDEZ, F.: *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Barcelona, 2008, pp. 1583 y 1584; o RUEDA NEGRI, J. M.: *Mecanismos de sustitución de la voluntad del enfermo mental. Los internamientos*, FADIDEM, Córdoba, 1996, p. 206.p. 208. Sobre las medidas cautelares, en general, véanse, entre otras muchas obras: SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974; CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992; ARANGÜENA FANEGA, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares en el proceso penal*, José M.^a Bosch, Barcelona, 1991.

En líneas generales, la bibliografía más reciente sigue manteniendo los mismos criterios que los que se recogen en la bibliografía citada en el párrafo anterior. Véanse, por ejemplo y entre otros, ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal civil*, 13.^a edición, Madrid, 2021, pp. 505-522; CACHÓN CADENAS Manuel: *Introducción al enjuiciamiento civil*, Barcelona, 2021, pp. 535 y 541 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, 11.^a edición, Valencia, 2021, pp. 39 y 457-463; GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: “Proceso contencioso para la provisión de medidas judiciales de apoyo. Capítulo I. Ámbito de aplicación. Principios rectores y presupuestos procesales”, en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022, pp. 645-677; ROCA MARTÍNEZ, José María: “Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: dualidad de proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria”, en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022, pp. 587-616. VILLAR FUENTES, Isabel: “Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022, pp. 715-744; Véanse, también: BLANDINO GARRIDO, M. Amalia: “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022, pp. 401-432; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda: “El alcance de la intervención jurisdiccional con relación al ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad”, en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022, pp.127-160; RUIZ-RICO RUIZ, Manuel: “La absoluta predominancia de la voluntad del discapacitado: determinación y su verdadero alcance. Supuestos posibles en los que no funcionará la voluntad actual o hipotética del discapacitado”, en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022, pp.101-126.

27 Véanse en este sentido, por ejemplo, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El internamiento de los enajenados*, Poder Judicial, número 4, diciembre de 1986, p. 59; MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil*, Valencia, en la edición de 1994, p. 463. A partir de ediciones posteriores se hace mención expresa al tema. Así, por ejemplo, ya en la 3^a ed., Valencia, 2008, p. 53.

las diferencias entre las hoy medidas de apoyo a personas con discapacidad de los internamientos involuntarios. Por otra parte, también hemos visto cómo lo que en un principio quedaba constreñido a los internamientos en centros de salud mental hoy se abre a los ingresos y permanencias de carácter involuntario en residencias de atención social y cómo muchos de los argumentos recogidos sobre la regularidad de los primeros se aplican a los segundos. Hemos pasado así a concebir los internamientos involuntarios del artículo 763 como las figuras jurídicas que fundamentan la defensa del derecho a la libertad de las personas cuando requieren ser internadas, no por motivos penales, sino para su tratamiento médico o asistencial. A ello ha contribuido de forma decisiva la jurisprudencia del TEDH de estas últimas décadas sobre los internamientos involuntarios²⁸.

Partiendo de la base de lo dicho hasta el momento resulta difícil entender que un internamiento pueda ser considerado una medida cautelar de un procedimiento sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad. En el artículo 762.1 de la LEC se establece que:

“Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria.”

Hoy día habría que hacer una interpretación muy laxa de la expresión “la adecuada protección de aquella [la persona]” para entender que los internamientos constituirían una de esas medidas, teniendo en cuenta toda la jurisprudencia elaborada por el TEDH sobre los internamientos involuntarios. Ciertamente, en este tipo de supuestos, para entender que nos hallamos ante medidas cautelares no podríamos limitarnos a los criterios o requisitos, llamémosles clásicos, que se predicán y se exigen de las medidas cautelares²⁹. Si nos aferramos a esos criterios entre los que se exige, por ejemplo, el *fumus boni juris* o apariencia de buen derecho del demandante, tendremos que excluir el internamiento como medida cautelar y denominarla de otro modo; entre otros motivos porque el demandante no tiene ningún derecho de privar de libertad a una persona que ser tutelado por un tribunal de justicia. Otra opción sería entender que el internamiento entraría dentro de esas otras medidas innominadas que pretenden, sobre todo, solventar el problema del *periculum in mora*, o peligro que supone para la tutela de los derechos, el tiempo que transcurre entre la petición de ingreso y la autorización judicial denominándolas de otro modo

28 Sobre el proceso de internamiento como medida cautelar, en concreto, y sobre su naturaleza jurídica me remito a lo escrito en *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico*, Madrid, Tecnos, 2015, páginas 101 y siguientes.

29 Una posición “clásica” podemos verla en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal civil. Parte General*, 11ª ed., Valencia 2021, pp. 457 y ss.

o bien admitirlas dentro de una visión más amplia de lo que son las medidas cautelares³⁰.

En cualquier caso, la clave desde mi punto de vista está en el objeto de los procesos de apoyo a la persona con discapacidad. En ningún caso el legislador ha pensado que para apoyar a una persona con discapacidad el internamiento en una residencia o en un hospital sea una solución. De ser así, entre la prolija normativa que recogen los artículos del Código civil sobre la capacidad de las personas se habrían incluido disposiciones sobre el internamiento de la persona y cómo el internamiento serviría de apoyo a su discapacidad. Lo cierto es que el internamiento persigue fines distintos como son el tratamiento médico de la persona o la prestación de unos servicios asistenciales a la persona que los precisa, teniendo en cuenta que lo que se garantiza en los casos de ausencia de voluntad de la persona es que el ingreso no se realiza de forma arbitraria, esto es, violando su derecho a la libertad recogido en el artículo 117.1 de la CE y el artículo 5.1 e) del CEDH.

De la mano del objeto de estos procesos vemos cómo decae otro de los requisitos exigibles para los procesos cautelares como es el de la instrumentalidad o vinculación con un procedimiento principal al que sirve. El procedimiento cautelar está dirigido a garantizar que se puedan hacer efectivos los resultados del proceso principal del que depende. Trata de que se puedan llevar a efecto las medidas recogidas en la sentencia, adelantándolas. ¿Qué medida de apoyo a la discapacidad implican un ingreso en residencia o un internamiento?

Desde la perspectiva en la que estas páginas son escritas, el ingreso involuntario en una residencia y el internamiento por razón de trastorno psíquico no pueden ser considerados medidas cautelares de un proceso para acordar medidas de apoyo a la persona con discapacidad.

30 El profesor RAMOS ya anticipaba esta posibilidad de abrir el abanico de las medidas cautelares en su trabajo “Medidas provisionales en relación con las personas”, publicado en 1974 (incluido en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F., Barcelona, 1974, pp. 115 y ss.). En la página 128, tratando de las medidas provisionales en relación con la mujer casada escribe: “En primer lugar debe quedar claro que no se puede operar aquí con los mismos principios que rigen los procesos patrimoniales, ya que los procesos sobre estado civil y condición de las personas están inspirados en principios distintos”. Y más adelante, deteniéndose en el carácter ausente de condena de las sentencias que se dictan en estos casos, continúa: “Las sentencias que ponen término a los procesos de estado tienen por lo general carácter constitutivo, esto es, modifican, extinguen o crean un estado jurídico nuevo. La sentencia constitutiva, cuyos efectos se pueden producir *ex tunc* o *ex nunc*, en sí misma no necesita ejecución, sino que ella, de modo autónomo, realiza el cambio jurídico de que se trata”. Algo similar cabría decir de los autos que autorizan o ratifican un ingreso en una residencia, simplemente declaran que la limitación de la libertad que va a sufrir la persona al ser ingresada o internada en contra o en ausencia de su voluntad es legal, no es arbitraria.

3. OPCIONES

3.1. ¿Medidas cautelares en los procedimientos de autorización del artículo 763 de la LEC?

Según queda reflejado páginas atrás, la solución por la que opta nuestro TC pasa hoy por iniciar de forma urgente un proceso sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad del artículo 756 y siguientes de la LEC para solicitar inmediatamente el internamiento vía 763 como medida cautelar. De esta forma podría evitarse el problema que la solución natural que debería seguirse en estos casos, la puesta en libertad de la persona ingresada de forma ilegal, puede generar: colocarla en situación de absoluto desamparo. La cruda situación que surge al dejar en la calle, o en sus domicilios, a personas que han entrado en estado de absoluta desprotección y cuidado personales hace que sea preciso buscar alguna solución alternativa a la que actualmente se aplica. Una primera línea de búsqueda nos lleva a centrarnos en las posibles alternativas que nos ofrecen las propias normas procesales. ¿Cabría alguna vía dentro de los trámites del procedimiento no urgente para evitar esta situación?

La búsqueda de soluciones a las situaciones de irregularidad de internamientos en los supuestos que estudiamos en estas páginas parte de la existencia de tres argumentos fundamentalmente. De un lado, el hecho de que de acuerdo con la legislación actual los internamientos en general y los ingresos en residencias en particular constituyen dos realidades distintas; por otro lado y en segundo lugar, el hecho de que los procedimientos para la declaración judicial de medidas de apoyo a personas con discapacidad y los procedimientos por internamiento involuntario son procedimientos claramente diferenciados, con objetos procesales distintos y con consecuencias jurídicas diferentes; finalmente, la consideración de que el artículo 763 de la LEC y las normas concordantes recogidas en los artículos 749 y siguientes de la misma ley constituyen la regulación de dos procedimientos distintos, meramente declarativos de naturaleza especial y con entidad plena³¹.

Teniendo en cuenta lo anterior la cuestión que surge es la de saber si el procedimiento de autorización de un internamiento involuntario, es decir, el que no se produce por motivos de urgencia, y que puede tener una duración de meses, podría admitir la existencia de medidas cautelares y, más concretamente, si el ingreso como tal podría considerarse una medida cautelar en sí misma. Si se prefiere enfocar el tema desde otra perspectiva, la cuestión sería saber si es posible adelantar el internamiento provisionalmente en tanto el procedimiento de autorización –que, insistimos, puede durar meses– es resuelto. Hemos descartado que el internamiento sea una medida cautelar de los procedimientos de apoyo a personas con discapacidad, pero ¿cabría suponer que el propio procedimiento de autorización del artículo 763, es decir, el pertinente

³¹ Un estudio más detallado del tema del objeto de estos procesos puede verse en los Capítulos III y IV de *La tutela judicial de los internamientos por trastorno psíquico*, Tecnos, Madrid, 2015, páginas 55-100.

en supuestos no urgentes, podría admitir algún tipo de medida que implicara el adelanto del ingreso de forma provisional en tanto que el procedimiento continúa su curso?

Afirmar que para ingresar de forma urgente a una persona ya existe un procedimiento regulado en el mismo artículo 763 y no es precisa la existencia de otros trámites similares es plenamente cabal, pero también lo es sostener que tal afirmación admite matizaciones. La primera de ellas es la que se deriva del hecho de que los procedimientos urgentes están vinculados a causas urgentes, a la necesidad imperiosa de establecer una terapia por el estado mental de la persona, tratarla médicamente. La diferencia en cuanto a la urgencia de los casos que motivan el ingreso en la residencia hace que los procedimientos también sean diferentes, correspondiendo cada uno de ellos a las causas que lo motivan.

Por otra parte, la solución habitual, que es la aceptada por el TC, consistente en iniciar un procedimiento de apoyo a personas con discapacidad e incoar al mismo tiempo los trámites para proceder al ingreso de la persona como medida cautelar crea situaciones que nos recuerdan a las que se producían con la reforma de 1983 del Código civil³². Si la persona no precisa de apoyos por su discapacidad ¿por qué se ha de iniciar un procedimiento para dotar a esa persona de apoyos que no precisa? En caso de hacerlo se creará un procedimiento para adoptar medidas de apoyo por discapacidad vacío, en el que a la postre el auto declarará no haber lugar a establecer ningún tipo de apoyo por no ser preciso. Si la persona lo único que requiere son unos cuidados que la saquen de su situación de auto abandono personal y esos cuidados solo le pueden ser prestados en una residencia; si de lo que se trata es de que ese ingreso y la estancia que le sigue se realicen de forma justificada evitando la arbitrariedad y la ilegalidad y que la posible privación de libertad que pudiere conllevar su ingreso; si el procedimiento a seguir en estos casos, según reconoce el propio TC, es solo alguno de los previstos en el artículo 763; teniendo en cuenta esos condicionantes, ¿qué sentido tiene iniciar un procedimiento que se traducirá tan solo en un ingreso, acordado como medida cautelar de un procedimiento abocado a la nada? ¿Es preciso insistir en que hay personas más que sexagenarias que mentalmente rigen a la perfección y que, sin embargo, no pueden físicamente valerse por sí solas? Dicho todo lo anterior, ¿cabría pensar que el ingreso en una residencia pueda ser acordado de forma provisional mientras se resuelve el procedimiento de autorización?

El llamado *periculum in mora* puede decirse que es la razón de ser de la medida cautelar. La duración del proceso desde que se inicia hasta que se resuelve puede alargarse a lo largo del tiempo, de ahí que en su sentido original el demandante pidiera que se anticiparan los efectos de la posible sentencia a fin de evitar que, cuando llegara la hora de cumplir la misma fuera imposible hacerlo por haber desaparecido el patrimonio del deudor. La clave, pues, está en el tiempo que transcurre

32 Véase en este sentido el comentario que aparece en la nota a pie de página número 17.

durante el desarrollo del procedimiento. Claro que aquí no hay un deudor que tenga que responder ni un acreedor que pueda esgrimir un derecho de crédito que cree tener. Lo que originalmente se reguló para este tipo de procesos no es válido para las situaciones cuyos procedimientos vienen regulados en el artículo 763. En este caso de lo que se trata es de comprobar que el ingreso que se solicita o se efectúa para una persona está justificado. Siempre habrá alguien distinto a la persona afectada que solicite el ingreso, ya que de serlo el propio interesado nos encontraríamos ante un ingreso voluntario y, en consecuencia, no sería necesario ningún procedimiento ni de autorización ni de ratificación. El que solicita el ingreso solo puede obtener una resolución meramente declarativa en la que se declara que el ingreso (y la estancia) son conformes a derecho. Por consiguiente, aquí no cabe tener en cuenta tampoco el requisito del *fumus boni iuris*³³, o apariencia de buen derecho del peticionario, salvo que entendamos que el demandante solo solicita que su voluntad de ingresar a una persona o de que sea solicitada es plenamente conforme a derecho³⁴. En este sentido, las similitudes con los procedimientos de *habeas corpus* no son superficiales. El tercero que pone en marcha estos procedimientos tampoco tiene ningún derecho a que la persona, en este caso, sea puesta en libertad. Lo que pretende es que la detención sea considerada no conforme a derecho y el detenido sea puesto en libertad. En mi opinión, los procesos de *habeas corpus* y los del 763 de la LEC gozan de la misma naturaleza, pese a que uno esté regulado por una ley procesal penal y los otros por una ley procesal civil³⁵.

33 Ni podemos hacer una traslación o una transpolación de un *fumus mali iuris* relacionable con medidas cautelares del proceso penal. Sobre este último concepto puede verse ARANGÜENA FANEGA, *Teoría general...*, op. cit., p. 47.

34 Atribuir un carácter, llamemos, patrimonial de las medidas cautelares es una opinión generalizada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que nos exime de traer en este punto una relación extensa de citas bibliográficas al respecto. De la ya citada con anterioridad edición 11.ª de “Derecho procesal civil. Parte general”, del profesor CORTÉS DOMINGUEZ, citamos el siguiente párrafo que se halla en la página 458 en el que se subraya el papel de quien figura en el procedimiento como demandado: “Lo anterior significa que sólo en los supuestos en los que se exijan sentencias que requieran para su total efectividad la ‘colaboración’ del demandado, cabe teóricamente un derecho del actor a que se asegure la efectividad de las mismas; esas sentencias son las declarativas de condena”.

35 Desde mi perspectiva particular, tanto el proceso de *habeas corpus* como los procesos de internamiento involuntario son procesos de naturaleza constitucional en el sentido de que ambos tienen por objeto la defensa y protección del derecho fundamental a la libertad, recogido en el artículo 17.1 de la Constitución. Otra cosa distinta es que vengan regulados por razones de índole práctica en el ordenamiento procesal penal el primero y en el ordenamiento procesal civil los segundos. En ambos casos se facilita su tramitación atendiendo a los órganos judiciales con competencia para resolverlos. En el caso del procedimiento de *habeas corpus*, su ubicación en la Ley de enjuiciamiento criminal facilita la atribución de su competencia a los Juzgados de Instrucción que se encuentren de guardia, lo que facilita que puedan ser resueltos todos los días del año. En el caso de los procedimientos de internamiento involuntario, su inclusión dentro de las normas de la Ley de enjuiciamiento civil facilita que puedan acumularse sus pretensiones a las de los procesos para la adopción de medidas a personas con discapacidad o que puedan acumularse procesos iniciados con ambas pretensiones. Por lo demás, ambos son procesos protectores del derecho a la libertad.

Desde un punto de vista puramente procesal cabe entender que es admisible la idea de que un procedimiento meramente declarativo, como es este del 763 de la LEC, podría tener sus propias medidas cautelares, o como quiera que se entienda que deben ser denominadas conforme a su naturaleza, teniendo en cuenta que tal medida se concretaría en adelantar provisionalmente la decisión del internamiento. Desde un punto de vista teórico cabría defenderse algo semejante. Sin embargo, son razones de carácter puramente práctico las que llevan a descartar esta opción.

No cabe duda de que un ingreso provisional acordado a la espera de la resolución que lo autorice o lo rechace debe tener unos trámites, que no pueden ser otros que los ya previstos en el artículo 763 de la LEC. En el supuesto teórico que admitir la existencia de una medida de autorización provisional de un ingreso en supuestos no urgentes, sería preciso practicar las mismas actuaciones que se describen en la ley, tanto para supuestos urgentes como no urgentes. En un plano abstracto podemos admitir la posible existencia de una medida que implique el adelanto del ingreso involuntario de una persona, pero desde un plano real, práctico, si provisionalmente ya se ha admitido el ingreso de la persona en una residencia a través de una supuesta medida cautelar –que es lo que en definitiva se pretende con los procedimientos del 763 de la LEC–, ¿qué sentido tiene prolongar un procedimiento de autorización? Ya se ha acordado el ingreso y, se supone, que ese auto que acuerda el ingreso se adopta después de unas actuaciones que garantizan que el ingreso no obedece a razones espurias, que no es arbitrario sino conforme a derecho.

De este modo, no son tanto razones de tipo procedimental como razones de orden práctico o, si se prefiere, de economía procesal, las que nos llevan a descartar esta opción como posible alternativa a la que actualmente se adopta en los casos en los que el ingreso involuntario de la persona no se ve amparado por una resolución judicial. Ello nos obliga a seguir buscando una alternativa a los criterios que actualmente se aplican para solucionar estos casos, sin crear situaciones de desamparo social.

3.2. Causas de urgencia en los procedimientos de ratificación de ingresos en residencias

La situación a la que han tenido que hacer frente los tribunales en lo que a la regularización de situaciones de estancias irregulares en residencias ha sido compleja. Lo ha sido por las consecuencias que crea la respuesta lógica y eficaz en esos casos, reconocida por el propio TC, que es la de poner inmediatamente en libertad a la persona que se encuentra ingresada de forma ilegal. Sin embargo, como ya se ha dicho líneas arriba, ello supone crear situaciones de auténtico desamparo a personas que no pueden ocuparse de sí mismas. Ese desamparo puede llevarlas rápidamente a situaciones de riesgo en las que puede estar en peligro, incluso, su vida. No siempre esas personas se encuentran en un estado de senilidad mental avanzado, incapaces de comprender lo que sucede a su alrededor. Esto supone que no solo hablamos de

sujetos que padecen trastornos mentales, con lo que el círculo de personas a las que ampara el artículo 763 es más amplio del que inicialmente se pudo esperar. Por otra parte, como se ha reiterado repetidamente en estas páginas, el peso tanto la legislación como de los criterios que han permanecido en el acervo profesional y jurídico han llevado a buscar en los procedimientos de apoyo a personas con discapacidad del 756 y las medidas previstas en el 762 las vías de regularización disponibles.

La clave para hallar una alternativa a los criterios vigentes sobre esta materia está en dilucidar qué es lo que puede entenderse por motivos de urgencia, o lo que es lo mismo, si cabe hablar de causas o motivos urgentes no vinculados al estado mental de las personas los que avalen su ingreso en una residencia. Está claro que la legislación las ha reconocido a lo largo del tiempo para los ingresos en centros de tratamiento médico, pero ¿y en los casos de ingreso en residencias?³⁶

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tocado en varias de sus sentencias este punto, aunque de una forma más bien superficial. Básicamente, las causas que pueden implicar la urgencia del internamiento involuntario tienen que ver, en primer lugar, con un posible empeoramiento de la salud mental de la persona, con un riesgo inminente para su salud. Esto es lo que puede deducirse indirectamente del § 66 del caso PLESÓ contra HUNGRÍA cuando rechaza que la oposición de una persona a ser internada en un centro psiquiátrico pueda ser entendida como una confirmación de que padece un estado mental que justifica dicho internamiento. Ente los argumentos del párrafo citado aparece el tema del riesgo. El TRIBUNAL se pronuncia sobre una situación en la que una persona es internada por negarse a ser examinada con vistas, precisamente, a su posible internamiento. Dice en el párrafo citado:

“Para el Tribunal de Justicia, aceptar esta línea de razonamiento equivaldría a consentir un argumento circular, según el cual una persona reacia a someterse a una hospitalización psiquiátrica demuestra así su incapacidad *para apreciar su propio estado y el riesgo de su posible empeoramiento*, lo que supondría una razón más para su tratamiento involuntario.”

“...el riesgo de su posible empeoramiento (...) supondría una razón más para su tratamiento involuntario”, es decir, para ser internado. En otras sentencias es el riesgo para infligirse daño a sí mismo o a los demás lo que justifica el ingreso urgente³⁷.

36 El apartado 5 de la Circular 2/2017, de 6 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre ‘el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores’, se dedica al concepto de urgencia, y dice: “Ni las normas sanitarias ni las de Acción Social recogen un concepto unívoco de urgencia/emergencia. No existe un consenso general debido a que dichos términos deben contextualizarse.” Y añade: “La característica común es que hacen referencia a una intervención inmediata e ineludible. En materia de sanidad, suele atender al riesgo para la salud y, en materia de acción social, a hechos que generan desprotección grave de forma colectiva (...) o individual. En los casos de acción social, la actuación resulta necesaria para evitar que la situación se agrave o genere mayor perjuicio.”

37 Por ejemplo, en el § 73 de la sentencia del caso GLIEN contra ALEMANIA se dice: “Se puede

Es preciso caer en la cuenta de que los casos en los que entra el TEDH a examinar la urgencia son casos, digamos, médicos, casos relacionados con el estado mental de la persona desde el punto de vista de la evolución de la propia enfermedad o de los efectos violentos que dicha enfermedad puede producir sobre la misma persona o sobre los demás. Lo que define estos internamientos como urgentes es que requieren una terapia o un tratamiento médico que podemos calificar, también, de urgente: a través del internamiento urgente (el medio, el instrumento) se accede al tratamiento médico urgente (la medida) de la persona. Lo esencial es que el estado de la persona requiere urgentemente su tratamiento médico. Lo acabamos de leer: “apreciar... el riesgo de su posible empeoramiento... supondría una razón más para su tratamiento involuntario”. Por lo demás, el Tribunal Europeo remite a las legislaciones nacionales los posibles detalles de su regulación en cada país.

Es “razonable”, es comprensible, pues, que un Juzgado de Primera Instancia no ratifique un ingreso en un centro asistencial por razones urgentes, toda vez que, por regla general, solo se comprenden entre los motivos de urgencia aquellos que requieren un tratamiento médico inmediato de la persona. En el caso de la sentencia del TC que hemos tomado como excusa o justificación de nuestras reflexiones, por los datos que nos ofrecen sus antecedentes, no parecía que fuera necesario tratar médicamente de forma inminente a C. C. H. Luego es comprensible que se rechazara la vía procedimental de urgencia del 763³⁸.

Y aquí hay que señalar otro aspecto también importante. Desde la sentencia del TEDH dictada en el caso WINTERWERP contra los PAÍSES BAJOS se exige, como requisito, en la solicitud en la que se pide autorización para ingresar a una persona la inclusión del informe de un experto en el que se manifieste la gravedad del estado mental de la persona cuyo internamiento se pretende, así como la necesidad de su ingreso. En los casos de internamientos urgentes este informe puede ser aportado con posterioridad. En el supuesto de C. C. H. no se aportó ningún informe en el que quedara expresado claramente que la persona tenía que ser internada para ser

considerar que un trastorno mental es de un grado que justifique el internamiento obligatorio si se constata que el internamiento de la persona en cuestión es necesario ya que la persona necesita terapia, medicación u otro tratamiento clínico para curar o aliviar su condición, pero también cuando la persona necesita control y supervisión para evitar, por ejemplo que se haga daño a sí mismo o a otras personas”. En el § 60 de la sentencia del caso WITOLD LITWA contra POLONIA se dice lo siguiente: “El Tribunal de Justicia señala que el término “alcohólico” se utiliza habitualmente para referirse a una persona dependiente del alcohol. Además, en el artículo 5 § 1 del Convenio, el término se utiliza en el contexto de varias otras categorías de individuos, a saber, personas susceptibles de propagar enfermedades contagiosas, lunáticos [sic], drogadictos y vagabundos. Existe un vínculo entre estas categorías de personas en el sentido de que pueden ser privadas de su libertad por tratamiento médico o por consideraciones de política social, o por razones tanto médicas como sociales. Por lo tanto, es legítimo deducir de estos antecedentes que el Convenio permite la privación de libertad de las personas a las que se refiere el artículo 5, apartado 1, letra e), no sólo porque deben considerarse peligrosas para la seguridad pública, sino también porque sus propios intereses pueden exigir su internamiento”. Véase en el mismo sentido, entre otras, HUTCHISON REID contra el REINO UNIDO (§52), o GUZZARDI contra ITALIA (98).

38 FJ 5, párrafo sexto.

tratada médicamente. Toda la información se refería a los cuidados personales que personas de su entorno –su nieta, en concreto– no podían prestarle.

Conviene ahora mencionar un aspecto que es importante. El procedimiento que se inicia tras tener conocimiento el Juzgado del internamiento de la señora C. C. H. no se desarrolla, no avanza; el ingreso es rechazado *ab initio*, sin tener más elementos de juicio que los documentos aportados con la solicitud de ratificación del ingreso³⁹. Esta resolución del Juzgado lleva a confirmar que las razones que tuvo para rechazar un procedimiento urgente parecían muy claras y, puesto que no se procedió a ninguna de las actuaciones procesales que establece el 763 de la LEC para estos supuestos, salvo *lapsus* de quien escribe estas páginas, no cabe sino entender que la base para tal resolución se encontraba en la propia documentación aportada con la comunicación del ingreso, en la que no aparecen motivos relacionados con un deterioro del estado mental de C. C. H. que motivaran la necesidad de acordar un internamiento que llevara a un tratamiento urgente. Ello también, la ausencia de causas urgentes, parece ser a todas luces el fundamento por el que el Juzgado remite a la Fiscalía a emprender la vía no urgente del citado 763.

Partiendo de esta base y viendo plenamente razonable la resolución del Juzgado, debemos plantearnos ahora otra cuestión y es la de preguntarnos si los motivos que llevan a considerar que un internamiento debe realizarse de forma urgente en residencias son los mismos que los de supuestos de tratamiento médico, o si pueden ser distintos.

Cabe entender que los motivos pueden ser diferentes, ya que el internamiento en residencia no tiene que estar basado en la necesidad de tratar médicamente y de forma urgente a una persona, que es lo que sucede cuando el ingreso se produce en un centro hospitalario. Los motivos por los que se ingresa a una persona en una residencia pueden ser también otros. En la residencia la persona obtendrá unos servicios que estarán relacionados con sus cuidados básicos personales, cuidados que no está en condiciones de realizar por sí misma ni tiene personas de su entorno que puedan ayudar en este sentido. Es más, se trata de una serie de cuidados cuya ausencia puede llevar a situaciones de riesgo para la persona, incluidos riesgos para

39 El itinerario procedimental que nos muestra la letra b) de Antecedente número 2 de la sentencia es el siguiente:

“b) La anterior comunicación de la directora de la residencia fue registrada el 7 de abril de 2014 en el Juzgado de Primera Instancia núm. (...), el cual, tras incoar el expediente de internamiento núm. (...), dictó Auto el 9 de abril de 2014 acordando inadmitir a trámite la solicitud de ratificación de internamiento urgente de doña C. C. H.(...). Considera el Juzgado que no se cumplen los presupuestos del art. 763 LEC y la doctrina constitucional al respecto (cita la STC 141/2012, de 2 de julio), para acordar la ratificación de la medida que se interesa; el internamiento no tiene el carácter de urgente que exige el precepto legal y ‘la intervención judicial debió en su caso solicitarse con carácter previo al ingreso, de apreciarse que doña C. C. H. estaba imposibilitada para prestar de forma voluntaria su consentimiento para el ingreso, y no con posterioridad como se pretende, atribuyendo el carácter de urgencia a una situación que desde luego no lo es’”.

su salud y la propia vida. Estamos, pues, ante situaciones diferentes, aunque con un nexo común: la posible privación de libertad derivada del ingreso cuando se realiza de forma involuntaria.

Los criterios que pueden delimitar los casos de urgencia en residencias constituyen un tema relativamente novedoso, de modo que su construcción conceptual no parece sencilla⁴⁰. Para apreciarla, de un lado, no podrían dejar de tenerse presentes tanto la situación de dependencia de la persona de quienes la rodean o de los servicios sociales como las circunstancias en que desenvuelve su vida personal, situación que debe quedar acreditada tanto por los informes médicos como por los que puedan ser emitidos por instituciones sociales competentes.

Huelga decir que dichos informes deberían incluir, igualmente, de modo imprescindible, además del dictamen sobre el estado mental de la persona, que puede ser de perfecta salud mental, la manifestación de que es necesario su internamiento para ser atendida por no poder hacerlo personalmente y por no haber personas en su entorno que puedan atenderla⁴¹. Sería preciso tener en cuenta los factores de protección de que dispone, o no dispone, en su ámbito personal: básicamente si hay alguien, familiar, particular, profesional, o de cualquier tipo que responda de sus cuidados esenciales o si la persona se encuentra en una situación de desamparo

40 El apartado 5 de la Circular 2/2017, de 6 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre 'el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores', se dedica al concepto de urgencia, y dice: "Ni las normas sanitarias ni las de Acción Social recogen un concepto unívoco de urgencia/emergencia. No existe un consenso general debido a que dichos términos deben contextualizarse." Y añade: "La característica común es que hacen referencia a una intervención inmediata e ineludible. En materia de sanidad, suele atender al riesgo para la salud y, en materia de acción social, a hechos que generan desprotección grave de forma colectiva (...) o individual. En los casos de acción social, la actuación resulta necesaria para evitar que la situación se agrave o genere mayor perjuicio."

41 La doctrina elaborada por el TEDH sobre la legalidad de los internamientos recoge varios requisitos relacionados con los informes. Estos requisitos, en la medida en que se refieren a la protección del derecho a la libertad, son igualmente aplicables a los ingresos y estancias involuntarios en centros sociales. En ocasiones esta aplicación puede ser realizada de forma directa, y en ocasiones pueden serlo teniendo el vínculo que se establece entre el criterio del Tribunal Europeo y el estado mental de la persona. Así, en el caso LAZARIU contra RUMANÍA (§ 61) se destaca que los expertos no fueron preguntados sobre si el internamiento era necesario. El informe es imprescindible, según el § 42 de la sentencia del caso BARVANOV C. BULGARIA y el § 36 de la sentencia del caso KAYADJIEVA c. BULGARIA; y no se puede entender que el internamiento es conforme a Derecho si se realiza por la sola interpretación de la autoridad competente para acordarlo. Así lo establece en su sentencia del caso KAYADJIEVA c. BULGARIA (§35). De acuerdo con lo pronunciado en los §§ 55 y 56 del caso C. B. c. RUMANÍA, la emisión del informe implica el examen directo de la persona por el experto que ha de emitirlo. Además, el informe debe ser específico para el caso concreto que se trate según la sentencia del caso STANEV c. BULGARIA (§157), no siendo admisibles los informes elaborados para ocasiones anteriores, conforme al § 50 de la sentencia del caso HERZ c. ALEMANIA. En cuanto al momento que se debe emitir, cabe entender que, en el caso de ingreso en residencia, debe ser muy próximo a la solicitud de ingreso ya que para los internamientos por trastorno psíquico se establece que debe ser el de la fecha en la que se priva de libertad a la persona, esto es, la fecha en la que se produce el internamiento. Cabe entender que si el ingreso en la residencia está motivado igualmente por algún tipo de demencia mental, el día del informe debe coincidir con el del ingreso. Véanse en este sentido las sentencias de los casos O. H. c. ALEMANIA (§ 78) y S. c. ALEMANIA (§ 81), entre otras.

absoluto. No parece necesario insistir en las consecuencias que pueden producirse cuando una persona carece totalmente de apoyo en estas tareas personales, tratándose de la alimentación, la higiene o la supervisión médica; de ahí la importancia que tienen los informes que puedan aportar los servicios sociales⁴².

Teniendo en cuenta lo dicho cabe entender que el juez competente ante una de estas situaciones podría aceptar como causa justificativa del ingreso urgente en una residencia, no la necesidad de tratar psiquiátricamente a una persona de forma perentoria, sino la de atender de manera apremiante a quien se encuentre en estado de total abandono de sí mismo y que carezca de la ayuda y amparo que puedan prestarle sus familiares, personas cercanas o cualquier servicio de atención social domiciliario. Es el grado de dependencia de la persona y los medios de que disponga para hacer frente a ese grado de dependencia lo que determinará la necesidad de ser atendida en último extremo por los servicios que se prestan en las residencias en estos casos. La urgencia está en evitar un empeoramiento de su estado. No se trata en consecuencia de ser objeto de un tratamiento médico urgente, sino de ser asistida en aspectos tales como el aseo, la alimentación, el vestido e, incluso, médicamente, dadas sus limitaciones para hacerlo por sí misma y a que en su entorno no hay quien lleve a cabo estas tareas.

Recuperemos las citas que nos ofrece la sentencia que comentamos sobre los motivos que llevaron a la directora del centro a admitir el ingreso de C. C. H.:

“El 4 de abril de 2014 la directora de la residencia (...) Señala que doña C. C. H. se encuentra ingresada en la residencia desde el día anterior a iniciativa de su nieta (...); considera conveniente su permanencia allí porque ‘debido al estado de dependencia actual, doña C. C. H. requiere una total atención para realizar las actividades más básicas de la vida diaria, siendo el recurso más adecuado un centro sociosanitario’.”

“Se adjunta a la solicitud de la directora de la residencia geriátrica un informe (...) en el que la facultativa que lo expide hace constar que doña C. C. H., (...) tiene diagnosticadas las siguientes patologías: ‘arritmia cardiaca’, ‘demencia senil (simple o no complicada)’ e ‘incontinencia de orina’; asimismo señala la facultativa en

42 En el citado caso de PLESÓ contra Hungría, en su párrafo 64, el TEDH señala el papel fundamental que tiene el informe del experto para determinar el riesgo o el peligro como motivo para justificar el internamiento. Literalmente dice: “El Tribunal de Justicia observa en este punto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, jurisprudencia citada y aplicada por el tribunal que conoce del caso de la demandante, no contiene en realidad ninguna orientación sobre el significado preciso del concepto “peligro significativo” en este contexto y, en particular, si se extiende a un deterioro potencial de la salud mental de la persona (véase el apartado 33 más arriba). Esto da lugar a un indeseable vacío legal. No obstante, parece que la percepción médica del riesgo de daño a uno mismo por descuidar de la salud mental juega un papel fundamental para aplicar la etiqueta de “significativo” a situaciones similares a la del demandante”. Teniendo en cuenta lo dicho, no parece aventurado entender que en estos supuestos de incertidumbre es aceptable entender que los informes en casos de ingresos en centros de atención social “la percepción [*de los expertos de los servicios sociales*] juega un papel fundamental para aplicar la etiqueta de ‘significativo’ a situaciones similares del demandante”. Téngase en cuenta que cuando se menciona en la anterior cita al demandante el TEDH se refiere al demandante ante este tribunal, no a un demandante ante órganos nacionales.

su informe que en el momento del ingreso en la residencia la paciente ‘evidencia claros síntomas de deterioro cognitivo y una manifiesta incapacidad para la toma de decisiones. Presenta una dependencia absoluta para las actividades básicas de la vida diaria. Es imprescindible que se le preste atención, cuidados y supervisión las 24 horas del día’.

Y recuperemos también el ya citado argumento del Fiscal del caso:

“de la información facilitada por el centro sociosanitario en que la paciente está ingresada no se aprecia que se encuentre en una situación de desprotección que justifique la interposición de la correspondiente demanda de determinación de la incapacidad⁴³.”

El motivo que provoca el internamiento, por qué o para qué se solicita el internamiento de la señora es para recibir “una total atención para realizar las actividades más básicas de la vida diaria, siendo el recurso más adecuado un centro sociosanitario”; su fundamento, al margen de todos los que se describen en dichos párrafos sobre el estado de la persona, especialmente porque “Presenta una dependencia absoluta para las actividades básicas de la vida diaria.” Estos elementos, que apuntan a la dependencia extrema de otras personas para poder realizar esas funciones básicas del transcurrir diario y que tienen plena independencia de los motivos que pueden llevar al internamiento de una persona por trastorno psíquico, son los que fundamentan la idea de que también existen causas que justifican el internamiento urgente en residencias sociosanitarias que pueden ser distintas de las que llevan al internamiento urgente en centros hospitalarios.

Reconocer la existencia de motivos que justifican la aceptación del ingreso urgente en una residencia por razones no médicas que requieran un tratamiento urgente es una posible opción a tener en cuenta a la hora de ratificar judicialmente el ingreso en una residencia. Acordar por vía de urgencia el ingreso en un centro social, basado en las limitaciones que presenta una persona para atender a sus cuidados más elementales, cuando esas limitaciones suponen riesgos serios para su salud o incluso la vida, parece una alternativa procesal razonable y conforme con la realidad que evitaría dilaciones indebidas y tener que acudir a vías que no parecen demasiado conformes con los conceptos generales del proceso ni con la realidad práctica.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La creciente preocupación tanto de las Fiscalías como de los Jueces de Familia ha hecho aflorar no pocos casos de ingresos y de estancias irregulares de personas mayores en residencias de atención social en España. La existencia de personas ingresadas de forma involuntaria, sin la necesaria autorización judicial y sin el preciso

43 Párrafo segundo del Antecedente 2 c).

seguimiento judicial ha resultado ser superior en número a lo inicialmente supuesto. Un ingreso y una estancia irregular significan en esencia una violación del derecho fundamental a la libertad, amparado tanto por el artículo 18 de la Constitución Española como por el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La respuesta a tales situaciones no puede ser otra que la inmediata puesta en libertad de la persona. Esta puesta en libertad de la persona ingresada ilegalmente ha generado, sin embargo, como consecuencia una problemática social importante. En no pocos casos la puesta en libertad de esas personas supone situarlas en una situación de desamparo total cuando no tienen vínculos con familiares o con otras personas que las acojan o cuando carecen de medios para poder hacer frente por sí mismas a las necesidades básicas de la vida. En definitiva, ponerlas en libertad conlleva someterlas a una situación de pleno desamparo social.

Para evitar esos problemas nuestros tribunales han buscado el modo de solucionar de manera urgente tales situaciones de desamparo. En su búsqueda por hallar un medio para conseguir regularizar situaciones de ingreso o de estancia irregular y, al mismo tiempo, evitar que las personas que se encuentren en tales circunstancias deban abandonar la residencia que las acoge, los tribunales, en general, creyeron encontrar una vía de solución en el procedimiento que para ratificar los ingresos involuntarios urgentes regula el artículo 763 de la LEC. Estos procedimientos tienen la ventaja de la rapidez con que la ley exige su finalización: setenta y dos horas como máximo desde que llega la noticia al Juzgado de Primera Instancia. El problema ha surgido cuando los jueces se han negado, razonablemente, a utilizar esta vía cuando la persona ya está ingresada. Hay que tener en cuenta que la vía de urgencia del citado artículo no está pensada para regularizar situaciones de estancia ilegal en residencias, sino para determinar si existen causas suficientes para ratificar su ingreso.

Ante el “limbo jurídico” que tales decisiones judiciales provocan se ha venido buscando una solución que entendemos no aceptable en términos procesales. La solución consiste en iniciar un procedimiento de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad ex artículo 756 de la LEC y, a su vez, poner en marcha las supuestas medidas cautelares de estos procedimientos que no serían sino las actuaciones previstas en el artículo 763 para proceder en casos de internamientos por motivos urgentes.

En las páginas que anteceden se han expuesto los argumentos por los que creemos que esta solución no es aceptable desde un punto de vista procesal. Los procedimientos recogidos en el artículo 763 no son medidas cautelares de los procedimientos para la provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad que se regulan en los artículos 756 y siguientes de la misma ley procesal. Se ha puesto de relieve cómo ambos procedimientos son independientes. Lo son porque tienen objetos procesales distintos. Los procesos seguidos al amparo de los artículos 756 y siguientes tienen como fin proveer de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Su regulación se encuentra en el Código civil. Los procesos del artículo 763 tienen que ver con el derecho fundamental a la libertad; por este motivo su objeto no es otro que el de comprobar que el ingreso y la estancia en la residencia están lo suficientemente

justificados como para privar de libertad a la persona. Lo dicho enlaza con la materia que tutelan sobre la que versan en cada caso: la capacidad de la persona o su libertad. Ha quedado igualmente expuesto que se trata de procedimientos de naturaleza diferente. Los trámites del procedimiento del artículo 756 siguen los cauces de la jurisdicción ordinaria, los del 763 son procedimientos contenciosos que se rigen por las normas de la Ley de enjuiciamiento civil. Los primeros tienen naturaleza civil, de los segundos cabe predicar su naturaleza protectora de derechos fundamentales. Así pues, yendo en contra de los criterios recogidos por nuestra jurisprudencia, se concluye que no parece aceptable el uso del procedimiento para internamientos urgentes del artículo 763 en los casos de regularización de estancias ilegales en residencias, al no poder ser considerados estos procedimientos como medidas cautelares de los de adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad.

En la explicación de cómo se ha llegado a entender el procedimiento de internamientos urgentes como medidas cautelares de los procedimientos de adopción de medidas de apoyo se ha destacado cómo la regulación de los primeros ha venido evolucionando desde el año 1983 hasta nuestros días. De la nebulosa inicial en la que no quedaba claro qué papel jugaban los procedimientos de internamiento con respecto a los entonces llamados procedimientos sobre la capacidad de las personas se ha pasado en el momento actual a poder deslindar perfectamente unos y otros procesos y sus respectivos procedimientos. Pero no deja de ser cierto que, incluso hoy día, sigue estando presente en el pensamiento de muchos profesionales la idea de que los procedimientos del artículo 763 son una especie de procedimientos auxiliares de los de adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad del 756. Ese punto de vista se encuentra, precisamente, en la base argumental de la jurisprudencia que se ha analizado. Las razones y argumentos expuestos nos han llevado a concluir lo que ya se ha dicho en párrafos anteriores: que los procedimientos de internamientos no son medidas cautelares de los procedimientos de adopción de medidas a personas con discapacidad. La conclusión, pues, no puede ser otra que la de considerar no acertada la solución que actualmente se aplica en la práctica para regularizar las estancias ilegales en residencias: iniciar un procedimiento de adopción de medidas e inmediatamente solicitar como medida cautelar, vía 763 de la LEC, la declaración de regularidad de quien ya lleva tiempo ingresado en la residencia.

Se ha puesto de relieve cómo concebir los procesos de internamiento del artículo 763 de la LEC como medidas cautelares del proceso de medidas para personas con discapacidad tiene sus raíces en el descalabro legislativo que supuso para los trámites de internamientos por trastorno psíquico la modificación de las normas que contenía el Código civil en materia de capacidad de las personas en 1983. Esta modificación derogó la normativa de julio de 1931 sobre salud mental. Ciertamente, la etapa que inauguró la Constitución Española obligaba a reformas importantes de las normas que regulaban los internamientos involuntarios; sin embargo, el legislador, en lugar de elaborar una legislación *ad hoc*, lo que hizo fue regular tan solo los internamientos de “presuntos incapaces” dejando huérfanos de normativa al resto

de casos representado por las personas que no precisaban ser incapacitadas. Hoy día, y más tras la reforma operada por la ley 8/2021, de 2 de junio, puede verse con toda claridad que los procesos de internamiento involuntario del artículo 763 gozan de plena independencia conceptual, siendo perfectamente autónomos de los de medidas para personas con discapacidad; o, lo que es lo mismo, que cualquiera de los dos procedimientos, el regulado en el artículo 756 y los regulados en el 763, pueden llegar a su término sin depender del otro. De este hecho se deriva una consecuencia evidente y es que no se pueden utilizar los procedimientos de medidas para solucionar la ilegalidad de la estancia irregular de una persona que ya se encuentra en una residencia, recurriendo, a su vez y de forma simultánea, a los procedimientos de internamiento urgente, cual si fueran una suerte de actuaciones auxiliares de los procedimientos anteriores.

Negar la admisibilidad de las vías que actualmente se utilizan para regularizar las situaciones de estancias ilegales en residencias implica la obligación de buscar alternativas. Hemos partido del hecho de que solo los procedimientos del artículo 763 de la LEC constituyen la vía procesal para garantizar la legalidad de la estancia de una persona en una residencia, luego la solución hay que buscarla, al menos inicialmente, dentro de su ámbito de protección. Después de descartar la posibilidad de que los procedimientos de internamiento involuntario de autorización (no urgentes) puedan disponer de unas medidas cautelares (cosa que desde el punto de vista teórico sería posible pero carece de todo sentido práctico, como ha quedado expuesto) la opción más viable es la de entender que las causas de ingreso involuntario en una residencia, máxime si se hace de forma urgente, no solo son de carácter médico, sino también de naturaleza social o asistencial. Esta es la conclusión final de este trabajo. El problema sobre el que giran estas páginas tiene su origen en la negativa judicial a utilizar el procedimiento para ratificar los internamientos urgentes con el fin de regularizar la situación de personas que ya llevan tiempo ingresadas de forma irregular en una residencia. La opinión de que son solo causas médicas las que justifiquen el internamiento se encuentra ligada a un momento de esa evolución de la que hemos hablado en la que los ingresos en residencias no se eran contemplados bajo el amparo de estos procedimientos del 763. Una vez que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó sentado que a estos ingresos también le son de aplicación todas las garantías de que deben gozar los internamientos psiquiátricos, quedó claro que, las causas que justifican el ingreso en residencias pueden estar no solo ligadas al estado mental de la persona, sino a otros motivos que nada tienen que ver con ello. Esto es lo que se recoge en la última parte de este trabajo: la conclusión de que existen unas causas que permiten al Juez de Primera Instancia entender que, el ingreso involuntario de una persona en una residencia de atención social, puede estar totalmente justificado pese a que la persona goce de plena salud mental. No cabe la menor duda de que la regularización de tales situaciones pasa por admitir que, en caso de emplearse el procedimiento de internamientos urgentes para regularizar estancias irregulares, las causas que los justifican gozan de una naturaleza que puede no guardar relación alguna con el estado mental de la persona.

5. BIBLIOGRAFÍA.

- ARANGÜENA FANEGA, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares en el proceso penal*, José M.^a Bosch, Barcelona, 1991.
- ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal civil*, 13.^a edición, Madrid, 2021.
- AVELLÓ FUERTES, «Procedimientos de incapacidad introducidos por la reforma del Código Civil en materia de tutela», *Poder Judicial*, núm. 10, marzo de 1984.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico –Comentario a la STS 10-2-1986», *Poder Judicial*, Época 2^a, número 3, septiembre de 1986.
- BLANDINO GARRIDO, M. Amalia: «El defensor judicial de la persona con discapacidad», en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022
- CACHÓN CADENAS, Manuel: *Introducción al enjuiciamiento civil*, Barcelona, 202.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal civil. Parte General*, 11^a ed., Valencia 2021.
- GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1975.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: «Proceso contencioso para la provisión de medidas judiciales de apoyo. Capítulo I. Ámbito de aplicación. Principios rectores y presupuestos procesales», en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022.
- HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1975.
- HUERTAS MARTÍN, I.: *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*, Granada, 2002.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Santiago: «El internamiento de los enajenados», *Poder Judicial*, número 4, diciembre de 1986.
- MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Civil*, Valencia, en la edición de 1994 y 3^a ed., Valencia, 2008.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Barcelona, 2008.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974.
- ROCA MARTÍNEZ, José María: «Sistemas procesales para la provisión de apoyos en

el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: dualidad de proceso contencioso- expediente de jurisdicción voluntaria», en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022.

RUEDA NEGRI, J. Manuel: *Mecanismos de sustitución de la voluntad del enfermo mental. Los internamientos*, FADIDEM, Córdoba, 1996.

RUIZ-RICO RUIZ, Manuel: «La absoluta predominancia de la voluntad del discapacitado: determinación y su verdadero alcance. Supuestos posibles en los que no funcionará la voluntad actual o hipotética del discapacitado», en *La reforma procesal civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022

SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico*, Madrid, 2015.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona 1974.

VILLAR FUENTES, Isabel: «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad», en *La reforma procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, VV. AA., Barcelona, 2022.

6. JURISPRUDENCIA.

SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS:

STC 141/2012.

STC 13/2016.

STC 34/2016.

SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CITADAS:

Caso C.B. c. RUMANÍA (04.04.2013).

Caso CERVENKA c. la REPÚBLICA CHECA (13.10.2016).

Caso GLIEN c. ALEMANIA (28.11.2013).

Caso GUZZARDI c. ITALIA (06.11.1980).

Caso HERZ c. ALEMANIA (12.06.2003).

Caso HUTCHISON REID c. el REINO UNIDO (22.02.2003).

Caso K.C. c. POLONIA (25.11.2014).

Caso KAYADJIEVA c. BULGARIA (28.09.2006).

Caso LAZARIU c. RUMANÍA (13.11.2014).

Caso O.H. c. ALEMANIA (24.11.2011).

Caso S. c. ALEMANIA (28.06.2012).

Caso STANEV c. BULGARIA (17.01.2012)

Caso WITOLD LITWA c. POLONIA (04.04.2000).

Dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades: la *cultura del cumplimiento* y el traslado y extensión de la responsabilidad penal en operaciones de M&A

Difficulties of corporate criminal liability: the culture of compliance and the shifting and extension of criminal liability in M&A transactions

PEDRO FANJUL GONZÁLEZ

Abogado

pedrofanjul@outlook.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8649-4774>

Resumen: La actual delincuencia empresarial genera nuevas demandas político-criminales que han provocado la superación del clásico principio *societas delinquere non potest*. El Derecho penal protege los bienes jurídicos de la persona físicas (la vida, la libertad...). Sin embargo, las personas jurídicas son naturalmente diferentes y susceptibles de adaptarse a nuevas regulaciones debido a la competencia en un mercado económico globalizado y en constante evolución. Su equiparación en la norma penal plantea problemas fundamentales, teóricos y conceptuales que los operadores jurídicos aún no han sabido afrontar.

Abstract: *Current corporate crime generates new political-criminal demands that have led to the classic principle of societas delinquere non potest being superseded. Criminal law protects the legal assets of natural persons, (life, liberty, etc.). However, legal entities are naturally different and can adapt to new regulations due to competition in a globalised and constantly changing economic market. Their equalisation in criminal law raises fundamental theoretical and conceptual problems that legal operators have not yet been able to tackle.*

Recepción: 24/01/2024

Aceptación: 30/05/2024

Cómo citar este trabajo: FANJUL GONZÁLEZ, Pedro, “Dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades: *la cultura del cumplimiento* y el traslado y extensión de la responsabilidad penal en operaciones de M&A”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 53-96, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.03>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 53-96

Palabras clave: responsabilidad penal, personas jurídicas, compliance, traslado y extensión de la responsabilidad.

Keywords: *criminal liability, legal entities, compliance, transfer and extension of liability.*

Sumario: 1. OBJETO. 2. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA JURÍDICA. 3. EL CONCEPTO PERSONA JURÍDICA. 3.1. Introducción. 3.2. Contextualización histórica: desde Roma a nuestros días. 3.3. Una concepción moderna del Derecho de las personas jurídicas: el Derecho patrimonial y el artículo 38 del Código Civil. 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES. 4.1. Ámbito de aplicación. 4.2. Presupuestos para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4.3. Incapacidad de acción y los principios de culpabilidad y personalidad de las penas: el aspecto normativo del deber ser. 4.4. La interpretación del artículo 31 bis del Código Penal y los modelos de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica: autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad. 5. TRASLADO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL A LA SOCIEDAD RESULTANTE EN OPERACIONES M&A. 5.1. El artículo 130.2 del Código Penal. 5.2. Defectos del artículo desde el punto de vista jurídico-mercantil y jurídico-penal. 5.3. Auto de 30 de abril de 2019 de la Sección 4.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. 6. AUTORREGULACIÓN: MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL (*COMPLIANCE PROGRAMS*), Y LA IMPORTANTE DE LA *DUE DILIGENCE* PENAL EN M&A. 6.1. *Compliance* y la autorregulación. 6.2. La *due diligence* penal. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. OBJETO

Actualmente en España una empresa resultante de una operación de transformación, fusión, absorción o escisión puede ser condenada penalmente por la comisión de un delito que jamás cometió. Esta sorprendente afirmación está establecida en el Código Penal (CP, en adelante), concretamente en su artículo 130.2:

“2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella”.

La positivación del traslado de la responsabilidad penal entre sociedades plantea incertidumbres sobre la aplicación de los fundamentos básicos y elementales del Derecho Penal, así como inseguridad jurídica, debido a la redacción del precepto legal, que plantea supuestos indeterminados, y a la prácticamente inexistente jurisprudencia que pudiera aclarar los interrogantes manifestados por los operadores jurídicos.

Se abordarán las razones que justifican la adopción en el ordenamiento jurídico español del traslado de la responsabilidad penal en operaciones de transformación societaria. Se examina, en primer lugar, la perspectiva histórica del concepto persona jurídica y, posteriormente, la responsabilidad penal de las entidades. Se analiza jurídico-penalmente el fundamento sobre el que pivota la atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como el conflicto que origina con el principio de culpabilidad en materia penal. Finalmente, se profundiza en la atribución de responsabilidad penal a las empresas involucradas en procesos de transformación societaria, proponiendo posibles debates para abordar el asunto planteado. La responsabilidad penal de las personas jurídicas está sujeta a importantes cambios debido a la constante evolución económica a nivel mundial, especialmente en el contexto actual de la revolución industrial digital del siglo XXI. Dichos cambios no sólo se producen desde el punto de vista económico, sino que, además, son fruto de las alteraciones sociales que actualmente son experimentadas por la población mundial y que también se materializan en el ámbito penal¹. En palabras del Tribunal Supremo (TS, en adelante), sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, “[...] En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema”².

Por tanto, en la lectura de las siguientes páginas, debe considerarse en todo momento su marco temporal, con ánimo de no caer en erróneas conclusiones generalistas. Se abordará la cuestión de análisis desde dos puntos de vista que, por la especialización del asunto, deben estar necesariamente interconectados: el Derecho Penal y el Derecho de Sociedades.

1 Una de estas manifestaciones sociales es plasmada en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en vigor desde el 7 de octubre de 2022, que modifica el Código Penal e introduce una ampliación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Concretamente, expande el catálogo de delitos en conductas de acoso sexual (entre otras modificaciones): la persona jurídica puede ser penalmente responsable en la solicitud de favores sexuales “para sí o para un tercero, en el ámbito de la relación laboral, docente o de prestación de servicios”, siempre que la petición sea habitual y genere una situación intimidatoria, hostil o humillante para la víctima (art. 184 CP). Cuestión que intensifica y expande la responsabilidad penal de la persona jurídica a ámbitos nunca imaginados.

2 STS 221/2016 (Sala de lo Penal), de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 1535/2015), FJ 5º.

2. INTRODUCCIÓN: LA PERSONA DELINCUENTE.

Se entiende por delincuente aquella persona que delinque³: quien comete un hecho delictivo, conocido en el ámbito jurídico como *sujeto activo* del delito. La palabra ‘activo’ procede del latín *activus*, compuesta por el sufijo ‘-ivus’ (que indica una relación activa) y *actum* que procede del verbo *ágere/ago* (llevar a cabo, hacer...). Por tanto, el *sujeto activo* es la persona que lleva a cabo una acción, en este caso la comisión *del delito*. El CP⁴, en su artículo 10, define los delitos como “...las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”. Este precepto recoge todos los elementos (objetivo y subjetivo) del delito⁵:

- *Acciones y omisiones*: conducta humana dirigida por la voluntad.
- *Penadas por la Ley* (elementos objetivos): manifestación del principio de Legalidad, es decir, para que la conducta sea delictiva debe estar previamente definida como tal en la Ley (tipicidad) y sin que existan causas de justificación que excluyan su antijuridicidad.
- *Dolosas o imprudentes* (elementos subjetivos): análisis de la conducta del autor en el momento de llevar a cabo la acción delictiva, para determinar si obró de forma dolosa o imprudente.

El sujeto activo es considerado en la norma como elemento propio de la acción (caracterizándose el delito como *acción*, al llevarse a cabo por una persona, y no como *hecho*), ya que “supone un ser dotado de inteligencia y voluntad, atributos que solo pueden reconocerse en principio en un hombre”⁶. Desde este punto de vista, únicamente las personas pueden ser consideradas sujeto activo del delito (delincuente), por no existir otro ser con dichas cualidades. Es lo que se conoce como *societas delinquere non potest*: las empresas no delinquen, principio por el cual sólo puede exigirse responsabilidad penal a las personas físicas. En sus inicios, sobre el siglo XIX, la mayoría de la doctrina se opuso a la responsabilidad penal de las personas jurídicas debido a la denominada triple incapacidad: incapacidad de acción, incapacidad de culpabilidad e incapacidad de pena⁷. La regla *societas delinquere non potest* ha imperado en nuestro ordenamiento jurídico hasta 2010, año en el que una reforma del CP, operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal –LO 5/2010, en adelante– introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

3 Real Academia Española. (s.f.) Delincuente. En *Diccionario de la lengua española*. Consultado el 26 de diciembre de 2022, de <https://dle.rae.es/delincente?m=form>.

4 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

5 Vid. ESCRIBUELA CHUMILLA, J., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tesis Doctoral UCAM, Murcia, 2019, p. 43.

6 Ídem., p. 14.

7 Vid. POLAINO-ORTS, M., “Persona y Persona Jurídica”, *Revista Científica Ciencia Jurídica y Política: CPJ*, Vol. 4. Número 7, 2018, p. 28.

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán plenamente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, [...]”⁸.

Se abandona pues la idea predominante de *societas delinquere non potest* sustituyéndola por el *societas delinquere potest* (las empresas sí delinquen) y “corporate crime” (crimen cometido por corporaciones)⁹ o *criminalidad de la empresa* (“Unternehmenskriminalität”, según la propia terminología de la doctrina alemana).

La LO 5/2010 supone la consideración de las personas jurídicas como sujeto de Derecho Penal y la derogación definitiva del principio por el que las sociedades no pueden delinquir, significando, en palabras de PÉREZ FERRER, “un antes y un después de la cultura corporativa en el marco normativo de España”¹⁰. Como justificación a esta modificación, la propia Ley alude a las *obligaciones internacionales* que España tiene contraídas en el ámbito de la armonización jurídica europea, así como a “la cambiante realidad social que determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas”¹¹, teniendo dicha modificación una directa y evidente motivación internacional, con una influencia clara del derecho anglosajón, aunque la doctrina que estudió originariamente la responsabilidad penal corporativa fuera la germana. Pero esta cuestión será atendida más adelante. Lo principalmente interesante en este punto es el aspecto económico en que se fundamenta la reforma. Según DÍEZ RIPOLLÉS¹² la decisión político-criminal por la que se considera a las personas jurídicas como sujeto activo del delito ha de fundamentarse doctrinalmente en tres aspectos:

En primer lugar, porque las actuaciones de los colectivos societarios presentan una complejidad jurídica que debe ser atendida específicamente desde el derecho penal: los colectivos societarios “[...] se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos”¹³. Por otro lado, motivada por la necesidad de categorizar los elementos que deben concurrir en el comportamiento societario para llevar a cabo un juicio de responsabilidad jurídico-penal. Y, finalmente, por la relación de sanciones penales para satisfacer los fines de la pena que se pretendan y el establecimiento, de programas de cumplimiento normativo

8 Artículo 31.1 bis del CP.

9 Vid. MARTIÑÓN CANO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución”, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, 2014, p. 2.

10 PÉREZ FERRER, F., “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (*compliance*)”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Número 13, 2018, p. 133.

11 El párrafo tercero del apartado I del Preámbulo de la LO 5/2010 indica: “Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones -a veces de considerable calado- de nuestras normas penales”.

12 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Regulación española”, *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, Número 1, 2012, p. 2.

13 Ídem.

(*Compliance Programs*), prevención y detección de delitos interna: la autorregulación¹⁴. La reforma del 2010 también tiene una naturaleza mercantil, ya que busca evitar que la responsabilidad de las personas jurídicas pueda ser eludida mediante una restructuración o modificación societaria, operaciones pertenecientes al ámbito mercantil. En concreto, el apartado VIII del preámbulo de la LO 5/2010, en su párrafo quinto, señala: “[...] al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión”. Es en esta interrelación entre el derecho penal y el derecho mercantil donde se centra el objeto de la presente investigación: el eventual traslado de la responsabilidad jurídica (penal) de las sociedades (mercantiles¹⁵) en operaciones de modificaciones estructurales.

3. EL CONCEPTO PERSONA JURÍDICA

3.1. Introducción

El artículo 35 del Código Civil indica:

“Son personas jurídicas:

1º. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2º. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independientemente de la de cada uno de los asociados”.

¹⁴ *Cfr.* Ídem.

¹⁵ Se centra este estudio en las sociedades mercantiles: aquellas que se caracterizan por el ánimo de lucro que motiva su creación. La definición de sociedad que ofrece el Código Civil es prácticamente idéntica a la establecida por el Código de Comercio. Concretamente, el Código Civil en su artículo 1665 define la sociedad como “un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. El Código de Comercio en su artículo 126 indica que toda sociedad, cualquiera que fuese su clase, será mercantil si “dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro [...] Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”. No obstante, por su especialidad, se toma el concepto que añade a la sociedad la nota de mercantilidad.

El codificador del siglo XIX quiso dedicar un único artículo a las personas jurídicas, pero finalmente, introdujo una regulación genérica en un capítulo específico. Se expuso claramente la capacidad de obrar de las personas jurídicas, haciendo hincapié en la cuestión y delimitándola en el artículo 38. La capacidad jurídica y de obrar, ser sujeto de derechos y obligaciones, es por tanto la función principal que desempeña la atribución de la personalidad jurídica¹⁶. La atribución de persona jurídica a la agrupación ha sido a lo largo de la historia un tema de gran discusión jurídica, diversas teorías y un amplio debate entre la doctrina.

La inclusión en el ordenamiento jurídico de una personalidad diferente a la física atiende a unas necesidades sociales que, a priori, sólo podrían comprenderse en la actual sociedad del Siglo XXI. Como indica GALGANO: “En nuestros tiempos, la riqueza es, en términos extremos, riqueza de personas jurídicas: quien ejerce el comercio o la industria lo hace, en la mayoría de los casos, en nombre de una sociedad; quien lleva a cabo obras de solidaridad humana lo hace, en la mayoría de los casos, en nombre de una asociación o de una fundación. De esta forma la riqueza circula de una persona jurídica a otra, o circula como cuota de participación en el capital de una persona jurídica, y las personas naturales parecen reducirse al rol de proveedores de mano de obra para las personas jurídicas, o de consumidoras de sus productos”¹⁷. Estas afirmaciones son hoy ampliamente aceptadas y consideradas como algo lógico gracias a un proceso histórico de debate jurídico que ha permitido otorgar personalidad jurídica a las agrupaciones. Sin embargo, anteriormente no era así, ya que gran parte de la doctrina se mostraba reticente a reconocer estos grupos como sujetos titulares de derechos y obligaciones.

No se pretende analizar históricamente la regulación de la persona jurídica, ya que se alejaría del núcleo esencial del tema. El debate jurídico sobre la persona jurídica es convulso y extenso y podría desviar una correcta comprensión de este estudio. No obstante, sí es necesario partir de un consistente concepto de persona jurídica que ayude a cimentar el desarrollo del tema principal de este estudio.

3.2. Contextualización histórica: desde Roma a nuestros días

Las aportaciones de la jurisprudencia romana son fundamentales para sentar las bases de lo que hoy en día se entiende por persona jurídica. Roma sitúa todo sistema de derecho en ejes de poder. En el ámbito del derecho privado el único sujeto de derechos es el individuo, pero únicamente gozaban de la plenitud de derechos derivada de tal condición, los ciudadanos (no, por ejemplo, los esclavos o los *peregrini*). En el derecho público se encontraba la Ciudad. Las relaciones de la Ciudad con los

16 Vid. CAÑIZARES LASO, A., “Código Civil comentado”, *Volumen I [Título preliminar-De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I-De las personas, 2016, Artículos 35-39, De las personas jurídicas.*

17 Vid. GALGANO, F., “El concepto de la persona jurídica”, *Revista Derecho del Estado*, Número 16, 2004, p. 13.

ciudadanos no permitían que estos últimos pudieran ejercer frente a ella ningún derecho subjetivo¹⁸.

Si bien el Derecho Romano no concebía la figura de la personalidad jurídica, sí estableció que entidades diferentes al ser humano pudieran ser propietarios de bienes, principalmente el Estado y las ciudades y, posteriormente, para comunidades privadas denominadas *corpus*, *collegia* o *universitates* que estaban dotadas de fines políticos o religiosos. Apunta COSSÍO Y CORRAL¹⁹, que se trata de “unidades de derecho público, consideradas más bien como partes integrantes del Estado que como entes autónomos”, aunque, continúa el autor, “poco a poco se va variando esta concepción fundamental, y produciéndose una aproximación del régimen patrimonial corporativo al derecho privado, [...] se va considerando los *corpora* como sujetos, dotados de un verdadero *ius commercium*, así como concediéndoles la posibilidad de actuar mediante representante a los efectos de la posesión, de manumitir esclavos, de recibir legados mediante testamento, aunque sin llegar nunca a una identificación de tales *corpora* con los individuos, que es a los únicos a quienes en Roma se reconoce verdadera personalidad en derecho”.

Lo verdaderamente importante aquí es “reconocer que la personalidad jurídica –y las instituciones semejantes que existían fuera del *ius commune*– servía a la función de permitir formas de apropiación (titularidad de conjuntos de bienes) distintas de la individual, esto es, encontrar una forma de apropiación más comunitaria que la propiedad individual”²⁰. Es decir, había problema en admitir que el Estados y las ciudades, y luego las corporaciones, eran propietarios de bienes con la capacidad de adquirir, transferir y administrarlos a través de actos jurídicos, además de poder defender sus intereses en procedimientos legales. No era necesario por tanto disponer de las teorías del derecho subjetivo o del patrimonio, sólo bastaba con los conceptos de la propiedad y el dominio como contenido de la propiedad para poder ser capaces a atribuir masas de bienes a colectividades²¹. Las colectividades no eran consideradas personas jurídicas como tales, pero sí propietarias.

Desde que Constantino I reconoció la libertad de religión en el Imperio Romano mediante el Edicto de Milán, la Iglesia comenzó a desempeñar un interesante papel adquiriendo un reconocimiento legal pleno *collegium licitum* y permitiéndosele

18 Vid. COSSÍO Y CORRAL, A., “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 3, 1954, pp. 630 y ss. Disponible: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1954-30062300654

19 Vid. Ídem, pp. 634 y ss.

20 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2021, 28 de enero). “El trust, la persona jurídica y el patrimonio de afectación”. Disponible: <https://almacenederecho.org/el-trust-la-persona-juridica-y-el-patrimonio-de-afectacion>; ZENATI-CASTAING, F.; “La propriété, mécanisme fondamental du droit”, en Tomasin (dir), *Qu'en est-il de la propriété?*, Presses de l'Université Capitole, LGDJ-Lextenso Editions, 2006, pp. 243-249.

21 Cfr. Ídem.

actuar jurídicamente²². De hecho, el objetivo principal de la Iglesia en el Bajo Imperio mediante las denominadas causas pías era impedir que los bienes donados de manera voluntaria a la Iglesia fuesen apropiados por los religiosos encargados de administrar parroquias, hospitales y monasterios, y garantizar que esos bienes quedaran bajo propiedad de la Iglesia de manera permanente²³. Posteriormente, en la Edad Media, si bien es cierto que no hubo un reconocimiento del ente social como sujeto sustantivo frente a los integrantes, los romanistas medievales, así como los canonistas, continuaron el proceso de conceptualización de *corpora* y *universitas* y, además, sembraron las bases de la personificación de los conjuntos de bienes con objeto de posibilitar la gestión independiente de los bienes pertenecientes a colectividades o colectivos²⁴. A ellos se les atribuye el hablar por primera vez de la *fictio iuris*²⁵.

Atribuyendo propiedad a una entidad abstracta se limitaba los poderes de los copropietarios y se excluía su propiedad sobre los bienes, con objeto de evitar que los miembros del grupo pudieran apropiarse de los bienes de la entidad²⁶. En Alemania, desde el siglo XVIII, comienza a desarrollarse un gran debate teórico sobre el concepto persona jurídica. En el siglo posterior también se establecieron diferentes vertientes doctrinales. La más ampliamente reconocida en la actualidad por gran parte de la doctrina es la *teoría de la ficción* que considera a la persona jurídica como una creación o corporación originada por el Estado. Los puntos de vista de la doctrina de la ficción pueden resumirse²⁷ de la siguiente manera: los derechos sólo existen con relación a sujetos concretos, es decir, no puede haber derechos sin sujetos. Sin embargo, se considera que sólo las personas son los únicos sujetos de derechos. No obstante, se reconoce la necesidad de que existan entidades jurídicas con capacidad para actuar y, además, se acepta la existencia y necesidad de patrimonios sin dueño. Esto genera “una contradicción entre la lógica jurídica y los hechos, respecto a esta real necesidad”²⁸. Para resolver este conflicto se propone recurrir a la ficción. Mediante ella se busca reemplazar al sujeto que falta y así poder satisfacer esa necesidad, gestándose la idea de que las entidades colectivas “fuesen, por voluntad de la ley, tan personas como los seres humanos”²⁹. SAVIGNY consideró que la creación de

22 Vid. COSSÍO Y CORRAL, A., “Hacia un nuevo ...”, *Op. cit.*, pp. 634 y ss.

23 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2021, 28 de enero). “El trust, la persona jurídica...” *Op. cit.*

24 Vid. ZENATI-CASTAING, F., “La propriété, mécanisme ...”, *Op. cit.*, pp. 243-249.

25 Vid. GALGANO, F., “El concepto de persona jurídica...”, *Op. cit.*, p.14.

26 Para ampliar información sobre cómo la noción de comunidad cristiana facilitó la aparición de la persona jurídica ficta, véase PÉREZ JOHNSTON, R., “Los aportes del derecho público medieval a la teoría del Estado y de la Constitución. (Diálogo con Paolo Grossi)”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Número 5, 2004; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2014, 23 de diciembre). “Lo distintivo en Europa: Corporaciones, Linajes y familia nuclear”. Disponible: <https://derechomercantiles.es/blogspot.com/2014/12/lo-distintivo-de-europa-corporaciones.html>

27 Vid. COSSÍO Y CORRAL, A., “Hacia un nuevo...”, *Op. cit.* p. 628.

28 Ídem.

29 SAVIGNY aporta la noción *fictio legis o sujetos artificialmente creados por la ley*, idea que va a

esa ficción atendía a exigencias del comercio jurídico y que para ello el legislador finge que las asociaciones de personas tienen la propia atribución de persona³⁰, atribuyéndoles sustantividad ficticia.

Otra teoría destacada es la *de los organismos*, asociada a Otto von Gierke, considerando a las personas jurídicas como grupos humanos que funcionan como entes reales y previos al Derecho que sólo merecen ser reconocidos como tal por el Derecho. El Estado únicamente debía declarar tal realidad, ya que la personalidad de la corporación se deriva directamente de la voluntad colectiva de las personas que componen sus órganos. No hay ficción, sino preexistencia a la legislación³¹. En particular, von Gierke, como señala GRACIA MARÍN³², sostenía que “una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se agrupan seres humanos, con una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización, manifestando en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa”.

Para ALFARO ÁGUILA-REAL dichas teorías son en realidad bastante incompletas “porque se limitan a dar cuenta exclusivamente de si los particulares tienen derecho a formar patrimonios separados –creando un fondo común para avanzar los objetivos del grupo o apartando un fondo para destinarlo a un fin determinado como sucede con el fondo dotacional de una fundación– o si la formación de patrimonios separados requiere de la intervención del Estado. Esta cuestión es de la mayor importancia y muy relevante, por ejemplo, para la modificación de las reglas de gobierno de ese patrimonio (si se requiere autorización estatal en la constitución, habrá de obtenerse también para modificar las reglas de gobierno) o para dibujar el régimen de la representación o el alcance de la responsabilidad personal de los gestores del patrimonio separado. Pero no explican muchas otras cuestiones relevantes. Por ejemplo, cuando se constituye –se produce la separación entre el patrimonio de los socios o del fundador y el patrimonio separado– o cuando se extingue el patrimonio separado”³³. Es necesariamente fundamental atender a la extinción del patrimonio separado, es decir, a la extinción de la sociedad mercantil, en aquellos casos en los que se produzca debido a una modificación estructural sobre la misma, ya que el

sentar el concepto moderno de personalidad jurídica. Vid. GALGANO, F., “El concepto de persona jurídica...”, *Op. cit.*, p.15.

30 Vid. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it., 1886-1898, T. III, p. 240.

31 Vid. AGUIRREZABAL, M.E., *Fundamentos del Estado social en el pensamiento de Otto von Gierke*, LABOS, Número 3, pp. 189-197.

32 GRACIA MARÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 4, 1994, p. 472.

33 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 30 de abril). “Los trasplantes jurídicos y las doctrinas de la personalidad jurídica como ejemplo”. Disponible: <https://almacendederecho.org/los-trasplantes-juridicos-y-las-doctrinas-de-la-personalidad-juridica-como-ejemplo>

artículo 130.2 del CP indica que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se extingue, sino que se traslada. Por tanto, se requiere una concepción de la persona jurídica que dé cuenta su función económico-social: la concepción patrimonial de la persona jurídica.

3.3. Una concepción moderna del Derecho de las personas jurídicas: el Derecho patrimonial y el artículo 38 del Código Civil

ALFARO ÁGUILA-REAL³⁴ desarrolla las aproximaciones iniciales de los juristas alemanes Alois von Brinz y Julius Binder, entre otros, situando la importancia jurídica en analizar los aspectos reales de la sociedad, es decir, al patrimonio separado el cual está a cargo de los administradores y pertenece a los socios como titulares. Sólo desde la noción del patrimonio puede encontrarse el factor común entre individuos y personas jurídicas para poder aplicar las mismas reglas a ambos: los individuos utilizan el patrimonio para poder desarrollar libremente su personalidad (artículo 10 de la Constitución Española³⁵) –comprar una casa donde vivir, pagar sus estudios, viajar...– y las sociedades para cumplir su objeto social. Entiende que las sociedades con personalidad jurídica “son patrimonios dotados de capacidad de obrar cuyo origen está en un contrato entre los que deciden cooperar para perseguir un fin común”³⁶. Y las reglas que se aplican a los patrimonios son bien distintas a las aplicables a los bienes singulares; ser propietario de un determinado bien o ser titular de un derecho real no es equiparable a ser el titular de un patrimonio. Las reglas sobre la adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales no son aplicables a los patrimonios no individuales, ya que estos últimos se constituyen mediante la aportación o la dotación, se transmiten mediante las modificaciones estructurales

34 Jesús Alfaro Águila-Real, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, en el blog jurídico www.almacenederecho.org recoge su visión sobre el concepto persona jurídica. Considera la teoría de la ficción como excesiva, ya que las personas jurídicas solo son equiparables a las físicas en la capacidad para ser parte de relaciones jurídico-patrimoniales. Esta equiparación supone la aplicación de un régimen que sólo deben implementarse a los seres humanos. La reducción sobre la capacidad para ser parte es lo que, en sus palabras, quiso hacer el codificador cuando llevó a cabo la definición de la capacidad de las personas jurídicas en el artículo 38 del Código Civil (*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*): adquirir, enajenar y ser capaz de defender tales adquisiciones ante tribunales. De la lectura de este precepto se deduce que la capacidad de obrar de las personas jurídicas “es puramente patrimonial”, ya que supone una capacidad para participar en el tráfico jurídico y económico. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 6 de febrero). “Un comentario muy breve a los artículos 35 a 39 del Código Civil”. Disponible: <https://almacenederecho.org/introduccion-al-derecho-de-las-personas-juridicas#:~:text=La%20respuesta%20es%20sencilla%20cuando%20se%20lee%20el%20art.&text=Dice%20este%20precepto%20que%20>

35 “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

36 *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2022, 10 de octubre). “Prefacio a ‘La personalidad jurídica’”. Disponible: <https://almacenederecho.org/prefacio-a-la-personalidad-juridica>

–sustitución de la persona jurídica titular– y se extinguen a través de la liquidación³⁷. Es decir, las sociedades con personalidad jurídica deben ser entendidas como la creación por contrato de un patrimonio colectivo al que se le otorga gobernabilidad, permitiéndole participar en el tráfico jurídico –capacidad de obrar– (transacciones de adquisiciones, enajenación y cesión de bienes y derechos, así como asumir obligaciones y poder entablar relaciones con patrimonios terceros) para poder perseguir un fin común.

Por tanto, observar la persona jurídica como un patrimonio separado y no como un grupo unificado va a exigir el reconocimiento de tal personalidad jurídica a la asociación. Lo importante no es el carácter colectivo de la asociación, sino que realmente se ha contribuido a la creación de un patrimonio separado del individual para que pueda actuar como tal en el tráfico jurídico y económico. En consecuencia, “el Derecho sólo necesita reconocer personalidad jurídica al grupo si el grupo tienen un patrimonio común y separado del patrimonio individual de cada uno de sus miembros. Si no hay tal patrimonio separado, la relación existente entre ellos –la celebración del contrato que les une, esto es, el contrato de asociación– no produce el efecto de generar una persona jurídica, un patrimonio”³⁸. La visión patrimonialista de la persona jurídica permite acaparar el aglomerado de bienes, derechos y obligaciones de la entidad y resulta más convincente ya que posibilita explicar cuestiones como la naturaleza de la disolución de la sociedad, la doctrina sobre los órganos y los acuerdos sociales que se lleven a cabo, así como el sentido de los atributos de la persona jurídica (nacionalidad, domicilio, nombre...)³⁹. La función social del patrimonio es permitir a los individuos desarrollarse como personas, atendiendo a sus necesidades físicas e intelectuales, sobreponerse a los accidentes y a las desgracias, ahorrar, especializarse y dividirse el trabajo, intercambiar cosas propias por ajenas, y obtener las economías de escala y las ventajas del trabajo en equipo formando patrimonios comunes a los miembros de un grupo concreto para poder conseguir los fines que estos establezcan. Si se identifica al titular del patrimonio individual como la finalidad a la que el patrimonio sirve, es decir, el desarrollo de su personalidad, sólo hay que extender el concepto para explicar las personas jurídicas: son patrimonios que sirven a una finalidad colectiva y que adquieren personalidad al designar a individuos para que actúen con efectos sobre el patrimonio y logren, a través de sus acciones, la consecución del fin que dio origen a su creación. La correspondencia es, por tanto, entre los fines a los que sirven los conjuntos de bienes y derechos, y no entre sujetos (los seres humanos y las personas jurídicas). Para lograr la finalidad en común de un patrimonio colectivo, es necesario personificarlo dotándolo de gobernabilidad,

37 *Cfr.* Ídem.

38 *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 11 de abril). “Personas y cosas. Individuos y patrimonios”. Disponible: <https://almacendederecho.org/personas-y-cosas-individuos-y-patrimonios>

39 *Cfr.* Ídem.

agencia o capacidad de obrar, mediante la designación de individuos que actúen en el tráfico jurídico-económico en nombre del colectivo⁴⁰.

Concluye ALFARO ÁGUILA-REAL que “el Derecho de las Personas Jurídicas ha de estar presidido por el respeto a la vida privada, en directa oposición a la concepción de Savigny que, lamentablemente ha prevalecido en buena parte de la doctrina actual [...] acerca de que las personas jurídicas son “una criatura del Estado” y, por tanto, a su entera disposición”⁴¹. La concepción patrimonialista de las personas jurídicas es más conveniente porque no las incluye en el ámbito del Derecho de las Personas –cuyo ámbito son los seres humanos– sino que se adentra al campo del Derecho Patrimonial. Esta perspectiva evita la tentación irresistible de aquellos que se basan en la teoría de la ficción de otorgar a las personas jurídicas el mismo estatus que a los individuos. Esta, a priori simple, equiparación llevaría a una compleja y costosa elaboración y delimitación de excepciones, así como a un aumento del riesgo de tomar decisiones perjudiciales⁴². Por ejemplo, ha habido amplios debates y discusiones doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la titularidad por parte de la persona jurídica de derechos fundamentales o sobre su *derecho al honor*⁴³.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES

4.1. Ámbito de aplicación

La delincuencia cometida a través de las sociedades instrumentales o pantalla o mediante el velo o fachada de la persona jurídica ha motivado la irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su regulación por parte de la LO 5/2010 dejó dudas sobre su alcance. Principalmente en lo que respecta a determinar su ámbito de aplicación, es decir, qué entidades son destinatarias de las novedosas exigencias penales que se introdujeron. El ordenamiento jurídico español incluye diferentes regímenes que serán aplicables a las diferentes circunstancias de las entidades dentro del proceso penal. Conviene en este punto seguir las dos matizaciones que ETXEBERRIA BEREZIARTUA establece. Por un lado, existe una responsabilidad penal estricta y otra

40 Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2018, 29 de mayo). “Bosquejo de una teoría de la personalidad jurídica”. Disponible: <https://almacendederecho.org/bosquejo-una-teoria-la-personalidad-juridica>

41 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 6 de febrero). “Un comentario muy breve...”, *Op. cit.*

42 Cfr. Ídem.

43 Sobre el *derecho al honor* de la persona jurídica, inicialmente la jurisprudencia defendía que éstas tienen derecho al honor, debiendo ser protegido por ser una integridad moral que debe ser tutelada (STS de 28 de abril de 1989). Posteriormente (STS de 2 de marzo de 1989), se entiende que las personas jurídicas no tienen honor sino *prestigio*: la buena fama frente a los demás, abarcando el prestigio únicamente el aspecto externo del honor. El prestigio no es un derecho fundamental. Después, en STS de 21 de mayo de 2009, se reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas, aunque con una intensidad menor que el de las personas físicas. Para ampliar información, véase CAÑIZARES LASO, “Código Civil comentado”, *Volumen I [Título preliminar-De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I-De las personas, 2016, Artículos 35-39, De las personas jurídicas.*

más amplia. Por otro lado, existen entidades mercantiles que actúan bajo “el manto” de la personalidad jurídica y otras que, directamente, actúan sin tener personalidad jurídica⁴⁴. En un sentido estricto la responsabilidad penal se aplica cuando la entidad se enfrenta a un proceso penal similar al dirigido a una persona física, participando la empresa en el proceso penal con los mismos derechos y garantías que la persona física, asumiendo la posibilidad de ser condenada y sancionada de manera independiente a la persona física involucrada. En un sentido más amplio, también puede entenderse que la responsabilidad penal de las corporaciones como la asunción de las consecuencias de los delitos cometidos por las personas físicas vinculadas a ella. En segundo lugar, debe partirse de la base que existen entes con personalidad jurídica y entes que carecen de ella. Según estas circunstancias el régimen penal es distinto, y sólo denominará responsabilidad penal de las entidades a una de ellas:

La empresa con personalidad jurídica será susceptible del régimen establecido en el artículo 31 bis del CP –*responsabilidad penal de las personas jurídicas*–. Las empresas, organizaciones, entidades u otras agrupaciones de personas sin personalidad jurídica le serán de aplicación el régimen accesorio establecido en el artículo 129 del CP⁴⁵. Lo que aquí interesa fundamentalmente es centrarse en el régimen penal del artículo 31 bis CP para las entidades con personalidad jurídica. En el Capítulo XIII, *De los delitos societarios*, el CP, en su artículo 297, ofrece un concepto de sociedad que es demasiado amplio:

“A los efectos de este capítulo, se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

El ámbito de aplicación debe estrecharse aún más, en concreto, tal y como se indicó al inicio de este estudio, aquí se estudia las sociedades mercantiles, es decir, aquellas constituidas a través de un contrato de sociedad con ánimo de obtener ganancias económicas (que son las susceptibles de sufrir un proceso de modificación estructural).

4.2. Presupuestos para la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma introducida mediante la LO 5/2010 añadió el artículo 31 bis al CP⁴⁶.

44 *Vid.* ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E., “El primer régimen de responsabilidad penal: la regulación del art. 31 bis del código penal o la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Proceso Penal*, 2021, p. 3 y ss.

45 *Cfr.* Ídem.

46 Inicialmente y antes de 2015, la redacción del 31 bis CP reflejaba:

“1. 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.

Si bien la superación del *societas delinquere non potest* ya era una realidad positivada en la norma, fue necesario introducir modificaciones para aclarar y cimentar el régimen establecido. Por ello cinco años más tarde, la LO 1/2015 modifica el tan discutido precepto⁴⁷, aunque mantiene los dos modos de imputación ya establecidos. Esta Ley añade los siguientes cambios especialmente importantes: reemplaza la redacción del apartado 1 del artículo 31 bis, incluyendo dos modificaciones; en la primera de ellas se sustituye y amplía la definición de los sujetos activos del hecho (los “*representantes legales y administradores de hecho o de derecho*” son reemplazados por “*el representante legal o el que actuando individualmente como integrante de un órgano de la persona jurídica, esté autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostente facultades de organización y control dentro de la misma*”), y en la segunda, donde anteriormente se establecía que administradores o empleados debían actuar “*en provecho*” de la persona jurídica, tras la reforma deberían actuar en “*beneficio directo o indirecto*” de la misma⁴⁸. Otra de las modificaciones relevantes de la LO 1/2015 es la inclusión, en el artículo 31 bis CP, de cuatro apartados relativos a los programas de cumplimiento que funcionan como eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por tanto, la imputación requiere que ciertas personas físicas actúen por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica; pudiendo ser, por un lado, los representantes legales de la sociedad o personas con facultades de decisión en el seno de la empresa y facultades de organización y control y, por otro lado, empleados de la compañía y subordinados de los directivos (porque estos últimos hayan incumplido deberes de

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.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

47 El artículo 31 bis 1 CP, tras la reforma de la LO 1/2015, queda redactado de la siguiente forma: “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”.

48 Este último aspecto, *en beneficio directo o indirecto*, término claramente patrimonial, coincide acertadamente con la visión patrimonial de la persona jurídica que sigue ALFARO ÁGUILA-REAL y que ha sido comentada en el apartado 3.3 de la presente investigación (*Una concepción moderna del Derecho de las personas jurídicas: el Derecho patrimonial y el artículo 38 del Código Civil*).

supervisión y control sobre los subordinados).

El catálogo de delitos contemplados para las personas jurídicas se encuentra disperso a lo largo del CP, es decir, no se incluye en ningún caso alguna relación unificada de los concretos supuestos para responsabilizar a la persona jurídica⁴⁹.

4.3. Incapacidad de acción y los principios de culpabilidad y personalidad de las penas: el aspecto normativo del deber ser

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español plantea problemas en su aplicación práctica (*law in action*) así como en su formulación teórica (*law in books*)⁵⁰. El Tribunal Constitucional ha tratado el denominado principio de personalidad de las penas indicando:

“[...] que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, incluido en el artículo 25.1 CE, implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [...], pero la existencia de responsabilidades penales de terceros no excluye necesariamente la responsabilidad del recurrente por sus propios actos [...]”.

Este principio es uno de los fundamentales que rigen el correcto funcionamiento del Derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico, que asentó sus bases teórico-filosóficas sobre la persona física. Es necesario destacar que la noción de la responsabilidad penal se caracteriza por la valoración de los hechos exteriorizados, y no exclusivamente subjetivos, atribuidos a una concreta persona natural tras la valoración de pruebas y contradicción por las partes. Como indica CUERDA RIEZU⁵¹, “incluso en la vida diaria cabe sostener la aseveración de que ante todo somos lo que hacemos, mucho más que lo que soñamos o proyectamos, que en la mayoría de las

49 En el momento en que se escriben estas líneas, y teniendo en cuenta la modificación del CP introducida por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en España una persona jurídica puede ser responsable penalmente por los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos humanos, delitos contra la integridad moral, trata de seres humanos, acoso sexual, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informáticos, estafas, frustración a la ejecución, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, blanqueo de capitales, financiación ilegal de partidos políticos, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos urbanísticos, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, delitos contra los animales, delitos relativos a la radiaciones ionizantes, delitos provocados por explosivos y otros agentes, delitos contra la salud pública, tráfico de drogas, falsificación de moneda, falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje, cohecho, tráfico de influencias, malversación, delitos de odio, terrorismo y contrabando.

50 PÉREZ ARIAS, J., *Creación judicial del Derecho penal*, 2022, p. 14.

51 CUERDA RIEZU, A., “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. LXII, 2009, pp. 186 y 187.

ocasiones se queda en el umbral de los sueños o de los proyectos nunca ejecutados [...]; se trata de que ese hecho exteriorizado y no meramente subjetivo se atribuya a una persona concreta, que se convierte así en un centro de imputación. El concepto moderno de responsabilidad jurídico-penal manifiesta una clara aversión hacia las atribuciones raciales o colectivas, del tipo –los judíos son responsables de la muerte de Cristo– o –los alemanes son responsables de la Segunda Guerra Mundial–” o, de forma común en actual *vox populi*, ‘los hombres nos matan’. Por el contrario, dicho concepto moderno de la responsabilidad jurídico-penal tendía, y debería seguir tendiendo, a hacerse preguntas del tipo: “¿quién violó a la víctima X?”, “¿quién defraudó a la Hacienda Pública?” “¿quién es el responsable de la construcción ilícita de un hotel en primera línea de playa?” o “¿quién asesinó a esa mujer?”⁵².

Así las cosas, la responsabilidad penal por la comisión de un delito es atribuida, individualmente, a una persona y no a lo abstracto, a un grupo o colectivo. Es decir, para que una persona sea considerada penalmente responsable debe haber llevado a cabo una acción u omisión recogida en la norma (típica), contraria a derecho (anti-jurídica), penalmente reprochable al autor (culpable) y susceptible de ser castigada (punible). Ahora bien, ¿pueden las sociedades –por una mera decisión del legislador– ser penalmente responsables por las conductas llevadas a cabo por personas físicas? Las sociedades, por su propia naturaleza, no son seres dotados de inteligencia ni voluntad autónoma, por lo que no tienen la capacidad de tomar decisiones (por ello es necesario que dispongan de un órgano de gobierno –compuesto por personas naturales– que tome las decisiones por ella), ni de razonar, ni de diferenciar entre el bien y el mal, ni de prevenir peligros. Desde este planteamiento tan lógico, que no requiere mayor profundización, resulta dificultoso demostrar la capacidad de acción de las personas jurídicas –es decir, la aptitud para realizar conductas delictivas–. Haciendo una lectura literal del art. 31 bis CP “... las personas jurídicas serán penalmente responsables a) De los delitos cometidos [...] 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 y b) De los delitos cometidos [...] por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior...” puede comprobarse que la incapacidad de acción es directamente asumida en la propia norma: la sociedad es responsable de los delitos que cometan otros terceros, no de aquellos que ella misma cometa, ya que no puede. Por tanto, la entidad “sólo actúa nominalmente como requisito jurídico de validez”⁵³. Siguiendo estas nociones, DEL MORAL destaca lo siguiente:

“El “culpable” de esa acción delictiva será el empleado. También podría decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado incurrió en una conducta

52 Cfr. Ídem. p 187.

53 PÉREZ ARIAS, J., *Creación judicial...*, *Op. cit.*, p. 18.

imprudente al no establecer las medidas de control: ¿es eso culpa de la persona jurídica? Si se quiere, llámese así: pero es culpa del administrador (o administradores) [...]. En último término toparemos siempre con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente. Será sólo la conducta de una persona, o la confluencia de las conductas de varios o muchos vinculados a la empresa. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante “culpabilidad de la sociedad”, de acuerdo; pero no nos engañemos diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas...”⁵⁴.

En virtud de lo anterior, siguiendo la denominada cadena secuencial del delito, el principal error jurídico se sitúa en tratar de situar a la sociedad en la posición de autora de hechos penalmente relevantes. Este error ejerce como presupuesto para la incapacidad de reprochar válidamente la conducta (culpabilidad) o para “analizar la incapacidad de las personas jurídicas para motivarse ante el mandato contenido en las normas penales”⁵⁵, ya que para que la sociedad sea objeto de reproche, previamente debe ser considerada autora de alguna conducta. La persona jurídica facilita a la conducta delictiva el medio (la infraestructura societaria), el nombre (de la propia sociedad) o la finalidad (actividad societaria), pero ello no fundamenta que la realización real de la acción sea directamente de la entidad⁵⁶. Señala CUERDA RIEZU que “cuando alguien es condenado por algo que no ha cometido, no sólo no hay dolo ni imprudencia, ni tampoco culpabilidad, sino que en realidad no se cumple ninguna de las categorías de la teoría jurídica del delito: no hay conducta en el sentido penal, no es típica, ni tampoco antijurídica, ni el sujeto es culpable, ni el hecho es punible; o si se prefiere: no hay imputación objetiva, no hay imputación subjetiva ni tampoco imputación personal”⁵⁷. Es decir, no es posible que la sociedad pueda llevar a cabo, por sí misma, acciones penalmente relevantes; necesita obligatoriamente la interacción de sus directivos, representantes o empleados, personas que sí tienen la capacidad de tomar decisiones y pueden abusar de la personalidad jurídica de la compañía para cometer delitos. La culpabilidad sólo puede evaluarse desde una perspectiva ética y social (reproche al autor), y únicamente las personas naturales pueden decantarse sobre las posiciones ético-sociales que deben tomar en cada momento.

No obstante, para lograr comprender las dificultades teóricas que plantea la abstracción del sujeto activo, la doctrina apunta a la necesidad de “superar el clásico

54 DEL MORAL GARCÍA, A., “A vueltas con los programas de cumplimiento y su transcendencia penal”, *Revista de jurisprudencia*, 2017.

55 PÉREZ ARIAS, J., *Creación judicial...*, *Op. cit.*, p. 22.

56 *Cfr.* Ídem, p. 24.

57 CUERDA RIEZU, A., “El principio constitucional de ...”, *Op. cit.*, p. 193.

entendimiento de la acción como algo ontológico o prejurídico (que exigiría concretos movimientos corporales dependientes de la voluntad humana) y entendiendo el concepto de la acción de manera normativa, donde lo que importa no es el movimiento corporal (esto es, el elemento ontológico del ser) sino la infracción de un deber (o sea, el aspecto normativo del deber ser)”⁵⁸. Ello concordaría la necesaria visión sobre la función social del patrimonio –la persona jurídica, la sociedad–, entendiéndose el mismo como un conjunto de bienes y derechos autónomos que persigue una finalidad –mercantil– en común concreta, y cuyo *deber ser* no es más que el libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes siempre que respete a la ley y a los derechos de los demás, el orden público y la paz social⁵⁹. El planteamiento sociológico-funcionalista otorga a la pena una función instrumental y accesoria, pero es el único que permite la comprensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En consecuencia, la responsabilidad penal de la persona jurídica se deriva de las actuaciones de quienes controlen ese patrimonio –por acción directa o por no ejercer un debido control de diligencia sobre los actos subordinados–. Resultó ser necesario establecer el modelo de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

La doctrina alemana desarrolló hace unas décadas el concepto *criminalidad de empresa* –en alemán, *Unternehmenskriminalität*⁶⁰–, reflejando la necesidad de incorporar al debate actual la adaptación de las antiguas estructuras estáticas de la teoría del delito a las nuevas realidades sociales o, en cambio, si fuese necesario introducir una teoría del delito *ex novo*. La capacidad penal de las personas jurídicas o morales es admitida antes del año 2000 en los ordenamientos jurídicos portugués y francés. Se apunta a un modelo constructivista de *autorresponsabilidad empresarial*, que se funda en la *ciudadanía empresarial* (en inglés, *Corporate Citizenship*): la sociedad (mercantil) debe ser entendida como un ciudadano corporativo fiel al Derecho cuyo modelo de atribución de responsabilidad es compuesto de una serie de elementos: la competencia empresarial, la imputabilidad empresarial, la culpabilidad empresarial, la responsabilidad por el hecho empresarial⁶¹... El modelo constructivista de la autorresponsabilidad empresarial se acerca a postulados del Derecho penal moderno, al equiparar completamente la persona jurídica (ciudadano empresarial) con la persona física (ciudadano): “un ciudadano (una persona) cuya fidelidad a la

58 POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, 2009, p. III.

59 Artículo 10.1 Constitución Española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

60 Entre otros, pero principalmente, BERND SCHÜNEMANN en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 94 y ss.

61 Cfr. POLAINO-ORTS, M., “Persona y ...”, pp. 26-29.

norma determinará la satisfacción de las expectativas sociales en él depositados y cuya infracción normativa será el parámetro de su responsabilidad penal”⁶².

4.4. La interpretación del artículo 31 bis del Código Penal y los modelos de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica: autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad

La inicial redacción del artículo 31 bis CP, introducido por la LO 5/2010, planteó serias dudas sobre su interpretación. Parecía que el legislador se había decantado por un sistema de imputación societaria fundado en la transferencia de la responsabilidad⁶³, es decir, la responsabilidad penal del concreto delito llevado a cabo por seres humanos es trasladada a la persona jurídica. Por tanto, atendiendo a lo regulado en la ley, se originaron “en estas situaciones dos responsabilidades penales, la primera, la propia de las personas físicas que han cometido el delito, y la segunda, la responsabilidad penal autónoma”⁶⁴.

Ahora bien, ¿cómo puede determinarse la transferencia de la responsabilidad penal desde la persona física a la jurídica? Se establecen tres sistemas de imputación; el primero de ellos consiguió inicialmente el apoyo de una gran parte de la doctrina y es conocido como *heterorresponsabilidad* o modelo vicarial o por hecho ajeno. Este modelo determina que la sociedad es responsable de las acciones de personas que actúan dentro del marco del desempeño de sus funciones y en beneficio de la compañía. Es decir, la culpabilidad de la persona jurídica se deriva del delito cometido por el individuo vinculado a la sociedad, ya sea por un directivo o un empleado (persona física). Este enfoque respeta la concepción clásica de la persona física como único individuo capacitado para llevar a cabo comportamientos penalmente relevantes (al disponer de conciencia y voluntad). No obstante, tal y como ha sido expuesto en el subapartado anterior, un enfoque estricto del modelo de heterorresponsabilidad lleva a importantes ataques sobre el principio de culpabilidad y de personalidad de

62 Ídem.

63 El origen sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas tiene lugar en las doctrinas anglosajona y norteamericana donde, a partir del Siglo XIX, se formularon diversas teorías para poder fundamentar la responsabilidad derivada del hecho de otro. La tesis originaria (*Modelo de Transferencia*) de origen anglosajón, se fundamentaba en la relación feudal del *common law* en la que los Señores se responsabilizaban de cualesquiera acciones de sus súbditos. El problema del modelo es que sólo atribuía responsabilidad por la omisión del deber de control sobre el sirviente, sin poder imputar la responsabilidad por la acción del Señor. El *Modelo de Transferencia* evolucionó en dos etapas: el *Modelo de Identificación* o *alter ego*, que considera a la sociedad como un sujeto dirigido por sus directores pero solo imputa acciones de representantes y no de empleados (considerados las manos de la sociedad); y la *responsabilidad vicarial estricta*, que surgió desde 1990 y responsabiliza a la compañía por acciones de representantes y empleados, siempre que intervengan en el campo de la autoridad de esta. Sin embargo, estas evoluciones llevaron a la transformación hacia un *Modelo por Hecho propio*, donde se responsabiliza a la sociedad considerando sus actos como propios, atribuyendo la causa de imputación al defecto de organización social. Vid. PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2014, pp. 56-61.

64 Vid. ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E., “El primer régimen de...”, *Op. cit.* p. 7.

las penas. En palabras de AGUILERA GORDILLO “no parece fácil compatibilizar el respeto a este principio en la relación personas física/jurídica si el reproche penal deviene, directamente, de la conducta de una persona física. Además, se obvian elementos muy relevantes como, por ejemplo, las interacciones estratégicas que concurren en la organización y el papel que ejerce la influencia del grupo en los procesos de toma de decisiones de los individuos⁶⁵”.

El segundo modelo, conocido como el sistema de *autorresponsabilidad*, imputa a la sociedad aquellas conductas delictivas que entiende cometidas por ella misma, es decir, se considera culpable a la entidad por los defectos en su organización o por la ausencia de medidas adecuadas de control interno para evitar la comisión del hecho delictivo –por tanto, en teoría no hay transferencia alguna de responsabilidad, sino que la propia compañía es *auto-responsable*–, considerándola una *entidad social real*⁶⁶. Se entiende a la persona jurídica como medio autónomo con dominio sobre sí misma y cuyos integrantes se diferencian de ella sin relevancia analítica; su tipicidad objetiva se centraría en el defecto organizativo mientras que la subjetiva radicaría en el conocimiento del riesgo y de la culpabilidad corporativa por ausencia de una cultura de cumplimiento normativo. Es decir, la sociedad queda igualada a la persona jurídica a través de una equivalencia funcional⁶⁷. Lo relevante es certificar tales defectos para poder culpabilizar a la compañía. Trata de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica a partir de la denominada *culpabilidad por defecto de organización*, suponiendo un sistema “más ambicioso que el vicarial, pero de más difícil encaje en un Derecho penal antropocéntrico”⁶⁸. Además, en palabras de PÉREZ ARIAS, dicho modelo “supone una artificiosa teoría jurídica que atenta, entre otros, contra el principio de imputabilidad”⁶⁹. Por último, AGUILERA GORDILLO destaca que el hándicap principal del modelo de autorresponsabilidad se encuentra en la limitada robustez ontológica de las bases en que se sustenta y en la falta de un enfoque metodológico que permita un análisis efectivo sobre cada supuesto concreto, incluido el traslado de la responsabilidad penal entre sociedades⁷⁰.

Con un mínimo apoyo doctrinal, se encuentra el sistema mixto, que transfiere la responsabilidad penal siguiendo las premisas de sistema de heterorresponsabilidad, pero se realiza una graduación de acuerdo con la propia culpabilidad de la entidad, tomando como referencia los errores en su organización que facilitaron la comisión del delito.

65 AGUILERA GORDILLO, R., “Report 1: El “traslado” de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 D.P., identidad y *due diligence* penal”, Compliance Advisory LAB-Investigación sobre Compliance, Forensic y R.PPJ. de Grant Thornton, 2020, p. 6.

66 Palabras del TS, Sala de lo Penal, en Sentencia 89/2023, 10 de febrero.

67 Cfr. AGUILERA GORDILLO, R., “Report 1: El “traslado” de...”, *Op. cit.*, p. 3.

68 Ídem.

69 PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución...*, *Op. cit.*, p. 61.

70 *Vid.* AGUILERA GORDILLO, R.; “Report 1: El “traslado” de...”, *Op. cit.*, p. 5.

Inicialmente la doctrina planteó un intenso debate en el que gran parte de esta defendía que la responsabilidad penal de las personas jurídicas positivada por la LO 5/2010 se fundaba en el sistema de heterorresponsabilidad⁷¹, por el que se produce una transferencia de la responsabilidad de la persona natural a la sociedad. Es más, como ha sido mencionado anteriormente, hasta la propia redacción del artículo así lo indica expresamente (“[...] las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos [...] por sus representantes legales... o ... por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas anteriores...”). La discusión también se centró en la vulneración del principio de responsabilidad por hecho propio y si constitucionalmente estuviese avalado que las personas jurídicas no gozasen de las mismas garantías jurídico-penales que las personas naturales⁷². No obstante, todos estos debates deberían considerarse, *a priori*, superados en la actualidad: en 2015, mediante la LO 1/2015 se introdujo una “mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”⁷³ y el legislador trató de zanjar toda discusión:

“[...] 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”⁷⁴.

a inclinación de la LO 1/2015 hacia el modelo de autorresponsabilidad supone asumir que la sociedad comete un error al permitir que alguna persona natural bajo su ámbito de dominio realiza actos delictivos que repercuten en la compañía, tratándose, teóricamente, de una conducta propia de la compañía la que origina la responsabilidad penal. No obstante, hay quienes destacan que la reforma de la LO 1/2015 no modificó el sistema vicarial. Concretamente, DEL MORAL GARCÍA indica la imposibilidad de la persona jurídica de llevar a cabo hechos propios y plantea que debe ajustarse responsabilidad penal corporativa que ajuste los principios de culpabilidad y responsabilidad de las penas⁷⁵.

DÍEZ RIPOLLÉS plasma las incertidumbres jurídico-penales que surgen en esta cuestión. Principalmente, plantea que, debido a la incapacidad inicial del legislador de configurar un injusto específico propio de la persona jurídica, se reconduce el debate hacia la admisibilidad social y constitucional de atribuir a la sociedad responsabilidad por el hecho injusto ajeno cometido por personas físicas por su

71 En esta posición se situaba principalmente la Fiscalía, ya que posibilitaba la investigación y la acusación frente a la sociedad. Véase ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E. “El primer régimen de...”, *Op. cit.* p. 8.

72 *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 6.

73 Preámbulo III Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

74 *Ídem.*

75 DEL MORAL GARCÍA, A.; “A vueltas con los...”, *Op. cit.*

cuenta y en su provecho⁷⁶. También critica las incompatibilidades del sistema de autorresponsabilidad, en el ejemplo en que la exigencia de responsabilidad penal a las sociedades instrumentales sólo tiene sentido en el sistema de transferencia, es decir, en el vicarial, ya que en el modelo de autorresponsabilidad el injusto culpable de la sociedad instrumental carecería de sustento⁷⁷. En este último aspecto, también se plantearon las interrogantes sobre si todas las personas jurídicas, por el hecho de estar formalmente constituidas como tal, serían susceptibles de imputación (capacidad para ser parte). Sobre ello la Fiscalía General del Estado tuvo que “echar un capote” en 2011, indicando a los señores Fiscales que en los casos de las sociedades instrumentales recurriesen a la doctrina del levantamiento del velo “a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla, evitando imputar a estas últimas aun a pesar de que puedan gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el art. 31 bis del Código Penal”⁷⁸. Ante esta inseguridad interpretativa sobre la imputabilidad de las sociedades pantalla, la Audiencia Nacional (AN, en adelante) en 2014, establece una interesante distinción entre las personas jurídicas imputables y las inimputables, definiendo que sólo son imputables aquellas que no son meros instrumentos para cometer delitos o fachadas para ocultar actividades criminales⁷⁹. Posteriormente, en 2016 el TS –en su primera condena penal a una persona jurídica– señaló que el carácter instrumental de estas entidades se agota con la comisión delictiva, lo que las hace no imputables como personas jurídicas⁸⁰.

Por otro lado, también refleja DÍEZ RIPOLLÉS las vulneraciones del modelo de autorresponsabilidad en la presunción sobre la respuesta penal de las personas física y jurídica por un mismo injusto culpable, mediante la obligación de modular las penas de multa imponible a ambas personas para que su cuantía total sea ajustada

76 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 16.

77 Las sociedades instrumentales, o sociedades pantalla, son aquellas creadas por personas naturales con objeto de cometer delitos o eludir responsabilidades penales. Díez Ripollés indica que, para este tipo de casos, “hubiera sido preferible [...] crear el delito de testaferría, que hace responder a las personas físicas por servirse de la sociedad para aquellos fines, sin perjuicio de aplicar la medida de seguridad de disolución de la sociedad y los delitos cometidos por las personas físicas sirviéndose de tal instrumento societario”. *Cfr.* Ídem, pp. 12 y 19.

78 Vid. Doctrina de la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. Esta circular tuvo como claro objetivo aportar aclaraciones sobre el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010. Si bien, con la reforma del CP introducida por la LO 1/2015, también tuvo la Fiscalía que emitir una Circular (Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015) para clarificar las nuevas modificaciones introducidas por la ley. No obstante, en ambas circulares la Fiscalía General del Estado apostaba firmemente que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP es de atribución por un modelo de tipo vicarial.

79 Auto de la AN 359/2014 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de mayo (recurso 128/2014), FJ 5º.

80 STS 154/2016 (Sala de lo Penal) de 29 de febrero, FJ 11º.

a unos mismos hechos⁸¹. Esta responsabilidad de la sociedad puede fundamentarse en cuatro criterios de imputación alternativos. El primero de ellos –*hecho delictivo societario*– imputa a la sociedad el hecho realizado por un sujeto bajo su esfera considerándose un hecho delictivo propio de la persona jurídica (es en la entidad en la que debe darse el injusto culpable). El segundo imputa a la sociedad un defecto de organización que motiva a sus representantes o empleados hacer o no impedir un hecho delictivo de la persona jurídica. El tercero imputa a la sociedad una cultura corporativa disfuncional, constituyendo –la cultura corporativa– el hecho delictivo propio de la entidad. Y el cuarto imputa a la persona jurídica una respuesta inadecuada frente a la conducta delictiva, siendo la ausencia del comportamiento post-delictivo lo que supone el hecho delictivo⁸². Estas cuatro vías de imputación por autorresponsabilidad evitan vulnerar el principio de exclusión de la responsabilidad por el hecho ajeno –o personalidad de las penas–, no obstante, pueden suponer otras dificultades en función de cada caso y, además, ninguna desarrolla correctamente las razones por las que se mantiene la responsabilidad de la persona física junto a la de la persona jurídica⁸³.

No son numerosas las sentencias sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas ni tampoco han sido capaces de completar la aclaración sobre el gran debate doctrinal abierto. El TS inicialmente pudo generar dudas sobre la determinación del modelo de atribución de la responsabilidad penal de la empresa. La primera resolución es la dictada en fecha 29 de febrero de 2016. En esta sentencia el Alto Tribunal se alejó del modelo vicarial, señalando que este “equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial”⁸⁴. Es interesantísimo cómo se centra el foco de atención en los errores que ha cometido la sociedad para poder responsabilizarla, es decir, en si la comisión del delito cometido por la persona física se vio “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

81 *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 19. La redacción del 31 ter 2 CP en la LO 1/2015 (anteriormente 31 bis 2 CP en LO 5/2010, y actualmente mantenida) indica: “Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos”.

82 *Cfr.* Ídem, pp. 7, 8 y 9.

83 Muy acertadamente indica Díez Ripollés que los criterios de la cultura corporativa disfuncional y de respuesta inadecuada al delito suponen un derecho penal de autor desligado de la conducta delictiva concreta. Asimismo, la variante del defecto de organización no es capaz de justificar la imputación subjetiva de la persona jurídica por la conducta delictiva llevada a cabo por una persona natural.

84 STS 154/2016, de 29 de febrero, FJ 8º.

físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos [...]”⁸⁵. Por tanto, para poder responsabilizar penalmente a la sociedad, y más allá de las eximentes previstas en el 31 bis del CP, va a ser determinante conocer el grado de *cultura de respeto al Derecho* que ésta dispone (concepto jurídicamente indeterminado y no previsto en el CP).

La sentencia presenta el voto particular concurrente de siete magistrados⁸⁶. Si bien dichos magistrados comparten el fallo de la resolución, discrepan sobre si dicha ausencia de cultura de cumplimiento debe o no convertirse en un elemento más del tipo objetivo. Consideran que los presupuestos para acreditar la responsabilidad penal de la persona jurídica son exclusivamente los definidos en el artículo 31 bis apartados a y b del CP y que, por tanto, no cabe articular ningún otro tipo más a cargo de la acusación ya que podría alterar la carga de la prueba (la eximente, es decir, los planes para prevenir delitos y los modelos de organización y gestión sobre vigilancia y control, corresponde probarla a la defensa). Señalan el siguiente ejemplo: “No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación”⁸⁷.

En STS 221/2016, 16 de marzo de 2016, se reafirma el Alto Tribunal instando a la Fiscalía a ir más allá, buscando la concurrencia del delito corporativo por defecto estructural en los mecanismos de prevención de delitos exigibles a la persona jurídica. De lo contrario, se estaría ante una presunción *iuris tantum* sobre el defecto organizativo y, por tanto, si la defensa debe probar que no hay tal defecto es porque se presume que sí lo hay y ello supone un ataque a la presunción de inocencia (incompatible con los fundamentos del derecho penal). En sentencia posterior, de tan sólo unos meses de diferencia, el TS sorprendió al afirmar que el legislador había optado por un sistema vicarial: “en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad”⁸⁸. No obstante, días después aclaró mediante auto que se trató de un error, ya que se deduce del resto de la fundamentación de la sentencia que la opción del legislador es por un sistema de auto-responsabilidad⁸⁹. Descuido cuanto menos llamativo. Más recientemente,

85 Ídem.

86 Un número significativo teniendo en cuenta que el Pleno fue formado por un total de quince. El voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón y se adhiere, entre otros, el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

87 STS 154/2016, 29 de febrero, voto particular.

88 STS 516/2016 (Sala de lo Penal), 13 de junio, FJ 1º.

89 Cfr. Auto Aclaratorio TS 6486/2016, de 28 de junio de 2016, FJ Único.

en 2018, el Alto Tribunal vuelve a indicar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es de modelo vicarial⁹⁰. Si bien, desde entonces hasta la actualidad, las últimas sentencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas apuestan por la autorresponsabilidad del delito corporativo, que deriva de la persona física pero no depende única y exclusivamente de ella. Lo cristalino es que el debate aún sigue abierto y este vaivén de opiniones no termina de definir una clara doctrina que aporte la seguridad jurídica demandada por todos los operadores jurídicos.

A principios del año 2023 el TS tuvo una oportunidad extraordinaria para zanjar, tras trece intensísimos años de debate, el embrollo de este asunto. En extensísima STS 89/2023, 10 de febrero, popularmente conocido como *caso Pescanova*, se pronuncia sobre el motivo de impugnación interpuesto por dos sociedades que manifiestan la falta de justificación o motivación para resultar condenadas. Indican las sociedades recurrentes que las responsabilidades penales proclamadas en la resolución impugnada no se basan en ninguna acción u omisión imputable a las entidades, sino más bien en la objetiva transferencia de responsabilidad que nace en las personas físicas, sin estar ello permitido en el ordenamiento jurídico⁹¹. Asimismo, también indican que la actividad delictiva no tuvo ningún beneficio, ni directo ni indirecto, a la persona jurídica, siendo este elemento un presupuesto necesario para que se dé la responsabilidad penal. El TS señala que la sentencia impugnada se sirve del modelo vicarial de responsabilidad, ante la ausencia de un sustento consistente para condenar a la persona jurídica. Asimismo, se destaca en la resolución que un sector importante de la doctrina científica se decanta por la tesis de la responsabilidad por transferencia o por atribución y otro sector por la autorresponsabilidad, ocurriendo de igual manera en la jurisprudencia. Se cita a la STS 154/2016 29 de febrero destacándose que en ella parece que el Pleno de la Sala sustenta la segunda tesis (autorresponsabilidad). Pero directamente el TS rechaza la oportunidad de clarificar la cuestión; dice textualmente:

“No profundizaremos ahora, por exceder del objeto de este motivo de impugnación, en las discrepancias expresadas en su voto concurrente por hasta siete magistrados integrantes de la Sala, con relación a la consideración de la ausencia de una cultura de control como elemento subjetivo del tipo. Sirva señalar solamente que, también esos magistrados disidentes consideraban que “el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno”, aunque no compartieran que dicha ausencia pudiera ser considerada, en la específica regulación vigente, como -el núcleo de la tipicidad- o como un elemento autónomo del

90 STS 506/2018 (Sala de lo Penal), 25 de octubre, FJ Único. Textualmente: “La queja expuesta sobre la absolución de la persona jurídica no tiene el alcance que plantea. La responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta. Lo que justifica que no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución”.

91 STS 89/2023 (Sala de lo Penal), 10 de febrero, FJ 27º, 2, p. 122

tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, frente a lo que se entendía en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la circunstancia prevenida en el párrafo segundo del citado precepto”⁹².

Seguidamente, con gesto *pilatesco* –como dirían en Italia–, manifiesta el Tribunal que, en cualquier caso, se asiente la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre criterios de atribución o transferencia vicarios o, por otro lado, sobre su autorresponsabilidad, lo que realmente tiene por objeto el legislador es establecer que se obre en beneficio directo o indirecto de la sociedad y, entiende, por tanto, que no se da dicho beneficio, admitiendo el motivo y absolviendo a las sociedades.

En conclusión, debe entenderse que no existe una opinión clara y rigurosa, ni doctrinal ni jurisprudencial, ni mucho menos legislativa, sobre si la atribución o transferencia de la responsabilidad penal a las personas corresponde al modelo vicarial o de autorresponsabilidad. Por un lado, se encuentra la eximente del artículo 31 bis CP, apartados 2 a 5, que fundamenta la culpabilidad de la persona jurídica en referencia al determinado hecho injusto transferido. Si durante la comisión del hecho delictivo existe un programa de prevención de delitos, el reproche de culpabilidad puede directamente no surgir o atenuarse. Por otro lado, la ley no exige un injusto específico propio de la persona jurídica; sólo se entiende a que el defecto de organización en la compañía, es decir, el carecer de programas de prevención, facilita la conducta delictiva por la persona física vinculada a la entidad. Por tanto, el injusto específico es la conducta típica que realiza la persona natural en beneficio de la jurídica, siendo la sociedad recibe, por transferencia, el injusto cometido por el directivo o empleado de la persona jurídica (los dos supuestos del artículo 31 bis 1 CP se refieren a los delitos cometidos por directivos o empleados y no a un concreto delito de organización defectuosa cometido directamente por la persona jurídica por medio de sus órganos de gobierno)⁹³. Es más, como acertadamente indica DÍEZ RIPOLLÉS, “si el injusto se basara en un defecto de organización de la persona jurídica, debieran primar las estructuras imprudentes” y “no existe, sin embargo, una cláusula general de imprudencia aplicable a todos los delitos en los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas”⁹⁴.

Puede comprobar el lector que, como ha sido reiterado a lo largo del presente estudio, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un asunto en constante debate, susceptible de cambios interpretativos y nuevas reformas legislativas y con respuestas abiertas aún por resolver. En la actualidad no hay una toma de posición definitiva y aunque la misma LO 1/2015 manifieste descartar el modelo de atribución vicarial y sea favorable el sistema de autorresponsabilidad, siguen existiendo

92 STS 89/2023 (Sala de lo Penal), 10 de febrero, FJ 27º, 3, párrafo sexto, p. 123.

93 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Derecho Penal Español Parte General (5ª Edición Revisada)”, *Lección 14. El principio de imputación personal. El principio de imputación subjetiva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pp. 285 y ss.

94 Ídem.

múltiples interrogantes jurídico-penales provocados por la ausencia de un injusto delictivo propio de la persona jurídica. Si bien la variante del sistema de autorresponsabilidad del *hecho delictivo societario*, que determina culpable a la sociedad por el hecho delictivo propio, aunque ejecutado materialmente por sus integrantes, debiera ser la más conveniente desde el punto de vista penal, parece que aún debe perfeccionarse la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, teniendo en cuenta las claras diferencias histórico-conceptuales que mantiene con el sistema penal de la persona natural. Aunque será abordado con profundidad en el siguiente apartado, es importante anticipar que el proceso de definición de modelo de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas también debe desarrollar expresamente y tener en cuenta el examen sobre el traslado de la responsabilidad entre sociedades establecido en el artículo 130. 2 CP. En función de asumir uno u otro modelo de atribución de reproche penal a una empresa, los criterios para trasladar su responsabilidad a otra variarán.

5. TRASLADO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL A LA SOCIEDAD RESULTANTE EN OPERACIONES M&A: EL ARTÍCULO 130.2 DEL CÓDIGO PENAL

5.1. El artículo 130.2 del Código Penal

No cabe en el ordenamiento jurídico español, ni en la actual conciencia popular sobre lo que debiera ser la justicia, la posibilidad de heredar la culpabilidad penal de un difunto⁹⁵; práctica frecuente en el Derecho penal previo al siglo XVIII⁹⁶. Si se

95 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias *A. P., M. P. y T. P. contra Suiza y E. L., R.L., J. O. L. contra Suiza*, 29 de agosto de 1997, señala que “heredar la culpabilidad del difunto no es compatible con las normas de la justicia penal en una sociedad regida por la preeminencia del Derecho”.

96 La forma de culpabilidad tiene una clara dependencia en la forma de sociedad. Señala NAVARRETE URIETA que “la culpabilidad individual no puede pensarse hasta que el individuo no se considera como tal. Sólo con el despertar de la conciencia del “yo” es cuando puede surgir un sentimiento de culpabilidad individual. Pero el despertar del “yo” supone un largo proceso de desarrollo y se realiza en la historia de la humanidad muy lentamente y su aparición es relativamente tardía. El hombre se encuentra metido, como engastado en su entorno y su mundo íntimo no es la vivencia del “yo”, sino la vivencia del “nosotros”. De ahí que este “nosotros” marque el nacimiento de la vivencia de culpabilidad”. *Vid.* NAVARRETE URIETA, J. M., “El nacimiento de la idea de culpabilidad”, *Aldaba*, Número 18, 1992, p. 33.

La severidad del Derecho penal con el agravamiento de las penas, incluyéndose la infamia, es decir, el traslado de los efectos de la pena a los herederos del reo era práctica común en el Antiguo Régimen. Por ejemplo, la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567 (NR, 8. 3. 3), conjunto de leyes de la Monarquía Hispánica de esa época, establecía:

“Mandamos que los reconciliados por el delito de heregía, y apostasía, ni los hijos, y nietos de quemados, y condenados por el dicho delito, hasta la segunda generación por línea masculina, y hasta la primera por línea femenina, no puedan ser, ni sean del nuestro Consejo, ni Oidores de las nuestras Audiencias, y Chancillerías, ni de alguna dellas, ni Secretarios, ni Alcaldes, ni Alguaciles, ni mayordomos, ni Contadores mayores, ni menores, ni Tesoreros, ni pagadores, ni contadores de quantas,

considera necesaria la ficción legal de equiparar la persona física a la jurídica, es aún más ficticio extender el concepto *muerte del reo* a la persona jurídica. La responsabilidad penal de una persona física es intransmisible, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. Por ejemplo, cuando una persona es condenada a diez años de cárcel por un delito de homicidio que únicamente cometió ella, sus familiares no asumirán esa responsabilidad ni tampoco es justo que cumplan esa pena de cárcel, ni siquiera cuando el delincuente fallezca podrán los familiares heredar su condena⁹⁷. Sin embargo, en el caso entre sociedades sí está permitido responsabilizarse por otra, lo que manifiesta claramente que, por mucha personalidad que dispongan, las compañías no son exacta ni jurídicamente equiparables a las personas físicas. Si el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas definido en el 31 bis CP ha supuesto dificultades teóricas y prácticas tan evidentes, el artículo 130.2 del CP va aún más allá, ya que establece una denominada cláusula anti-elusión de la responsabilidad penal de la sociedad⁹⁸. Dicho precepto permite el traslado de la responsabilidad penal (originaria) de una sociedad (en la que tuvo lugar el comportamiento delictivo) a otra sociedad (resultante) –que no ha participado ni ha intervenido de ninguna forma en la comisión del hecho delictivo–, siempre que se den unos presupuestos concretos en relación con movimientos propios del Derecho mercantil: transformaciones, fusiones, absorciones o escisiones de sociedades⁹⁹. Estas operaciones son conocidas

ni Escribanos de Camara, ni rentas, ni Chancillería, ni registradores, ni relatores, ni abogado, ni fiscal, ni tener oficio publico, ni Real en nuestra Casa, y Corte, y Chancillerías: y ansi mismo que no puedan ser, ni sea, Corregidor, nin Juez, ni Alcalde, ni Alcayde, ni Alguacil, ni merino, ni preboste, ni Veyntiquatro, ni Regidor, ni Jurado, ni fiel, ni executor, ni Escrivano publico, ni del Concejo, ni mayordomo, ni notario público, ni físico, ni cirujano, ni boticario, ni tener oficio publico, ni Real en alguna de las Ciudades, villas, y lugares de nuestros Reynos, y señoríos, so las pena en que caen, é incurrn las personas privadas que usan de oficios para que no tienen habilidad, ni capacidad: y so pena de confiscación de todos sus bienes para la nuestra Cámara y fisco: en las quales penas incurran por el mismo hecho, sin otro proceso, ni sentencia, ni declaración: y las personas queden a la nuestra merced”.

Posteriormente, en 1812, la Constitución Española (“la Pepa”) establecía, en su artículo 305 una superación de la herencia de las penas, delimitándose uno de los principios básicos del derecho penal contemporáneo: la personalidad de las penas:

“Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser transcendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció”.

97 Por ello el CP, en su artículo 130.1, establece las causas que extinguen la responsabilidad penal: por la muerte del reo, por el cumplimiento de la condena, por la remisión definitiva de la pena, por el indulto, por perdón de la persona ofendida (para unos delitos leves y muy concretos), por la prescripción del delito y por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

98 Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *InDret*, Número 2, 2020, p. 198.

99 Artículo 130.2 CP:

“La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona

como modificaciones estructurales de sociedades, en jerga mercantilista *M&A* como acrónimo de *mergers and acquisitions* procedente del inglés.

La LO 5/2010, en su expositivo, justifica la posibilidad de este traslado de responsabilidades entre sociedades para evitar que la misma pueda ser burlada¹⁰⁰. El supuesto de hecho de la norma plantea, nuevamente, efectos realmente peligrosos, no sólo desde el punto de vista penal sino también mercantil. Un ejemplo práctico sería el siguiente: la sociedad X se dedica a la venta de textiles, responsable penalmente por un delito de estafa, y resulta ser adquirida en su totalidad por la sociedad Y, por lo que dicha responsabilidad es transmitida desde X a Y. Mientras que la redacción en el CP de las normas referentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sufrido modificaciones, como han sido analizadas las sufridas en el art 31 bis, el contenido del art 130.2 CP se ha mantenido inalterado desde su entrada en vigor en 2010. Los supuestos concretos que plantea la norma en su primer párrafo son la *transformación, fusión, absorción o escisión* de la sociedad (originariamente responsable). El segundo párrafo del 130.2 CP hace alusión a las sociedades aparentemente disueltas (*disolución encubierta o meramente aparente*), para aquellos casos en los que persista la actividad económica de la entidad, que puede llevarla a cabo por medio de otra sociedad u asociación sin personalidad jurídica, manteniendo una *identidad sustancial*. Es decir, si la liquidación y disolución de la compañía (*muerte* de la sociedad) ya se ha realizado, el sujeto activo responsable será la sociedad o asociación sin personalidad jurídica en la que permanecen las actividades societarias. Tal y como indica DÍEZ RIPOLLÉS, existen otros supuestos problemáticos que la norma no contempla, tales como los *holdings*, los grupos societarios, las uniones temporales de empresas, las unidades de producción o distribución, así como empresas filiales o radicadas en el extranjero¹⁰¹. Es realmente importante atender a la subsistencia del concepto *identidad sustancial* que cita la norma, ya que será determinante al momento de reprochar penalmente la conducta a la empresa resultante de la operación mercantil: si la sociedad resultante no tiene relación con la originaria, pero hay traslado de la responsabilidad penal, se vulnerarían los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

100 LO 5/2010, Expositivo VII, párrafo 5º:

“[...] al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión”.

101 *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 13.

En definitiva, lo que pretende proteger esta norma es evitar que la sociedad responsable penal pueda sortear serlo al convertirse en otra, ser librada de sus funciones o ser enajenada. Por ello el legislador utiliza las expresiones *trasladar* y *extender*; aplicando la primera de estas a los supuestos de fusiones y adquisiciones (se traslada la responsabilidad de la sociedad –originaria– a la –resultante–) y la segunda para las escisiones (ambas sociedades responderían a priori, de forma doble, por el mismo ilícito)¹⁰².

5.2. Defectos del artículo desde el punto de vista jurídico-mercantil y jurídico-penal

El léxico empleado por el legislador penal no es correcto desde una visión propia del Derecho mercantil, lo que ocasiona interpretaciones no homogéneas de los conceptos que el legislador utiliza en los distintos textos legales aplicables¹⁰³, suponiendo una dificultad interpretativa de las normas y produciendo inseguridad jurídica. La norma penal habla de *transformación*, sin entrar a concretar los tipos de transformación a los que se refiere, de *fusión* y *absorción*, pero olvida tratar la compraventa de sociedades y, por último, se también de la *escisión* sin especificar la operaciones de escisión a las que pueda aplicarse, “pero que debería entrar dentro del ámbito de una venta de una rama de actividad, o la separación de una rama de actividad de la empresa¹⁰⁴” sin especificar el artículo 130.2 CP “si la responsabilidad penal de la persona jurídica permanecerá en la matriz, se derivará a la rama escindida, o bien responderán ambas sociedades, pues sólo dispone que se *extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión*”¹⁰⁵. Este tipo de operaciones, dentro de la materia mercantil, quedaba regulado en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME 2009, en adelante), disposición actualmente derogada en virtud del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (nueva LME, en adelante), en vigor desde el pasado 29 de julio de 2023. La LME 2009 contemplaba, dentro de las consideradas modificaciones estructurales, la *cesión global del activo y pasivo* figura esta que el CP no incluyó. No obstante, la norma penal sí se refiere expresamente a la *absorción*, cuando ni la legislación mercantil,

102 Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “M&A y Compliance: la sucesión...”, *Op. cit.*, pp. 203 y 204.

103 Cfr. Ídem, p. 199.

104 Vid. Ídem, p. 200.

105 Vid. Ídem.

ni la derogada LME 2009 ni la nueva LME, hacen tal referencia ya que la absorción no es más que un tipo de fusión (art. 23 LME 2009 y 34 nueva LME). Ello refleja que la redacción incluida en el artículo 130.2 del CP es rápida, amplia y generalista, dejando tan importante cuestión al aire y llevándose a cabo sin atender a la tan específica regulación mercantil.

En materia penal, aplicar literalmente el artículo 130.2 CP supondría responsabilizar por el hecho ajeno –sobre todo y más claramente en el caso de las fusiones societarias–. Si en el momento de la comisión del delito la compañía resultante no tenía conexión con la entidad penalmente responsable, se estaría culpando a un sujeto que no pudo impedir el comportamiento reprochable. Además, es complicado aplicar enfoques modernos de responsabilidad penal basados en criterios como el defecto de organización, ya que no se establece un criterio claro para transferir la responsabilidad penal a la sociedad¹⁰⁶.

Según AGUILERA GORDILLO, atendiendo a la redacción del párrafo segundo del 130.2 CP, se definen características que configuran la identidad de la sociedad originaria, sin importar que, en términos formales, haya tenido lugar la disolución de la compañía¹⁰⁷. Para poder aplicar el precepto a la realidad práctica resulta fundamental considerar la concordancia entre la identidad de la sociedad originaria y la de la entidad resultante. Es decir, no bastaría con que se diera el supuesto de hecho de la norma (persona física vinculada a la sociedad protagoniza un comportamiento delictivo en concurrencia del artículo 31 bis 1 CP y carencia en la eficacia de llevar a cabo un programa de prevención de delitos idóneo por parte de la sociedad) para proceder automáticamente al traslado de la responsabilidad penal a otra empresa resultante, sino que, además, debe “poder apreciarse la subsistencia de identidad de aquella empresa en cuyo ámbito se cometió el delito”¹⁰⁸. Por tanto, sería indiferente atender al tipo de operación mercantil que se tratase ya el reproche penal se realiza a que esa identidad sustancial sea mantenida tras la operación mercantil; de no ser así se aplicaría una responsabilidad penal objetiva. La Fiscalía General del Estado, a tal respecto, indicaba en la Circular 1/2011:

“De la simple lectura del precepto se desprende que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El

106 Ídem, 199.

107 El autor destaca que ello evidencia que la norma penal no asumen un modelo de autorresponsabilidad sistémico. Desde esa perspectiva, lo que define a la sociedad son las estructuras y procesos organizativos que dirige, siendo el *defecto organizativo* la base de la acusación penal, sin considerar la relevancia de las personas físicas integradas en la entidad. *Vid.* AGUILERA GORDILLO, R., “Responsabilidad penal de la persona jurídica trasladada por transformación, fusión o escisión: la situación del Santander como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa”, *Derecho penal* 2021, 2021, p. 5.

108 AGUILERA GORDILLO, R.; “Report 1: El “traslado” de...”, *Op. cit.* p. 2.

precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, absorción o escisión”¹⁰⁹.

Es más, el propio artículo 130.2 CP incluye una cláusula de moderación sobre el traslado de la pena: “El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella”, por lo que el criterio para transferir responsabilidad entre sociedades, en una cuestión de tal envergadura jurídica como es culpabilizar a alguien por un delito, admite la subjetividad de atender a moderaciones: la sociedad resultante puede ser proporcionalmente más o menos responsable en función del nivel de relación que guarde con la entidad originaria de la responsabilidad penal tras la operación mercantil. Esto también plantea serias dudas al llevarlo a la práctica, evidenciando ser otro claro ejemplo de que las personas físicas y las jurídicas no pueden ser exactamente equiparables en aspectos jurídicos: ¿cómo se puede ser más o menos responsable y en base a qué criterios? Se puede ser responsable o no de la comisión de un delito, pero no parcial o proporcionalmente responsable. De no ser así, implicaría asumir que una parte de la compañía sí es responsable mientras que otra no lo es. No se puede llegar a dicha conclusión en el caso de las personas físicas sin caer en lo absurdo: aunque el brazo derecho haya propinado los golpes, el brazo izquierdo no participó en la acción. Por tanto, se absuelve al brazo izquierdo de los delitos acusados pero se condena al brazo derecho por lesiones, imponiendo una pena de prisión de un año. La responsabilidad se determina proporcionalmente según la parte del cuerpo, siendo la derecha más responsable que la izquierda.

En conclusión, el legislador ha decidido transferir la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando atenta contra los fundamentos del Derecho penal. Este cambio abre un intenso debate que queda en manos de la doctrina y jurisprudencia para su desarrollo teórico y práctico. Lo crucial es establecer reglas de atribución que consideren a la entidad resultante como parte del mismo centro de imputación que la empresa originaria, sin violar los principios de culpabilidad y personalidad de las penas.

5.3. Auto de 30 de abril de 2019 de la Sección 4.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Existe un Auto interesante pronunciado por la AN sobre el artículo 130.2 CP. En contexto, en el Juzgado Central de Instrucción n.º 4 se siguió un procedimiento contra el Banco Popular Español, S.A (en adelante, *Banco Popular* o *Popular* indistintamente) y altos cargos de su dirección por presuntos delitos de estafa y falsedad en la contabilidad, entre otros. Por Auto de este Juzgado, en fecha 20 de marzo de 2019, se acordó la sucesión procesal del Banco Santander, S.A (*Banco Santander* o *Santander*, en adelante) en la eventual responsabilidad penal del Banco Popular, en aplicación

109 Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 9.

del artículo 130.2 CP. La representación del Banco Santander apeló, argumentando que no se le podía responsabilizar, a pesar de la fusión con el Banco Popular, ya que la resolución del Banco Popular por las autoridades ocurrió antes de la fusión. Sostuvo que imputarle responsabilidad penal vulneraría los principios de culpabilidad y responsabilidad de las penas. En abril de 2019 la AN anuló el auto anterior, eximiendo al Banco Santander de imputaciones en el procedimiento. Las cuestiones de mayor relevancia e interés de dicho Auto de la AN residen en que el traslado o extensión de la responsabilidad penal no es automático, y busca estrechar el supuesto regulado por el legislador, indicando que se centra en la “elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas” y no en “aquellas entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas”¹¹⁰. Por otro lado, también apunta a que será necesaria la acreditación del hecho propio de la persona jurídica, el *defecto de organización* y la *cultura de cumplimiento deficiente*¹¹¹, para ser capaces de garantizar los principios de culpabilidad y personalidad de las penas; decantándose por el modelo de autorresponsabilidad (por ello se descarta la aplicación del art. 130.2 CP en base a la incapacidad de acreditar que el Banco Santander mantuvo una conducta dolosa o imprudente grave).

Además, se señala la pertinencia y ajuste a derecho del traslado de la responsabilidad penal cuando se persiga eludir fraudulentamente las mismas, debido a que la sociedad resultante habría “participado en la causación culpable del ilícito que genere tales responsabilidades; participación que, deberá quedar debidamente acreditada, ya que, de lo contrario, ello produciría una quiebra ineludible del principio de presunción de inocencia [...]”¹¹².

El Auto de la AN también destaca la falta de sentido práctico del precepto: la mayoría de las modificaciones estructurales busca intereses económicos o nuevas oportunidades de mercado, no un encubrimiento delictivo. Las entidades que realizan estas operaciones son las más interesadas en eliminar cualquier percepción de peligrosidad criminal asociada a las entidades fusionadas, a menos que estén dispuestas a afrontar las consecuencias negativas que conllevaría para su reputación¹¹³ –intangible máspreciado de las sociedades–. No obstante lo anterior, en palabras de AGUILERA GORDILLO “se trata de una resolución que ejemplifica el actual panorama jurisdiccional, ya que apunta que el modelo asumido por ahora es el de autorresponsabilidad [...]” e “invoca la necesidad de salvaguardar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, pero no concreta ni apunta criterios metodológicos claros o procedimientos científicos que permitan dilucidar cuándo subsiste o no esa identidad entre persona jurídica originaria y la resultante”¹¹⁴.

110 Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 5º, párrafo 12.

111 Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 6º, párrafos 4 y 10.

112 Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 5º, párrafo 9.

113 *Cf.* Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 5º, párrafo 12.

114 AGUILERA GORDILLO, R., “Report 1: El “traslado” de...”, *Op. cit.* p. 10.

Asimismo, el Auto apela a un delito corporativo que, en palabras de GOENA VIVES, es inexistente y “nadie encontrará en la Parte Especial del Código Penal”¹¹⁵. Además, la interpretación que lleva a cabo la AN supone una flexibilización del principio de personalidad de las penas, pareciendo querer restar el carácter punitivo de las sanciones penales en el caso de ser aplicadas a las sociedades, llegando a afirmar:

“Cuando se habla de imponer las penas a las personas jurídicas, se está aludiendo a una acepción amplia, desde un punto de vista material, del principio de personalidad de las penas. Es decir, el mal que conlleva la aflicción punitiva descansará sobre las personas físicas que integran el ente colectivo, ya que éste carece de capacidad para padecerlo. A título de ejemplo, la imposición de una multa de cuantía considerable a una empresa, además de la merma económica para aquella, los que la soportarán, serán igualmente los accionistas o partícipes, aunque hayan sido ajenos a la conducta delictiva, y puede afectar además a los trabajadores, en caso de que aquella sea de cuantía considerable”.¹¹⁶

Ello supone no haber tenido en cuenta la diferenciación entre el mal que *en sí mismo* conlleva la pena de las *consecuencias desfavorables* derivadas del mal intrínseco a la pena. MONTIEL señala acertadamente que la restricción de la libertad de un condenado por homicidio (*mal intrínseco a la pena*) inevitablemente repercutirá en su familia, que se verá privada de los ingresos económicos provenientes del anterior empleo del condenado (*consecuencia desfavorable de la pena*). El principio de personalidad de penas atiende al *mal intrínseco* y, en consecuencia, no se infringiría cuando la familia padece las *consecuencias desfavorables* de la prisión. Al disponer la sociedad de una personalidad jurídica autónoma e independiente a la de sus miembros, es apropiado afirmar que el *mal intrínseco* a la pena recae directamente en la compañía, no en sus miembros. En el caso de una multa, el patrimonio que lo soporta es el propio de la persona jurídica que es quien sufre ese mal. Indudablemente las personas físicas accionistas de la sociedad sufre perjuicio, pero no se enmarca en el *mal intrínseco a la pena* sino en una *consecuencia colateral*¹¹⁷.

En este aspecto GOENA VIVES entiende “que la conceptualización de la pena en sentido amplio no puede conllevar una restricción de las garantías que le son inherentes. En cambio, que la pena lo sea en sentido amplio significa que únicamente atiende a razones de necesidad (y no de merecimiento y necesidad por un delito imputado a título de reproche)”¹¹⁸. La autora indica que para evitar una interpretación literal del artículo 130.2 CP que suponga vulnerar los principios de culpabilidad

115 GOENA VIVES, B., “‘To be or not to b’. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)”, *Diario la Ley Compliance Penal*, 2020.

116 Auto de la Sala de lo Penal de la AN 246/2019, de 30 de abril de 2019, FJ 2º, párrafo 4.

117 Cfr. MONTIEL, J.P., “Cuestiones problemáticas de la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino”, *En Letra: Derecho Penal*, 2019, p. 97.

118 GOENA VIVES, B., “‘To be or not to b’. Comentario...”, *Op. cit.*

y personalidad de las penas no es preciso recurrir al modelo de autorresponsabilidad. Siempre a la espera de ulterior jurisprudencia, propone una fórmula de “doble test” que pondere la procedencia del traslado de la responsabilidad penal en el caso de una operación mercantil. En primer lugar, indica que debe acreditarse un *estado de cosas peligroso* que permita activar la débil regla de imputación establecida en el 130.2 CP. Defiende que dicho estado se cifraría en ser la operación fraudulenta con ánimo de querer evitar la responsabilidad penal, circunstancia que debería probarse por la propia sociedad –alegación que en el *Common Law* se consideraría una *defensa afirmativa*–. Como segundo requisito, indica que debe acreditarse la falta de identidad entre la identidad inicial y la identidad de la entidad resultante¹¹⁹. Este “doble test”, ingenioso y con ánimo de ofrecer nuevas interpretaciones útiles para la defensa de las sociedades resultantes de operaciones en el marco de un procedimiento por traslado de responsabilidad penal, supondría desafiar los límites de la presunción de inocencia e invertir la carga de la prueba en el proceso penal: ¿no estaría demostrando la sociedad su inculpabilidad, cuando debería ser la acusación quien pruebe tal culpabilidad? Ello rompería con la concepción elemental del Derecho penal sobre el derecho a no declararse culpable, por lo que no podría aceptarse dicha propuesta. Debe entenderse que una sociedad investigada por esta razón va a querer demostrar con todo lo que disponga (incluido facilitando su plan de cumplimiento normativo, cuando no está obligada a ello) para evitar ser condenada, ya que lo que está en juego no es simplemente la sanción económica (aspecto no tan gravoso) sino el daño reputacional de estar inmersa en un procedimiento penal y resultar ser condenada. Esta forma de proceder no es propia de nuestro Derecho, sino del anglosajón.

Es evidente que el proceso penal de las personas jurídicas difiere al de las físicas. La sociedad, por su naturaleza contractual, tiende a la colaboración, mientras que la persona física se ve amparada en el derecho a no confesarse culpable. Además de ello, el fin de la sanción penal es distinto en los dos casos. Por tanto, juzgar a las empresas de la misma forma que a las personas físicas no resulta apropiado.

6. AUTORREGULACIÓN: MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL (COMPLIANCE PROGRAMS), Y LA IMPORTANCIA DE LA DUE DILIGENCE PENAL EN M&A

6.1. *Compliance* y la autorregulación

Los modelos de prevención de delitos o *Compliance*, como no podría ser de otra forma, tienen su origen en el derecho anglosajón, siendo propio de la tradición empresarial estadounidense¹²⁰. Un programa de *compliance* es el “conjunto de

119 Ídem.

120 Se desarrolló entre 1970 y 1980 tras escándalos de corrupción que tuvieron lugar en grandes sociedades. En 1977 se dictó la *Foreign Corrupt Practices Act*, donde se definieron requerimientos y prohibiciones sobre sobornos, libros y registros. Se trató de establecer mecanismos de control y supervisión para evitar la corrupción societaria, así como los sobornos a funcionarios públicos. Para

políticas o mecanismos dentro de la empresa que permiten identificar y asesorar sobre los riesgos de un posible incumplimiento normativo o de los códigos éticos de la organización, para así implementar las medidas oportunas para prevenir estos incumplimientos”¹²¹. Con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español se añadió también la posibilidad de que los programas de *Compliance* pudieran ser causa de exención de dicha responsabilidad. Desde entonces las sociedades han desarrollado una mayor concienciación y cambios culturales en materia de prevención de delitos y actuaciones contrarias a Derecho. La norma penal no obliga a las sociedades a disponer de un modelo de prevención de delitos, sino que regula las condiciones en las que la persona jurídica podría resultar exenta de responsabilidad penal. Dicha regulación supone la implicación de las sociedades en la persecución y prevención de los delitos cometidos en su ámbito por personas naturales, por lo que se incentiva la “autorregulación y la autoorganización de los entes colectivos, hasta el punto de que su punición se condiciona en buena medida a la no disponibilidad en ellas de instrumentos que faciliten la prevención o persecución de delitos”¹²². En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, la autorregulación de las sociedades en materia preventiva de delitos exige a los ciudadanos llevar a cabo funciones *cuasi-policiales*, trasladándose el ejercicio de las tareas preventivas penales desde el poder público a poderes privados, suponiendo una clara renuncia al carácter público del derecho penal¹²³.

Dicho lo anterior, el ordenamiento jurídico actual obliga a las sociedades a adoptar actitudes preventivas en materia legal. El valor ofrecido al denominado *cumplimiento normativo* es una realidad diaria en las empresas, que poco a poco se encuentran más concienciadas sobre la necesidad de disponer de metodologías y planes que adecuen su operatividad económica conforme a legislaciones cada vez más exhaustivas para el sector privado. Todo ello con un claro objetivo: evitar la sanción económica derivada del incumplimiento normativo. El *compliance* no tiene exclusivo carácter penal sino que también adquiere protagonismo en otras regulaciones como son las de materia de protección de datos y de Prevención de Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo. Estas recientes regulaciones tienen un impacto notorio en las empresas, que continuarán desarrollando una cultura corporativa adecuada a dichas exigencias normativas.

más información sobre el origen, consulte: BACIGALUPO, S., “Compliance. Eunomía”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, 2021, pp. 260-276; MOSQUERA MONTERO-RÍOS, L., (2022) *Compliance: orígenes y aplicación al derecho laboral*. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/compliance-origenes-y-aplicacion-al-derecho-laboral-2022-07-15/>

121 Vid. MOSQUERA MONTERO-RÍOS, L., *Compliance: orígenes...*, *Op. cit.*

122 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La responsabilidad penal de...”, *Op. cit.*, p. 4.

123 Ídem.

6.2. La *due diligence* penal

Las fusiones y adquisiciones son complejas operaciones mercantiles que van a exigir el análisis de cuanta información sea relevante para el correcto devenir y buen fin de la operación. La *due diligence* –deber de cuidado o diligencia debida– es el proceso que recopila y verifica todo tipo de información relevante sobre una sociedad en la que se pretende invertir o directamente adquirirla. Es fundamental atender a todos los diferentes riesgos que pudieren existir para poder mitigarlos, en su caso, y sobre todo obtener una imagen real y completa del valor de la sociedad analizada para conocer las oportunidades que promete. Por tanto, no sólo debe atenderse al aspecto negocial (riesgos económicos de la operación) o legal (sobre litigios pendientes, por incumplimientos contractuales, infracciones sobre propiedad industrial e intelectual, contingencias ocultas o estado del cumplimiento normativo en materia de protección de datos y prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo), sino que, además, la *due diligence* deberá disponer de una concreta reserva en materia penal.

Como bien señala ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, el CP “no ofrece estudios ni *safe harbours* que puedan evitar de forma clara y directa la responsabilidad penal de la persona jurídica, ni tampoco la jurisprudencia ha ofrecido pauta al respecto”¹²⁴. En consecuencia el *compliance penal* va a adquirir una especial relevancia en la *due diligence* con la finalidad de detectar si la entidad objetivo dispone de los controles y medios suficientes para prevenir la comisión de delitos y si, en su caso, han resultado o no ser efectivos. Conocer la cultura sobre la prevención de delitos va a definir la existencia del nivel de riesgo a la hora de ser susceptible, por parte de la compañía resultante de la operación, de sufrir ese traslado de la responsabilidad penal. La determinación del riesgo de transmisión de responsabilidad va a ser determinante para el negocio, en relación con el gravoso valor reputacional que supondría para la entidad adquirente.

La *due diligence penal* “evidencia una clara voluntad de exploración de esa realidad previa en la empresa –originaria– al objeto de evitar el –contagio– penal de hipotéticos riesgos incumplimientos precedentes y desvincularse de una hipotética realidad criminógena”¹²⁵. Esta forma de actuación sobre la operación mercantil ha abierto las puertas a los despachos de abogados para escoger un nicho de mercado realmente beneficioso en cuanto a la facturación de dichos servicios por el alto nivel de riesgo que pudiera suponer el traslado de la responsabilidad penal. Es más, existen casos en Estados Unidos de América sobre reclamaciones por haberse trasladado la responsabilidad a razón de no haber llevado a cabo una *due diligence compliance* en operaciones de *M&A*¹²⁶. Se trata de un mecanismo que ayudará a la sociedad

124 Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “M&A y Compliance: la..”, *Op. cit.*, p. 125.

125 AGUILERA GORDILLO, R.; “Report 1: El “traslado” de..”, *Op. cit.*, p. 6.

126 Vid. <https://fcpublog.com/2012/6/15/watts-water-sues-sidley-for-fcpa-problem/>

adquirente o resultante a demostrar que no existe una cultura de incumplimiento y que, además, su identidad no se corresponde con la originaria, por lo que podría evitar la aplicación del 130.2 CP.

7. CONCLUSIONES

El Derecho penal, *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, protege –más bien, debiera proteger–, los bienes jurídicos más esenciales de la persona natural: la vida, la salud, la libertad... Estos bienes jurídicos son el fundamento de toda norma penal: un legislador justo dirigirá toda elaboración y justificación normativa en su protección, siempre dentro de los márgenes de actuación del *ius puniendi* y del principio de intervención mínima. A pesar de que las costumbres, la ética social, políticas e ideologías varían históricamente, los bienes jurídicos fundamentales de las personas, determinados por su vida en sociedad, permanecen más inalterables. Por el contrario, las personas jurídicas son más propensas a asumir nuevas implicaciones legislativas influenciadas por la competencia en un mercado globalizado y cambiante. La actual equiparación penal entre personas físicas y jurídicas implica que ambas disponen de los mismos derechos constitucionales, como la tutela judicial efectiva, el íntegro derecho de defensa y no incriminación... Poniendo en relación este aspecto con la doctrina del TS en S 154/2016, 29 de febrero, por la que se pretende establecer la *cultura del respeto al Derecho* como parte del elemento del tipo, la prueba del Ministerio Fiscal, del elemento negativo del tipo, debería analizar el programa de *compliance* de la sociedad acusada. Pero la entidad podría no querer aportarlo, por no querer incriminarse, ya que se estaría en una *probatio diabólica*. Para solucionar estos casos, como propuesta interesante¹²⁷, podría establecerse un registro público oficial sobre programas *compliance* de las sociedades, para que el Ministerio Fiscal solicitase dicho acceso al programa de cumplimiento.

La positivación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha justificado por razones pragmáticas, como la dificultad práctica de responsabilizar a personas físicas dentro de una sociedad por razones de ocultación. También se argumenta que las sanciones penales contra las compañías puede tener un impacto preventivo mayor. Sin embargo, son razones inconsistentes, pues las tácticas de ocultación también ocurren en infracciones cometidas por personas naturales, y el carácter preventivo sólo puede provocar que la sociedad contrate servicios de *compliance*, involucrándose en actividades policiales que suponen una desnaturalización del Derecho penal. Además, equiparar personas jurídicas y físicas ignora principios y garantías fundamentales de la teoría del delito. La reforma del CP introducida por la

127 Así lo indica D. Luis Aparicio Díaz, Abogado y actual diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, en la charla *Avances jurisprudenciales en el campo de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance*, Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=NBNBRGGDprw&t=4,561s>, minuto 1:12:30.

LO 5/2010 supone la superación del principio *societas delinquere non potest* y la positivación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo el artículo 31 bis CP no regula un *delito corporativo* ni establece una nueva teoría *ex novo* del delito corporativo. Es decir, no existe una teoría sobre la autoría de la sociedad, sino que se responsabiliza directamente a la persona jurídica, cuando realmente no actúa como autora o partícipe. Ello conlleva la necesidad de incorporar una nueva visión sobre el Derecho penal por la que se extiende el concepto del ciudadano -persona física- a la sociedad mercantil -ciudadano empresarial-, aun no siendo posible dicha equiparación sin caer en vulneraciones de principios penales elementales como, principalmente, el de imputabilidad: (i) a las sociedades no se les puede exigir reproche alguno de conducta; (ii) el presupuesto de hecho de la norma no es un hecho típico sino un *defecto de organización* o una falta de *cultura de cumplimiento normativo*, y (iii) la consecuencia jurídica no es estrictamente una pena como en el caso de las personas físicas, sino que tiene finalidades que surgen como reacción y tienen carácter correctivo, sin poder atender a objetivos rehabilitadores.

Si bien el sistema de autorresponsabilidad parece ser el más apoyado, la ausencia de un desarrollo metodológico en el que se cimente la (auto)responsabilidad penal de la sociedad provoca que el debate aún no pueda considerarse superado, ni doctrinal ni jurisprudencialmente. Debe plantearse una revisión conceptual de la responsabilidad penal de la persona jurídica, evaluándose la necesidad de desarrollar una teoría del delito específica para las sociedades que esclarezca una nueva concepción sobre la culpabilidad para estos casos.

El impacto directo que la positivación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene en las compañías españolas, es, básicamente, crear una *cultura de cumplimiento*, mediante la existencia de los modelos de *compliance*. Ahora bien, ¿para crear o modificar la cultura societaria es realmente necesario el CP? Así lo cree el legislador y su empeño en *adaptar el ordenamiento jurídico español al resto de naciones europeas*, como suele decirse, utilizando el Derecho penal como herramienta político-criminalmente más rentable. Estos novedosos medios jurídicos e ingeniosas formas de proceder expanden las nociones básicas del Derecho penal español hacia regulaciones propias de ordenamientos jurídicos extranjeros con diferente naturaleza. Si bien, en el actual contexto socio-internacional que sitúa a España en las economías occidentales, y está caracterizado por la globalización y el globalismo, se tiende cada vez más a unificar regulaciones, procedimientos e incluso culturas.

Por otro lado, el artículo 130.2 CP –que “pide a gritos” un cambio legislativo– no atiende a las peculiaridades de la materia mercantil y, además, su aplicación supone considerar la autorresponsabilidad como modelo aplicable, aun siendo frágil en desarrollo. Más que proteger bienes jurídicos, parece que la positivación por parte del legislador del traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en operaciones mercantiles tiene por finalidad proteger el orden colectivo; es decir, dar la impresión de que nadie puede escapar del poder punitivo del Estado y todo está

bajo control, lo que supone un derecho penal simbólico que se desnaturaliza.

Las fusiones y las escisiones son modificaciones estructurales que contemplan, en el ámbito del Derecho privado, la sucesión universal por la que créditos y deudas son asumidos por la entidad resultante. De forma similar ocurre en las herencias. Es decir, que realmente ya se está asumiendo una pena –de multa– que es trasladada o extendida a la sociedad que resulta de la operación y ese traslado no contradice el principio de personalidad de penas. Es comprensible que la sociedad resultante de una operación mercantil responda del pago –multa– con el patrimonio adquirido, pero de ahí a suceder en responsabilidad penal a la sociedad originaria, supone la aplicación desproporcionada de un Derecho penal creado para atender a conflictos entre personas naturales.

Se ha querido regular en el CP un traslado de responsabilidades que atenta a los principios y teorías del Derecho penal y, tras trece largos años de debate, queda en evidencia que su desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial aún no ha llegado a conclusiones claras ni consistentes.

8. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA GORDILLO, R., “Report 1: El “traslado” de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 D.P, identidad y *due diligence* penal”, *Compliance Advisory LAB-Investigación sobre Compliance, Forensic y R.P.P.J.* de Grant Thornton, 2020.

AGUILERA GORDILLO, R., “Responsabilidad penal de la persona jurídica trasladada por transformación, fusión o escisión: la situación del Santander como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa”, *Derecho penal 2021*, 2021.

AGUIRREZABAL, M. E., (2022) “Fundamentos del Estado social en el pensamiento de Otto von Gierke”, *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 3, 2022, pp. 189-197.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2014, 23 de diciembre). *Lo distintivo en Europa: Corporaciones, Linajes y familia nuclear*. Disponible: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/12/10-distintivo-de-europa-corporaciones.html>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2018, 29 de mayo). *Bosquejo de una teoría de la personalidad jurídica*. Disponible: <https://almacenederecho.org/bosquejo-una-teoria-la-personalidad-juridica>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 11 de abril). *Personas y cosas. Individuos y patrimonios*. Disponible: <https://almacenederecho.org/personas-y-cosas-individuos-y-patrimonios>

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 30 de abril). *Los trasplantes jurídicos y las doctrinas de la personalidad jurídica como ejemplo*. Disponible: <https://almacenederecho.org/los-trasplantes-juridicos-y-las-doctrinas-de-la-personalidad-juridica-como-ejemplo>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2019, 6 de febrero). *Un comentario muy breve a los artículos 35 a 39 del Código Civil*. Disponible: <https://almacenederecho.org/introduccion-al-derecho-de-las-personas-juridicas#:~:text=La%20respuesta%20es%20sencilla%20cuando%20se%20lee%20el%20art.&text=Dice%20este%20precepto%20que%20>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2021, 28 de enero). *El trust, la persona jurídica y el patrimonio de afectación*. Disponible: <https://almacenederecho.org/el-trust-la-persona-juridica-y-el-patrimonio-de-afectacion;>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (2022, 10 de octubre). *Prefacio a La personalidad jurídica*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/prefacio-a-la-personalidad-juridica>
- BACIGALUPO, S., (2021) “Compliance. Eunomía”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, 2021.
- BERND SCHÜNEMANN (1979) *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.
- CAÑIZARES LASO, A., (2016) “Código Civil comentado”, *Volumen I [Título preliminar-De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Libro I-De las personas, 2016, Artículos 35-39, De las personas jurídicas*.
- COSSÍO Y CORRAL, A., (1954) “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 3, 1954. Disponible: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1954-30062300654
- CUERDA RIEZU, A., (2009) “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Número LXII.
- DEL MORAL GARCÍA, A., (2017) “A vueltas con los programas de cumplimiento y su transcendencia penal”, *Revista de jurisprudencia*.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., (2020) “Derecho Penal Español Parte General (5ª Edición Revisada)”, *Lección 14. El principio de imputación personal. El principio de imputación subjetiva. La responsabilidad penal de las personas jurídicas*,
- (2012) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Regulación española”, *InDret*, Número 1, 2012.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, J., (2019) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral UCAM, Murcia, junio 2019.
- ETXEBERRIA BEREZIARTUA, E., (2021) “El primer régimen de responsabilidad

- penal: la regulación del art. 31 bis del código penal o la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Proceso Penal*, 2021.
- GALGANO, F., (2004) “El concepto de la persona jurídica”, *Revista Derecho del Estado*, Número 16, 2004.
- GOENA VIVES, B., (2020) “‘To be or not to b’. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)”, *Diario la Ley Compliance Penal*, 2020.
- GRACIA MARÍN, L., (1994) “La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 4, 1994.
- MARTIÑÓN CANO, G., (2014) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución”, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, 2014.
- MONTIEL, J. P., (2019) “Cuestiones problemáticas de la sucesión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino”, *En Letra: Derecho Penal*, 2019.
- MOSQUERA MONTERO-RÍOS, L., (2022, 18 de julio) *Compliance: orígenes y aplicación al derecho laboral*. Disponible: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/compliance-origenes-y-aplicacion-al-derecho-laboral-2022-07-15/>
- NAVARRETE URIETA, J. M., (1992) “El nacimiento de la idea de culpabilidad”, *Aldaba*, Número 18, 1992.
- PÉREZ ARIAS, J., (2002) *Creación judicial del Derecho penal*, 2022.
- PÉREZ FERRER, F., (2018) “Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Número 13, 2018.
- PÉREZ JOHNSTON, R., (2004) “Los aportes del derecho público medieval a la teoría del Estado y de la Constitución. (Diálogo con Paolo Grossi)”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Número 5, 2004.
- POLAINO NAVARRETE, M., (2009) *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, 2009.
- POLAINO-ORTS, M., (2018) “Persona y Persona Jurídica”, *Revista Científica Ciencia Jurídica y Política: CPJ*, Vol. 4. Número 7, 2018.
- SAVIGNY, (1898) *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it., 1886-1898, T. III.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., (2020) “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Revista para el análisis del derecho InDret*, Número 2, 2020.

ZENATI-CASTAING, F., (2006) “La propriété, mécanisme fondamental du droit”, Tomasin (dir), *Qu'en est-il de la propriété?*, Presses de l'Université Capitole, LGDJ-Lextenso Editions, 2006.

El lingüista forense: concepto, perfil y aportación procesal de este perito

The forensic linguist: concept, profile and procedural contribution of this expert

CRISTINA CARRETERO GONZÁLEZ

Profesora Agregada de Derecho Procesal
Universidad Pontificia Comillas (España)

ccarretero@comillas.edu

 <https://orcid.org/0000-0003-0903-3864>

Resumen: Esta investigación trata, desde la óptica del Derecho, la figura y el trabajo, en los procesos judiciales, del lingüista forense, un desconocido para la mayoría de los juristas, tal y como se deduce del escaso tratamiento existente en textos jurídicos generales y especializados. Se parte de la exposición de conceptos, igualmente poco o nada frecuentados por la literatura jurídica, que nacen en la lingüística forense y que resultan necesarios para entender sus tareas y diversas aportaciones a los procesos. Por ello, tras una breve presentación conceptual, se exponen las áreas de trabajo del lingüista forense y la necesidad de una formación específica. Finaliza el artículo con el recorrido por las posibles actuaciones que puede realizar este perito a lo largo del proceso civil español, al resultar este proceso subsidiario del resto de jurisdicciones. Para tratar estos aspectos, se ha revisado la literatura científica de esta especialidad y diversos supuestos prácticos en los que el trabajo de este experto ha resultado decisivo para esclarecer los hechos en distintos procesos. La última conclusión extraíble es que el trabajo del perito lingüista forense, pese a ser desconocido, puede constituir una prueba muy adecuada y provechosa en su ámbito de especialización.

Recepción: 07/02/2024

Aceptación: 26/03/2024

Cómo citar este trabajo: CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina, “El lingüista forense: concepto, perfil y aportación procesal de este perito”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 97-140, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.04>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 97-140

Abstract: *This research deals, from a legal perspective, with the figure and work of the forensic linguist in judicial proceedings, an unknown for most jurists, as can be deduced from the scarce treatment existing in general and specialized legal texts. It is based on the exposition of concepts, that are equally little or not at all frequented by the legal literature, which are born in forensic linguistics, and which are necessary to understand their tasks and diverse contributions to the processes. Therefore, after a brief conceptual approach, the areas of work of the forensic linguist and the need for specific training are presented. The article ends with a review of the possible actions that this expert can carry out throughout the Spanish civil process, as this process is subsidiary to the rest of the jurisdictions. To deal with these aspects, the scientific literature of this specialty has been reviewed, as well as several practical cases in which the work of this expert has been decisive in clarifying the facts in different proceedings. The last conclusion to be reached is that the expertise of the forensic linguist, although unknown, can constitute very adequate and useful evidence in his or her specific area of expertise.*

Palabras clave: lingüista forense, prueba pericial, proceso.

Keywords: *forensic linguist, expert evidence, process.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Origen de esta investigación. 1.2. Objetivos. 1.3. Metodología. 1.4. Estructura de los contenidos. 2. LA DENOMINACIÓN DE “LINGÜISTA FORENSE”: DE TÉRMINOS –NO DEL TODO CLAROS– Y DE ORÍGENES. 2.1 Lingüista. 2.2. Forense. 2.3. Pragmalingüística. 2.4. Lingüista y lingüística forense. 3. EL AMPLIO ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LINGÜÍSTICA FORENSE. 3.1. Áreas de trabajo del lingüista forense. 3.2. Compendio de las ramas comprendidas en la lingüística forense. 3.3. Breve muestra de la aplicación práctica de la lingüística forense en diversos supuestos ilustrativos. 4. EL LINGÜISTA FORENSE COMO EXPERTO Y SU FORMACIÓN ESPECÍFICA. 5. EL LINGÜISTA FORENSE EN EL PROCESO (EN ESPECIAL, EN EL CIVIL). 5.1. La elección del perito. 5.2. El procedimiento de solicitud del dictamen pericial. 5.3. La aportación y admisión del dictamen. 5.4. La comparecencia del perito en la vista oral y la valoración del dictamen. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Esta introducción consta de cuatro partes relativas al origen de esta investigación, los objetivos, la metodología y la estructura del contenido.

1.1. Origen de esta investigación

Hace pocos años, leyendo acerca de las pruebas presentadas en un proceso, descubrimos la existencia del perito lingüista forense. Constituyó una sorpresa dado que en la literatura jurídica que habíamos manejado hasta ese momento, proveniente de

manuales de Derecho, artículos de investigación y de jurisprudencia, no habíamos leído nada acerca de este perito y de su campo de acción. Esto nos llevó, en primer lugar, a realizar una revisión bibliográfica de la producción jurídica sobre el tema y, en efecto, resultó mínimo el tratamiento en comparación con el desarrollado desde la lingüística, pese a ser relativamente novedoso también en este campo. En segundo lugar, en diversas reuniones con juristas, fundamentalmente con abogados, preguntamos, llana e informalmente, si conocían la existencia del perito lingüista forense y la respuesta fue, de nuevo, negativa o errada¹.

Estas consideraciones nos llevaron a concluir que, por una parte, se trata una figura escasamente conocida en el ámbito jurídico y, por otra, que la mayor parte de los estudios hallados, como se apreciará a lo largo de estas páginas, provienen de la lingüística por parte de un buen número de autores, tales como –y entre otros–, COULTHARD, JOHNSON y WRIGHT; FRADEJAS RUEDA; GARAYZÁBAL HEINZE, QUERALT ESTÉVEZ y REIGOSA RIVEIROS; MCMENAMIN; OYANEDEL FERNÁNDEZ y SAMANIEGO ALDAZÁBAL; QUERALT ESTÉVEZ y GIMÉNEZ GARCÍA; RAMÍREZ SALADO; SANTANA LARIO y FALCES SIERRA; TURELL JULIÁ; VALERO GARCÉS; o VIÑALS CARRERA y PUENTE BALSELLS², por citar una muestra. En septiembre de 2023, la revista *Del Español. Revista de*

1 QUERALT ESTÉVEZ ha puesto de manifiesto el grado de desconocimiento que puede llegar a tener del trabajo del lingüista forense. Esta autora, lingüista forense, explica algunas de las solicitudes recibidas con el fin de analizar cuestiones tan alejadas de su trabajo tales como evaluaciones físicas de lesiones, test de embarazo o análisis de esperma. QUERALT ESTÉVEZ, S. *Atrapados por la lengua. 50 casos resueltos por la lingüística forense*, Larousse, Barcelona, 2020.

2 COULTHARD, M., JOHNSON, A. y WRIGHT, D., *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*, 2017; FRADEJAS RUEDA, J.M., “Lingüística forense y crítica textual. El caso Ayala–Cervantes”, *Signa. Revista de la Asociación Española de Semiótica*, n.º 25, 2016, pp. 193-220; GARAYZÁBAL HEINZE, E., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Lingüística Forense: la lingüística en el ámbito legal y policial*, 2012; GARAYZÁBAL HEINZE, E., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Fundamentos de la lingüística forense*, 2019; MCMENAMIN, G.R., *Introducción a la Lingüística forense. Un libro de Curso*, 2017; OYANEDEL FERNÁNDEZ, M. y SAMANIEGO ALDAZÁBAL, J.L., “Aplicación de la lingüística al campo legal”, *Onomázein: Revista de lingüística, filología y traducción de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, n.º 6, 2001, pp. 251-261; QUERALT ESTÉVEZ, S. y GIMÉNEZ GARCÍA, R., “Lingüista forense”, *Lingüistas de hoy. Profesiones para el siglo XXI*, Síntesis, Madrid, 2023, pp. 175-182, *Soy lingüista, lingüista forense*, Pie de página, Madrid, 2019, p. 105; QUERALT ESTÉVEZ, S., *Atrapados por la lengua. 50 casos resueltos por la lingüística forense*, *op.cit.*, p. 253.; QUERALT ESTÉVEZ, S., “El uso de recursos tecnológicos en lingüística forense”, en *Pragmalingüística*, n.º 28, 2020b, pp. 212-237; RAMÍREZ SALADO, M., “Antecedentes de la lingüística forense: ¿desde cuándo se estudia el lenguaje como evidencia?”, en *Pragmalingüística*, (n.º 25), 2017, pp. 525-539 y “Panorama actual de la lingüística forense a nivel nacional e internacional”, en *Del Español. Revista de Lengua*, n.º 1, 2023, pp. 17-31; SANTANA LARIO, J. y FALCES SIERRA, M. “Any statement you make can be used against you in a court of law: Introducción a la Lingüística Forense”, en *A life in words: A miscellany celebrating twenty-five years of association between the English Department of Granada University and Mervyn Smale, (1977-2002)*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2002, pp. 267-281; SOLAN, L.M. y TIERSMA, P.M., *Speaking of Crime. The Language of Criminal Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 2005, p. 264; TURELL JULIÁ, M.T., *Lingüística forense, lengua y derecho*, Institut Universitari de Lingüística Aplicada, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005, p. 320.; VALERO GARCÉS, C., *Lingüística forense. contextos, teoría y práctica*, Edisofer, Madrid, 2018, p. 175; VIÑALS CARRERA, F. y PUENTE BALSELLS, M.L., *Diccionario jurídico-pericial del documento escrito*, Herder, Barcelona, 2006, p. 624.

Lengua, ha publicado un primer número, monográfico, y dedicado, precisamente, a la Lingüística forense³.

Una consecuencia lógica es que la terminología y el enfoque utilizados en la mayor parte de las investigaciones resultan coherentes con las necesidades que pueden albergar los lingüistas para trabajar e investigar en este campo, pero no tanto para los juristas. Por añadidura, estamos de acuerdo con GARAYZÁBAL HEINZE, JIMÉNEZ BERNAL y REIGOSA RIVEIROS cuando afirman que, por un lado, la propia disciplina denominada Lingüística Forense es de reciente estudio en España, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito anglosajón –donde actualmente, se la considera como una nueva aplicación de la Lingüística–, y, por otra lado, aunque los lingüistas forenses trabajen con métodos científicos, los juristas recelarían de ellos, probablemente, porque la metodología empleada en cada caso no sería tan dogmática como pueden darse en otras ciencias⁴. Con estas premisas, tiene sentido que se produzca el desconocimiento del lingüista forense en el mundo jurídico.

1.2 Objetivos

Dado el tratamiento fundamentalmente lingüístico ofrecido en la literatura científica, y tan escaso desde el mundo del Derecho, el objetivo general consiste en ofrecer una panorámica del trabajo del lingüista forense desde la óptica del jurista, que pueda resultar útil a la ciencia jurídica, en general, y al trabajo de jurista que, en particular, desee conocer y, en su caso, aprovechar y valerse del saber del perito lingüista forense.

Los objetivos concretos son diversos. En primer lugar, abordar determinados conceptos, poco familiares para los juristas, y las áreas de trabajo en esta especialidad pericial. Así, debemos adentrarnos en la propia denominación del lingüista forense, que puede resultar confusa por la combinación de ambos términos y que induce a errores interpretativos sobre el trabajo de este experto. Tras dejar sentadas las bases conceptuales, pretendemos adentrarnos en las tareas que estos profesionales realizan. Para ello, debemos analizar y seleccionar, de entre las numerosas referencias existentes desde la lingüística forense, las áreas de trabajo y ramas que comprende la lingüística forense en las que el lingüista forense se especializa y cuyo saber se volcará en los dictámenes que lleguen a los procesos judiciales. Además, se pretende contemplar su trabajo con una breve exposición de casos en los que la labor del lingüista forense haya resultado determinante

3 En Vol. 1 (2023): De lingüística forense | Del Español. Revista de Lengua (uhu.es), DOI: <https://doi.org/10.33776/dlesp.v1> (consultado el 29/01/2024).

4 GARAYZÁBAL HEINZE, E., M., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M., “La lingüística forense: licencia para investigar la lengua”, en GARAYZÁBAL HEINZE, E., M., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M. (COORDS.), *Lingüística Forense: La lingüística en el ámbito legal y policial*, 2.ª reed. Corregida y ampliada, 1.ª ed. Impresa, Euphonía Ediciones, Madrid, 2014, pp. 29-31.

en la prueba de los hechos. En segundo lugar, procuramos determinar el perfil profesional del lingüista forense y comprobar las posibilidades formativas existentes en nuestro país, para comprobar si la oferta es suficiente y completa o no lo es. Por último, pretendemos exponer cómo sería el paso del lingüista forense por un proceso civil, para mostrar las distintas intervenciones que habría de realizar en su trabajo pericial.

1.3. Metodología

Esta ha consistido en revisar y seleccionar la literatura científica, proveniente fundamentalmente de la lingüística, precisamente, dada la escasez de literatura jurídica al respecto. Se han consultado diversos diccionarios ya que los términos empleados en lingüística son técnicos y, lógicamente, poco o nada familiares para juristas. Se han examinado las páginas web de instituciones y de asociaciones muy relevantes en este campo, entre las que destacan las de la AAAL (*American Association for Applied Linguistics*)⁵; ALFA (Asociación de Lingüística Forense Argentina)⁶; la GSFL (*Germanic Society for Forensic Linguistics*)⁷; la IAFL (*International Association of Forensic and Legal Linguistics*)⁸ o la IAFPA (*The International Association for Forensic Phonetics and Acoustics*)⁹. Se han revisado casos judiciales concretos publicados por

5 AAAL: Asociación Americana de Lingüística Aplicada. Según su página web, se trata de una organización profesional de académicos que se interesan y contribuyen activamente al campo multidisciplinar de la lingüística aplicada. Los miembros de la AAAL promueven enfoques basados en principios sobre cuestiones relacionadas con las lenguas y, entre otras, el análisis del discurso las lenguas para fines especiales. <https://www.aal.org/> (consultado el 16/07/2023).

6 ALFA: Asociación de Lingüística Forense Argentina. <http://www.linguisticaforense.com/sta> asociación se creó en 2016 con el fin de agrupar y convocar a lingüistas interesados en el derecho como rama de especialidad y a investigadores con intereses afines para el desarrollo de este campo de estudio en el país. <http://www.linguisticaforense.com/> (consultado el 16/07/2023).

7 GSFL: Sociedad Germánica de Lingüística Forense. Se trata de un equipo internacional formado por científicos sociales, profesionales y estudiantes que se dedican a promover el trabajo cooperativo dentro del campo de la lingüística forense para la mejora de la sociedad. con este fin, la GSFL celebra una mesa redonda anual en la que los profesionales que trabajan tanto dentro como fuera del ámbito académico pueden compartir su trabajo con los demás, en un entorno de apoyo colegiado. <https://germanicsocietyforensiclinguistics.org/> (consultado el 1/08/2023).

8 IAFL: Association of Forensic and Legal Linguistics. Es una organización formada mayoritariamente por lingüistas que trabajan en el ámbito del derecho. Según su página web, en sentido estricto, se trata de pruebas lingüísticas en los tribunales (atribución de autoría, confesiones controvertidas, etc.), pero la asociación también pretende reunir a quienes trabajan en todos los aspectos de la lengua y el derecho (lenguaje jurídico, lengua en el proceso judicial y lengua como prueba). <https://iafl.org/> (consultado el 7/07/2023).

9 IAFPA: The International Association for Forensic Phonetics and Acoustics. Se trata de una asociación profesional de científicos e investigadores forenses que analizan voces, discursos y grabaciones de audio. El objetivo de la asociación es fomentar la investigación y proporcionar un foro para el intercambio de ideas e información sobre la práctica, el desarrollo y la investigación en fonética y acústica forense, y establecer y hacer cumplir las normas de conducta profesional y procedimiento para los que participan en el trabajo de fonética y acústica forense. <http://www.iafpa.net/> (consultado el 16/07/2023).

diversos medios comunicación y que ilustran las diferentes áreas que manejan. Por último, se ha recurrido a la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰ en el último apartado de este trabajo para tratar la aplicación de la pericial lingüística forense en un proceso civil.

1.4. Estructura de los contenidos

Tras esta parte introductoria, que constituye el primer apartado, el segundo expone los conceptos básicos y necesarios para que el jurista pueda comprender tanto la figura del lingüista forense como el origen del uso de esta especialidad en los procesos. En el tercer apartado se estudian los campos de aplicación de la lingüística forense en los que el lingüista despliega su saber. Para ello, se realiza una labor de síntesis de las áreas en las que trabaja nuestro experto, de las ramas que comprende la lingüística forense y finalizamos con una muestra de la aplicación de la lingüística forense en la práctica real. En el cuarto apartado, se examina la formación del lingüista forense en nuestro país y se aboga por la necesidad de que esta formación resulte más rigurosa y verdaderamente especializada. El apartado quinto se refiere al tránsito del lingüista forense por las distintas fases del proceso civil. Finalmente, se exponen las conclusiones y la bibliografía. Al respecto de la bibliografía, puede resultar algo amplia, pero hemos preferido dejarla reflejada en esta extensión debido, precisamente, a la escasez de tratamiento desde el punto de vista jurídico, pero amplio en el campo lingüístico. Por ello, podría servir de guía a diversos tipos de profesionales si, llegado el momento, se desea profundizar en cualquiera de los aspectos tratados, como conceptos, perfil o en las muy diversas tareas del perito lingüista forense.

2. LA DENOMINACIÓN DE “LINGÜISTA FORENSE”: DE TÉRMINOS –NO DEL TODO CLAROS– Y DE ORÍGENES

Como se indicaba anteriormente, sin otro ánimo que el de corroborar una primera impresión, al preguntar a diversos juristas si conocían la figura del “lingüista forense”, lo primero que se nos ha comentado es que desconocían, por lo general, su existencia y, menos aún, el perfil profesional del mismo o sus áreas de especialidad. Por cuestión metodológica y por esta percepción personal, hemos considerado adecuado que se inicie este trabajo con la delimitación de los conceptos: “forense”, “lingüista” y “pragmalingüística”, en primer lugar, para llegar, posteriormente, a la formación de la composición de palabras “lingüista forense”. Desde que escuchamos estos términos por primera vez, pensamos que esta combinación de palabras, lingüista y forense no parece ofrecer una idea muy obvia de la labor que subyace.

¹⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El problema procede de la existencia del adjetivo forense cuando acompaña al sustantivo lingüista, término que también delimitamos aquí.

2.1. Lingüista

Según el Diccionario de MOLINER¹¹, lingüista es: “*n. Persona que se dedica a la lingüística*”. Esta definición nos lleva al concepto de “lingüística”, que, según el mismo diccionario es: “*f. Estudio del lenguaje articulado en general: “Lingüística comparada [general, aplicada]”*”.

Aunque es previsible que, para los juristas, un lingüista y un filólogo sean exactamente el mismo profesional, porque la lingüística y la filología puedan resultarnos términos sinónimos, para los lingüistas sí existan diferencias¹².

2.2. Forense

El Diccionario de MOLINER indica que forense es: “*1. adj. Del foro, o sea, relacionado con los tribunales o la administración de justicia. 2. n. médico forense. 3. adj. De [o del] médico forense*”¹³. Además, existen otras referencias interesantes en diversos diccionarios, que completan y contribuyen a comprender este término¹⁴.

De la lectura de estos significados, hoy en día, parece complicado que, fuera de determinados ámbitos muy concretos, se asocie la palabra forense a los tribunales para profesiones distintas a la del médico, razón por la que entendemos que se produzcan malentendidos y cierta confusión con sus tareas.

Posiblemente, la dificultad de la asociación de la palabra *foro* con su significado radica en el propio origen de la palabra, procedente del Derecho Romano, y el modo

11 MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*, Tomo I-Z, 2.ª ed., 6ª reimpr., Gredos, Madrid, 2006, p. 194.

12 En todo caso, en MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*, tomo a-h, *op.cit.*, p. 1305, después de indicarse que el filólogo es “especialista en filología” y que esta es la “ciencia que estudia las lenguas y las obras literarias producidas en ellas desde un punto de vista erudito”, existe una nota de uso en que se explica que “la delimitación del campo entre la filología y la lingüística no es clara. Desde luego, no es aplicable el término “filología” al estudio general del lenguaje articulado, que es objeto específico de la lingüística, y menos al aprendizaje de idiomas, hola que puede ser también designado con este último nombre. En cuanto al estudio de las lenguas y los textos, proponen algunos tratadistas reservar “filología” para el estudio de un idioma de los textos; “lingüística” para el estudio del idioma con independencia de los textos, aunque estos se utilicen como medios”.

13 MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*. Edición abreviada, vol. e-o, Gredos, Madrid, 2008, p. 174.

14 Así, el Diccionario de la lengua española (DLE) expresa lo siguiente con relación al término forense en sus dos entradas: primera: “forense (1). Del lat. *forensis*. 1. adj. perteneciente o relativo al foro. 2. adj. Desus. público y manifiesto. 3. m. y f. médico forense. medicatura forense; y segunda: forense (2). Del lat. *foras* ‘fuera’. adj. p. us. forastero”. por su parte, el Diccionario panhispánico del español jurídico indica únicamente lo siguiente: “forense: gral. relativo a los tribunales o a los abogados”.

de administrarse allí la justicia, ya que se refiere al lugar en el que se producían las actuaciones ante los magistrados y jueces¹⁵. Por ello, puede resultar oscuro el adjetivo forense unido a la palabra lingüista, para un ciudadano ajeno a este conocimiento del origen de dicha palabra y, lógicamente, resulta complicado que imagine su relación con las pruebas periciales.

2.3. Pragmalingüística

Otro concepto de frecuente aparición en la temática que se aborda es el de “pragmalingüística” como la disciplina que estudia la expresión del discurso en su contexto y de forma completa¹⁶.

De la pragmalingüística, nos interesa, en especial, el hecho de que esta tenga como objetivo el análisis textual más allá de la literalidad de los discursos a través del contexto en el que se producen estos. Este es el modo en el que el mensaje cobra verdadero sentido de forma conjunta y, además, el trabajo del lingüista forense se despliega en los procesos para hallar y descubrir matices y posibles respuestas derivadas de la aplicación práctica de su ciencia. De hecho, como manifiestan BENEDETTI y QUERALT ESTÉVEZ¹⁷ el contexto desempeña un papel esencial ya que cualquier frase hablada o escrita tendrá un determinado significado. Por ello, cualquier aspecto contextual puede resultar determinante para conocer el significado de una frase escrita o hablada.

15 Según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 10.^a ed., Iustel, Madrid, 2017, p. 83. En un primer momento esta actividad tenía lugar en una parte (nordeste) del foro (fórum), donde se situaba el magistrado, al aire libre y en sesión pública y sentado en la silla “*curul*”, insignia de su *iurisdictio*. A final de la república se producirían las actuaciones judiciales en locales cerrados (*basilicae* o auditoria).

Además, el autor se refiere a las distintas combinaciones de la palabra forum (o foro), según las circunstancias del caso, como en los supuestos de forum prorrogatum, forum originis o domicilii, forum contractus, forum delicti commissi, etc.

16 Para VIÑALS CARRERA, F. y PUENTE BASELLS, M.L., *Diccionario jurídico-pericial del documento escrito*, *op. cit.*, p. 508, dentro de la Lingüística Forense, sería: “Rama de la semiótica que busca en el discurso más de lo que expresa su significado literal, los significados profundos que encierra, informaciones que no se explicitan directamente (presuposiciones) intencionalidades que se manifiestan en un análisis crítico del texto mediante la competencia pragmática. Esta no interpreta el mensaje en sí –al pie de la letra– sino en el contexto comunicativo específico que se articula en torno a varios ejes: -situación: coordenadas-espacio temporales que determinan el tipo de registro empleado, formal o coloquial; -canal o modo comunicativo oral o escrito; -referente: aquello que se desea transmitir y con qué propósito: objetivo (función referencial), emotivo (función expresiva), apelativo (función conativa), constancia comunicativa (función fática), estilístico (función poética), explicativo (función metalingüística), etc.”.

A su vez, la semiología –por la mención realizada a la semiótica– se refiere al estudio de los signos en la vida social, según el DLE en su segunda acepción.

17 Con referencias a GIBBONS y a TURELL JULIÁ, M.T. En BENEDETTI, N. y QUERALT ESTÉVEZ, S., “A literature review of the role of forensic linguistics in gender-based violent crimes in Italy: supporting legal professionals and providing scientific evidence”, *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 79, 2023, p. 143. Disponible en <https://doi.org/10.58992/rld.179.2023.3857> (consultado el 1/08/2023).

2.4. Lingüista y lingüística forense

Tras lo expuesto y en un primer acercamiento a esta figura, se puede afirmar que el lingüista forense aporta un conocimiento lingüístico especializado en el ámbito del derecho, en general, y en el de los tribunales, en particular.

En todo caso, como ya apuntamos previamente, parece que el tándem constituido por las palabras lingüista –si personalizamos–, o lingüística –si nos referimos a la disciplina–, y forense no deriva de una asociación lógica a primera vista.

TURELL JULIÁ, una de las grandes autoridades y pionera de este campo en España, define, a grandes rasgos, la lingüística forense como la “*interfaz entre Lengua y Derecho*”. De modo particular, supondría, apelando a su función, “*la utilización de pruebas lingüísticas en los juicios y por tanto a la actuación de los lingüistas en contextos jurídicos y judiciales*”¹⁸.

Por su parte, el sujeto ejerciente de esta ciencia, el lingüista forense, sería “*aquel lingüista que aplica sus conocimientos y los pone al servicio de un propósito forense*”¹⁹.

En la búsqueda del origen de la aparición conjunta de los términos lingüística y forense, este se documenta en 1968²⁰. Concretamente, en el análisis que el lingüista sueco SVARTVIK realizó sobre las confesiones de Timothy John Evans –un ciudadano británico que fue sentenciado a muerte por el supuesto asesinato de su esposa embarazada– al declarar, en 1949, ante la policía²¹. Ahondando en el mismo caso –que tuvo gran repercusión y calado entre la sociedad británica por el drama que supuso– RAMÍREZ SALADO²² relata cómo, después de que Evans confesara el asesinato, se estudiaron cuatro declaraciones suyas. En dos de ellas, Evans se confesaba culpable de los hechos y en otras dos, inocente; además, acusó a John Reginald Halliday Christie, un vecino del matrimonio, como culpable del asesinato. No obstante, Evans fue condenado a muerte y ejecutado el 9 de marzo de 1950. Tres años más tarde, se hallaron seis cuerpos en la vivienda de John R. H. Christie. Posteriormente, se otorgaría a Evans el perdón póstumo, quedando libre de la acusación de asesinato por el que se fue condenado y ejecutado.

Pues bien, SVARTVIK había realizado un análisis lingüístico de las cuatro declaraciones de Evans, dado que dos de ellas contradecían a las otras dos. En el análisis

18 TURELL JULIÁ, M.T., *Lingüística forense, lengua y derecho*, *op. cit.*, p. 13.

19 Definición de SHUY, en GARAYZÁBAL HEINZE, E., M., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M., “La lingüística forense: licencia para investigar la lengua”, *op. cit.*, pp. 33.

20 FRADEJAS RUEDA, J.M., “Lingüística forense y crítica textual. El caso Ayala-Cervantes”, *op. cit.*, p. 194.

21 SVARTVIK, J. *The Evans Statements. A case for forensic linguistics*, (Göteborgs, Göteborgs Universitet), 1968. Disponible en <https://www.thetext.co.uk/Evans%20Statements%20Part%20I.pdf>. (consultado el 29/06/2023).

22 RAMÍREZ SALADO, M., “Antecedentes de la lingüística forense: ¿desde cuándo se estudia el lenguaje como evidencia?”, *op. cit.*, pp. 529-530.

aparece recogida, por primera vez, la expresión *forensic linguistics*, entendida como la disciplina encargada del estudio lingüístico de pruebas en una investigación judicial²³, es decir, el lenguaje usado como prueba (o como evidencia²⁴). SVARTVIK precisó, a juicio de Ramírez, que, aunque no se podía alcanzar ninguna conclusión sólida, el estudio corroboraba la versión de inocencia de Evans. Esto era debido a que las características lingüísticas de determinados fragmentos resultaban claramente distintas de las del resto de declaraciones. Así, se podía observar que, justamente, los fragmentos inculpatorios no eran propios del estilo gramatical de Timothy Evans.

Por tanto, con este caso, por primera vez y de forma clara, se aportaron datos a una investigación criminal que supuso un antes y un después a una nueva actividad probatoria y, en consecuencia, al conocimiento inicial del lingüista forense.

Posteriormente, uno de los casos más paradigmáticos y difundidos por los medios fue el referido al ciudadano Theodore Kaczynski²⁵. En este supuesto, denominado “UNABOM”²⁶ y más conocido popularmente como el caso de “Unabomber”, el FBI destinó abundantes recursos personales y materiales con el fin de determinar la identidad del autor de la explosión de las bombas atribuidas a este sujeto.

Según el FBI²⁷, en 1995, el denominado “Unabomber” envió lo que denominó “manifiesto” a diversos medios de comunicación. Consistía en un escrito de 35.000 palabras titulado “*La sociedad industrial y su futuro*”. En este texto, y bajo el pseudónimo de “FC”²⁸, el autor expresaba sus motivos y exponía su visión acerca de los males de la sociedad moderna²⁹. A raíz de la publicación del escrito en el periódico *The Washington Post*, fueron miles las personas que apuntaron a posibles sospechosos, aunque quien resultó definitivo, fue David Kaczynski al referirse a su hermano Ted. Para el FBI, algo que resultó decisivo para descubrir al sospechoso fueron las cartas y documentos escritos por este y aportados por su hermano. Con ello, el FBI realizó un análisis lingüístico comparado, en el que

23 *Ibid.*

24 Resulta muy frecuente que, en los textos escritos por personas legas en derecho, se utilice el término “evidencia” para referirse a las pruebas (o a las diligencias de investigación, según el caso), debido a la traducción, prácticamente literal del término inglés “*evidence*”.

25 Véase CARRETERO GONZÁLEZ, C., “La prueba pericial lingüística en los procesos penales”, en ORTEGA BURGOS, E. (Dir.), *Derecho Penal 2022, Actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 47-51.

26 Esta denominación recogía, en clave, las palabras: “universidades (UN)” y “aerolíneas (A)”, ya que estas eran objetivos y recibieron las bombas “(BOM)” enviadas por quien, tras años de investigación se pudo identificar como Theodore Kaczynski, según la página del FBI: <https://www.fbi.gov/history/famous-cases/unabomber> (consultado el 7/11/2023).

27 Federal Bureau of Investigation (FBI).

28 Se trataba de las iniciales de las palabras: *Freedom Club* (<https://www.smithsonianmag.com/smithsonian-institution/unabomber-arrested-longest-manhunt-fbi-history-over-180968744/>).

29 The Washington Post y FBI.

cada palabra fue examinada, y se concluyó que el autor del manifiesto era, con casi toda probabilidad, el mismo que había escrito las cartas y documentos proporcionados por David Kaczynski³⁰.

En España, se apunta como nacimiento de la lingüística forense el año 1987, con la creación del laboratorio de acústica forense de la Policía Científica³¹ y el desarrollo a partir de los años 90³².

3. EL AMPLIO ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LINGÜÍSTICA FORENSE

Después de tratar los conceptos e inicios de la lingüística forense, se presentan, a continuación, los diversos ámbitos en los que el perito que pueda intervenir en un proceso, lo haga en atención a la especialidad necesaria en cada caso y dentro del amplio campo existente.

3.1. Áreas de trabajo del lingüista forense

La IAFL (International Association of Forensic and Legal Linguistics)³³ considera la existencia de las siguientes cuatro áreas de trabajo de la “Lingüística Forense”³⁴: lengua y derecho; la lengua en el proceso judicial; el lenguaje como prueba; y la investigación/enseñanza. De las cuatro, nos interesa, en especial, la relativa al lenguaje como prueba, que comprende estos contenidos: análisis y atribución de la autoría; plagio; identificación de hablantes y comparación de voces; compilación de corpus (declaraciones, confesiones, notas de suicidio); identificación computacional de autores o elaboración de perfiles; advertencias sobre productos de consumo; el lenguaje como prueba en casos civiles (marcas, conflictos contractuales, difamación, responsabilidad por productos, prácticas comerciales engañosas, infracción de

30 No en vano la frase: “no two people write alike” (no hay dos personas que escriban igual), se halla recogida en la página web del FBI y con estas palabras comienza un artículo titulado: “The words of a killer. how the unabomber’s writings helped lead investigators to his door 25 years ago” (Las palabras de un asesino. Cómo los escritos de unabomber ayudaron a los investigadores a llegar a su puerta hace 25 años). Página web del Federal Bureau of Investigation (FBI): <https://www.fbi.gov/news/stories/the-words-of-a-killer-the-unabomber-case-25-years-later-> y página web del fbi: <https://www.fbi.gov/news/stories/the-words-of-a-killer-the-unabomber-case-25-years-later-04022> (consultado el 8/11/2023).

31 ESCRIBANO MARTÍN, F., “A pesar de más tres décadas de trabajo, la lingüística forense no goza en España del reconocimiento que tiene en otros países”, en entrevista a Hidalgo de la Guía. Disponible en <https://www.uam.es/uam/investigacion/cultura-cientifica/articulos/entrevista-irene-hidalgo> (consultado el 15/11/2023).

32 RAMÍREZ SALADO, M., “Antecedentes de la lingüística forense: ¿desde cuándo se estudia el lenguaje como evidencia?”, *op. cit.*, p. 19.

33 IAFL. En <https://iafl.org/> (consultado el 19/09/2023).

34 IAFL. <https://iafl.org/forensic-linguistics/> (consultado el 22/09/2023).

derechos de autor); dialectología y sociolingüística; semántica; pragmática y análisis de actos del habla³⁵.

Como se puede apreciar, parece tratarse de una lista abierta, con más lógica que una cerrada, ya que la realidad va creando nuevas materias sobre las que el perito tendrá que formarse y trabajar para informar y aportar su saber en juicio. Por otra parte, creemos que cuando esta asociación expresa como materia de trabajo la del “lenguaje como prueba en casos civiles”, este enunciado podría modificarse por el de: “el lenguaje como prueba en los procesos”, porque, realmente comprendería los procesos de cualquier jurisdicción y resultaría más completo. Por nuestra parte, invitamos a considerarlo de este modo.

Por tanto, ya observamos que los posibles cometidos del lingüista forense presentan una gran amplitud y pueden abarcar numerosos ámbitos de trabajo, desde la enseñanza hasta el lenguaje utilizado en fase policial o en fase penitenciaria, y ya sea, por ejemplo, para la detección de un plagio, ante la posible ambigüedad del discurso forense, en el análisis de la letra de un contrato o en la determinación del origen de un hablante³⁶.

35 En <https://iafl.org/> el resto de las áreas expuestas se refieren a los temas que siguen:

- Lengua y derecho: legislación; comprensibilidad de los documentos jurídicos; análisis e interpretación de los textos jurídicos; géneros jurídicos; historia del lenguaje jurídico; discurso jurídico; cuestiones multilingües en contextos jurídicos; análisis del discurso de los recursos jurídicos; lengua y desigualdades ante la ley; minorías lingüísticas y sistema jurídico; derechos lingüísticos; poder y derecho; cuestiones interculturales y mediación en contextos jurídicos.
- La lengua en el proceso judicial: entrevistas con testigos vulnerables; retos comunicativos de los testigos vulnerables; entrevistas policiales; entrevistas de investigación; pruebas lingüísticas de los solicitantes de asilo; salas de audiencia bilingües y cuestiones relacionadas con la segunda lengua; interpretación en las salas de audiencia; interacción en las salas de audiencia; traducción en las salas de audiencia; lenguaje policial; lenguaje penitenciario; lenguaje dirigido al juez y al jurado en las salas de audiencia de derecho común y civil (nuestra nota: se refiere al *common law* y al *civil law*).
- Investigación/enseñanza.
- Práctica y ética del testimonio de expertos; presentación de pruebas lingüísticas; lingüistas como testigos expertos; enseñanza/prueba de la lingüística forense/lengua y derecho; educación lingüística para profesionales del derecho.

36 Entre otros, pueden leerse distintos e interesantes trabajos que analizan estos aspectos aquí reseñados y otros cuya lectura se recomienda; a modo de muestra, los de CANALE, M., MOUGEON, R. y KLOKEI, T.J., “Remarks: Forensic Linguistics”, en *Canadian Journal of Linguistics*, 27, n.º 2, 1982, pp. 150-155; CIRCES I BOSCH, J. y GAVALDÀ MESTRE, N., “La lingüística forense: la llengua com a evidència”, en *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and La* (61), 2014, pp. 60-71; COULTHARD, M., “¿Qué dijeron en realidad? Una evaluación de evidencia policial por un lingüista forense”, *Revista iberoamericana de discurso y sociedad* (3, n.º 2), 2001, pp. 45-60; DELGADO ROMERO, C. *La identificación de locutores en el ámbito forense*, tesis doctoral, E-Prints, Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 366; QUERALT ESTÉVEZ, S., “Acerca de la prueba lingüística en atribución de autoría hoy”, *Revista de Llengua i Dret*, (núm. 62), 2014, pp. 35-48; QUERALT ESTÉVEZ, S., “El análisis lingüístico: una ciencia forense”, en web de Llengua i Dret, 2017; QUERALT ESTÉVEZ, S., *Atrapados por la lengua. 50 casos resueltos por la lingüística forense*, *op. cit.*, p. 253.; QUERALT ESTÉVEZ, S., “El uso de recursos tecnológicos en lingüística forense”, *op. cit.*, pp. 212-317 y QUERALT ESTÉVEZ, S., *Lingüistas de hoy. Profesiones para el siglo XXI*, Síntesis, Madrid, 2023.

Por otra parte, expertos en este campo, como Coulthard, Johnson y Wright³⁷, han clasificado a lo largo de una interesante monografía, las áreas de trabajo del lingüista forense relativas a: 1) el propio trabajo del lingüista como perito; 2) la fonética forense; y 3) la atribución de la autoría, a las citas textuales (y al plagio), entre otras cuestiones. No obstante, por resultar muy completo y por su afán ilustrativo, destacamos la clasificación de áreas de actuación, con sus correspondientes características formales, elaborada por MCMENAMIN y que se exponen según extracto de GARAYZÁBAL HEINZE, QUERALT ESTÉVEZ y REIGOSA RIVEIROS, en estas categorías³⁸: 1. Lenguaje evidencial, lengua hablada. 2. Lenguaje evidencial, lengua escrita. 3. Peritaje lingüístico. 4. Lenguaje jurídico. 5. Lenguaje policial. 6. Escritos legales. 7. Lenguaje de interesados. 8. Lenguaje del foro. 9. Derechos lingüísticos. 10. Naturaleza del lenguaje. 11. Interpretación y traducción jurídicas. 12. Herramientas para la lingüística forense. 13. Preparación académica³⁹.

37 COULTHARD, M., JOHNSON, A. y WRIGHT, D., *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*, *op. cit.*, p. 237.

38 Resumen del libro de MCMENAMIN, G.R., *Introducción a la Lingüística forense. Un libro de Curso*, *op. cit.*, elaborado por GARAYZÁBAL HEINZE, E., QUERALT ESTÉVEZ, S. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Fundamentos de la lingüística forense*, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

39 En cada una de las áreas de trabajo se estudian diversas temáticas; esto es: 1. “lenguaje evidencial, lengua hablada: se refiere a la fonética forense; comparación de voz e identificación de locutores; perfiles lingüísticos; ruedas de reconocimiento de voz; autenticación de audio; transcripción e interpretación de grabaciones de audio etc.

2. Lenguaje evidencial, lengua escrita: hace referencia a la determinación de la autoría de documentos dubitados; detección de plagio; perfil lingüístico; análisis automático de textos; ambigüedad textual, etc.
3. Peritaje lingüístico: relativo a la ética y práctica pericial; protocolos del sistema jurídico; metodología para la obtención de datos; proceso de trabajo; dictamen pericial; presentación de la evidencia ante el tribunal entre otros; etc.

4. Lenguaje jurídico: es decir, análisis del discurso del lenguaje del derecho; argumentación judicial; terminología y géneros jurídicos.

5. Lenguaje policial: relativo al lenguaje empleado en las entrevistas; lenguaje de los interrogatorios; discurso de las entrevistas con población vulnerable (como niños y víctimas).

6. Escritos legales: redacción y comprensión de documentos y textos jurídicos; redacción y comprensión de normas; *plain language*; lectura, habilidad y legibilidad de textos legales, etc.

7. Lenguaje de interesados: esto es, referido al lenguaje de criminales y víctimas; entrevistas policiales y judiciales a menores; aptitudes lingüísticas para asilados, etc.

8. Lenguaje del foro: es decir lenguaje de jueces, abogados, fiscales, intérpretes; lenguaje de las instrucciones al jurado; interacción comunicativa en el tribunal; multilingüismo y diversidad lingüística en el tribunal; discurso y poder entre abogado y testigo, etc.

9. Derechos lingüísticos: lenguaje de refugiados que solicitan asilo; testimonios; entrevistas custodiales; minorías lingüísticas; derecho al silencio; derechos del individuo procesado.

10. Naturaleza del lenguaje: lenguaje claro, ofensivo, de poder; lenguaje de la mediación; juramento en falso, injurias y plagio.

11. Interpretación y traducción jurídicas: interpretación del proceso judicial, declaraciones de testigos, entrevistas e interrogatorios; precisión, imparcialidad y comprensibilidad de la interpretación; conocimiento de diferencias culturales y lingüísticas; traducción de documentos escritos y de grabaciones de audio y video a otra lengua; etc.

12. Herramientas para la lingüística forense: datos; análisis automático de textos; lingüística de corpus; estadística para cuantificación de datos.

13. Preparación académica: cursos; métodos de investigación; preparación y presentación de informes, etc.”

Como observamos, en estos apartados se distinguen distintos aspectos en las áreas de trabajo y poseen el común denominador de que, desde diferentes ópticas, la mayoría de ellas pueden tener encaje en el trabajo en los tribunales o, más generalmente, con el Derecho. Así, partiendo de la condición de lingüistas de los peritos de lingüística forense, su campo de trabajo y su especialización, supondrían una singularización o especialización como ocurre con cualquier otro tipo de prueba pericial, tales como las ofrecidas desde los campos de la psiquiatría, la arquitectura o la contabilidad, por ejemplo.

Sobre el futuro de esta especialidad, además de lo expuesto, parece que pueden producirse interesantes y necesarias colaboraciones con expertos de otras ramas, en especial, las relativas a la ciberseguridad y otras cuestiones en entornos digitales. Esto es debido a que, entre la expansión de internet y el rápido desarrollo de la inteligencia artificial, la lingüística forense ha tenido un amplio campo de actuación con distintas aportaciones, entre las que sobresalen la detección de noticias falsas, el ciberacoso y la ciberestafa⁴⁰.

3.2. Compendio de las ramas comprendidas en la lingüística forense

La clasificación de las áreas de trabajo se completa con la de las ramas implicadas en la lingüística forense con el fin de observar los diferentes matices y la especialización material que tendrá repercusión directa en la solicitud de la prueba pericial a través de los informes o dictámenes y testimonios prestados por el lingüista forense. Aquí se ofrece un breve listado de la clasificación realizada por las autoras anteriormente citadas⁴¹, en aspectos que muestran la variedad temática abordada y que se resume en estos cinco apartados: 1. Lingüística descriptiva y lingüística cognitiva. 2. Psicolingüística. 3. Retórica lingüística (oratoria y dialéctica) o *pragmadialéctica*. 4. Análisis del discurso y 5. Lingüística del Corpus⁴².

40 QUERALT ESTÉVEZ, S. y GIMÉNEZ GARCÍA, R., “Lingüista forense”, *op. cit.*, pp. 175-182.

41 GARAYZÁBAL HEINZE, E., M., QUERALT ESTÉVEZ, S. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Fundamentos de la lingüística forense*, *op. cit.*, pp. 25-36.

42 Cada uno de estos apartados comprende el análisis de diferentes cuestiones, como indican las referidas autoras. así:

1. Lingüística descriptiva y lingüística cognitiva: -la lingüística descriptiva estaría relacionada con un lenguaje concreto: tanto por su estructura como por el modo en que funciona en distintos contextos. La lingüística cognitiva nos ofrecería el lenguaje desde una óptica más integral (con aspectos neuro-lingüísticos, psicolingüísticos, sociolingüísticos; antropolingüísticos, etc.).

En el ejemplo que nos ofrecen, se trata el trabajo del intérprete en los interrogatorios policiales y cómo, en el proceso de traducción, pueden llegar a omitir, añadir o modificar el contenido del mensaje para centrarse en el verdadero conocimiento de lo que ha ocurrido, cómo, por qué y cuándo de los acontecimientos. Así, por ejemplo, un policía informado de que una persona cojea –en lugar de que corre–, puede deducir la cercanía o lejanía de una persona de la escena del crimen o de si está o no herida.

2. Psicolingüística. se refiere a la aplicación de la lingüística que estudia las relaciones entre el comportamiento lingüístico y los procesos psicológicos hallados en la base de la adquisición y el uso del lenguaje por los hablantes. Como afirman las autoras referidas, cuando esta cuestión se refiere a una

Adicionalmente, las autoras manifiestan que, en el marco teórico, resulta relevante, tener igualmente en cuenta la sociolingüística. Esta relaciona los hechos lingüísticos con elementos de tipo social tales como el nivel socioeconómico, la edad, el sexo, el nivel de educación formal, el grupo étnico, aspectos históricos, etc. Es decir, nos puede describir el comportamiento lingüístico relacionándolo con el contexto social. Por ejemplo, es relativamente sencilla la determinación de la procedencia de un hablante cuando pronuncia la palabra Madrid y establecer si procede de Castilla, de Andalucía o de Cataluña. También ocurriría algo similar cuando se trata, por ejemplo, de analizar un anónimo en el que se contiene una amenaza, o cuando se examinan variables dialectales que nos permitan geolocalizar al autor de un texto⁴³.

La especialización en esta prueba y las herramientas que se van incorporando, aumentan progresivamente. Así, puede observarse una herramienta como “*AMPER Forensic*” que, según exponen ELVIRA-GARCÍA, ROSEANO Y FERNÁNDEZ PLANAS⁴⁴, se halla diseñada “para ayudar a los lingüistas en la tarea de identificar el origen de un hablante. La herramienta usa datos exclusivamente prosódicos y propone al usuario una lista de lugares en los que se usan contornos entonativos parecidos a los que aparecen en una grabación objeto de estudio. *AMPER_Forensic* usa técnicas conocidas que se utilizan normalmente en estudios de *dialectometría*, aplicándolas a la tarea de atribución de dialecto, etc.”.

Pues bien, en el proceso judicial y, más concretamente, con relación a las pruebas, el trabajo del lingüista forense, por su alta especialización en las diferentes áreas de trabajo y clasificación de las ramas lingüísticas implicadas, puede resultar una aportación de gran utilidad. En el dictamen pericial se recogerá su labor, independientemente

investigación criminal, se habla de psicolingüística forense. en la práctica, serviría para determinar posibles estados mentales de una persona en el momento en que dijo o escribió algo que se deba analizar, sus posibles intenciones y su comportamiento. así, serviría en casos de amenazas, denuncias falsas, atribución de autoría, acoso laboral, etc.

3. Retórica lingüística (oratoria y dialéctica) o pragmadialéctica. Según las autoras, esta rama resultaría muy útil en el momento de tener que ratificar un dictamen en sede judicial. Entre otras cuestiones serviría para considerar cómo está dispuesto un texto o un discurso y cuál es el estilo predominante.

4. Análisis del discurso. a través del lenguaje se analiza, según se afirma con sencillez, lo que la gente hace. expresa la actitud del hablante ante una situación y nos indicará, por ejemplo, si el habla es espontáneo o bien dirigido, cuál es el tono, si hay ironía, sarcasmo, etcétera. Así, más concretamente, ante una amenaza se observará si el mensaje es lógico, organizado, divagante y puede ayudar a determinar si el grado de cumplimiento de la amenaza es alto, moderado o bajo.

5. Lingüística del Corpus. Los corpus, en lingüística forense, se formarían mediante textos escritos o transcritos, en el caso de registros órales, como las llamadas por teléfono, los mensajes de voz o las grabaciones, y se pueden comparar los diferentes usos del mismo término o estructura o estudiar la frecuencia de aparición de estos términos o estructuras, y analizar palabras clave en el caso.

43 GARAYZÁBAL HEINZE, E., M, JIMÉNEZ BERNAL, M y REIGOSA RIVEIROS, M. (2019), p. 38.

44 ELVIRA-GARCÍA, W., ROSEANO, P. y FERNÁNDEZ PLANAS, A.M., «Determining speakers' origin on the base of their intonation: A preliminary study», en *Propuestas en fonética experimental: enfoques metodológicos y nuevas tecnologías*, Universitat de Girona, Servei de Publicacions, Girona, 2022, p. 71.

de su posterior declaración en juicio para responder a cualquier pregunta que se formule al respecto.

3.3. Breve muestra de la aplicación práctica de la lingüística forense en diversos supuestos ilustrativos

La utilidad de la prueba tiene un campo de trabajo muy extenso. Añadimos en este apartado varios supuestos ilustrativos de la aplicación práctica del saber de las personas expertas en lingüística forense.

Como muestra concreta del trabajo a realizar por este tipo de experto, cuando esperamos obtener un perfil lingüístico del posible autor de un hecho, siguiendo a GARAYZÁBAL HEINZE, QUERALT ESTÉVEZ y REIGOSA RIVEIROS⁴⁵, tendrán que examinarse distintas cuestiones. El hecho puede ser un anónimo escrito en un papel, en una red social, en una pintada, etc., y ese anónimo puede ser parte de una amenaza, de un secuestro, etc. Pues bien, en primer lugar, aquí aparece la necesidad de preguntarnos qué es un perfil lingüístico, y de entre las definiciones que tratan las autoras, nos quedamos con esta⁴⁶: “*El examen lingüístico y conductivo de uno o más comunicados en un intento de determinar diversos rasgos biográficos y de personalidad (género, edad, etnicidad/origen geográfico, educación, ocupación, motivación, etc.) del autor anónimo*”. Y como especifican⁴⁷: “*Un perfil lingüístico se centra en el análisis de rasgos lingüísticos presentes en estos textos anónimos a fin de obtener pistas sobre el origen geográfico, el contacto de lenguas, el nivel educativo, el sexo, la edad, la ocupación de sus autores o incluso la ideología política o religiosa*”.

Estas pistas tienen su base científica en áreas de conocimiento como la sociolingüística, la geografía dialectal o la lexicografía. Así, se parte de una premisa: cada individuo es distinto estilísticamente de otro porque el estilo lingüístico de cada persona es único y además cuantificable. En primer lugar, tendrían que identificarse los rasgos lingüísticos conocidos como marcadores de estilo y marcadores funcionales y después contabilizarlos, es decir, la longitud de las frases, la riqueza de vocabulario, la frecuencia de la aparición de determinadas palabras, los artículos, los pronombres, las preposiciones, etc. La validez de los datos obtenidos está referida a la comparación con corpus de referencia de la lengua analizada y de corpus específicos en los que los textos utilizados compartan características similares a las del texto anónimo, por ejemplo, las que constan en el Corpus de Referencia del Español Actual (CREA) de la RAE. Con estos corpus, sabremos las frecuencias del uso de las

45 GARAYZÁBAL HEINZE, E., QUERALT ESTÉVEZ, S. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Fundamentos de la lingüística forense*, op. cit., pp. 83-109.

46 FITZGERALD, J.R., “FBI’s communicated threat assessment database: history, design, and implementation”, *FBI: Law Enforcement Bulletin*, (76, N.º 2), 2007, p. 7.

47 GARAYZÁBAL HEINZE, E., QUERALT ESTÉVEZ, S. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Fundamentos de la lingüística forense*, op. cit., p. 88.

palabras en español⁴⁸. En todo caso, hoy día, finalmente, como se ha manifestado con rotundidad, por mucho que se intente, no es posible imitar a alguien y hacerlo de modo idéntico⁴⁹.

En definitiva, del anónimo referido como ejemplo se estudiarían distintos aspectos: ortográfico, morfosintáctico, léxico-semántico, pragmático-discursivo y la relación entre comportamientos lingüísticos y los procesos psicológicos⁵⁰.

En 1993, la joven Anabel Segura fue secuestrada por dos personas que solicitaron un rescate a cambio de su libertad. Fue uno de los casos más difíciles de resolver que se recuerdan y que tuvo conmocionada a España durante dos años y medio. Lamentablemente, los secuestradores habían asesinado a Anabel el mismo día del secuestro, hecho que ocultaron durante el tiempo que duró la investigación.

Durante dicha investigación, las llamadas recibidas por la familia exigiendo el rescate resultaron claves. Para comenzar, esas llamadas determinaron que se trataba de delincuentes comunes. Por otra parte, se contó con una grabación en la que la mujer de uno de los dos secuestradores simulaba ser la propia Anabel. Además, un programa de la televisión de la época, denominado: “*¿Quién sabe dónde?*”, emitió la voz de los secuestradores con el fin de solicitar la colaboración ciudadana. Se recibieron más de 30.000 llamadas, de las que se comprobaron 6.000 de las identidades aportadas por el público que vio el programa. Una persona había reconocido la voz de uno de los secuestradores. Según manifestó el comisario encargado del caso, Serafín Castro, una de las expresiones que utilizó el secuestrador resultó muy relevante: “*sabes más que los ratones coloraos*”. Como informó el comisario, esta expresión se suele utilizar en una zona geográfica concreta, en la provincia de Toledo, que coincidía con la zona de residencia de los secuestradores. Estos fueron detenidos en 1995 y el juicio tuvo lugar en 1998⁵¹.

En otro supuesto, también relativo a la muerte de una joven, la lingüista forense que trabajó en el caso indicó en su dictamen que, en la declaración prestada por una persona determinada, se podía estar faltando a la verdad. Se basó, tras el análisis de las declaraciones, en la “*presencia de rasgos como repeticiones, evasivas, uso de palabras absolutas como ‘nunca’, ‘jamás’ o ‘nadie’, que indicarían un “intento de ocultar la verdad” o por “comportamientos lingüísticos diferentes”* en sus respuestas en función del tipo de

48 Con relación a esta cuestión, curiosamente, en el propio Don Quijote de la Mancha, se dice en un momento dado que: “[...] llegando a escribir el traductor de esta historia este quinto capítulo, dice que le tiene por apócrifo, porque en él habla Sancho Panza con otro estilo del que se podía prometer de su corto ingenio y dice cosas tan sutiles, que no tiene por posible que él las supiese, pero que no quiso dejar de traducirlo, por cumplir con lo que a su oficio debía [...]” CERVANTES SAAVEDRA, M. DE (Ed. 2004), p. 58r. Se está llamando la atención sobre la duda acerca de la autoría provocada por el cambio de estilo. Entonces, no se contaba con la valiosa aportación del lingüista forense.

49 EL CONFIDENCIAL (2021), en la entrevista a QUERALT ESTÉVEZ.

50 GARAYZÁBAL HEINZE, E., QUERALT ESTÉVEZ, S. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Fundamentos de la lingüística forense*, op. cit., p. 97.

51 El Español (2023).

preguntas y en las contradicciones de la persona sospechosa, de las que se deduce un “lenguaje fraudulento”⁵².

Otro asunto de interés puede constituirlo el análisis de contratos. Aquí nos referimos al análisis de una cláusula en un contrato de seguro. QUERALT ESTÉVEZ⁵³, lingüista forense, a petición del abogado de una parte demandante, realizó el análisis de una frase contenida en una póliza de seguros colectivo que, entre otras cuestiones, cubría la invalidez permanente total. La frase objeto del análisis era la siguiente: “A la solicitud de indemnización del art. núm. xxx de las condiciones generales se acompañarán certificación médica o cualquier otro documento que sea necesario para la comprobación de la invalidez”. Lo que había que estudiar, entre otras cuestiones, era si la *o* era inclusiva o exclusiva, es decir, si era suficiente acreditar la situación física mediante certificación médica o, además, había que presentar, obligatoriamente, otros documentos. En este supuesto, la perito analizó el documento al completo, su grado de especialización, su cohesión, su contexto, su posible ambigüedad y concluyó que esa letra *o*, en ese texto, resultaba excluyente y, por tanto, era suficiente con haber presentado la certificación médica.

Por otra parte, y para finalizar con la muestra de la participación de expertos lingüistas forenses, hallamos casos como el de una empresa, participada por la Universidad de Valladolid, que analiza textos a través del *big data* para realizar determinadas periciales, como la detección de plagios o para resolver casos de acoso. De este modo, han actuado en materia de conflicto de marcas en supuestos en los que una persona intenta registrar una marca y es posible que ya haya otras registradas; han realizado análisis de fonética, del nombre para comprobar si había similitudes que podían llevar a confusión, etc. En estos casos, las herramientas permiten indagar en dos textos analizados y tratan cuestiones como “*el porcentaje de palabras que se repiten en ambos casos, léxico único, porcentaje de sustantivos o adjetivos utilizados, estructuras comunes...*”⁵⁴.

Después de exponer estas muestras de casos reales en las que la lingüística forense ha servido como elemento probatorio, seguidamente, se desarrolla la formación del lingüista forense.

4. EL LINGÜISTA FORENSE COMO EXPERTO Y SU FORMACIÓN ESPECÍFICA

Si hay que comenzar por examinar alguna cuestión básica ante la necesidad de requerir un perito, es su formación. El perito debe contar con el título oficial que

52 NIUS DIARIO (2023).

53 QUERALT ESTÉVEZ, S., *Atrapados por la lengua. 50 casos resueltos por la lingüística forense*, op. cit., pp. 52 y 53.

54 EL NORTE DE CASTILLA (2018).

corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de este según la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁵. Si se trata de materias que no están comprendidas en títulos profesionales oficiales, tienen que ser nombrados entre personas que sean especialistas en esas materias. Igualmente, puede solicitarse dictamen “a las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello”. En consecuencia, un verdadero experto no podría ser una persona de un saber general en una ciencia. Lo que normalmente se necesitará es un saber experto en una materia concreta de una rama específica. Es decir, más allá de necesitar de forma genérica a una persona graduada en Ciencias Físicas, lo que podremos necesitar es un físico experto en nanomateriales o en física nuclear, por ejemplo. Igualmente, lejos de necesitar un lingüista generalista, necesitamos, un lingüista en el ámbito forense.

Por tal motivo, en este apartado defendemos la idea de la necesidad del experto especialista, más allá de saberes generales de una materia. Sin ánimo de exhaustividad, nos acercamos, a continuación, a la formación que podríamos hallar en España al respecto para determinar si la oferta actual en España puede resultar completa y suficiente.

Pues bien, para delimitar el campo del experto que tratamos, resulta muy pertinente la advertencia inicial de las autoras QUERALT ESTÉVEZ y GIMÉNEZ GARCÍA⁵⁶ de que existen profesionales de dos grandes grupos que no podrían definirse, específicamente, como lingüistas forenses. Un primer grupo lo constituirían los filólogos y lingüistas que, como tales, son, sencillamente, “*llamados a testificar o a compartir su opinión de expertos con los cuerpos de seguridad*”. Es decir, tal vez pueda pensarse, al menos en un primer acercamiento, que un lingüista, sin otra formación que su grado o licenciatura en Lingüística, es realmente, y por ese motivo, un lingüista forense. Pero esta deducción no sería apropiada porque carecería de la formación específica para que se le atribuyera esa denominación. A este respecto, estamos de acuerdo con las autoras cuando afirman que resulta correcta la colaboración de filólogos de otros campos de especialidad, siempre y cuando quede claro qué conocimientos posee el experto y qué puede aportar. El otro grupo estaría compuesto por diversos tipos de profesionales tales como los criminólogos, los calígrafos, los psicólogos, los informáticos, los ingenieros y otros especialistas que, careciendo de una preparación apropiada como lingüistas forenses, puedan llegar a comparecer como expertos en esta disciplina.

Apoyamos la afirmación de que quien ejerza como perito lingüista forense debería poseer sólidos y amplios conocimientos en lingüística, además de nociones de

55 Según el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Nos referimos al proceso civil por resultar subsidiario para el resto de las jurisdicciones.

56 QUERALT ESTÉVEZ, S. y GIMÉNEZ GARCÍA, R., “Lingüista forense”, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

Derecho y sobre lo que constituye un perito forense, así como formarse en disciplinas relacionadas con la actividad a desarrollar, y más específicamente, en lingüística forense. Por añadidura, resulta muy relevante mantenerse al día en los avances metodológicos y teóricos de la disciplina con formación continua y participación en actividades como congresos y en asociaciones profesionales⁵⁷.

Por consiguiente, debemos preguntarnos cuál debería ser la formación más adecuada en nuestro país, solo desde una perspectiva de acercamiento a la formación y sin ningún ánimo de exponer la oferta al completo, ya que esto sería objeto de otro estudio que ahora no se pretende abarcar.

Pues bien, sin perjuicio de los cursos existentes que introducen la lingüística forense y con los que se pueden obtener las primeras nociones sobre el origen de esta especialidad, sobre la clasificación específica de sus ramas o sobre temas generales, existen estudios específicos en la disciplina.

También pueden diferenciarse cursos en instituciones públicas y privadas, unos con carácter oficial y otros como estudios propios, no oficiales, de los que seguidamente exponemos distintas muestras, con diferentes características y duración, unos pasados y otros actuales.

En 2008 la Universidad Pompeu Fabra anunciaba que los peritos judiciales lingüistas podían obtener una titulación universitaria oficial y se explicaban las diversas opciones para llegar a ser lingüista forense con formación desde la universidad a través de un posgrado, el Máster en Lingüística Forense⁵⁸. Además, se exponían los contenidos a desarrollar y se anunciaba que contaba con el reconocimiento oficial del Colegio de Doctorados y Licenciados en Letras y Ciencias de Cataluña (CDL), corporación que propuso, por añadidura, institucionalizar el título profesional de Perito Judicial Lingüista.

Este máster lo dirigió la profesora de la Universidad Pompeu Fabra TURELL JULIÀ. Hoy día no hemos hallado posibilidad de cursar dicho máster en esta universidad⁵⁹. Esta misma universidad, pionera y vanguardista en la enseñanza y práctica de la materia, desarrolló ForensicLab⁶⁰, es decir, un laboratorio de Lingüística Forense, para la práctica de peritajes lingüísticos de diferentes materias, tales como perfiles lingüísticos, determinación de autoría o plagios⁶¹.

57 QUERALT ESTÉVEZ, S. y GIMÉNEZ GARCÍA, R., “Lingüista forense”, *op. cit.*, p. 38.

58 Universidad Pompeu Fabra. Noticias (2008).

59 Hoy día no hemos hallado posibilidad de cursar dicho máster en esta universidad.

60 En <https://www.upf.edu/es/web/uval/forensiclab> según esta página web, las últimas actividades registradas tuvieron lugar en 2016 (consultado el 5/07/2023).

61 Además, fue la primera universidad en el mundo en ofrecer un máster en lingüística forense, en lengua española. En GARAYZÁBAL HEINZE, E., M., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M., “La lingüística forense: licencia para investigar la lengua”, *op. cit.*, p. 33.

Existen, además, otras universidades españolas⁶² que han ofertado distintos posgrados, como la Universidad de Girona que ofreció un “Máster en Lingüística Forense y Peritaje Lingüístico”⁶³. Por su parte, la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) ofertó un curso denominado: “Perito Judicial Experto en Lingüística Forense”⁶⁴.

Actualmente, la Universidad Complutense de Madrid ofrece un Máster denominado: “Máster en Lingüística y Tecnologías”. Este máster posibilita la formación avanzada en Lingüística y tecnologías aplicadas a la Lingüística y, tras cursar un módulo general, se proporciona la especialización en tres líneas principales: una primera dedicada a la lingüística computacional, una segunda a la enseñanza de lenguas en entornos digitales, y, justamente la tercera se denomina: “Lingüística forense y peritaje lingüístico”⁶⁵.

Por otra parte, con relación a otros cursos, hallamos la formación que ofrece el ya veterano Laboratorio SQ-Lingüistas Forenses, en activo desde hace más de veinte años⁶⁶, con cursos de lingüística forense propios. En este caso, se trata de breves cursos que se realizan en línea (*online*)⁶⁷ tales como los cursos de: Introducción a la lingüística forense; Básico de identificación de hablantes; Básico de análisis de marcas comerciales; de Redacción de dictámenes en lingüística forense; o el de Defensa de dictámenes de lingüística forense.

62 Fuera de España se ofrecen distintos cursos, que exceden de las muestras formativas que traemos a estas líneas. La posibilidad de realizar los cursos en línea puede resultar práctico y atractivo en todo caso. pretendemos abarcar en este acercamiento a muestras formativas. Por citar solo un ejemplo, la Heritage University, Washington, ofrece un curso de “lingüística forense” completamente online. en <https://cursolingüisticaforense.com/> (consultado el 7/08/2023).

63 En 2016. Disponible en <https://hispanismo.cervantes.es/congresos-y-cursos/master-linguistica-forense-peritaje-linguistico> (consultado el 7/07/2023).

64 En <https://extension.uned.es/actividad/19977>, cuya última convocatoria, según entendemos, tuvo lugar en el curso 2019-2020.

65 En <https://www.ucm.es/master-linguistica-y-tecnologias/plan-de-estudios> (consultado el 6/08/2023). Es interesante observar las materias del plan de estudios porque nos llevan a lo expresado anteriormente relativo a las áreas de trabajo del experto en lingüística forense, con posibles asignaturas tales como: fonética forense, sociolingüística forense, análisis forense del discurso, identificación de locutores, atribución de autoría y detección de plagio; además, se realizan prácticas curriculares en lingüística forense y peritaje lingüístico y, por último, se estudian casos y, algo que consideramos muy interesante, los aspectos jurídico-procesales del peritaje lingüístico.

66 Según su propia información, fue fundado por los miembros del laboratorio de lingüística forense (ForensicLab) creado en 2003 dentro del IULA, Institut de Lingüística Aplicada (Centre Específic de Recerca), de la Universitat Pompeu Fabra para poder seguir con la labor que comenzó su fundadora, la Dra. TURELL, en el campo de la lingüística forense. Su campo especialidad se encuentra en la elaboración de peritajes en lingüística forense para conocer al autor de un texto, la atribución de la voz en las llamadas, el análisis de las grabaciones para determinar si han podido ser preparadas, pactadas o provocadas, la transcripción de grabaciones, la detección de los plagios, la construcción de perfiles lingüísticos, el análisis de las ambigüedades o las alteraciones en los textos o la verificación de la identidad digital; <https://www.sq-linguistasforenses.com/equipo-linguistica-forense.html> (consultado el 12/07/2023).

67 SQ-Lingüistas Forenses. <https://www.sq-linguistasforenses.com/cursos-linguistica-forense.html> (consultado el 11/09/2023).

El Grupo Académico Lingüística Forense (ILFE) ofrece formación, tratamiento de informes periciales y cursos y jornadas sobre esta disciplina⁶⁸. También observamos otros cursos como el Universitario de especialización en perito judicial experto en lingüística forense, acreditado por la Universidad Europea Miguel de Cervantes⁶⁹, o cursos ya más breves, incluso de varios días, como el que se oferta desde la Fundación Comillas con el nombre: “Lingüística forense: marco judicial y pericial”⁷⁰. Al respecto, se pueden hallar otros cursos ofrecidos puntualmente, tales como “Delito y palabra. Curso de lingüística forense” de la Universidad de Valladolid⁷¹.

La conclusión extraíble es que existe una clara carencia de oferta en nuestro país para formarse como lingüista forense. El consejo en este caso es que, si lo que ahora se ofrece no satisface las pretensiones formativas de quienes deseen otro tipo de formación distinta de la que actualmente podemos encontrar en España, estudien la posibilidad de formarse fuera, ya sea presencialmente, o bien de modo no presencial y en línea. A este respecto, se puede consultar el trabajo de RAMÍREZ SALADO⁷².

Esto por lo que se refiere a una breve y general aproximación a la formación del lingüista forense. En el próximo apartado, nos ocupamos de su participación en el proceso.

5. EL LINGÜISTA FORENSE EN EL PROCESO (EN ESPECIAL, EN EL CIVIL)

En este apartado tenemos el propósito de recorrer el camino procedimental del perito lingüista forense en una primera instancia civil, fundamentalmente, para tener una visión de conjunto, pero sin realizar un análisis de la prueba pericial en detalle. Por ello, excede de este apartado y no se abarca el análisis completo de la prueba pericial del dictamen de peritos del artículo 299 de la LEC, desarrollada después, en los artículos 335 a 352. Este análisis, ya se halla tratado, amplia y brillantemente, por la doctrina tanto desde el examen general de la misma, como desde la observación detenida de cada uno de los aspectos y discusiones a que ha dado lugar su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, con cuestiones que van desde la propia competencia y la objetividad del perito o el modelo de prueba pericial en el proceso civil hasta los estándares probatorios y su reflejo en la valoración de la prueba o los honorarios de los peritos⁷³.

68 ILFE.

69 ADDPOL Formación.

70 Fundación Comillas.

71 Ofertado en julio de 2022. En <https://eventos.uva.es/86108/programme/delito-y-palabra-curso-de-linguistica-forense.html> (consultado el 12/07/2023).

72 RAMÍREZ SALADO, M., “Panorama actual de la lingüística forense a nivel nacional e internacional”, en *De lingüística forense | Del Español. Revista de Lengua* (uhu.es), n.º 1. 2023, pp. 17-31. Vol. 1 (2023). Disponible en DOI: <https://doi.org/10.33776/dlesp.v1> (consultado el 29/01/2024).

73 Solo a modo de ejemplo y entre otros, pueden leerse los trabajos referidos a diversas cuestiones

Por otra parte, tratamos, fundamentalmente, la prueba en el proceso civil español, como se adelantó, ya que su regulación normativa es la más completa frente al resto de las jurisdicciones y, al tiempo, resulta subsidiaria cuando en las otras jurisdicciones no se haya regulado algún aspecto. De hecho, como indica BANACLOCHE

relevantes acerca de la prueba pericial, de: ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 588; ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., *Análisis de la prueba* (Trad. CARBONELL, F. y AGÜERO, C.), Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 464; ANSANELLI, V., «Pruebas e instrumentos cognoscitivos del juez», en DONDI, A., ANSANELLI, V. y COMOGLIO, P., *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada*, Marcial Pons; Madrid, 2017, pp. 195-246; BENFELD ESCOBAR, J., «Sobre el carácter normativo y tendencialmente vinculante de las reglas de la sana crítica en la ponderación de la prueba judicial», *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. 50), 2018, pp. 159-185; BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, *Difusión Jurídica*, Madrid, 2009, p. 362; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 111 y *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 166; FLORES PRADA, I., «Veinte años de vigencia del modelo dual de prueba pericial en el proceso civil (breve balance y propuestas de reforma)», en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, (Barcelona, Bosch), 2020, pp. 367-412; FONS RODRÍGUEZ, C., “El cotejo de letras, ¿debe necesariamente realizarse por un perito judicial? (art. 349.3 LEC)”, en *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, *op. cit.*, pp. 372-380; MÉNDEZ TOMÁS, R.M., “¿Puede aportarse al informe pericial un documento nuevo en el proceso, si es necesario para elaborar el dictamen (arts. 336.2 y 270 LEC)?”, en *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, *op. cit.*, pp. 394-402; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 640; NIEVA FENOLL, J., “Repensando Daubert: elementos de convicción que debe tener un buen dictamen pericial”, en *Peritaje y prueba pericial*, MIRANDA VÁZQUEZ, C. (Coord.) y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), 2017; OTEIZA, E., “El acceso a la justicia como continente de la prueba pericial”, en *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, *op. cit.*, pp. 81-93; PICÓ I JUNOY, J., (dir.), *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, Bosch, Barcelona, 2019; PICÓ I JUNOY, J., (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, *op. cit.*, p. 698; RICHARD GONZÁLEZ, M., *La ciencia y la tecnología aplicadas a la prueba de los hechos en el proceso: análisis del fundamento y fiabilidad de la prueba neurocientífica*, en *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, *op. cit.*, pp. 615-654; RÍOS LÓPEZ, Y., “Los informes técnicos no creados expresamente para fundamentar la pretensión, ¿tienen valor de dictamen pericial? En caso negativo, ¿cómo pueden introducirse en el proceso? (art. 335.1 LEC)”, en *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, *op. cit.*, pp. 268-283; SALVADOR CODERCH, P. y RUBÍ PUIG, A., “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales: avance del tratado de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, n.º 1, 2008, p. 63; SANJURJO RÍOS, E.I., “En la búsqueda del “buen perito”: una propuesta de reforma razonada para el art. 340 LEC”, en *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, *op. cit.*, pp. 413-442; SEGURA CROS, B., En el acto del juicio o la vista, ¿puede preguntársele al perito sobre cuestiones o hechos que no se relacionan directamente con el contenido de su dictamen? (art. 347.1 LEC)», en *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, *op. cit.*, pp. 413-421; SEOANE SPIELBERG, J.L., “La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, *op. cit.*, pp. 53-79; TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002; y VÁZQUEZ ROJAS, C. (Coord.), *Manual de prueba pericial*, *Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1.ª ed., Ciudad de México, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022 (disponible en https://www.academia.edu/75517573/Manual_de_prueba_pericial, consultado 24/09/2023), “La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial: los factores humanos de los expertos”, en *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, *op. cit.*, pp. 117-141, y *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*, tesis doctoral, dirigida por FERRER BELTRÁN (disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/284763/tmcvr.pdf;jsessionid=2F466CB8F28F4AF3C42CBDD20EoCA284?sequence=5>, consultado el 30/09/2023).

PALAO refiriéndose a la jurisdicción penal⁷⁴, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRim), que sería la norma reguladora del proceso penal en el que lingüista forense podría también dictaminar e informar, no dedica ninguna norma a las disposiciones generales en materia de prueba, y no existen tampoco normas específicas que regulen aspectos esenciales sobre ellas. Por ello, explica el autor que la construcción dogmática sobre esta materia se debe a la doctrina y la jurisprudencia, y debemos contar con la teoría general elaborada acerca de la prueba civil, recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y que resulta de aplicación subsidiaria a la propia LECrim, así como al resto de jurisdicciones de otras ramas del Derecho⁷⁵. No obstante, dado que el lingüista forense puede aportar su ciencia en todo tipo de jurisdicciones, ejemplificaremos su trabajo desde el marco de intervención de cualquier jurisdicción.

5.1. La elección del perito

A la hora de elegir al perito forense, se cuenta con un sello que certifica que se cumplen determinados requisitos consensuados como estándares. Así, la norma UNE-EN 16775, que es la versión oficial, en español, de la Norma Europea EN 16775:2015, contiene los requisitos generales para los servicios periciales⁷⁶.

Si no se conociera directamente a uno determinado, se pueden distinguir diversas posibilidades. Hay instituciones que distribuyen listados de peritos. Este es el supuesto de la Comunidad de Madrid, por ejemplo, que cuenta, entre otras, con la Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid. Esta, por delegación de los colegios profesionales que integran esta asociación, remite al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ de Madrid)⁷⁷ los listados de peritos de dichos colegios. También se distribuyen a igualmente a cada uno de los juzgados y tribunales que existen actualmente en la Comunidad de Madrid, a los órganos jurisdiccionales nacionales con sede en Madrid y a aquellos Juzgados de fuera de nuestra Comunidad que lo solicitan⁷⁸.

74 BANACLOCHE PALAO, J., “Los medios de prueba y el desarrollo anormal del proceso”, en BANACLOCHE PALAO, J. y CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil*, 4ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2018, p. 291.

75 En esta LECRIM, los artículos 456 a 485 –en el marco del sumario del procedimiento ordinario, en el capítulo VII del libro II– se refieren al informe pericial en la fase de instrucción. Y ya en la fase de juicio oral, vista o plenario, en los artículos 723 a 725, se regula el informe pericial dentro de los preceptos dedicados a la práctica de las pruebas.

76 Referencia de: <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma?c=N0056898>, consultado el 16 de agosto de 2023. Esta contiene cuestiones relativas los términos y definiciones, código ético, conocimientos y cualificaciones, formación y desarrollo, procesos periciales, evaluación inicial de la solicitud del cliente, identificación de los riesgos, servicio pericial, procedimientos de los servicios periciales, documentación pericial, etc.

77 Se trata del más alto tribunal en términos del territorio de cada comunidad autónoma de España.

78 UICM: Unión Interprofesional Comunidad de Madrid. Según se informa en su web, y para el

En dicha página se encuentra un catálogo de especialidades y subespecialidades de peritos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁷⁹. Se trata de una hoja de cálculo –Excel– en la que pueden hallarse todas las especialidades. Al abrirla, comprobamos que, por lo que a este estudio respecta, la especialidad número 115 es la de la lingüística forense.

5.2. El procedimiento de solicitud del dictamen pericial

Una vez elegido un determinado perito lingüista forense (al que, en este apartado nos referiremos en lo sucesivo como LF), que analizará la fuente de la prueba y que emitirá, posteriormente, su dictamen⁸⁰, debemos conocer qué procedimiento se sigue para solicitar este dictamen pericial. Para ello, nos resulta ilustrativo este “Decálogo para solicitar una pericial lingüística” de la doctora QUERALT ESTÉVEZ⁸¹. Siguiendo sus recomendaciones y, en síntesis, tengamos en cuenta determinados aspectos observando que existen muy distintos tipos de periciales lingüísticas que se pueden solicitar, como se ha expuesto en el capítulo tercero de ese artículo, tales como la atribución de autoría, los perfiles lingüísticos, el posible plagio o la identificación de los hablantes, entre otros. Por tanto, pongamos especial atención a esta sucesión de indicaciones:

a) La petición o encargo al lingüista forense. Se ha de especificar el material objeto de análisis y organizarlo. Además, se debe realizar el encargo concretando qué se desea conocer del material e indicar el tipo de investigación (judicial, policial, etc.), el momento procedimental en que se halla el caso, el plazo y, después, enviar el material. Si nos referimos a un caso real, uno de los anteriormente expuestos, el relativo al análisis lingüístico de un contrato, y concretamente a una de sus cláusulas⁸², la lingüista forense, a petición del abogado de una parte demandante, tuvo el encargo de analizar una frase de una póliza de seguros colectivo para determinar si se habían presentado de forma

año 2023, “esos listados incluyen 5.102 peritos de 39 Colegios Profesionales, con 506 especialidades, así como 165 Sociedades Profesionales, se distribuyen, igualmente, a cada uno de los Juzgados y Tribunales que existen actualmente en nuestra Comunidad, a los Órganos Jurisdiccionales nacionales con sede en Madrid y a aquellos Juzgados de fuera de nuestra Comunidad que lo solicitan”. Disponible en <https://www.uicm.es/project/listados-oficiales-de-peritos-de-colegios-profesionales-de-la-comunidad-de-madrid/> (consultado el 16/09/2023).

79 Vigente para el año 2023.

80 GÓMEZ COLOMER, J.L., “La prueba: los medios de prueba en concreto (IV)”, en *Derecho jurisdiccional*, (vol. II), 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 309, y BANACLOCHE PALAO, J., “Los medios de prueba y el desarrollo anormal del proceso”, *op. cit.*, p. 329.

81 QUERALT ESTÉVEZ, S., *Decálogo para solicitar una pericial lingüística*, Pie de Página y SQ-Lingüistas Forenses, 2019. Disponible en <https://www.sq-linguistasforenses.com/uploads/8/3/2/6/83268456/decálogo-para-solicitar-una-pericial-linguistica-layqkv.pdf> (consultado el 7/10/2023).

82 Realizado y expuesto por QUERALT ESTÉVEZ, S., *Atrapados por la lengua. 50 casos resueltos por la lingüística forense*, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

completa los documentos necesarios para que pudieran acreditar una situación de posible invalidez⁸³.

Esta lingüista, posiblemente solicitaría instrucciones concretas acerca del contexto del caso, de qué frase se pretendía esclarecer, así como el contrato de seguro al completo para permitir su consulta y, en su caso, el análisis completo del mismo. Además, habría que fijar el momento procesal en el que se halle el caso, para conocer, entre otras cuestiones, si ya se ha rechazado la petición de la demandante en una negociación previa o en una mediación, o no y cómo, es decir, si se ha realizado por teléfono o por correo o carta y otros aspectos pertinentes. Además, habrá de determinarse qué día debería estar realizado el dictamen, y que se efectúe el envío de todo lo que requiera la persona experta para que disponga puntualmente de ello.

b) Antes de realizar el presupuesto, el perito debe recibir el material a analizar para poder valorarlo y determinar si puede ser objeto de pericia en la especialidad de la lingüística forense y lo que abarcará dicha pericia. En el mismo supuesto que tratamos, en el análisis de la cláusula contractual, debe recibirse el material completo, tanto el contrato como toda aquella documentación que pudiera estar relacionada con el caso concreto y que pueda ofrecer un marco y completar el análisis.

c) El presupuesto tendrá en cuenta el grado de dificultad, extensión y tipo de análisis requerido en cada supuesto. Al experto se le solicitará que lea o escuche, para que analice distintos materiales que requerirán, por consiguiente, diversos tiempos. En el caso del análisis del contrato, la vista de los documentos ofrecidos al experto lingüista forense, la complejidad en el análisis de la cláusula, estudiando tanto la misma como el contrato para apreciar su redacción, su estilo y el cumplimiento de las normas gramaticales, entre otras cuestiones, determinará el coste que habrá de reflejarse en el presupuesto.

d) Finalmente, la confirmación del encargo se hará habitualmente con el consentimiento, proporcionando el cliente los datos y la firma, y con el pago de todo o parte de la totalidad.

5.3. La aportación y admisión del dictamen

En cuanto a la aportación del dictamen de nuestro LF en el proceso civil español, este se realiza, fundamentalmente, por las partes, y solo, subsidiariamente, si resulta necesario o cuando lo solicitan las partes, se designaría, en su caso, por el juez.

El dictamen pericial del LF se acompañará a la demanda⁸⁴. No obstante, la ley prevé excepciones lógicas. Así, si una parte no puede aportar, o con la demanda o con la

83 Recordemos que la frase objeto del dictamen era: “A la solicitud de indemnización del art. núm. xxx de las condiciones generales se acompañarán certificación médica o cualquier otro documento que sea necesario para la comprobación de la invalidez”. El encargo consistía en determinar si la palabra “o” de la cláusula del contrato, resultaba excluyente y, por tanto, era suficiente con haber presentado la certificación médica para que la aseguradora pudiera comprobar la posible invalidez.

84 Según el artículo 265.i. 4.º LEC.

contestación, el dictamen de un LF designado por ella, debe anunciar, ya en la propia demanda o en la contestación, qué dictamen –o dictámenes– se aportaría para que sea trasladado a la parte contraria, cuando disponga de él y en el plazo que marca la ley⁸⁵.

Con relación al contenido del dictamen, a nivel europeo, existe una *Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea*⁸⁶, proyecto EGGLE (*European Guide for Legal Expertise*) que indica, entre otros aspectos, la estructura del informe⁸⁷. En España contamos con una Norma UNE⁸⁸ –la 197001– que contiene los criterios generales que ha de seguir nuestro LF para la elaboración de informes y dictámenes

85 Artículo 337 LEC.

86 De octubre de 2015. En <https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/03/2016-04-16-guia-de-buenas-practicas-de-la-pericia-judicial-civil-en-la-union-europea.pdf>.

87 La sección II del capítulo V tiene tres partes: introducción, cuerpo del informe y conclusiones. En nuestra opinión, el contenido especificado es de enorme interés y no puede ser más completo. Veamos: en la parte introductoria se incluyen estos aspectos: a) el nombre del juzgado y el número de procedimiento; b) indicación de la autoridad que ordena la pericia o de la parte que formula el encargo al perito; c) fecha del informe, fecha del nombramiento o del mandato y fecha fijada para la presentación del informe; d) partes implicadas, sus abogados y/u otros representantes, con indicación de las partes que se hubieran hallado presentes o representadas durante las operaciones periciales; e) perito(s) responsable(s), con indicación de su titulación, cualificación y experiencia; f) declaración de independencia y de imparcialidad; g) certificado del seguro del perito; h) nombre y función específica de cualquier ayudante o perito técnico que hubiera colaborado; i) lista de documentos recibidos y utilizados como base para el informe pericial o para responder a las preguntas, diferenciando entre los documentos recibidos de las partes y los recogidos por el perito, así como la bibliografía relativa al tema tratado; j) preguntas planteadas por el juez o por la parte que hubiera designado al perito así como las instrucciones que, en su caso, se le hubieran dado; k) peculiaridades de las operaciones periciales y de las acciones llevadas a cabo; l) elementos relativos al procedimiento (por ejemplo, los límites establecidos al derecho de prueba en determinados ámbitos, como el médico); y m) el procedimiento aplicado para garantizar la observancia del principio de contradicción durante toda la duración de la pericia.

El cuerpo de informe ha de contener: a) elementos del contexto; b) los hechos, su origen, las causas probadas y la declaración de las partes en aquello que les afecte; c) cualquier hecho científico o práctico pertinente vinculado al litigio y a las cuestiones planteadas, con referencia a la correspondiente literatura científica; d) el resultado de las investigaciones del perito; e) las observaciones u objeciones formuladas por las partes con relación al informe preliminar (cuando proceda); f) en presencia de un abanico de opiniones posibles, deberá precisarse el alcance y las fuentes de cada una de ellas; g) la reacción del perito a cualquier requerimiento así como las respuestas a cualquier pregunta formulada por las partes, y h) la transcripción de los debates habidos con las partes. Además, el informe puede también incluir otros aspectos específicos del procedimiento de aplicación conforme a la legislación local, de la deontología específica del ámbito pericial correspondiente o de cualquier otra norma profesional del perito.

Finalmente, las conclusiones deben abarcar: a) una opinión y/o una respuesta a las preguntas formuladas, motivadas ambas y presentadas de una forma lógica; b) las precisiones en cuanto al grado de fiabilidad de las conclusiones formuladas; y c) la firma del perito, precedida de una declaración de veracidad similar a la siguiente: “Confirmando haber indicado claramente qué hechos y cuestiones del presente informe se encuadran dentro de mi saber personal y cuáles no. Certifico que las opiniones formuladas sobre la base de mis conocimientos son sinceras. Las opiniones emitidas por mí representan mis opiniones auténticas y completas, como profesional, sobre las cuestiones a las que las mismas se refieren”.

88 UNE: Una Norma Española. <https://www.une.org/> (consultado el 11/10/2023).

periciales⁸⁹. El seguimiento de esta norma supone exponer el informe o dictamen de una manera estandarizada y con un modelo consensuado, pero sin que la norma determine, en absoluto (sería imposible e impensable), los específicos métodos o procesos que han de seguirse para la elaboración de estos informes o dictámenes.

Pues bien, teniendo en cuenta que los dictámenes periciales del lingüista forense no dejan de suponer una novedad, por su juventud científica, se debe explicar muy detalladamente la metodología empleada en cada caso, ya se trate de cómo se produce la determinación del acento en el habla de una persona o su posible procedencia, edad, o las circunstancias socioculturales deducidas del análisis de léxico que utilice, para fundamentar completa y adecuadamente su dictamen. La explicación debe realizarse en el dictamen que habrá de exponer el concreto método científico en el que base sus afirmaciones el perito y qué aceptación tiene por la comunidad científica para que se sustente la validez de las conclusiones obtenidas del análisis lingüístico en cada supuesto⁹⁰. Así, se debe explicar, por ejemplo, la metodología empleada en la identificación del habla, si este es el objeto de la pericia lingüístico-forense. Para ello, de ser el caso, se debe exponer si se utiliza un sistema de reconocimiento automático de voz (BATVOX, por ejemplo, u otro) y explicar que este sistema detecta las relaciones de verosimilitud con un objetivo y distribuciones de probabilidad alternativas, modeladas mediante mezclas gaussianas, etc.⁹¹. Más adelante, y si así se previó, se responderá en la vista oral a las preguntas que se formulen.

A propósito del contenido del informe pericial, la norma UNE, en su apartado 3, denominado términos y condiciones, incluye lo que se ha de entender por dictamen pericial –no se refiere a la palabra informe⁹²–. En esta norma, el dictamen pericial sería: “la opinión técnica y experta que se emite sobre hechos o cosas”⁹³. Si se tratara

89 Se puede leer aquí:

<https://asociacionnacionaldeperitos.com/wp-content/uploads/2019/04/197001NUNE100-Criterios-generales-para-la-elaboraci%C3%B3n-de-informes-y-dict%C3%A1menes-periciales.pdf> (consultado el 12/08/2023).

90 Se recomienda la lectura del muy interesante capítulo de Vázquez: VÁZQUEZ ROJAS, C. (Coord.), “Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos de los peritos”, p.69, en *Manual de prueba pericial*, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1.ª ed., Ciudad de México, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 43-94. En línea: https://www.academia.edu/75517573/Manual_de_prueba_pericial (consultado el 20/06/2023).

91 Cita de DELGADO ROMERO, C., “La pericia de identificación del habla: el papel fundamental del experto”, pp. 203 y 204, en DELGADO ROMERO, C., “La pericia de identificación del habla: el papel fundamental del experto”, pp. 199-212, en *Lingüística Forense: La lingüística en el ámbito legal y policial*, 2.ª reed. corregida y ampliada, y 1.ª ed., Euphonía Ediciones, Madrid, 2014 y 2012, respectivamente.

92 El propio Diccionario panhispánico del español jurídico, no ayuda en este sentido ya que, si se buscan los términos “informe pericial”, nos remite a los de “dictamen pericial”, <https://dpej.rae.es/lema/informe-pericial> Consultado el 13 de julio de 2023. Las definiciones del DLE asimilan en su segunda acepción del informe como sustantivo la acción y efecto de informar a la de dictaminar: <https://dle.rae.es/informe#LYB2BS5> (consultado el 13/07/2023).

93 Y según los términos y definiciones incluidos en otra Norma UNE-EN ISO 9000.

de un informe, siguiendo con el ejemplo del análisis del contrato, constituiría un mero análisis descriptivo de la mencionada cláusula del contrato y la problemática presentada con la palabra “o”. Pero cuando se trata de un dictamen, este incluye la opinión técnica y experta sobre el verdadero significado de la cuestión concreta, es decir, el estudio y valoración acerca de si la palabra “o” en esa frase era inclusiva o exclusiva, esto es, si para acreditar la situación física era suficiente presentar una certificación médica u, obligatoriamente, había que presentar, otros documentos. En este caso, la perito analizó el documento al completo, su grado de especialización, su cohesión, su contexto y su posible ambigüedad. Tras estas operaciones, concluyó que el texto carecía de cohesión suficiente⁹⁴, que el lenguaje utilizado no era especializado, por lo que era altamente probable que la persona redactora no utilizara la disyunción “o” en sentido exclusivo, que es el que se utiliza habitualmente. Por tanto, esa palabra “o” incluida en la cláusula del contrato, resultaba excluyente y, consecuentemente, era suficiente con haber presentado la certificación médica para que la aseguradora pudiera comprobar y tramitar la indemnización debida ante la invalidez⁹⁵.

Cuando el dictamen pericial se aporte, con la demanda o la contestación, llega el momento procesal en el que las partes han de expresar si desean que el perito que lo ha elaborado comparezca en juicio y si deberá exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar dicho dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.

La ley también ha previsto que se puedan admitir los dictámenes cuando se ponga de manifiesto su necesidad o utilidad a causa de las alegaciones realizadas por el demandado en su contestación a la demanda o por las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia previa al juicio. En estos casos, también deben trasladarse a las partes contrarias y manifestarse igualmente por las partes si consideran necesario que acudan al juicio o vista los peritos responsables de los dictámenes, con expresión, asimismo, acerca de si estos deberán exponer o explicar el dictamen, responder a preguntas, etc.⁹⁶.

En todo caso, la propia LEC flexibiliza el momento de presentación del informe o dictamen⁹⁷. Incluso se prevé la inclusión de dictámenes periciales instrumentales

94 Aquí se explica que un texto mejor cohesionado podría haber sido: “La solicitud de indemnización a que se refiere el art. núm. de las condiciones generales se acompañará de certificación médica...”. QUERALT ESTÉVEZ, *Atrapados por la lengua. 50 casos resueltos por la lingüística forense*, p. 53.

95 QUERALT ESTÉVEZ, S., *Atrapados por la lengua. 50 casos resueltos por la lingüística forense, op.cit.*, p. 53.

96 En el segundo apartado de este artículo 265 LEC y artículo 338 LEC.

97 En este sentido: “Sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación”.

para pruebas distintas, cuando la ley indica que, si resulta necesario o conveniente, para conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración, las partes pueden aportar o proponer dictámenes periciales sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal⁹⁸.

Por otra parte, el propio juez, por propia iniciativa, puede designar a la persona encargada de realizar la pericial⁹⁹. En este caso, en relación con la emisión y ratificación del dictamen, la LEC contempla ciertas especialidades, pero a nuestros efectos, lo más relevante es que después de que el perito emita su dictamen, este se trasladará a las partes para que indiquen si desean que este comparezca en juicio o vista para que explique o aclare lo que se estime adecuado¹⁰⁰. Igualmente, se prevé la posibilidad de que tanto el demandante como el demandado soliciten que el perito sea designado judicialmente.

En cuanto al desarrollo de las operaciones periciales, si para emitir el dictamen, el perito necesita reconocer lugares, objetos, personas u operaciones análogas, las partes y sus defensores pueden estar presentes cuando las partes lo soliciten al tribunal y este así lo acuerde. En el supuesto que estamos analizando en este apartado, sobre la cláusula del contrato, no sería necesario el reconocimiento de lugares o personas, pero puede que sí de documentos relacionados con el propio contrato. Otros supuestos sí necesitarían, lógicamente, ese desplazamiento, como podría ser al caso de que se analizara un anónimo escrito en un muro, por ejemplo.

5.4. La comparecencia del perito en la vista oral y la valoración del dictamen

En el juicio o vista, los peritos intervendrán según la solicitud, facultativa, que realicen las partes y la admisión del juez. En principio, el juez admitirá la comparecencia, salvo que se estime que es inútil o impertinente, fundamentalmente.

Lo que pueden solicitar las partes y sus defensores va desde la exposición completa del dictamen a la formulación de tachas que puedan afectar al perito¹⁰¹.

98 Al amparo de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 299, según el artículo 352 LEC.

99 Artículo 339.5 LEC.

100 Artículo 346 LEC.

101 Según el artículo 347 LEC.

Concretamente puede solicitarse:

1º La exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales (y otros elementos referidos en el artículo 336).

2º Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba.

3º Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.

4º Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo.

Además, el juzgador puede preguntar a los peritos e instar a que se expliquen los aspectos necesarios con relación al objeto del dictamen aportado. Lo que no puede acordar el juez de oficio, es que se amplíe el dictamen, salvo que se trate de un perito designado de oficio.

En el proceso, con relación al tipo de preguntas que se pueden realizar al perito, recordamos que el juzgador puede rechazar las inútiles, impertinentes y las sugestivas. Por ejemplo, se pueden rechazar preguntas, como bien se ha señalado, que contengan “aquellas cuestiones referidas al método que se siguió para llegar a las valoraciones y conclusiones, si este queda claramente reflejado en el dictamen que se aportó (SAP Madrid [Sección 24^a] 16 de julio de 2007 [JUR 2007/336589]). Nos hallamos, según subraya la SAP Badajoz (Sección 2.^a) de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007/255508), ante una “facultad discrecional del juzgador”, de tal forma que “es imposible decir que la negativa del juzgador haya producido indefensión y genere la consiguiente nulidad de actuaciones”¹⁰².

A propósito del modo de preguntar, observemos, como se ha apuntado¹⁰³, que este puede influir en las respuestas a obtener¹⁰⁴. Es decir, si las preguntas no están formuladas al lingüista forense con claridad o se pregunta de un modo que no puede comprenderle bien, estaremos lejos de lograr nuestro objetivo. Tengamos en cuenta que, como se afirma con toda razón, el ciudadano medio no suele comprender el lenguaje técnico porque no le es familiar¹⁰⁵. Por su parte, el perito lingüista estará concienciado, precisamente por su área de especialidad, y podrá responder en juicio de un modo que permita ser comprendido fácilmente por el juez y por el resto de los intervinientes en el caso.

Con relación a la posibilidad de debate entre peritos lingüistas forenses, aunque la LEC no contenga un precepto que lo recoja como tal, la posibilidad de criticar el dictamen de un perito por el de la parte contraria se recoge en el art. 347.1. 5^º de la

5º Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria.

6º Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito”.

102 GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M., “La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente [coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008]*/ CARPI, Federico (ed. lit.), ORTELLS RAMOS, Manuel (ed. lit.), (Vol. 2), Comunicaciones. Presentations, Universitat de València, Servei de Publicacions, Valencia, 2008, p. 207.

103 CARRETERO GONZÁLEZ, C., *Comunicación para juristas*, Tirant lo Blanch, Madrid, p. 209.

104 También en LUCENA MOLINA, J.J., “Terminología utilizada en conclusiones de informes periciales. Problemas epistemológicos”, en *Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública* (n.º 48), 2014, p. 103.

105 BRIZ GÓMEZ, A. y GRUPO Val.Es.Co., “El discurso judicial oral a partir de un análisis de corpus”, en MONTOLÍO DURÁN, E. (Ed.), *Hacia la modernización del discurso jurídico*, Barcelona, Publicaciones i Edicions, Universitat de Barcelona, 2012, p. 51; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, C., “Expresar para convencer: importancia del lenguaje en la estrategia procesal”, en MADRID CRUZ, M.D. (Dir.), *El jurista y el reto de un Derecho comprensible para todos*, Reus, Madrid, 2021, p. 180; y GARCÍA LEÓN, S., “La lectura fácil en Derecho. Un paso más hacia la plena inclusión”, en *El jurista y el reto de un Derecho comprensible para todos*, op. cit., p. 113.

misma ley. Si las partes solicitaron la intervención del perito en la vista, cada perito puede escuchar las argumentaciones del perito de la contraparte para contradecirlas en su caso. En este supuesto, al juez, que debe procurar que los peritos se puedan escuchar entre sí, le puede resultar de utilidad para aclarar, puntualizar, precisar o someter a crítica las conclusiones a las que se haya llegado¹⁰⁶. Por añadidura, en esta materia de lingüística forense, justamente por su novedad, resultará muy enriquecedora la petición judicial para que los peritos se escuchen, debatan y puedan plantear objeciones y argumentar los fallos o críticas pertinentes a lo argumentado por el perito de la parte contraria. Personalmente hemos presenciado una vista en la que dos lingüistas forenses respondían a las preguntas planteadas en un caso en el que se debía determinar el sentido de varias frases, ambiguas, contenidas en un contrato, y resultó sumamente decisivo el debate que tuvo lugar entre ambos peritos.

En definitiva, del perito se espera, tal y como se ha afirmado, que ilustre, no que abogue, ya que para esto último ya están los abogados¹⁰⁷.

Finalmente, la prueba pericial del lingüista forense es, como todas las periciales, de libre valoración ya que el artículo 348 de la LEC preceptúa que se someterá a las reglas de la sana crítica¹⁰⁸ y, como explica HERNÁNDEZ GALILEA¹⁰⁹ se trata, concretamente, de un juicio de credibilidad en el que se incluyen factores tales como el tipo de cualificación del experto, qué grado de inteligibilidad presenta el dictamen, si existe aceptación por la comunidad científica o técnica de aquellos métodos o técnicas que se han empleado¹¹⁰

106 IZQUIERDO BLANCO, P., “¿Qué espera un juez de un buen dictamen para ser convincente?”, en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, op. cit., p. 229.

107 GONZÁLEZ-DE-COSSÍO, F., “El prurito del perito”, en *Ius Et Praxis*, (n.º 045), 2014, p. 208. Disponible en <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2014.no45.375> (consultado el 12/11/2023).

108 Además, los artículos 349 a 351 de la misma ley se refieren al particular caso del cotejo de letras, y el artículo 352 a otros dictámenes periciales instrumentales de pruebas distintas.

109 HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., “La ciencia en el estrado: lenguaje, conocimientos científico-técnicos y función jurisdiccional”, *Anuari de Filologia. Estudis de Lingüística* (n.º 7), 2017, p. 110.

110 Para profundizar en esta cuestión que resulta tan interesante como compleja, resultan de gran interés las conclusiones expuestas por SALVADOR CODERCH, P. y RUBÍ PUIG, A., “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales: avance del tratado de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, op. cit., p. 41: “[...] a la hora de valorar la evaluación normativa que supone Daubert debe partir de la constatación de que, nuestro sistema jurídico –en el derecho español– no existe la dicotomía de funciones entre un Juez y un Jurado, entre la decisión sobre el derecho aplicable y la que tiene como objeto los hechos y, concretamente, la causalidad. En nuestro derecho, ambas funciones corresponden a un Juez de carrera, típicamente, al Juez de Primera Instancia y, por ello, las aprensiones manifestadas desde la perspectiva del sistema procesal norteamericano y de la prevalencia del juicio de jurados no tienen lugar aquí: el intento, en nuestra cultura, de forzar al alza la calidad de los peritajes científicos y tecnológicos, la ambición por atraer al caso a la buena ciencia en lugar de limitarse a la ortodoxia –a las concepciones científicas dominantes– o, acaso peor aún, a la ciencia basura no es ajeno a la regulación de la excepción de riesgos de desarrollo: el mejor sentido de ambas expresiones –“state of art” o “estado de los conocimientos científicos”– coincide con la búsqueda de la excelencia, no con la detentación del poder en la academia o en los laboratorios ni con la pseudociencia”. Resulta oportuno

y, finalmente, la lógica y verosimilitud de las conclusiones expuestas¹¹¹.

Hasta aquí el repaso de las actuaciones principales del perito lingüista forense en sede judicial y en el proceso civil español.

6. CONCLUSIONES

De los objetivos inicialmente proyectados y de lo tratado, extraemos las conclusiones que siguen.

PRIMERA. Acerca del conocimiento general de la figura del lingüista forense y la prueba que, desde su especialidad, este profesional puede aportar en un proceso, hemos comprobado que son materias escasamente tratadas desde el ámbito del Derecho. En parte, debido a su relativa novedad, ya que, como se ha indicado, esta ciencia sería aplicable, de forma más señalada, desde 1968, con el trabajo del lingüista sueco STARVIK, desde 1995 en Estados Unidos con el caso “UNABOM”, y en España en 1987, con la creación de un laboratorio de acústica forense. Así, la lingüística forense ha sido la ciencia que ha estudiado, también novedosamente, esta materia y la figura del especialista que de ella surge. Por este motivo, se invita al análisis

leer la valoración que ofrece una magistrada respecto de la credibilidad de los informes periciales: Ortiz Rodríguez, “¿Cuándo un juez deja de creer en un dictamen pericial?”, pp. 233 a 237, en PICÓ I JUNOY (dir.), *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, op. cit., 2019.

Además, y entre otros excelentes trabajos, se pueden leer las referencias a la valoración de la prueba contenidas en ABEL LLUCH, X. (dir.) y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, op. cit., p. 588; ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., *Análisis de la prueba*, op. cit., p. 464; BENFELD ESCOBAR, J., “Sobre el carácter normativo y tendencialmente vinculante de las reglas de la sana crítica en la ponderación de la prueba judicial”, op. cit., 2018, pp. 159-185; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, op. cit., p. 111 y *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p.166; FLORES PRADA, I., “Veinte años de vigencia del modelo dual de prueba pericial en el proceso civil (breve balance y propuestas de reforma)”, op. cit., pp. 367-412; MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, op. cit., p. 640.; NIEVA FENOLL, J., “Repensando Daubert: elementos de convicción que debe tener un buen dictamen pericial”, en *Peritaje y prueba pericial*, MIRANDA VÁZQUEZ, C. DE (Coord.) y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), 2017, pp. 85-101; PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, Bosch, Barcelona, 2019; PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2020, p. 698; SALVADOR CODERCH, P. y RUBÍ PUIG, A., “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales: avance del tratado de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, op. cit., n.º 1, 2008; SEOANE SPIELBERG, J.L., “La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, op. cit., pp. 53-79; TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, op. cit.; y VÁZQUEZ ROJAS, C., “Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos de los peritos”, op. cit., pp. 43-94, “La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial: los factores humanos de los expertos”, op. cit., pp. 117-141 y “La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación”, op. cit.

111 A propósito, se puede leer, además, el muy interesante capítulo de ABEL LLUCH, X., ORELLANA DE CASTRO, R., DE PELLICER ORTIZ, B. y RICHARD GONZÁLEZ, M., “Examen experimental de la credibilidad de los dictámenes periciales”, en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, op. cit., pp. 237-265.

desde la óptica jurídica para que su conocimiento pueda ser mayoritario en lugar de minoritario como ocurre en la actualidad.

SEGUNDA. Sobre el concepto de “lingüista forense”, sostenemos que la combinación de ambos términos dificulta la delimitación del campo de actuación de estas personas expertas. En consecuencia, el inicio del estudio de esta prueba pericial ha de pasar por conocer el marco conceptual para concretar, apropiadamente, distintos términos, como el sustantivo “lingüista” y el adjetivo “forense”. Tengamos en cuenta que si para un jurista, estos términos pueden resultar familiares, al dirigirse a otros receptores, la palabra “forense”, en particular, genera confusión, cuestión esta que habrá de ser explicada para evitar errores. Otros términos, como el de pragmalingüística, también han sido protagonistas porque conllevan tener en cuenta el contexto en el que se produce el objeto del análisis pericial. Así, cada palabra pronunciada o cada letra escrita se produce por una persona en un ámbito determinado que comporta, asimismo, información que puede resultar pertinente y muy valiosa en el análisis que hay que realizar a modo de valoración conjunta y completa de todos los elementos que componen una prueba pericial de lingüística forense.

TERCERA. Se ha puesto la atención en el muy variado campo de trabajo y aplicación de la lingüística forense y en la formación de estas especialidades. Del conocimiento de su amplio campo de trabajo depende la prueba que podamos aportar en juicio, tal como la detección de la procedencia de un hablante, la existencia de un plagio, o la elaboración de un perfil, entre otros. Tan variados ámbitos de especialidad derivan en el requerimiento de auténticos especialistas y, por ello, se ha recomendado acudir a expertos lingüistas formados en lingüística forense y no a otras especialidades relacionadas con la lingüística o la propia lingüística genérica y sin especializar. Realizar análisis tales como los referidos al habla en general, a los términos empleados en un contrato en cuanto a la forma de redacción, a la determinación del acento de una persona entre otros, debe llevarse a cabo y aportarse posteriormente a juicio únicamente por expertos en dichas concretas materias. Por ello, la formación específica resulta trascendental. Estudiada la formación que se ofrece en España, concluimos que resulta decididamente escasa hoy por hoy.

CUARTA. Se ha mostrado el procedimiento probatorio para esta prueba en un genérico proceso civil, sin que su actuación presente especiales singularidades con relación al desarrollo de otras pruebas periciales. Únicamente, teniendo en cuenta su novedad y posible desconocimiento general, se debe poner especial énfasis en la explicación que deba ofrecer la persona experta en cada rama del saber para fundamentar su dictamen; también, al responder a las preguntas en su comparecencia en el proceso, en su caso, para exponer en qué métodos científicos se basan sus afirmaciones y qué aceptación tienen por la comunidad científica para, de este modo, sustentar correctamente la validez de las conclusiones obtenidas del análisis lingüístico especializado y preciso de escritos, vídeos o audios.

QUINTA. Finalmente, dado que cada persona tiene una forma singular de escribir

y de hablar, esta prueba puede resultar oportuna y valiosa en aquellas ocasiones en las que el perito lingüista forense pueda aportar su dictamen especializado sobre lo dicho o escrito. Para ello, conviene difundir la existencia de la lingüística forense y aprovechar, en sede judicial, el saber que se puede obtener de esta ciencia emergente a través del trabajo de este experto.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AAAL: Asociación Americana de Lingüística Aplicada. Disponible en <https://www.aaal.org/>.
- ADDPOL FORMACIÓN. Disponible en <https://addpol.org/curso/curso-universitario-de-especializacion-en-perito-judicial-experto-en-linguistica-forense/>.
- ALFA: Asociación de Lingüística Forense Argentina. Disponible en <http://www.linguisticaforense.com/>.
- ABEL LLUCH, X. (dir.) y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch, Barcelona, 2009.
- ABEL LLUCH, X., ORELLANA DE CASTRO, R., PELLICER ORTIZ, B. y RICHARD GONZÁLEZ, M., “Examen experimental de la credibilidad de los dictámenes periciales”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 237-265.
- ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING, W., *Análisis de la prueba* (Trad. CARBONELL, F. y AGÜERO, C.), Marcial Pons, Madrid, 2015.
- ANSANELLI, V., “Pruebas e instrumentos cognoscitivos del juez”, en DONDI, A., ANSANELLI, V. y COMOGLIO, P., *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada*, Marcial Pons; Madrid, 2017, pp. 195-246.
- BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., “La prueba en el proceso civil”, en BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, 5ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2021.
- BANACLOCHE PALAO, J., “Los medios de prueba y el desarrollo anormal del proceso”, en BANACLOCHE PALAO, J. Y CUBILLO LÓPEZ, I., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil*, 4.ª ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2018.
- BENEDETTI, N. y QUERALT ESTÉVEZ, S., “A literature review of the role of forensic linguistics in gender-based violent crimes in Italy: supporting legal professionals and providing scientific evidence”, *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 79, 2023, pp. 140-157. <https://doi.org/10.58992/rld.i79.2023.3857>
- BENFELD ESCOBAR, J., “Sobre el carácter normativo y tendencialmente vinculante

- de las reglas de la sana crítica en la ponderación de la prueba judicial”, *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 50), 2018, pp. 159-185.
- BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.
- BRIZ GÓMEZ, A. y Grupo Val.Es.Co., “El discurso judicial oral a partir de un análisis de corpus”, en MONTOLÍO DURÁN, E. (Ed.), *Hacia la modernización del discurso jurídico*, (Barcelona, Publicaciones i Edicions, Universitat de Barcelona, 2012, pp. 39-64.
- CANALE, M., MOUGEON, R. Y KLOKEI, T.J., “Remarks: Forensic Linguistics”, en *Canadian Journal of Linguistics*, 27, n.º 2, 1982, pp. 150-155.
- CARRETERO GONZÁLEZ, C., “La prueba pericial lingüística en los procesos penales”, en ORTEGA BURGOS, E. (Dir.), *Derecho Penal 2022, Actualidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 29-57.
- CARRETERO GONZÁLEZ, C., *Comunicación para juristas*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019.
- CERVANTES SAAVEDRA, M. DE, *Don Quijote de la Mancha*, edición del quinto centenario, RAE, ASALE, Madrid, 2004.
- CICRES I BOSCH, J. y GAVALDÀ MESTRE, N., “La lingüística forense: la llengua com a evidencia”, en *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and La* (61), 2014, pp. 60-71, <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/10.2436-20.8030.02.54>.
- CONTRERAS ROJAS, C., *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- COULTHARD, M., “¿Qué dijeron en realidad? Una evaluación de evidencia policial por un lingüista forense”, *Revista iberoamericana de discurso y sociedad* (3, n.º 2), 2001, pp. 45-60.
- COULTHARD, M., JOHNSON, A. y WRIGHT, D., *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*, Routledge, Londres, 2017.
- DELGADO ROMERO, C., *La identificación de locutores en el ámbito forense*, tesis doctoral, E-Prints, Universidad Complutense, Madrid, 2004, disponible en <HTTPS://EPRINTS.UCM.ES/ID/EPRINT/4488/>.
- DELGADO ROMERO, C., “La pericia de identificación del habla: el papel fundamental del experto”, pp. 199-212, en GARAYZÁBAL HEINZE, E., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M. (Coords.), *Lingüística Forense: La lingüística en el ámbito legal y policial*, 2.ª reed. Corregida y ampliada. 1.º ed. Impresa, Euphonía Ediciones, Madrid, 2014.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, disponible en <https://dle.rae.es/>.

- DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO, disponible en <https://dpej.rae.es/>.
- El Confidencial (2021): “Las palabras inculparon al asesino: así trabaja una lingüista forense”. Disponible en https://www.elconfidencial.com/cultura/2021-01-25/entrevista-a-sheila-queralt-forense-linguista_2912884/.
- El Español (2018). “Qué fue del asesino de Anabel Segura: Emilio Muñoz anda suelto por Vallecas”. Disponible en https://www.elespanol.com/reportajes/20181111/asesino-anabel-segura-emilio-munoz-suelto-vallecas/352244777_3.html.
- El Norte de Castilla (2018): “La UVA analiza textos a través del Big Data para detectar plagios o solventar casos de acoso”. Disponible en <https://www.elnortedecastilla.es/valladolid/valladolid-adentra-ciencia-20180309210743-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.elnortedecastilla.es%2Fvalladolid%2Fvalladolid-adentra-ciencia-20180309210743-nt.html>.
- El País (2021): “Una lingüista a la caza del criminal”, Disponible en https://elpais.com/cultura/2021/02/24/elemental/1614180273_221892.html.
- ELVIRA-GARCÍA, W., ROSEANO, P. y FERNÁNDEZ PLANAS, A.M., “Determining speakers’ origin on the base of their intonation: A preliminary study”, en *Propuestas en fonética experimental: enfoques metodológicos y nuevas tecnologías*, Universitat de Girona, Servei de Publicacions, Girona, 2022, pp. 71-75.
- ESCRIBANO MARTÍN, F., “A pesar de más tres décadas de trabajo, la lingüística forense no goza en España del reconocimiento que tiene en otros países”, 2022. Disponible en <https://www.uam.es/uam/investigacion/cultura-cientifica/articulos/entrevista-irene-hidalgo>.
- FBI (*Federal Bureau of Investigation*):
- “The Words of a Killer”, disponible en <https://www.fbi.gov/news/stories/the-words-of-a-killer-the-unabomber-case-25-years-later-040221>.
- “The Unabomber”, disponible en <https://www.fbi.gov/history/famous-cases/unabomber>.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 10.^a ed., Iustel, Madrid, 2017.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FITZGERALD, J. R., “FBI’s communicated threat assessment database: history, design, and implementation”, *FBI: Law Enforcement Bulletin*, (76, N.º 2), 2007, PP. 6-9.
- FLORES PRADA, I., “Veinte años de vigencia del modelo dual de prueba pericial en el proceso civil (breve balance y propuestas de reforma)”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, (Barcelona, Bosch), 2020, pp. 367-412.

FONS RODRÍGUEZ, C., “El cotejo de letras, ¿debe necesariamente realizarse por un perito judicial? (art. 349.3 LEC)”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 372-380.

ForensicLab: <https://www.upf.edu/es/web/uval/forensiclab>.

Fundación Comillas. Cursos. Disponible en <https://www.fundacioncomillas.es/cursos-de-espanol/otros-cursos-de-lengua-y-cultura/courses/Linguistica-forense-marco-judicial-pericial/>.

FRADEJAS RUEDA, J.M., “Lingüística forense y crítica textual. El caso Ayala–Cervantes”, *Signa: Revista de la Asociación Española de Semiótica*, (n.º 25), 2016, pp. 193-220, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5476768>.

GARAYZÁBAL HEINZE, E., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M., “La Lingüística Forense: licencia para investigar la lengua”, pp. 27-48, en GARAYZÁBAL HEINZE, E., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M., (Coords.), *Lingüística Forense: La lingüística en el ámbito legal y policial*, 2.ª reed.. Corregida y ampliada, 1.ª ed. Impresa, Euphonía Ediciones, Madrid, 2014.

GARAYZÁBAL HEINZE, E., JIMÉNEZ BERNAL, M. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Lingüística Forense: la lingüística en el ámbito legal y policial* (Madrid, Euphonía), 2012.

GARAYZÁBAL HEINZE, E., QUERALT ESTÉVEZ, S. y REIGOSA RIVEIROS, M., *Fundamentos de la lingüística forense*, Síntesis, Madrid, 2019.

GARCÍA LEÓN, S., “La lectura fácil en Derecho. Un paso más hacia la plena inclusión”, en MADRID CRUZ, M.D. (dir.), *El jurista y el reto de un Derecho comprensible para todos*, Reus, Madrid, 2021, pp. 113-131.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., “La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* [coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008]/ CARPI, F. (ed. lit.), ORTELLS RAMOS, M. (ed. lit.), (Vol. 2), Comunicaciones. Presentations, Universitat de València, Servei de Publicacions, Valencia, 2008, pp. 199-210.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “La prueba: los medios de prueba en concreto (IV)”, en *Derecho jurisdiccional*, (vol. II), 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 309-328.

GONZÁLEZ-DE-COSSÍO, F., “El prurito del perito”, en *Ius Et Praxis*, (n.º 045), 2014, pp. 207-215. Disponible en <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2014.n045.375>.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, C., “Expresar para convencer: importancia del lenguaje en la estrategia procesal”, en MADRID CRUZ, M.D. (dir.), *El jurista y el reto de un Derecho comprensible para todos*, Reus, Madrid, 2021, pp. 175-193.

- GSFL: Sociedad Germánica de Lingüística Forense. Disponible en <https://germanicsocietyforensiclinguistics.org/>.
- HERITAGE UNIVERSITY. Disponible en <https://cursolinguisticaforense.com/>.
- HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., “La ciencia en el estrado: lenguaje, conocimientos científico-técnicos y función jurisdiccional”, *Anuari de Filologia. Estudis de Lingüística*, (n.º 7), 2017, pp. 97-124.
- IAFL: *International Association of Forensic and Legal Linguistics*. Disponible en <https://iafl.org/>
- IAFPA: *The International Association for Forensic Phonetics and Acoustics*. Disponible en <http://www.iafpa.net/>.
- ILFE: Grupo Académico Lingüística Forense. Disponible en <https://grupoacademicoilfe.weebly.com/>.
- IZQUIERDO BLANCO, P., “¿Qué espera un juez de un buen dictamen para ser convincente?”, en PICÓ I JUNOI, J., (dir.), *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 215-237.
- LUCENA MOLINA, J.J., “Terminología utilizada en conclusiones de informes periciales. Problemas epistemológicos”, en *Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública* (n.º 48), 2014, pp. 94-131.
- Máster Universitario en Lingüística y Tecnologías. Disponible en <https://www.ucm.es/master-linguistica-y-tecnologias/plan-de-estudios>.
- Máster en Lingüística Forense y Peritaje Lingüístico”. Universidad de Girona. Disponible en <https://hispanismo.cervantes.es/congresos-y-cursos/master-linguistica-forense-peritaje-linguistico>.
- MCMENAMIN, G.R., *Introducción a la Lingüística forense. Un libro de Curso* (Fresno, USA, The Press at California State University), 2017.
- MÉNDEZ TOMÁS, R.M., “¿Puede aportarse al informe pericial un documento nuevo en el proceso, si es necesario para elaborar el dictamen (arts. 336.2 y 270 LEC)?”, en ABEL LLUCH, X. (dir.) y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, J.M. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 394-402.
- MOLINER, M., *Diccionario de uso del español. Edición abreviada*, vol. e-o, Gredos, Madrid, 2008.
- MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*, Tomos A-H e I-Z, 2.ªed., 6ª reimpr., Gredos, Madrid, 2006.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012.

- NIEVA FENOLL, J., “Repensando Daubert: elementos de convicción que debe tener un buen dictamen pericial”, en *Peritaje y prueba pericial*, MIRANDA VÁZQUEZ, C. DE (Coord.) y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), 2017, pp. 85-101.
- Nius Diario, “Un informe de lingüística forense apunta que el exnovio de Déborah pudo “faltar a la verdad””, 2022, Publicado el 12/05/2022. Disponible https://www.niusdiario.es/espana/galicia/informe-linguistica-forense-exnovio-deborah-faltar-verdad_18_3328770156.html.
- ORTELLS RAMOS, M., “Profesiones jurídicas, formación jurídica y litigiosidad de una sociedad en evolución: el caso de España”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (2305-2546, n.º 52), 1999, pp. 7-65. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5002589>.
- ORTIZ RODRÍGUEZ, C., “¿Cuándo un juez deja de creer en un dictamen pericial?”, pp. 233 a 237, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, Bosch, Barcelona, 2019.
- OTEIZA, E., “El acceso a la justicia como continente de la prueba pericial”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 81-93.
- OYANEDEL FERNÁNDEZ, M. y SAMANIEGO ALDAZÁBAL, J.L., “Aplicación de la lingüística al campo legal”, en *Onomázein: Revista de lingüística, filología y traducción de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, (n.º 6), 2001, pp. 251-261
- PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2020.
- PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté*, Bosch, Barcelona, 2019.
- QUERALT ESTÉVEZ, S., *Lingüistas de hoy. Profesiones para el siglo XXI*, Síntesis, Madrid, 2023.
- QUERALT ESTÉVEZ, S., *Atrapados por la lengua. 50 casos resueltos por la lingüística forense*, Larousse, Barcelona, 2020a.
- QUERALT ESTÉVEZ, S., “El uso de recursos tecnológicos en lingüística forense”, en *Pragmalinguística*, n.º 28, 2020b, pp. 212-237.
- QUERALT ESTÉVEZ, S., *Decálogo para solicitar una pericial lingüística*, Pie de Página y SQ-Lingüistas Forenses, 2019. Disponible en <https://www.sq-linguistasforenses.com/uploads/8/3/2/6/83268456/decalogo-para-solicitar-una-pericial-linguistica-layqkv.pdf>.
- QUERALT ESTÉVEZ, S., “El análisis lingüístico: una ciencia forense”, en web de Llengua i Dret, 2017. Disponible en <https://eapc-rld.blog.gencat.cat/2017/07/06/el-analisis-linguistico-una-ciencia-forense-sheila-queralt/>.

- QUERALT ESTÉVEZ, S., “Acerca de la prueba lingüística en atribución de autoría hoy”, *Revista de Llengua i Dret*, (núm. 62), 2014, pp. 35-48. Disponible en DOI: <http://dx.doi.org/10.2436/20.8030.02.77>.
- QUERALT ESTÉVEZ, S. y GIMÉNEZ GARCÍA, R., “Lingüista forense”, en *Lingüistas de hoy. Profesiones para el siglo XXI*, Síntesis, Madrid, 2023, pp. 175-182.
- QUERALT ESTÉVEZ, S. y GIMÉNEZ GARCÍA, R., *Soy lingüista, lingüista forense*, Pie de página, Madrid, 2019.
- RAMÍREZ SALADO, M., “Antecedentes de la lingüística forense: ¿desde cuándo se estudia el lenguaje como evidencia?”, en *Pragmalingüística*, (n.º 25), 2017, pp. 525-539. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6247368>.
- RAMÍREZ SALADO, M., “Panorama actual de la lingüística forense a nivel nacional e internacional”, en *Del Español. Revista de Lengua*, n.º 1. 2023, pp. 17-31. Disponible en Vol. 1 (2023): De lingüística forense | Del Español. Revista de Lengua (uhu.es), DOI: <https://doi.org/10.33776/dlesp.v1>.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., “La ciencia y la tecnología aplicadas a la prueba de los hechos en el proceso: análisis del fundamento y fiabilidad de la prueba neurocientífica”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 615-654.
- RÍOS LÓPEZ, Y., “Los informes técnicos no creados expresamente para fundamentar la pretensión, ¿tienen valor de dictamen pericial? En caso negativo, ¿cómo pueden introducirse en el proceso? (art. 335.1 LEC)”, en ABEL LLUCH, X. (dir.) y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 268-283.
- SALVADOR CODERCH, P. y RUBÍ PUIG, A., “Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales: avance del tratado de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *InDret: Revista para el análisis del derecho*, n.º 1, 2008, p. 63.
- SANJURJO RÍOS, E. I., “En la búsqueda del “buen perito”: una propuesta de reforma razonada para el art. 340 LEC”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 413-442.
- SANTANA LARIO, J. y FALCES SIERRA, M., “Any statement you make can be used against you in a court of law: Introducción a la Lingüística Forense”, en *A life in words: A miscellany celebrating twenty-five years of association between the English Department of Granada University and Mervyn Smale, (1977-2002)*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2002, pp. 267-281. Disponible en https://www.ugr.es/~jsantana/publicaciones/linguistica_forense.htm.
- SEGURA CROS, B., “En el acto del juicio o la vista, ¿puede preguntársele al perito sobre cuestiones o hechos que no se relacionan directamente con el contenido

- de su dictamen? (art. 347.1 LEC)”, en ABEL LLUCH, X. (dir.) y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial. Serie: Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 413-421.
- SEOANE SPIELBERG, J.L., “La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 53-79.
- Smithsonian Magazine, “When the Unabomber Was Arrested, One of the Longest Manhunts in FBI History Was Finally Over”, 2018. Disponible en <https://www.smithsonianmag.com/smithsonian-institution/unabomber-arrested-longest-manhunt-fbi-history-over-180968744/>.
- SOLAN, L.M., y TIERSMA, P.M., *Speaking of Crime. The Language of Criminal Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 2005.
- SQ_linguistasforenses. Disponible en <https://www.sq-linguistasforenses.com/cursos-linguistica-forense.html>.
- SVARTIK, J., *The Evans Statements. A case for forensic linguistics*, (Göteborgs, Göteborgs Universitet), 1968. Disponible en <https://www.thetext.co.uk/Evans%20Statements%20Part%201.pdf>.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002.
- The Washington Post (1997): The Unabomber Manifesto. Disponible en <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/unabomber/manifesto.text.htm>.
- TURELL JULIÁ, M.T. (ed.), *Lingüística forense, lengua y derecho*, Institut Universitari de Lingüística Aplicada, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2005.
- UICM: Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid. Asociación de Colegios profesionales. Disponible en <https://www.uicm.es/project/listados-oficiales-de-peritos-de-colegios-profesionales-de-la-comunidad-de-madrid-2022/>.
- UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Disponible en <https://extension.uned.es/actividad/19977>.
- UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, Noticias, “Los peritos judiciales lingüistas podrán obtener una titulación universitaria oficial”, 2008. Disponible en <https://www.bsm.upf.edu/es/noticias/peritos-judiciales-linguistas-podran-obtener-titulacion-universitaria-oficial#gs.7aip6q>.
- VALERO GARCÉS, C., *Lingüística forense. contextos, teoría y práctica*, Edisofer, Madrid, 2018.
- VÁZQUEZ ROJAS, C. (Coord.), *Manual de prueba pericial*, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1.ª ed., Ciudad de México, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. Disponible en https://www.academia.edu/75517573/Manual_de_prueba_pericial.

- VÁZQUEZ ROJAS, C., “Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos de los peritos”, pp. 43-94, en *Manual de prueba pericial*, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1.^a ed., Ciudad de México, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- VÁZQUEZ ROJAS, C., “La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial: los factores humanos de los expertos”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 117-141.
- VÁZQUEZ ROJAS, C., “La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación”, tesis doctoral, dirigida por FERRER BELTRÁN, J. 2014. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/284763/tmcvr.pdf;jsessionid=2F466CB8F28F4AF3C42CBDD20EoCA284?sequence=5>.
- VIÑALS CARRERA, F. y PUENTE BALSELLS, M.L., *Diccionario jurídico-pericial del documento escrito*, Herder, Barcelona, 2006.
- YÉLAMOS BAYARRI, E., “Infravaloración de la pericial de parte respecto a la pericial judicial: sensaciones”, en PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 689-697.

Aritmética Jurídica e Inteligencia Artificial: sobre la Calculadora 988

Legal Arithmetic and Artificial Intelligence: About Calculator 988

ALFONSO ORTEGA MATESANZ

Universidad de Valladolid (España)

aortega@uva.es

 <https://orcid.org/0000-0001-7886-6136>

Resumen: ¿Qué pena le corresponde cumplir al condenado por la realización de varios hechos? Esa pregunta puede ser respondida actualmente por la Inteligencia Artificial. En el año 2019, el Ministerio de Justicia español, fruto de la colaboración entre expertos juristas e informáticos, lanzó la aplicación web Calculadora 988. Esta innovadora herramienta se basa en la legislación y la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo aplicables en supuestos de concurrencia real de infracciones (arts. 76 y 988 LECrim). Pretende ser una solución de apoyo para quienes se enfrentan al siempre complicado procedimiento de acumulación de penas, aunque no está disponible de manera general. Con los datos del caso, que ha de proporcionar el usuario, la aplicación determina la pena máxima que debe cumplir el penado en casos de concurso real de delitos (art. 76 CP). En este trabajo, tras proporcionar algunas notas sobre su creación, trataremos con detalle cómo funciona esta calculadora y lo que puede aportar, centrándonos en los aspectos más controvertidos que, a nuestro juicio, plantea el algoritmo de cálculo. Para su adecuada valoración, es imprescindible repasar previamente la regulación penal y procesal del concurso real, así como la jurisprudencia que la interpreta. Se detallará brevemente, por su extraordinaria importancia, la evolutiva doctrina del TS en materia de acumulación de penas.

Abstract: *What penalty should the convicted person serve for the commission of several acts? This question can currently be answered by Artificial Intelligence. In 2019, the Spanish Ministry of Justice, as a result of collaboration between legal experts and computer*

Recepción: 23/02/2024

Aceptación: 28/05/2024

Cómo citar este trabajo: ORTEGA MATESANZ, Alfonso, "Aritmética Jurídica e Inteligencia Artificial: sobre la Calculadora 988", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 141-204, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.19.05>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 141-204

scientists, launched the web application Calculator 988. This innovative tool is based on legislation and case law from the Criminal Chamber of the Supreme Court applicable in cases of real concurrence of offenses (Arts. 76 and 988 of the Criminal Procedure Law). It aims to be a supportive solution for those facing the always complicated process of penalty accumulation, although it is not generally available. With the case data provided by the user, the application determines the maximum penalty that the convicted person must serve in cases of real competition of crimes (Art. 76 of the Penal Code). In this paper, after providing some notes on its creation, we will discuss in detail how this calculator works and what it can contribute, focusing on the most controversial aspects that, in our opinion, the calculation algorithm raises. For its proper evaluation, it is essential to review beforehand the criminal and procedural regulation of real competition, as well as the jurisprudence that interprets it. The evolving doctrine of the Supreme Court on penalty accumulation will be briefly detailed due to its extraordinary importance.

Palabras clave: aritmética jurídica, inteligencia artificial, Calculadora 988.

Keywords: legal arithmetic, artificial intelligence, Calculator 988.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CALCULADORA 988. 3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO REAL DE DELITOS: LA ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL. 3.1. Las reglas punitivas del concurso real de delitos. 3.2. La última jurisprudencia en materia de acumulación de penas. Atención especial a las combinaciones de ejecutorias. 4. ¿CÓMO FUNCIONA LA CALCULADORA 988? Y, ADEMÁS, SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES. 4.1. Pros y contras de la Calculadora. 5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS. 6. BIBLIOGRAFÍA. 7. ANEXO: LISTADO DE JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS DE SALA CONSULTADOS.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos vamos a referir a un caso muy específico de aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la determinación de la pena: la “Calculadora 988”¹.

Desarrollada “con el ánimo de agilizar los procesos judiciales y seguir mejorando la calidad de la Justicia” por la Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia², como unidad responsable de proporcionar servicios de Tecnologías de

¹ Señalan DOLZ LAGO, M. J. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., *Por una política judicial humanista en la era digital: retos víricos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 185, que la utilización de tecnologías como la inteligencia artificial es todavía baja en el campo de la justicia, tanto en España como en el conjunto de los países de la Unión Europea, pese a su potencialidad para generar un impacto positivo, principalmente respecto de la eficiencia y la confianza.

² Según la información contenida en el documento *Calculadora 988* de la XII Convocatoria Premios @asLAN. Fecha del documento: 5 de febrero de 2020. Disponible en: <https://aslan.es/wp-content/uploads/2020/02/20200205-Calculadora-988F.pdf> (consulta: 04/02/2024).

Información y Comunicación a la Administración de Justicia (cfr. Real Decreto 725/2017, de 21 de julio³), esta innovadora aplicación informática tiene la capacidad de realizar las acumulaciones de penas en casos de reos con condenas múltiples. Fue presentada en noviembre del año 2019 junto con otras herramientas tecnológicas: la firma digital manuscrita y un sistema de transcripción automática a texto de grabaciones judiciales⁴.

Hemos de comenzar indicando ya que esta *calculadora* posee, sin embargo, una operatividad limitada y que su función es muy concreta. No alcanza a todo el proceso de determinación de la pena, sino que únicamente sirve para fijar, mediante las comprobaciones y cálculos necesarios, a partir de los datos proporcionados a la aplicación por el usuario que la maneja, la pena máxima que debe cumplir el condenado en distintas sentencias, de acuerdo con lo establecido en el art. 76 del Código Penal (en adelante, CP).

No estamos, y es importante señalarlo, ante una herramienta decisoria, sino de carácter meramente asistencial o auxiliar. Su uso no es obligatorio y sólo está preparada, según su configuración, para realizar las acumulaciones conforme a las reglas del derecho penal de adultos, pero no en el caso de los menores infractores, a quienes resultan de aplicación las disposiciones sobre determinación y ejecución de las medidas que contiene, tanto en supuestos de unidad como de pluralidad delictiva, la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

A lo largo de las siguientes páginas, trataremos para qué sirve y cómo funciona la “Calculadora 988”, y examinaremos sus posibles ventajas y desventajas. Para abordar la mayoría de estos aspectos de manera sólida, y sobre todo con vistas a una adecuada comprensión y mejor valoración de la aplicación (léase: *lo que puede aportar y sus inconvenientes*, si los tiene), es esencial, de forma previa, explicar la normativa penal y procesal en la que se enmarca esta herramienta, así como conocer su interpretación jurisprudencial. También es necesario entender el *problema* que pretende solucionar. Anticipamos que tiene que ver, fundamentalmente, con las llamadas *combinaciones de ejecutorias* para la conformación de los bloques de acumulación. Ofreceremos asimismo algunas notas sobre la creación de esta *calculadora*.

3 Derogado con efectos de 26 de agosto de 2018 por la disposición derogatoria única del Real Decreto 1044/2018, de 24 de agosto; a su vez, derogado, con efectos de 13 de marzo de 2020, por la disposición derogatoria única del Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo. El Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, suprime la Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia (Disposición adicional primera).

4 “Una ‘calculadora de condenas’ decidirá la opción más beneficiosa para aquellos que acumulen penas”, 20 minutos, 19 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/4060369/0/una-calculadora-de-condenas-decidira-la-opcion-mas-beneficiosa-para-aquellos-que-acumulen-penas/> (consulta: 04/02/2024).

2. LA CALCULADORA 988

Esta solución informática, pionera en el uso de la IA en el sistema de justicia penal español⁵, automatiza las operaciones de acumulación de condenas dirigidas a la aplicación de los límites de cumplimiento del art. 76.1 CP. La aplicación muestra el resultado de la combinación más favorable entre las alternativas posibles con las sentencias y penas registradas para un determinado interviniente (así se denomina por la aplicación al reo o condenado). Los cálculos se llevan a cabo mediante un mismo algoritmo, fundado en la legislación y la jurisprudencia aplicables en casos de concursos reales de delitos, lo que uniformiza el criterio de cómputo para todos los posibles usuarios.

Aunque han existido iniciativas previas⁶, esta es la primera solución tecnológica que se materializa oficialmente para calcular la acumulación de condenas.

La herramienta es independiente y autónoma, en el sentido de que no está vinculada a otras aplicaciones tecnológicas. Se trata, en verdad, debiendo por ello catalogarse como una *aplicación de soporte*, de una ayuda o apoyo al juez, al que no sustituye en modo alguno en su labor de medición de la pena, pensada para facilitar su trabajo, ya que permite calcular en cuestión de segundos y sin errores (siempre, claro, que los datos se suministren correctamente por el usuario), algo que de forma manual podría llevar fácilmente varias horas e incluso hasta posiblemente algunos días de trabajo.

Pero, ciertamente, no sólo es un instrumento muy valioso para los jueces, sino que también lo es para los fiscales, que pueden servirse de la *calculadora* al plantear una solicitud de acumulación de penas o al tener que emitir su preceptivo dictamen, si no

5 Destacando ese carácter pionero de la “Calculadora 988”, GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la justicia penal*, AEOE, Madrid, 2020, pág. 28; MARTÍN DIZ, F., “Modelos de aplicación de Inteligencia Artificial en justicia: asistencial o predictiva versus decisoria”, en BARONA VILAR, S. (ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 70; el mismo, “Inteligencia artificial y derecho procesal: luces, sombras y cábalas en clave de Derechos fundamentales”, en MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M. I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.^a M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 978; LORENZO PÉREZ, C., “Inteligencia artificial en la administración de justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España”, CEJ, 2022, pág. 27 (hablando de “primera herramienta de robotización”). Señalando, por otro lado, que se basa en el uso de la IA, CATALÁN CHAMORRO, M. J., *La justicia digital en España. Retos y desafíos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 156; GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R., *La Administración (judicial) electrónica*, Dykinson, Madrid, 2023, pág. 41. Dicen, por su parte, DOLZ LAGO M. J. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., *Por una política judicial humanista en la era digital...*, *Op. cit.*, pág. 199, sobre la “Calculadora 988”, que es posible sostener “aunque pueda ser discutible desde estrictos parámetros clasificatorios de lo que sea inteligencia artificial, que es una de las aplicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito de la Justicia, ya que se han creado algoritmos en los que se incluyen criterios jurídicos y cuestiones meramente matemáticas para el cálculo, dentro de todas las combinaciones posibles, del bloque o bloques de condenas más favorable para el reo y su resultado final, con el tiempo resultante de su condena ya acumulada y la fecha de su extinción”.

6 “Un juez de Murcia crea una APP para el cálculo de penas”. Europa Press Murcia, 20 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.europapress.es/murcia/noticia-juez-murcia-crea-app-calculo-penas-20161120124926.html> (consulta: 04/02/2024).

fueran los solicitantes de la acumulación⁷, en el procedimiento de fijación del tiempo máximo de cumplimiento del art. 988 párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim).

Está disponible, asimismo, en instituciones penitenciarias (para el personal jurídico), pudiendo ser en este ámbito de gran utilidad, fundamentalmente, para detectar si algunas de las condenas de un interno son acumulables, informándole de ello⁸, o incluso, aunque esta posibilidad no la contempla el art. 988 LECrim, para solicitar el propio centro penitenciario donde el interno cumple condena la limitación del tiempo de cumplimiento al órgano judicial competente.

Nos encontramos, en suma, ante un instrumento auxiliar en la toma de decisiones (dependiendo del rol profesional que desempeñe el usuario de la *calculadora*: fijación de la pena, planteamiento de una solicitud de acumulación jurídica, etc.) relacionadas con la aplicación de los máximos de efectivo cumplimiento del art. 76 CP.

La “Calculadora 988”, también conocida como *calculadora Dolz* debido a que su principal impulsor fue el Dr. D. Manuel-Jesús Dolz Lago⁹, Secretario de Estado de Justicia entre junio de 2018 y enero de 2020, toma su nombre del art. 988 LECrim. Este precepto de la ley procesal penal española regula, en su párrafo tercero, el que la doctrina, a falta de una denominación legal, suele conocer como expediente o incidente de acumulación de penas (o de condenas), mal llamado en ocasiones de *refundición*, debido a la confusión generalizada que suele existir entre los términos *acumulación* (o *acumulación jurídica*) y *refundición* de condenas¹⁰. En realidad, tal confusión conecta con la cuestión, que aquí no será objeto de estudio específico, de si las penas sometidas al art. 76 CP conservan su singularidad previa o, por el contrario, la pierden para quedar *refundidas* en una nueva pena, de la misma naturaleza que las acumuladas, pero con una extensión diferente, equivalente a la entidad del límite aplicado.

7 Sobre esto, que no deja de ser problemático, véase ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, págs. 195 y ss.

8 En este sentido, dispone el apartado tercero (refundición y acumulación de condenas) de la Instrucción 1/2005, de 21 de febrero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que “si del estudio de las vicisitudes penales del interno resultan susceptibles de acumulación determinadas condenas, se pondrá en conocimiento del Jurista del Establecimiento Penitenciario a fin de que el mismo, previa comprobación de la situación penal y la posibilidad de acumulación de condenas, informe al interno sobre el procedimiento a seguir”.

9 “Justicia implanta tres nuevas tecnologías que agilizarán el trabajo de jueces y fiscales”, Europa Press Nacional, 19 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-justicia-implanta-tres-nuevas-tecnologias-agilizaran-trabajo-jueces-fiscales-20191119125307.html> (consulta: 04/02/2024).

10 La refundición, sin embargo, es una institución jurídica diferente de la acumulación. Está regulada por el art. 193.2.ª del Reglamento Penitenciario de 1996 y permite, aunque la redacción de tal precepto sólo haga referencia a la libertad condicional, un cómputo unitario de las diferentes fechas con repercusión penitenciaria (incluidos los permisos de salida) cuando un mismo individuo tiene que cumplir varias penas privativas de libertad en prisión. El competente para aprobar la refundición es el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sobre la diferencia, *Vid.* la STS 685/2020, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4445).

Dicho procedimiento fue incorporado por la Ley 3/1967, de 8 de abril, a la LECrim y establece, desde la perspectiva adjetiva, cómo se ha de proceder para fijar los límites máximos de cumplimiento efectivo que prevé actualmente el art. 76 CP (antiguo art. 70.2.^ª CP 1944/1973) en supuestos de enjuiciamiento por separado de varios delitos en concurso real¹¹. Se trata, según dice ESPINA RAMOS, de “un incidente por el que se determina el máximo de cumplimiento de pena (suma aritmética de las penas o triplo de la más grave, con determinados límites cuantitativos, según el art. 76.1 del Código Penal), cuando existen varias condenas derivadas de procesos distintos, pero relacionadas por determinados vínculos de conexidad”¹². Este incidente se abre, a modo de pieza separada, en la ejecutoria que contenga la última sentencia condenatoria pronunciada contra el reo, que es la que atribuye la competencia judicial para fijar el tope de cumplimiento sobre varias penas¹³.

Esa Ley de 1967 reformó también el art. 70 CP 1944 para permitir, en un nuevo párrafo añadido a su regla 2.^ª, la aplicación de las limitaciones “aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”. Con esta modificación, se buscaba evitar que la acumulación jurídica dependiera de la unidad o pluralidad de procesos, lo que en muchos casos resultaba algo aleatorio. Hasta entonces, sólo era posible, según la jurisprudencia prácticamente unánime, aplicar las limitaciones si los delitos hubieran sido juzgados conjuntamente (es decir, en un mismo proceso), pese a que la normativa reguladora del concurso real no contuviera jamás, con excepción, es necesario señalarlo, del CP de 1928 (art. 163.1.^ª), esa exigencia¹⁴. Tal conexión debía ser interpretada en los términos del art. 17 LECrim (art. 988 LECrim) y, más concretamente, de acuerdo con lo previsto por su apartado 5.^º, que exigía analogía o relación entre los hechos, si, además, estos no hubiesen sido ya sentenciados¹⁵.

11 Esta es la redacción vigente del art. 988 LECrim en su párrafo tercero, tras su ligera modificación por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial: “Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley”.

12 ESPINA RAMOS, J. A., “La acumulación jurídica de penas: algunas notas prácticas”, *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 12, 2004, pág. 14.

13 Por razones de seguridad jurídica, debería tratarse de la última sentencia en adquirir firmeza. Ese es el criterio, que compartimos, de la FGE en su Circular 1/2014, de 5 de diciembre.

14 Por todos, CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 70”, en CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G. y DEL TORO MARZAL, A. y CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1972, pág. 347.

15 Este precepto fue modificado en 2015; sobre ello, *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R.,

Sin embargo, el requisito de la conexidad procesal se acabaría convirtiendo en una nueva restricción a la regla de la acumulación jurídica del art. 70.2 CP 1973, aunque ahora impuesta por la vía legal¹⁶. Con el propósito de evitar que avatares procesales diversos pudieran llevar a la superación de los límites, frustrando el propósito del legislador, que pretendía extender las posibilidades de su aplicación a los casos de delitos enjuiciados por separado, el TS consideró necesario adoptar un criterio muy favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexión, estimando que había de atenderse, en lugar de a lo dispuesto por el art. 17 LECrim (en cuanto al requisito de la analogía o relación entre los delitos), a una conexidad de tipo temporal, según la cual, lo único relevante es el momento de comisión de los hechos y si, atendiendo a ello, las infracciones conocidas en distintas causas judiciales podían haberse juzgado en un mismo proceso¹⁷. A esos efectos, habría que manejar las fechas de hechos y de sentencias.

DOLZ LAGO explica cómo surgió la idea de crear la *calculadora*: “Para crear esa aplicación informática, a través de Sofía Duarte Domínguez, entonces Directora General de Modernización, Desarrollo Tecnológico y ORGA y del Subdirector General de Nuevas Tecnologías del Ministerio de Justicia, José Luis Hernández Carrión, convoqué a los fiscales del TS, mis compañeros Paloma Iglesias y Manuel Martínez de Aguirre, el magistrado del TS Antonio del Moral, y a representantes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, a los que se sumaron otros expertos juristas e informáticos, con la finalidad de elaborar esa aplicación que acabó denominándose “Calculadora 988”¹⁸.

El trabajo en este programa duró todo un año¹⁹. Las primeras pruebas se llevaron a cabo en la Fiscalía del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en el año 2018²⁰. Una vez testada la herramienta en la Fiscalía del TS y la Fiscalía Provincial de Madrid, así

“Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988”, en MUÑOZ SÁNCHEZ, J. y GARCÍA PÉREZ, O. y CERESO DOMÍNGUEZ, A.I. y GARCÍA ESPAÑA, E. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 1165.

16 Entre tantos otros, en sentido crítico, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Artículo 70”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, págs. 206-207.

17 Vid. por ejemplo, la STS 1249/1997, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:1997:6164).

18 DOLZ LAGO, M. J., “Refundición o acumulación de condenas”, *Diario La Ley*, n.º 9855, 21 de mayo de 2021, pág. 7. Vid. también, el mismo, “Juristerapia y la Ley Sissi, why is it that only ‘no’ means ‘no’”, *Diario La Ley*, n.º 10321, 5 de julio de 2023, nota 118; el mismo, “Una aproximación jurídica a la Inteligencia Artificial”, *Diario La Ley*, n.º 10096, 23 de junio de 2022, págs. 17 y 19. Véase también VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 34.

19 DOLZ LAGO, M. J., “Una aproximación jurídica a la Inteligencia Artificial”, *Op. cit.*, pág. 19; DOLZ LAGO, M.J./HERNÁNDEZ RAMOS, M., *Por una política judicial humanista en la era digital...*, *Op. cit.*, pág. 199.

20 Según señala LORENZO PÉREZ, C., “Inteligencia artificial en la administración de justicia...”, *Op. cit.*, pág. 28.

como entre los magistrados de la Sala Segunda del TS (que es la que conoce, por vía directa, de los recursos de casación por infracción de ley que se interpongan contra la resolución judicial –auto– que ponga fin al incidente del art. 988.3 LECrim), se ha implantado progresivamente, desde el primer trimestre de 2020, en los órganos judiciales y fiscalías del ámbito competencial del Ministerio de Justicia, así como en las comunidades con competencias transferidas en materia de justicia (la última en unirse ha sido Cataluña). Puede utilizarse, asimismo, en todas las instituciones penitenciarias españolas, con la excepción de Cataluña. Cuenta actualmente con 5.000 usuarios.

La aplicación opera mediante un algoritmo definido por la Fiscalía del TS, que está basado en la regulación penal y procesal de la acumulación jurídica de penas (arts. 76 CP y 988 LECrim) y en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018, sobre fijación de criterios en casos de acumulación de condenas.

La definición y validación del algoritmo de cálculo se llevó a cabo con la participación de un comité de expertos integrado por letrados de la Administración de Justicia, magistrados y juristas de instituciones penitenciarias. Además, se contó con la colaboración de representantes de las Unidades de Apoyo de la Dirección General de Modernización de la Justicia y de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE). El comité de expertos desempeñó un papel crucial, ya que “estos agentes tienen un conocimiento profundo de lo que debe contener la herramienta para cumplir con su objetivo y son capaces de identificar mejoras que se pueden introducir en las siguientes actualizaciones de la solución”²¹.

La principal finalidad de la “Calculadora 988” es evitar errores en la determinación aritmética de la pena, los cuales podrían suponer una prolongación indebida de los años de cumplimiento, al tiempo que simplifica y agiliza las operaciones acumulativas, automatizando los complejos cálculos, ocultos tras la aparente simplicidad de la regulación legal aplicable, que conlleva realizar una acumulación, pese a que las operaciones acumulativas hayan de desarrollarse, en cuanto a la mecánica o pasos a seguir, siempre igual²².

En la práctica, permite una importante descarga de trabajo para jueces y fiscales, que pueden dedicar a otras actividades propias de sus respectivas funciones el tiempo

²¹ De acuerdo con lo expuesto en el documento *Calculadora 988* de la XII Convocatoria Premios @asLAN.

²² En este sentido, afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M., “Acumulación de condenas. Información acerca del programa informático del MJ. Otras cuestiones: Acuerdos TS sobre la materia; penas en suspensión y STS 550/2018M de 13 de BIVM FJ 2 (REC 10162/2018). Hasta dónde hay que regresar en el tiempo para incluir sentencias ya cumplidas”, CEJ, 2019, pág. 4, que, “aunque, así explicado, las acumulaciones de condena parecen una materia a desarrollar sistemáticamente, el contenido del incidente en sencillo (se trata de recoger todos los datos de las condenas y ver si el artículo 76 CP es aplicable, y en qué medida) y la dificultad para hacerlo bien es que hay que atender a muchos detalles (...)”.

que antes empleaban para calcular manualmente las acumulaciones. La aplicación, eso sí, no evita los posibles errores del usuario en la introducción de los datos, ya que opera con la información registrada por éste²³.

Según DOLZ LAGO, “el uso de esa “calculadora”, en lo que puede considerarse una pieza más de la transformación digital de la Justicia, que supere a esa especie de ábaco o “cuenta de la vieja” (cfr. anécdota de la hermana mayor de Carlos IV, María Josefa de Borbón), utilizado comúnmente en estas operaciones, es sumamente útil para que jueces y fiscales puedan ayudarse en esta tarea”²⁴.

Hasta ahora, las acumulaciones se realizaban de manera manual (o en el mejor de los casos se utilizaban hojas de cálculo, por ejemplo, a través del programa de Microsoft *Excel*), siguiendo como guía lo dispuesto en el CP, la LECrim y, sobre todo, la jurisprudencia del TS, tratándose, sin mencionar su dificultad, que aumenta a medida que es mayor el número de ejecutorias a considerar, de un proceso lento y tedioso, teniendo en cuenta además que han de realizarse comprobaciones adicionales para asegurar que el resultado de la acumulación es correcto y que se está tomando la solución más beneficiosa para el condenado.

Incluso para las personas más habituadas a ello, las acumulaciones de penas representan un auténtico “quebradero de cabeza”²⁵. Pensemos que hay casos –para nada infrecuentes, además– con hasta treinta o más condenas a valorar²⁶, debiendo determinarse cuáles son acumulables y cuáles no. Y en el caso de detectarse que haya varias que lo sean por la fecha de los hechos, totalmente o en parte, habrá que fijar después el límite que corresponda del art. 76.1 CP.

La reinterpretación del TS sobre la forma de realizar las acumulaciones a raíz de la nueva redacción dada al art. 76.2 CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, aunque introduce, respetando en todo momento la legalidad, una mayor flexibilidad para realizar las acumulaciones, que redundará en beneficio del reo, y por ello debe considerarse positiva, vino a complicar aún más la confusa figura de la acumulación de

23 Lo que advierte, con plena razón, NISTAL BURÓN, J., “El “error penitenciario” en la liquidación de condena. Consecuencias jurídicas”, *LegalToday*, 15 de diciembre de 2022. Disponible en: “<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penitenciario/el-error-penitenciario-en-la-liquidacion-de-condena-consecuencias-juridicas-2022-12-15/>” (consulta: 07/02/2024). Asimismo, DOLZ LAGO, M. J., “Juristerapia y la Ley Sissi, why is it that only ‘no’ means ‘no’”, *Op. cit.*, nota 118.

24 DOLZ LAGO, M. J., “Refundición o acumulación de condenas”, *Op. cit.*, pág. 7. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988”, *Op. cit.*, pág. 1.172, habla también de “el fin de la “cuenta de la vieja””.

25 Expresión que utiliza DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988”, *Op. cit.*, pág. 1.173. Y también DOLZ LAGO, M. J., “De nuevo sobre la acumulación o refundición de condenas. Acuerdo del Pleno de 3 febrero 2016. Criterio evolutivo de la Sala en la interpretación de normas de acumulación. Doctrina general. Criterio cronológico. Acumulación por bloques: reutilización de penas excluidas en bloques anteriores para la formación de un nuevo bloque”, *Diario La Ley*, n.º 8814, 1 de septiembre de 2016, pág. 5.

26 NoventaytresentenciasenelcasodelaSTS588/2018, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4069).

penas, al permitir la práctica de (dificultosas) operaciones que hasta hace no mucho eran rechazadas radicalmente por el Alto Tribunal. Ya hace años SANZ MORÁN²⁷ calificaba como *sinuosa* la evolución de la jurisprudencia española en relación con el problema de la acumulación de condenas cuando los delitos han sido objeto de procedimientos distintos.

En este contexto, es la posibilidad de buscar la alternativa combinatoria más ventajosa, por razón de que conlleve el menor tiempo de cumplimiento de todas las opciones posibles con un conjunto de ejecutorias, la que justifica la creación de la *calculadora*, para así evitar posibles equivocaciones a la hora de conformar los bloques y determinar el límite, agilizando a la vez los cálculos y comprobaciones a realizar. La “Calculadora 988”, de hecho, se presenta oficialmente como una “solución que devuelve el resultado más favorable para el reo en una acumulación de condenas”²⁸.

No es necesario descargar ni instalar ningún *software* para su utilización; el acceso se realiza directamente a través de la web²⁹, aunque se requieren unas credenciales (usuario y contraseña, o bien mediante certificado digital válido) para ingresar a la aplicación. Aunque esta restricción resulta bastante incomprensible, no se permite su uso a los profesionales de la abogacía ni a los procuradores³⁰.

Existen distintos tipos de perfiles de usuario, con permisos o privilegios diferentes (avanzado y básico). El perfil con permiso básico se corresponde con los usuarios de instituciones penitenciarias; el usuario con perfil avanzado, con los fiscales, jueces o magistrados y Letrados de la Administración de Justicia. La diferencia principal entre los distintos tipos de usuario (más bien entre los perfiles) estriba en la posibilidad de realizar importaciones de acumulaciones y consultar los datos registrados por otros usuarios, funciones ambas que no son accesibles para el perfil básico. Entre los órganos judiciales, también tienen acceso a la *calculadora* los juzgados que realizan ejecutorias y los de Vigilancia Penitenciaria, aunque estos últimos no son competentes en ningún caso para fijar el *máximum* de efectivo cumplimiento del art. 76 CP. *De lege ferenda*, sin embargo, existen voces muy autorizadas entre la doctrina que reclaman que, en los casos de *concurso posterior*, la competencia para acordar la limitación al tiempo de cumplimiento debería pasar al JVP³¹.

27 SANZ MORÁN, A. J., *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*, Ubijus, México, 2012, pág. 78.

28 <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-calculadora-988> (consulta: 04.02.2024).

29 Url de acceso: <https://calculadora988.justicia.es/> (consulta: 04.02.2024).

30 Sobre ello entraremos *infra*, al tratar los *Pros y contras de la calculadora* (punto 4.1. del trabajo).

31 Al respecto, véase ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, *Op. cit.*, págs. 344 y ss. (en especial, 361 y ss.).

La “Calculadora 988” ha sido distinguida con un importante reconocimiento. En el Marco de los IX Premios a la Calidad de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), obtuvo el Premio al Proyecto Soluciones tecnológicas para una justicia más eficaz en la Modalidad “Entidades u organismos relacionados con la Administración de Justicia”. Además, fue el proyecto finalista en la categoría “Automatización y eficiencia” de los Premios Transformación Digital @asLAN 2020³². Cabe señalar también que la divulgación de la *calculadora* ha sido reconocida como uno de los legados más importantes de Dolores Delgado García al frente de la FGE entre 2020 y 2022³³; incluso la propia Dolores Delgado ha puesto en valor su difusión durante el periodo que ostentó la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español, subrayando que la solución informática sirve “para agilizar el despacho de las ejecutorias”³⁴.

Es posible afirmar, por lo ya dicho hasta el momento, que estamos, con la “Calculadora 988”, según las clasificaciones más habituales (distinguiendo, por un lado, entre IA fuerte e IA débil, y por otro, entre IA de tipo general e IA específica³⁵), ante un ejemplo de IA débil y específica, pues sólo pretende ser aplicable a un problema muy particular (la determinación de la pena a cumplir en supuestos de acumulación de sentencias), opera con reglas predefinidas por el ser humano (en este caso, el algoritmo que se ajusta a lo dispuesto por los arts. 76 CP y 988 LECrim y a la doctrina jurisprudencial del TS sobre cómo practicar la acumulación de penas) y requiere de un usuario que manipule la aplicación.

Este programa informático no tiene la capacidad de aprender con el tiempo ni de innovar o plantear libremente (ni siquiera aunque se respetara la secuencia cronológica de los hechos que exige la normativa jurídico-penal) sus propias propuestas; simplemente, procesa la información cargada por el usuario y, según los datos de las fechas a tener en cuenta, comprueba, tal y como debe hacerse en estos casos, si existe el nexo temporal entre los hechos requerido por el art. 76.2 CP, realizando las combinaciones de bloques de acumulación posibles y comparando después el tiempo de cumplimiento resultante en cada caso, para ofrecer, finalmente, la solución que

32 Puede encontrarse también información sobre la calculadora en <https://aslan.es/calculadora-988/> (consulta: 04.02.2024). Y en el documento *Artificial Intelligence, Big Data and Fundamental Rights. Country Research Spain*. 2020. Report provided to FRA under contract D-SE-19-T02. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ai-project-spain-country-research_en.pdf (consulta: 11.02.2024).

33 Comunicado de la Unión Progresista de Fiscales sobre la dimisión de la FGE. Disponible en: <https://www.upfiscales.com/2022/07/comunicado-sobre-la-dimision-de-la-fge/> (consulta: 04/02/2024).

34 “Dolores Delgado pone en valor su gestión en el acto de toma de posesión del nuevo Consejo Fiscal”, Confilegal, 29 de junio de 2022 (noticia actualizada el 6 de septiembre de 2022). Disponible en: <https://confilegal.com/20220629-dolores-delgado-pone-en-valor-su-gestion-en-el-acto-de-toma-de-posesion-del-nuevo-consejo-fiscal/> (consulta: 04/02/2024).

35 *Vid.* MORALES MORENO, A. M., “Inteligencia artificial y derecho penal: primeras aproximaciones”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 53, 2021, págs. 183 y ss.; DOLZ LAGO, M. J. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., *Por una política judicial humanista en la era digital...*, *Op. cit.*, págs. 155-156.

suponga un cumplimiento temporalmente menos dilatado para el reo. Sigue unas instrucciones únicas, definidas en el algoritmo, para abordar de idéntico modo (es decir, sin variación en la forma en que la herramienta analiza cada situación), los casos de acumulación de penas. Como bien señala MORENO VERDEJO, “no es un programa que imponga criterios jurídicos, solamente facilita el cálculo”³⁶. La aplicación, de este modo, no reemplaza a la inteligencia humana, sino que vendría a complementarla.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO REAL DE DELITOS: LA ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Para juzgar lo que la *calculadora* puede aportar, es necesario familiarizarse con la normativa jurídico-penal española aplicable en supuestos de concurso real de delitos y su interpretación jurisprudencial, que no siempre ha sido uniforme, sino más bien todo lo contrario, pero sí destaca por haber seguido una línea cada vez más favorable al condenado, en definitiva *pro reo*, en la exegesis de la conexidad que exigen, actualmente, los arts. 76 CP y 988 LECrim³⁷.

Por su enorme importancia, debemos explicar, siquiera brevemente, cuál es el procedimiento para elaborar los bloques de acumulación y, en especial, en qué consisten las problemáticas operaciones de combinación de penas, pues es en relación con la posibilidad de realizar estas combinaciones, que recuerdan en cierto modo a la *cabalística*, cuando ha surgido la necesidad de disponer de una *ayuda* tecnológica que facilite el trabajo, en especial, de jueces y fiscales.

3.1. Las reglas punitivas del concurso real de delitos

El régimen de punición del concurso real de delitos en España es muy sencillo, pese a la dificultad que plantea, según las reglas jurisprudenciales que lo interpretan, su aplicación práctica: determinación de cada sanción por separado conforme a las

36 MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Última jurisprudencia y criterios prácticos”, *Cuadernos digitales de formación*, n.º 21, 2021, pág. 12.

37 En los últimos años (desde 2012), hasta cuatro Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS han afectado a la materia de la acumulación de condenas: Acuerdo de 19 de diciembre de 2012, sobre celebración de vista con citación del acusado, y criterio de interpretación del art. 76.1 del CP en los casos de tentativa; Acuerdo de 12 de noviembre de 2013, sobre la “Doctrina Parot” tras la sentencia del TEDH; Acuerdo de 3 de febrero de 2016, sobre continuación del Pleno no Jurisdiccional de fecha 08/07/15, relativo a fijación del criterio del cómputo del máximo de cumplimiento en los supuestos de acumulación de condenas (arts. 76 CP y 988 LECrim); y Acuerdo de 27 de junio de 2018, sobre fijación de criterios en casos de acumulación de condenas. Sobre las razones que se encuentran detrás de la evolución interpretativa en materia de acumulación jurídica de penas, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., “Acumulación jurídica de condenas (art. 76 CP) y refundición de penas por enlace (art. 193.2ª RP1996). Especial atención a sus efectos en materia de beneficios penitenciarios y libertad condicional (Art. 78 CP)”, en LEÓN ALAPONT, J. (dir.), *Guía práctica de derecho penitenciario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pág. 48.

reglas ordinarias de individualización del castigo e imposición sin excepciones de las penas de cada delito. Si es posible, el responsable de los hechos cumplirá las penas simultáneamente (art. 73 CP); de no serlo, las cumplirá de manera sucesiva, siguiendo el orden de su respectiva gravedad (art. 75 CP), y con una serie de límites temporales en ese caso (art. 76 CP). En el concurso real o material, por lo tanto, los delitos se sancionan de forma independiente, sin que se imponga una única pena por todos ellos.

El criterio que emplea el legislador para fijar qué penas son de cumplimiento simultáneo y cuáles no, es su naturaleza y efectos. Ello puede suponer que penas de diferente especie, por sus efectos (o contenido), puedan requerir de un cumplimiento sucesivo, para evitar así que algunas –las menos graves– se conviertan, como consecuencia de la simultaneidad, en sanciones ficticias³⁸. Partiendo de la única referencia legal, corresponde al intérprete decidir si es posible el cumplimiento simultáneo o debe pasarse, por el contrario, al cumplimiento sucesivo. Este último será por orden de más a menos gravedad; esto es, en sentido decreciente, debiendo cumplirse antes las penas más graves que las más leves. Una vez cumplida o extinguida una pena más grave que otra, se pasará al cumplimiento de la siguiente.

Recuérdese, como cuestión previa, que hay concurso real o material de infracciones cuando una multiplicidad de acciones u omisiones constituye una pluralidad de delitos, siempre, además, que las infracciones puedan ser juzgadas a la vez (simultáneamente). Las cuestiones principales que plantea el concurso real de delitos residen en sede de determinación de la pena, no presentando esta institución, como han destacado distintos autores, problemas técnico-jurídicos a la teoría del delito³⁹. Como sucede con el concurso ideal, podemos estar ante delitos iguales o diferentes, lo que dará lugar, en uno y otro caso, a un concurso real homogéneo o heterogéneo. El régimen de punición es el mismo en ambos supuestos (arts. 73, 75 y 76 CP).

Continuando con el régimen penológico del concurso real, a la suma de las penas a cumplir sucesivamente se le fijan, a modo de necesaria moderación (entre otras, STS 484/2021, de 3 de junio-ECLI:ES:TS:2021:2250), por razones de orden constitucional y de política criminal, tratando así de evitar penas demasiado largas e ineficaces a los efectos de la prevención especial positiva, una serie de límites cuantitativos, correctores de la mera aritmética. Tiene dicho la Sala Penal del TS que la finalidad de reeducación y reinserción social prevenida por el art. 25.2 de la Constitución Española “no puede conseguirse o sería de difícil consecución cuando se produce,

38 De esta idea, entre otros, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 164. En cambio, SOLAR CALVO, P., “Triple de la mayor y condenas eternas”, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (dir.), *Penas perpetuas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 415, estima que el art. 75 CP está previsto para los casos en que “por la idéntica naturaleza” de las penas no sea posible el cumplimiento simultáneo.

39 Por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Unidad y pluralidad de delitos”, en DEMETRIO CRESPO, E. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo II. Teoría del delito*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2015, pág. 431.

en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas” (por todas, STS 1996/2002, de 25 de noviembre - ECLI:ES:TS:2002:7864)⁴⁰. Y sin restricciones, la suma de las penas podría alcanzar una cantidad de años desorbitada, reñida incluso con la duración de la vida del penado.

Además, si no existieran estos máximos de cumplimiento, nada impediría, con vulneración del principio de proporcionalidad, que se sancionara más severamente, como consecuencia de la rigurosa acumulación material, un conjunto de delitos leves que una infracción muy grave (por ejemplo, un homicidio), lo que ocasionaría un importante descrédito tanto para los tribunales como para la ley que lo permitiera⁴¹. Los límites al cumplimiento sucesivo atenúan, aunque sólo parcialmente, la estricta regla de la acumulación aritmética de las penas en que incurriese el reo.

Las limitaciones al cumplimiento sucesivo aparecieron, por primera vez, en el Código Penal de 1870 (el llamado Código del verano) y, desde entonces, todos nuestros textos punitivos han contenido, aunque con algunas variaciones, límites cuantitativos a la acumulación material no simultánea de penas (si cupiera la simultaneidad, la acumulación rige ilimitadamente⁴²).

La opción legal por el triple de la pena más grave, aunque se desconoce cuáles fueron las razones que llevaron al legislador del momento a establecer una magnitud de duración máxima tal⁴³, nunca ha sido modificada. Inicialmente, el tope absoluto estaba situado en 40 años, y sin que existieran límites intermedios ente el triple y aquél. Posteriormente, el Código Penal de 1932 redujo el *máximo* fijo a treinta años, conservándose esa limitación específica hasta 2003, cuando se recuperó, si bien para supuestos excepcionales, el máximo de 40 años.

Los límites a la ejecución sucesiva están previstos hoy en el art. 76.1 CP y responden, como en su inicial aparición, a un principio de acumulación jurídica (o acumulación limitada), frente a la acumulación material o absoluta de los arts. 73 y 75 CP que rige de manera general. La acumulación jurídica no es aplicable a las varias penas impuestas en casos de unidad delictiva⁴⁴, ni tampoco al concurso ideal o medial (ambos regulados por el art. 77 CP), que tienen asociados, cada uno el suyo, un régi-

40 Vincula los límites con la finalidad de reinserción social SOLAR CALVO, P., “Triple de la mayor y condenas eternas”, *Op. cit.*, págs. 415-416.

41 La expresión delitos leves la utilizamos aquí en sentido coloquial, y no técnico (art. 13 CP).

42 Por todos, SANZ MORÁN, A.J., *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*, *Op. cit.*, pág. 72.

43 Dice en este sentido PALOMO DEL ARCO, A., “La aritmética y el Código Penal”, en *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Vol. I, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pág. 304, que “surgió como elemento corrector de la suma aritmética de las condenas, sin sustento doctrinal, antecedente histórico ni ejemplo comparado, sino que se debió al criterio del ponente codificador que la entendió solución equidistante entre la acumulación absoluta de todas las condenas y la absorción por la más grave”.

44 Por todos, MAPELLI CAFFARENA, B., “Artículo 76”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 378.

men de punición diferente y más benévolo que el del concurso real, aunque la acumulación mitigada –los máximos temporales– opera como un límite infranqueable en relación con todos los concursos delictivos⁴⁵.

Encontramos en el art. 76.1 CP un primer límite del triple de la duración de la pena más grave y otros límites absolutos de 20, 25, 30 o 40 años. El límite de los veinte años, al igual que el del triple, es de carácter ordinario. El triple, que en la práctica requiere de la imposición de más de tres penas para operar, no puede superar los veinte años, a menos que se den las condiciones para aplicar alguno de los valores especiales de 25, 30 o 40 años (letras a). a d). del art. 76.1 CP). El tope de los cuarenta años fue incluido por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Las penas que excedan del tope fijado en el caso concreto se declararán extinguidas por mandato legal. Aunque impuestas en sentencia, no se ejecutarán (en todo o en parte), y al no poder ejecutarse, la duración de la condena se ve, de este modo, reducida⁴⁶. La rebaja obtenida puede llegar a ser muy significativa, en varias decenas o centenares de años incluso, en muchos casos. Es importante destacar que no es necesario que todas las penas sean de cumplimiento sucesivo, sino que basta con que algunas lo sean, en número y extensión suficiente, para la aplicación de los topes⁴⁷.

Los límites especiales están previstos para la criminalidad más grave, en tanto que se hace necesario para su aplicación, dependiendo del que se trate, que al menos uno o dos de los delitos en concurso estén castigados por la ley con penas de prisión de hasta 20 o más de 20 años. Esa especialidad deriva de que permiten superar el tope absoluto de los 20 años, que en principio es insalvable.

Hay que advertir que es habitual hablar de *acumulación* con independencia de que concurren o no las condiciones necesarias para fijar los límites del art. 76 CP; pero, según indica SÁEZ MALCEÑIDO, “en sentido estricto sólo cabe hablar de acumulación cuando lo que finalmente resulta más beneficioso para el penado es la imposición del triple de la pena más grave del bloque de que se trate, porque así lo establece el artículo 76.1 del CP, pues en el otro caso el tribunal que conozca del incidente deberá comunicar esta circunstancia al resto de sentenciadores para que continúe cada uno de ellos con la ejecución de la pena que impusieron”⁴⁸. En realidad, hemos

45 En el caso del concurso medial, lo establece expresamente así el art. 77.3 CP. Para el concurso ideal o formal (art. 77.2 CP), es la interpretación más razonable, pues, de lo contrario, su pena podría superar en gravedad a la de un concurso real, sin que parece que ello lo quiera el legislador al establecer regímenes de punición diferenciados, con uno menos severo en abstracto para el concurso ideal. Vid. ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Reus, Madrid, 2022, págs. 404 y ss.

46 Cfr. CORDERO LOZANO, C., “Ejecución de la pena de prisión. Especial referencia a la acumulación jurídica de condenas y a la refundición de penas”, CEJ, 2012, pág. 12.

47 LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, *Op. cit.*, pág. 163.

48 SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria: diagnóstico, análisis y propuestas jurisprudenciales”, CEJ, 2016, pág. 16.

de decir que, con la legislación punitiva española, las penas siempre se acumulan si proceden de hechos diferentes, ya sea material o jurídicamente.

Con el límite del triple, que se calcula sobre las penas individuales (STS 1223/2005, de 14 de octubre-ECLI:ES:TS:2005:6162, y STS 943/2013, de 18 de diciembre-ECLI:ES:TS:2013:5910)⁴⁹, y no a partir de la pena total señalada por varios delitos en una misma sentencia, lo que es un error frecuente, “cuanto menores sean las penas, individualmente consideradas, pero numerosas, más beneficio supondrá para el reo”⁵⁰. Lo que se acumulan son las penas individuales de cada delito. Penas únicas serán las del delito continuado, el concurso ideal (si no se imponen distintas penas porque sea más favorable la acumulación que la absorción agravada que rige de manera ordinaria ex art. 77.2 CP) o el medial, sin que quepa en modo alguno deshacer estas construcciones jurídicas.

Para determinar qué pena de las impuestas es la más grave y hallar después su triplo, deberá atenderse a su naturaleza, siendo más graves las penas privativas de libertad que las privativas de derechos (cfr. STS de 17 de abril de 1987-ECLI:ES:TS:1987:10674); si se tratase de penas de la misma especie, se tomará la de mayor duración para obtener el que se denomina máximo relativo (el triplo)⁵¹.

Y en lo que respecta, por otra parte, a los límites absolutos, para determinar si han de entrar en juego o no, habrá de estarse al límite superior del marco de la pena en abstracto (no otra cosa se deduce de la expresión legal del art. 76.1 CP en sus diferentes letras, *esté o estén castigados por la ley*), pero según el grado de ejecución del hecho, tal y como se estableció por la Sala Penal del TS en su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012. Ello es extensible, si se quiere por analogía, a la disminución legal de pena en supuestos de complicidad (art. 63 CP)⁵².

Hay que dejar claro, en cualquier caso, que, para las sumas aritméticas y hallar el triple, deben manejarse las penas impuestas en sentencia, definidas en una magnitud exacta; esto podría suponer que la más grave de las penas impuestas para computar el triplo no se corresponda con el delito más gravemente sancionado en abstracto por la ley penal.

Con la acumulación jurídica, el responsable de los varios delitos debe ser castigado por cada uno de ellos y se le impondrán todas sus penas, pero sólo cumplirá parte de la suma total de sus duraciones, la que se corresponda con el límite que se deba

49 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Algunas cuestiones que plantea la acumulación de condenas”, CEJ, 2014, pág. 8.

50 ASENSIO MORUNO, M. T., “Ejecución de penas privativas de libertad”, CEJ, 2013, pág. 34.

51 Por todos, *Vid.*, CÁMARA ARROYO, S., “Acumulación jurídica de condenas...”, *Op. cit.*, pág. 48.

52 SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria...”, *Op. cit.*, pág. 15. Más ampliamente, MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, pág. 17, en supuestos de rebaja obligada de grado.

aplicar en cada supuesto⁵³. La acumulación jurídica no da lugar a una nueva pena, sin perjuicio de la consideración unitaria del límite a los efectos del cumplimiento penitenciario. Es una regla que afecta a la ejecución de las penas. Las penas se ejecutarán sucesivamente, en definitiva, hasta un determinado límite, mitigándose de este modo la penalidad. Un caso claro de penas que no pueden cumplirse simultáneamente, pudiendo entonces operar los límites por tener que ser su ejecución sucesiva, es el de las penas privativas de libertad, pues todas ellas afectan, aunque con distinta intensidad, a la libertad ambulatoria del condenado.

La acumulación jurídica está prevista a modo de privilegio legal⁵⁴; la limitación sólo se aplicará si supone un beneficio punitivo para el condenado y no en otro caso⁵⁵. Si el triple resultase inferior a la suma aritmética de las penas, sustituirá a la misma; pero no lo hará si la supera, porque, de ser así, no representaría ningún *descuento penológico*, sino más bien todo lo contrario, para el reo. Entre el triple y los veinte años, deberá tomarse el que resulte más favorable para el condenado. Y el tope de los veinte años puede verse excedido si el reo hubiera cometido delitos que den lugar a la aplicación de los límites extraordinarios que matizan a los veinte años máximos generales.

Los límites del art. 76 CP son aplicables tanto en situaciones de unidad efectiva como de unidad ideal o potencial de enjuiciamiento de las infracciones en concurso⁵⁶, pues así lo viene a establecer el número dos de ese precepto. La aplicación de los límites, considerando su fundamento, está justificada también en casos de pluralidad de procesos; si esta posibilidad no se admitiera, una cuestión puramente procesal, como es que se siga una sola o varias causas por los distintos hechos, y que en la mayoría de los casos no depende del reo, tendría una importancia radical en cuanto a la duración de la pena a cumplir, dándose además, y sólo por esa razón, aunque la situación fuese materialmente idéntica, un tratamiento más riguroso –la acumulación material– al condenado en distintos procesos⁵⁷. Eso ya sucedió en su día y pretendió ser corregido, aunque con un resultado distinto del ideado por el legislador, con la Ley 3/1967. Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que lo más común es que los delitos se hayan conocido por separado y no en un mismo proceso⁵⁸, por lo que, siendo así, la mayoría de los casos de pluralidad de delitos quedarían al margen de la mitigación

53 Sobre esto, Vid. LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, *Op. cit.*, págs. 167-168.

54 Por todos, LÓPEZ CERRADA, V.M., “La acumulación jurídica de penas”, *Revista de Estudios penitenciarios*, n.º 250, 2004, pág. 16.

55 Esto es claro; por todos, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, *Op. cit.*, pág. 166.

56 Vid. SUÁREZ LÓPEZ, J.M., “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 203 y ss.

57 Vid. por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Unidad y pluralidad de delitos”, *Op. cit.*, pág. 434.

58 CORDERO LOZANO, C., “Ejecución de la pena de prisión...”, *Op. cit.*, pág. 14.

si fuera un requisito legal (o jurisprudencial), de imprescindible observancia para la acumulación limitada, el enjuiciamiento unitario efectivo de las infracciones.

El hecho de que los delitos hubieran sido juzgados por separado, entonces, no constituye un obstáculo para su aplicación; sin embargo, para ello, deberá existir un juicio favorable de conexidad interdelictiva (en sentido temporal). Cuando las infracciones hubieran sido conocidas en el mismo proceso, al venir la conexidad preestablecida, la limitación se fijará, si procede según las penas concurrentes, en la misma sentencia condenatoria⁵⁹.

Tras la reforma del precepto en 2015 (por LO 1/2015), que no vendría sino a adaptar plenamente la letra legal a la interpretación consolidada de la jurisprudencia en cuanto a la sola exigencia de la conexidad temporal⁶⁰, prescindiendo completamente de la analogía o relación entre los hechos del art. 17 LECrim (aunque a este precepto sigue haciendo alusión, inexplicablemente, la redacción del art. 988 LECrim), sin ser necesario que los delitos guarden ninguna conexión de tipo material, el único condicionante a la acumulación jurídica de las penas que está presente en el art. 76.2 CP es de carácter cronológico⁶¹. Con la conexidad temporal, como ya se ha dicho, únicamente tiene relevancia la fecha de realización de los hechos.

Se requiere que los hechos enjuiciados en diferentes procesos hubieran podido serlo en uno solo en atención al momento de su comisión. Es decir, que, desde la perspectiva cronológica, por pertenecer los delitos a una misma época o mismo periodo delictivo (en el sentido señalado ya por la STS 364/2006, de 31 de marzo-ECLI:ES:TS:2006:1853⁶²), hubiera sido posible la acumulación de sus enjuiciamientos, aunque efectivamente se hubieran seguido procesos separados⁶³. Pero, es necesario insistir en ello, de una manera potencial.

59 Por todos, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, *Op. cit.*, págs. 171-172.

60 *Vid.* SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria...”, *Op. cit.*, págs. 17 y ss. En cuanto a la nueva redacción del art. 76.2 CP, *Vid.* SANZ MORÁN, A. J., “Sobre el “arte de contar los delitos”. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales”, en POZUELO PÉREZ, L. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (coords.), *Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional*, AEBOE, 2022, pág. 59.

61 Insiste en ello MORENO VERDEJO, J., “Criterios prácticos para la acumulación de penas”, CEJ, 2017, pág. 4.

62 Así, “sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria”. Similar, MORENO VERDEJO, J., “Criterios prácticos para la acumulación de penas”, *Op. cit.*, pág. 5: “solo son acumulables hechos de la misma época y son distintas épocas las separadas por una sentencia”. Infracciones coetáneas, por tanto, según ORTEGA MATE SANZ, A., “A propósito de la STS 117/2021, de 11 de febrero. Análisis y valoración del voto particular del magistrado Andrés Martínez Arrieta: ¿es necesario un nuevo cambio de paradigma en la práctica de la acumulación jurídica de penas?”, *Diario La Ley*, n.º 9865, 7 de junio de 2021, pág. 5.

63 MARTÍN RÍOS, M. P., “La ejecución penal: estado actual y perspectivas de futuro”, CEJ, 2013, pág. 10.

La conexión temporal existirá siempre que los hechos no se encuentren apartados por una sentencia firme (STS 150/2017, de 9 de marzo - ECLI:ES:TS:2017:1057)⁶⁴. Sólo si concurre esa nota de conexidad temporal podrán operar las limitaciones del art. 76.1 CP; en cambio, si los hechos no son temporalmente conexos, no habrá lugar a fijar ningún límite y, en esas condiciones, pueden existir condenas totales de duración superior a los topes del art. 76 CP (*Vid.* STS 14/2014, de 21 de enero - ECLI:ES:TS:2014:349, que cuenta con un voto particular del magistrado Martínez Arrieta). También deberá cumplir el reo su condena sin descuentos, pero en ese caso por serle más favorable la situación, si los topes penológicos supusieran una penalidad superior a la resultante de la acumulación material o sumatorio de las penas. Es posible, debido a la exigencia de conexidad temporal, que la acumulación sea exclusivamente parcial; o sea, para alguna de las penas y no respecto de todas, pudiendo fijarse, además, de manera efectiva, diferentes bloques o grupos de acumulación si la cronología de los hechos fuera conducente a ello.

Con el fin de no perjudicar al reo a causa de una tramitación judicial dispar de las causas (en definitiva, por la lentitud de la justicia), se permite la acumulación jurídica de las penas ya cumplidas totalmente si, a la vista de los hechos, se satisface el requisito de conexidad temporal⁶⁵. Y, según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 27 de junio de 2018 (punto número cinco), en la dirección acogida por la STS 780/2017, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4285), es posible la acumulación de las penas suspendidas ex art. 80 y ss. CP (o que estén en trámite de suspensión) si ello favorece al condenado, corrigiendo el criterio más restrictivo que fijaban las SSTS 229/2015 de 15 de abril-ECLI:ES:TS:2015:1556, 531/2016 de 16 de junio-ECLI:ES:TS:2016:2946, o 408/2017 de 6 de junio-ECLI:ES:TS:2017:2286)⁶⁶. Le favorecerá si su inclusión no altera el cómputo del triple. Como excepción, sin embargo, deben quedar excluidas las penas suspendidas cuya remisión ya hubiera sido acordada, pues no son en ningún caso susceptibles de cumplimiento efectivo (por todas, STS 948/2023, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5981). Asimismo, la responsabilidad personal subsidiaria puede acumularse condicionadamente si es evidente que el condenado no podrá pagar la pena de multa impuesta (Acuerdo de 27 de junio de 2018, punto núm. 7)⁶⁷.

64 Entre la doctrina, *vid.* SANZ MORÁN, A. J., *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*, *Op. cit.*, págs. 74-75.

65 Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 8 de mayo de 1997.

66 Para mayor información, *vid.* MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, págs. 8-9.

67 *Vid.* en cualquier caso, la STS 433/2020, de 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2902), según la cual, “cuando la toma en consideración de la responsabilidad personal subsidiaria varía los cálculos resultantes de la aplicación de las reglas del art. 76 CP, no procederá su acumulación en tanto no se haya procedido a la conversión de la pena pecuniaria en pena privativa de libertad”.

La redacción actual del art. 76.2 CP no es muy clara (cfr. STS 706/2015, de 19 de noviembre - ECLI:ES:TS:2015:4729)⁶⁸, pareciendo incluso un *trabalenguas*, y llevaría a plantear inicialmente, al referirse su redacción al *enjuiciamiento* de los hechos⁶⁹, si ha de estarse para las acumulaciones a la fecha del juicio oral como referencia en lugar de a la fecha de la sentencia, que era el criterio tradicional en la jurisprudencia; pero, descartado eso por el Tribunal Supremo⁷⁰, en lo fundamental, si después de haber sido dictada una sentencia, el condenado cometiese más delitos, las condenas que recaigan por ellos no serían acumulables con las anteriores. Es lo que sucedería, por ejemplo, con el quebrantamiento de una condena respecto de la sentencia en ejecución o en relación con los hechos realizados por el criminal durante el periodo de cumplimiento de una determinada condena (dentro de la institución penitenciaria, durante salidas al exterior del centro, etc.), tal y como destacó la STS 197/2006, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:753).

Como bien señala ASENSIO MORUNO, “si se cometen varios delitos y después de recaer condena firme por el primero de ellos se comete un nuevo delito, surgen dos opciones: una, refundir este nuevo delito con los que quedan por juzgar, dejando fuera el primer delito ya con sentencia firme, o bien, refundir todos los primeros delitos cometidos, dejando fuera el nuevo delito cometido. Todo dependerá de lo que más interese, por las penas que resulten”⁷¹.

Será esa nueva, aunque confusa, redacción del art. 76.2 CP la que ha posibilitado que la jurisprudencia evolucione hacia criterios aún más flexibles en la práctica de las acumulaciones de penas, en la conciliación del instituto con el principio de humanidad y la finalidad preventivo-especial de la reinserción social proclamada por el art. 25.2 del texto constitucional español de 1978.

En los supuestos de penas impuestas en diferentes sentencias, los límites del art. 76.1 CP desplegarán su efecto mitigador a través del incidente del art. 988 tercero LECrim. Regula este precepto el trámite a seguir para aplicar la regla de acumulación jurídica en la fase de ejecución de sentencia, cuando hay varias condenas⁷². Parte de

68 Se ha considerado “difícil” por JIMÉNEZ SEGADO, C., “Refundición de condenas: art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Penal*, n.º 120, 1 de junio de 2016.

69 Art. 76.2 CP: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.

70 Por el Acuerdo del Pleno del TS de 3 de febrero de 2016. *Vid.* en todo caso, DEL MORAL GARCÍA, A., “Acumulación de condenas. Notas”, *Cuadernos digitales de formación*, n.º 9, 2018, pág. 9. Sobre la primera interpretación del art. 76.2 CP resultante de la reforma de 2015, *vid.* JIMÉNEZ SEGADO, C., “Criterios de refundición o acumulación de condenas”, *La Ley Penal*, n.º 117, noviembre-diciembre 2015. El CGPJ en su Informe de 2013 al Anteproyecto de Reforma del CP proponía estar a la fecha de la sentencia (dando esta redacción al art. 76.2 CP: “La limitación se aplicará aunque las penas hayan sido impuestas en distintos procesos, siempre que los hechos se hayan cometido con anterioridad a la fecha de la sentencia de los primeros hechos enjuiciados”).

71 ASENSIO MORUNO, M.T., “Ejecución de penas privativas de libertad”, *Op. cit.*, pág. 36.

72 Para algunos autores, aunque ubicado en la ejecución, “es declaración, enjuiciamiento”. Así, DEL

la hipótesis de que los hechos, pese a darse las condiciones para un enjuiciamiento simultáneo, hayan sido juzgados de manera independiente, y esta circunstancia es advertida una vez que las sentencias ya son firmes. Así, tal y como indica MARTÍN RÍOS, “este incidente se prevé para los casos en que existan varios delitos en concurso real, habiéndose impuesto penas temporales que, por su naturaleza, no sean susceptibles de cumplimiento simultáneo, sino sucesivo”⁷³. Las penas habrán sido impuestas por distintos tribunales o por el mismo pero en diferentes procesos.

La redacción del art. 988 LECrim, aunque extensa, ha sido objeto de crítica por su carácter “telegráfico”⁷⁴, o por ser “escueta e incompleta”⁷⁵; ciertamente, su parquedad ha llevado a los Tribunales Constitucional y Supremo a integrar, mediante una vasta jurisprudencia, las carencias y vacíos que presenta la normativa (también el Código Penal), en ocasiones de manera no uniforme, por ejemplo, exigiendo, aunque expresamente no lo demande el art. 988 LECrim, la asistencia letrada en el incidente de acumulación y la audiencia al penado antes de adoptar el tribunal su resolución, dado que la decisión jurisdiccional que establece el máximo es relevante respecto al derecho a la libertad (cfr. STS 1076/2009, de 29 de octubre-ECLI:ES:TS:2009:8008). Debido a la “complejidad de esta materia y su escueto marco normativo”, la FGE ha mostrado también su preocupación por la acumulación de penas en numerosos documentos, principalmente en su Circular 1/2014⁷⁶.

La incoación del incidente puede acordarse de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado. El órgano judicial competente para conocer de dicho procedimiento es, sin importar su rango jerárquico, el último juez o tribunal sentenciador por orden cronológico (salvo que su sentencia sea absolutoria⁷⁷, y con la excepción a la que se refiere el art. 801 LECrim, relativa a las diligencias urgentes de juicio rápido, establecida por el TS en su Acuerdo de 2018⁷⁸). Esto es así, independientemente de que su pena no sea acumulable por razón de la conexidad temporal⁷⁹, e incluso aun-

MORAL GARCÍA, A., “Acumulación de condenas. Notas”, *Op. cit.*, pág. 2.

73 MARTÍN RÍOS, M. P., “La ejecución penal: estado actual y perspectivas de futuro”, *Op. cit.*, pág. 10. Cabe indicar que nosotros pensamos que penas de diferente naturaleza o especie podrían requerir, considerando sus efectos, de un cumplimiento sucesivo para con ello asegurar su vigencia.

74 LÓPEZ CERRADA, V. M., “La acumulación jurídica de penas”, *Op. cit.*, pág. 51.

75 ENCINAR DEL POZO, M. A., “Artículo 988”, en BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 3.523.

76 Circular 1/2014 FGE, sobre acumulación de condenas, págs. 1-2.

77 Por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Algunas cuestiones que plantea la acumulación de condenas”, *Op. cit.*, pág. 24.

78 La competencia pasa al Juzgado de lo Penal, que es a quien corresponde ejecutar la sentencia de conformidad del Juzgado de Instrucción. *Vid.* VARONA JIMÉNEZ, A., “Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018”, *La Ley Penal*, n.º 134, septiembre-octubre 2018, pág. 11.

79 Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª TS de 27 de marzo de 1998. *Vid.*, desarrollándolo, la STS 98/2012, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1119). Sobre ello, de nuevo, el más reciente Acuerdo de 27 de junio de 2018, en su apartado 10. Discutiendo, sin embargo, este criterio,

que el último sentenciador no haya impuesto una pena privativa de libertad (únicas sanciones acumulables jurídicamente bajo la interpretación del TS⁸⁰). El TS sólo será competente para conocer del procedimiento del art. 988.3 LECrim en el caso de personas aforadas.

El tribunal deberá fijar, si concurren los presupuestos para ello, el máximo de cumplimiento que corresponda según penas y delitos, mediante auto debidamente motivado. Previamente, deberá incorporarse en el incidente testimonio de las sentencias dictadas en las causas y certificación de antecedentes penales del reo, dándose traslado después al Ministerio Fiscal para que informe (si no fuera el solicitante de la limitación).

En el auto, el tribunal determinará si la acumulación es o no procedente y, en su caso, indicará el bloque o bloques de acumulación aprobados con el límite aplicado sobre cada uno de ellos. También habrá de señalarse en el auto qué condenas no son acumulables, debiendo cumplirse “por separado” (o de manera independiente). La acumulación jurídica se puede denegar por una de estas dos razones: porque no exista conexidad temporal entre los hechos, o porque, aun existiendo la misma, la limitación resulte perjudicial para el reo⁸¹. Contra los autos que resuelven los incidentes de acumulación, el único recurso que cabe es el de casación por infracción de ley ante la Sala Penal del Tribunal Supremo (art. 988 LECrim).

Dado que la normativa reguladora del concurso real, ni al nivel material ni al procesal, no especifica cómo proceder a la acumulación, es la doctrina jurisprudencial del TS la que, en su lugar, establece la forma o metodología para llevar a cabo la operación de la acumulación jurídica, disciplinando cómo ha de operar el requisito de la conexidad temporal que exige el art. 76.2 CP para la aplicación de los límites a las condenas impuestas en diferentes procesos. Como señala gráficamente SÁEZ MALCEÑIDO, “el art. 76 del CP y el art. 988 de la LECr contienen simples pinceladas de un boceto que en realidad ha cobrado vida en la acuarela trazada por los pronunciamientos del TS”⁸².

Según es interpretado el requisito de conexidad temporal, y considerando que en tales casos los hechos no podrían haberse juzgado a la vez, así como para no generar posibles escenarios de impunidad, no son acumulables a una sentencia las condenas relativas a hechos realizados después de la fecha de su dictado, ni tampoco las

FERNÁNDEZ PINÓS, J. E., “Acumulación de condenas y refundición de penas”, *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, n.º 2, 2000, págs. 210-211.

80 *Vid.* Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Penal del TS de 27 de junio de 2018, punto 10. Sobre ello, véase MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, págs. 3-4.

81 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Algunas cuestiones que plantea la acumulación de condenas”, *Op. cit.*, pág. 18.

82 SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria...”, *Op. cit.*, pág. 12.

sentencias de fecha anterior a la comisión del delito que ha dado lugar a la misma⁸³. La interpretación de la conexidad temporal obliga a tener en cuenta las fechas de comisión de los hechos y las fechas de las sentencias en las distintas causas, con el fin de ponerlas en relación y determinar qué condenas son acumulables y cuáles, por el contrario, no⁸⁴. La naturaleza de los hechos, en este *juego de fechas*⁸⁵, resulta totalmente intrascendente.

En una acumulación, la sentencia más antigua de cada bloque (conocida, entre otros nombres, como *sentencia piloto*⁸⁶, *sentencia guía*⁸⁷ o *sentencia matriz*⁸⁸) deberá ser de fecha posterior a todos los hechos. Las penas que se pretenden acumular, en definitiva, deben haber sido impuestas por delitos cometidos antes de la primera condena judicial objeto de la acumulación en un bloque⁸⁹. Para el cierre del ciclo temporal y de cara a la realización de las correspondientes comprobaciones entre distintas fechas, debe tenerse en cuenta la fecha de la primera sentencia condenatoria dictada en la causa (que, además, podría recaer, no en una primera instancia judicial, sino en sede de apelación o de casación⁹⁰), y no la fecha de su firmeza (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda TS de 29 de noviembre de 2005)⁹¹.

Para realizar una acumulación, se parte de la fecha de una determinada sentencia y se comprueba si las fechas de los hechos de las demás sentencias que se pretenden acumular a ella son anteriores o posteriores a la misma (podría haber también hechos cometidos el mismo día que se dictó la sentencia inicial, lo que plantea dudas). Como ya se ha dicho, a la sentencia de inicio de un bloque serán acumulables

83 Conforme tiene reiterado el TS en innumerables resoluciones, no pueden ser objeto de acumulación “1º Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, que lo será en la fecha de la sentencia que resulte más beneficiosa para el condenado; y 2º) Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación” (por todas, STS 899/2023, de 30 de noviembre - ECLI:ES:TS:2023:5293). Nótese que ahí se habla de la fecha de la sentencia *que resulte más beneficiosa*.

84 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Algunas cuestiones que plantea la acumulación de condenas”, *Op. cit.*, pág. 13.

85 Expresión que utiliza FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 24.

86 Por ejemplo, MORENO VERDEJO, J., “Criterios prácticos para la acumulación de penas”, *Op. cit.*, pág. 3. Entre la jurisprudencia, de las primeras, la STS 452/2016, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2356).

87 De las primeras, la STS 460/2018, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3502).

88 De esta forma se refería ya a la primera sentencia de un bloque la STS 1635/2002, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2002:7924).

89 Así lo expresa, claramente, JIMÉNEZ HURTADO, A. J., “Últimas novedades en la ejecución y su adecuación a la práctica forense”, CEJ, 2015, pág. 2.

90 Sobre esto, *vid.* VARONA JIMÉNEZ, A., “Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018”, *Op. cit.*, págs. 4-5.

91 *Vid.* SOLAR CALVO, P., “Triple de la mayor y condenas eternas”, *Op. cit.*, págs. 418-420; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “La acumulación jurídica de penas. Criterios jurisprudenciales”, *La Ley Penal*, n.º 127, julio-agosto 2017, págs. 5-6. Asimismo, *vid.* la Circular 1/2014 FGE, sobre la acumulación de condenas, pág. 6.

todas las sentencias de fecha posterior relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia (o, según el criterio del algoritmo de la *calculadora*, en lo cual profundizaremos más tarde, hasta el mismo día que recayese la sentencia de referencia del bloque). Si la acumulación es temporalmente viable, deberá realizarse después el cotejo aritmético dirigido a determinar si ha de optarse por la limitación del art. 76.1 CP o por la penalidad aritmética.

Es posible construir diferentes bloques de acumulación en caso de que la conexidad temporal sea parcial (cfr. STS 909/2013, de 27 de noviembre de 2013-ECLI:ES:TS:2013:5795); es decir, si no existe globalmente la relación temporal entre todas las infracciones, pero sí entre algunos de los hechos. Un único bloque, en definitiva, podría no dar cobijo a todas las penas. De advertirse que es posible la acumulación en diversos bloques o lotes, el órgano judicial competente deberá fijar en su auto los límites de cada uno de los grupos de ejecutorias efectuados. Respecto de cada bloque temporal, habrá de comprobarse si la limitación resulta o no inferior a la suma aritmética de la duración de las penas que lo integran. Junto a ello, pueden existir, por supuesto (y ya se constituya un único bloque, ya varios), penas a cumplir simultáneamente (por ejemplo, penas de multa si las demás son privativas de libertad).

Cada bloque de acumulación, si se aprueban varios, será independiente del resto, aunque todos ellos vayan referidos a un mismo condenado, tratándose de acumulaciones parciales que cuentan con su propio límite⁹². En estos casos de dos o más bloques efectivos, la limitación no se aplica globalmente a todo el conjunto de los mismos, aunque la suma de los distintos límites punitivos aplicados a los diferentes lotes, añadiendo en su caso las penas que deban cumplirse separadamente, pueda superar los plazos máximos más elevados que fija el art. 76 CP (*id est*, aunque la condena total sea, por ejemplo, de 68 años)⁹³, pues no existe un derecho a la impunidad del reo reincidente o multirreincidente⁹⁴. Los límites, como ha dicho en alguna ocasión el TS, no son extensibles a las condenas no acumuladas ni acumulables en un bloque (STS 467/2022, de 15 de mayo-ECLI:ES:TS:2022:2007).

3.2. La última jurisprudencia en materia de acumulación de penas. Atención especial a las combinaciones de ejecutorias

La nueva redacción del art. 76.2 CP en 2015, aunque no parece que el legislador buscara introducir cambios significativos en esta materia, más allá de consolidar el criterio temporal en la ley, único válido, incorporado por primera vez mediante la LO 7/2003, de 30 junio⁹⁵, llevó al Alto Tribunal a reformar sus criterios en cuanto a

92 *Vid.* SOLAR CALVO, P, “Triple de la mayor y condenas eternas”, *Op. cit.*, pág. 421.

93 MORENO VERDEJO, J., “Criterios prácticos para la acumulación de penas”, *Op. cit.*, pág. 5.

94 Expresión que empleamos en sentido vulgar.

95 Que dio esta redacción al art. 76.2 CP: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan

la práctica de las acumulaciones, permitiendo llegar a soluciones más beneficiosas que las que podían alcanzarse con las reglas de juego previas⁹⁶.

Se trata de la posibilidad de elegir la sentencia de inicio de un bloque de acumulación (en sentido contrario, las SSTs 207/2014, de 11 de marzo-ECLI:ES:TS:2014:1049, y 408/2014, de 15 de mayo-ECLI:ES:TS:2014:2338, argumentando que el criterio cronológico no es modificable) y también la última de la agrupación, lo que admite el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de junio de 2018⁹⁷; del rescate de ejecutorias integrantes de bloques no fructíferos porque exceda la magnitud del límite de la suma aritmética de las sanciones (para el criterio anterior, cfr. la Circular FGE 1/2014⁹⁸) y, como último hito evolutivo en esta materia, de las combinaciones de ejecutorias (de otra forma, *ad exemplum*, la STS 473/2013, de 29 de mayo-ECLI:ES:TS:2013:2969).

Sobre la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación (la sentencia de inicio de un bloque), se permite que esta pueda ser aquella “de la que se derive la refundición de menor gravamen o más favorable para el penado” (STS 300/2017, de 27 de abril-ECLI:ES:TS:2017:1667). Según la valoración que realiza SOLAR CALVO, estamos, con esta posibilidad de elegir la primera sentencia más antigua de un bloque, ante “toda una revolución en materia de acumulación jurídica que cambia significativamente los parámetros interpretativos que venían aplicándose hasta el momento”⁹⁹. Elegida la sentencia piloto (que puede ser entonces la que dé lugar a la acumulación más favorable), habrá que analizar cuáles de las sentencias posteriores cumplen el requisito de la conexidad temporal con aquella¹⁰⁰.

El ejercicio de esta opción, que en verdad es la que permite realizar las combinatorias, “supone excluir del bloque de refundición a todas las sentencias cronológicamente anteriores a aquella, las cuales habrán de ser cumplidas o refundidas separadamente” (STS 300/2017, de 27 de abril, y STS 533/2020, de 22 de octubre-ECLI:ES:TS:2020:3528). Y, además de ello, resulta obligado incluir en la acumulación todas las condenas posteriores relativas a hechos previos (STS 617/2017, de 15 de septiembre-ECLI:ES:TS:2017:3260), pero pudiendo establecerse, pues lo admite

impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”.

96 Para los criterios anteriores, véase, esencialmente, la Circular 1/2014 FGE, sobre la acumulación de condenas.

97 Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Penal del TS de 27 de junio de 2018: “En la conciliación de la interpretación favorable del art. 76.2 con el art. 76.1 C.P., cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido” (punto 4).

98 *Vid.* también GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Ministerio del Interior, Madrid, 2015, págs. 57 y 96.

99 SOLAR CALVO, P., “Triple de la mayor y condenas eternas”, *Op. cit.*, pág. 423.

100 En realidad, lo que son o no temporalmente conexos son los hechos, pero nos expresamos así, de una manera general, para que se entienda más fácilmente esta cuestión.

plenamente el TS (así, el Acuerdo de 2018 en su punto núm. 4), dónde termina un bloque de acumulación, bien prescindiendo de una, bien de varias de las sentencias finales¹⁰¹.

En palabras de la Sala Penal del TS, “concretándose necesariamente en la primera cabe la posibilidad de excluir de la aplicación del límite legal hechos cometidos en una misma época, pero posteriores a la primera condena. Hechos que podrían haberse incluido en la refundición si se escogiese, para determinarla, la sentencia que resultase más favorable al reo, es decir la que pudiera abarcar un mayor número de hechos delictivos” (por todas, STS 319/2016, de 15 de abril-ECLI:ES:TS:2016:1671).

Es posible, así, iniciar la acumulación a partir, no de la sentencia más antigua de todas por fechas cronológicas, sino de una posterior, porque de tomarse la primera (u otra más antigua que la escogida finalmente), al contener la pena más grave de todas, se elevaría el límite de cumplimiento.

En cuanto a la reutilización o rescate de ejecutorias¹⁰², esta operación, admitida por el Acuerdo del Pleno del TS de 3 de febrero de 2016 (cfr. también la STS 706/2015, de 19 de noviembre-ECLI:ES:TS:2015:4729, y, con posterioridad, la STS 347/2016, de 22 de abril-ECLI:ES:TS:2016:1702), va referida a la posibilidad de tomar en consideración para la formación de nuevos bloques aquellas sentencias que por la vía temporal serían acumulables a otra, pero sin embargo la acumulación jurídica tiene que ser descartada porque el límite del triple supera la magnitud de la suma aritmética de las penas. Según esta nueva hermenéutica, la única sentencia que se deja al margen para nuevos intentos de acumulación es la inicial o base de ese bloque infructuoso, pero no las restantes, que podrán ser valoradas de nuevo para integrar otros bloques. Con la siguiente sentencia de fecha más antigua, la que sería la segunda del primer bloque, se intentará formar una nueva agrupación, después con la tercera si el bloque número dos también fuera infructuoso, etc.¹⁰³.

De esta manera, “es viable la formación de bloques donde se incorporen condenas ya ponderadas en bloques previos donde el cotejo comparativo aritmético frustró la acumulación” (SSTS 338/2016, de 21 de abril-ECLI:ES:TS:2016:1701, y 339/2016, de 21 de abril-ECLI:ES:TS:2016:1698). La interpretación jurisprudencial anterior impedía el rescate de sentencias para incorporar en nuevos o sucesivos bloques las condenas ya ponderadas en bloques previos respecto de los que la acumulación mitigada quedaba malograda o frustrada porque, aunque existía compatibilidad cronológica

101 VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, *Op. cit.*, pág. 229.

102 Para más información y sobre la opinión de la doctrina, *vid.* MORENO VERDEJO, J., “Criterios prácticos para la acumulación de penas”, *Op. cit.*, págs. 7-9; VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, *Op. cit.*, págs. 219 y ss.; ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, *Op. cit.*, págs. 281 y ss.

103 *Vid.* también DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988”, *Op. cit.*, págs. 1.168-1.169.

entre los hechos, el límite del art. 76 CP era mayor que la suma matemática de las penas. La formación de otro bloque, con la tradicional forma de proceder, se valoraría a partir de la sentencia más antigua entre las no analizadas todavía. Con la actual, como bien señala DEL MORAL GARCÍA con su habitual claridad, “las restantes que eran acumulables por fechas a aquella no quedan descartadas. Podrán ser tomadas en consideración para posteriores intentos de acumulación”¹⁰⁴.

En las combinaciones¹⁰⁵, operación distinta de la reutilización de condenas descartadas en un intento previo no fructífero, por otra parte, se buscan distintas opciones de acumulación, realizando los ajustes e intercambios necesarios con las diversas ejecutorias, para identificar la alternativa más favorable al reo. Incluso aunque en un bloque se dieran todas las condiciones para fijar el límite, incluyendo que el tope sea inferior a la suma de las penas, se permite deshacerlo para construir otros posibles bloques de condenas. Los bloques se forman ordenadamente, de acuerdo con las fechas de las sentencias (yendo, por tanto, por orden de antigüedad¹⁰⁶), y en ellos pueden incluirse condenas ya utilizadas en ensayos previos, pero siempre respetando el criterio de conexidad temporal entre los hechos, sin que puedan acumularse en un bloque condenas recaídas por hechos posteriores a la más antigua de las sentencias (la de referencia del bloque). Así, comenzando por la más antigua de las varias sentencias, se van comprobando las distintas posibilidades de acumulación con cada ejecutoria para, una vez formadas las combinaciones, seleccionar la más favorable.

Frente a ello, “la alternativa sería proclamar la necesidad de atenerse a la secuencia temporal para ir efectuando los sucesivos bloques”¹⁰⁷; de tal forma que se iniciaría un nuevo bloque con la sentencia más antigua entre las no utilizadas en un bloque anterior, que no cabría deshacer. Pero esta forma de actuar, que era la previa al cambio de interpretación de la ley en 2015, se muestra más perjudicial para el reo y, por ello, no oponiéndose a la legalidad (ni penal ni procesal), debe decaer frente a su alternativa combinatoria.

Expresa la STS 153/2016, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:670), que “cabría rechazar cualquier acumulación cuyo resultado fuera menos favorable que otra posible, la interpretación de la nueva regulación no debería impedir que, tras un primer intento de acumulación, (o varios, en su caso), se acuda a otras distintas posibilidades, si resultan más favorables para el penado, criterio que resultaría aplicable en atención a la finalidad de la norma, orientada a reducir a un límite máximo racional la extensión

104 DEL MORAL GARCÍA, A., “Acumulación de condenas. Notas”, *Op. cit.*, pág. 10.

105 MORENO VERDEJO, J., “Criterios prácticos para la acumulación de penas”, *Op. cit.*, págs. 9-12; ORTEGA MATE SANZ, A., “A propósito de la STS 117/2021, de 11 de febrero...”, *Op. cit.*, págs. 9-10.

106 Como bien señala MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, pág. 13.

107 Como señala DEL MORAL GARCÍA, A., “Acumulación de condenas. Notas”, *Op. cit.*, pág. 10. Sobre la situación anterior, *vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Reus, Madrid, 2020, págs. 105 y ss.

de privación de libertad de una persona por hechos cometidos en un determinado lapso temporal, entendido esto como que las condenas vayan referidas a hechos que no se encuentren separados por una sentencia. Siempre respetando el límite antes mencionado, es decir, siempre que todos los hechos por los que han recaído las distintas condenas sean anteriores a la sentencia más antigua de las que concretamente se acumulan”. Y según la STS 21/2021, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2021:166), “cumplidos los presupuestos materiales de conexión y temporales de producción de los hechos delictivos debe procurarse la interpretación que de manera más amplia pueda favorecer a la persona condenada”.

En las distintas combinaciones, fuera de un bloque quedarán las sentencias anteriores a la de su inicio, con las que se habrán intentado previos conatos de acumulación, y también las condenas motivadas por hechos de fecha posterior. Por ejemplo, si se empieza por la tercera sentencia de fecha más antigua, se deberán dejar fuera del bloque iniciado por ella la primera y la segunda¹⁰⁸. Y, además de lo anterior, como una exigencia derivada de la conexidad temporal, en el marco de la selección de la sentencia piloto y la sentencia final de un bloque, así como de la facultad de realizar combinaciones, no es posible extraer de la serie, a conveniencia del reo, y para su cumplimiento por separado, ninguna condena intermedia que, por ser más grave que el resto, exaspere el límite de cumplimiento (esto es, las conocidas como *sentencias estorbo*¹⁰⁹; *Vid.* por ejemplo, la STS 339/2016, de 21 de abril-ECLI:ES:TS:2016:1698, o con carácter posterior la STS 77/2021, de 1 de febrero-ECLI:ES:TS:2021:238)¹¹⁰.

La secuencia o continuidad cronológica dentro del bloque debe mantenerse al diseñar las combinaciones, sin perjuicio de que sea posible seleccionar, tal y como lo permite el Acuerdo del Pleno del TS de 27 de junio de 2018, la sentencia fin de la agrupación, acotando de este modo la extensión del bloque. Para fijar el extremo final de un bloque, cabe excluir, como ya se ha señalado, no sólo la que sería la última sentencia inicialmente, sino más de una sentencia¹¹¹. La jurisprudencia rechaza la exclusión de las sentencias estorbo intermedias para evitar la generación de posibles patrimonios punitivos a favor del reo, “en el sentido de que, en algún momento, pudiera delinquir nuevamente sabiendo que no cumplirá la pena” (por todas, entre

108 *Vid.* no obstante, el voto particular de Martínez Arrieta a la STS 117/2021, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:436), discutiendo tales exclusiones si los delitos son de la misma época temporal.

109 De otra forma entiende las sentencias estorbo DOLZ LAGO, M. J., “Refundición o acumulación de condenas”, *Op. cit.*, págs. 6-7: “Expresión muy significativa para referirse al inconveniente que supone el que esa sentencia pueda ser utilizada en un bloque. Pero que puede ser reutilizada en otro, según convenga, por lo que propongo que se le denomine a esa sentencia en lugar de ‘sentencia estorbo’ ‘sentencia comodín’”.

110 Puede verse al respecto VARONA JIMÉNEZ, A., “Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018”, *Op. cit.*, pág. 5. Asimismo, *vid.* MORENO VERDEJO, J., “Criterios prácticos para la acumulación de penas”, *Op. cit.*, pág. 12.

111 MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, pág. 25.

las más recientes, la STS 77/2021, de 1 de febrero-ECLI:ES:TS:2021:238). Pero una sentencia “estorbo” sí podría excluirse si fuera la última del bloque.

Se trata, por tanto, con las combinaciones, de deshacer un bloque ya formado y fructífero para elaborar otro distinto, con exclusión de la primera sentencia del anterior o anteriores bloques, tratando con ello de llegar al resultado punitivo que suponga un mayor acortamiento de la condena¹¹². En cada bloque, la sentencia de inicio será de fecha anterior al resto que se le acumulen. Como se dice en reiterada jurisprudencia del TS, “operando de esta forma se evitará que el sistema de bloques punitivos acabe siendo un obstáculo formal para que el penado pueda acumular el mayor número de condenas posibles en orden a la reducción de la pena a cumplir” (por todas, STS 405/2020, de 17 de julio-ECLI:ES:TS:2020:2429). Es necesario indicar que todas las penas de la liquidación deben ser valoradas a los efectos de determinar si son acumulables en alguno de los bloques¹¹³.

Las combinaciones, en realidad, se basan en la reutilización de ejecutorias, pero van un paso más allá; de manera que es posible, para el examen de las distintas posibilidades de acumulación, recuperar las ejecutorias ya valoradas tanto si el bloque inicial o previo no es fructífero como si lo fuera. Y sólo cabe excluir, pero ello es así para la formación de nuevos bloques¹¹⁴, la sentencia inicial de previas agrupaciones. La diferencia, por lo tanto, es que, con las combinaciones, “un bloque que ya resulta eficaz, puede deshacerse para buscar una combinación que resulte más beneficiosa para el penado” (cfr. STS 259/2023, de 19 de abril-ECLI:ES:TS:2023:1558). Como se ha dicho en varias ocasiones, tras el Acuerdo de 27 de junio de 2018, es posible para la construcción de los bloques elegir *la cabeza y la cola* de un *pelotón de sentencias*.

Según lo explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ de una manera muy sencilla y clarificadora, estos son los pasos correctos a seguir para realizar las combinaciones:

112 Según MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, pág. 21, “El acuerdo de 27 de junio de 2018 no se pronuncia expresamente sobre la combinación, pero sí la admite, como se deriva del pronunciamiento que hace sobre la cuestión de la exclusión de sentencias de un bloque”. Para la jurisprudencia, sin embargo, ello deriva del Acuerdo del 27 de junio de 2018. Así, se observa, entre otras, en la STS 212/2020, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1607), que “los Acuerdos no jurisdiccionales de 3 de febrero de 2016 y 27 de junio de 2018 de esta Sala han aclarado que, descartada una acumulación por no ser favorable, nada impide reutilizar las sentencias para intentar nuevas acumulaciones con las sentencias restantes; así como que es necesario barajar todas las combinaciones posibles, pudiendo elegirse la sentencia inicial, base de la acumulación, así como la última. Pero siempre ha de respetarse el esencial requisito cronológico: no pueden incluirse en un mismo bloque condenas recaídas por hechos posteriores a la más antigua de las sentencias”.

113 Sobre ello insiste SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria...”, pág. 15.

114 Como bien señalan los *Criterios para la acumulación de penas* de la Junta de Fiscales del TS, de 2017. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/2014,2/14,5865/Material+para+la+acumulaci%C3%B3n+de+penas+-+Criterios+para+la+acumulaci%C3%B3n+de+penas+de+la+Junta+de+Fiscales+del+Tribunal+Supremo.pdf/afb753b4-a86a-5b06-28e1-715adf9ac7f9?version=1.1&t=1532337615254> (consulta: 08.02.2024).

- “1.- Conviene hacer la lista, o el cuadro (mejor, por ser más fácil de visualizar), por orden cronológico de sentencias.
- 2.- Comenzando por la más antigua, que se toma como referencia, ver qué otras condenas son acumulables por ser los hechos anteriores a la fecha de esta sentencia.
- 3.- Hacer el cálculo del triple de la pena más grave para ver si es posible la acumulación y en su caso en cuánto beneficia.
- 4.- Hacer lo mismo tomando como referencia la segunda sentencia (y excluyendo la primera, sobre la que ya conocemos las posibles compatibilidades cronológicas), luego la tercera (excluyendo las anteriores), y así sucesivamente. Finalmente comprobar cuál es la opción más beneficiosa comparando las posibilidades”¹¹⁵.

Y conforme expresa el TS “entre las distintas posibilidades abiertas en virtud de la cronología de hechos y sentencias, hay que elegir aquélla que arroje un resultado más favorable. Por tanto, no basta con efectuar una vez los cálculos de forma secuenciada para alcanzar una respuesta. Es necesario reiterar la operación partiendo escalonadamente de las siguientes sentencias para ir comprobando si, eligiendo otra como referencia (sentencia guía o piloto), aparece otra combinación que, suponga un cumplimiento menos gravoso” (STS 845/2023, de 16 de noviembre-ECLI:ES:TS:2023:5075).

Es fundamental, para una correcta realización de las operaciones, ordenar las sentencias por fecha cronológica, de mayor a menor antigüedad, en una tabla o cuadro gráfico, junto a las fechas de los hechos que las motivaron, pues, de esa forma, se puede observar más fácilmente si existen o no delitos acumulables según que ejecutoria se tome como base de un determinado bloque. Y así se puede apreciar mejor también, entre otros aspectos, cuál es la última sentencia, que determina a qué órgano judicial, entre todos los sentenciadores, le corresponde conocer del incidente del art. 988.3 LECrim.

Respecto de las combinaciones, para el cotejo aritmético, y esto es muy importante remarcarlo, se debe tener en cuenta el límite del bloque concreto más la suma de las penas que, por no incluirse en el bloque, hayan de cumplirse por separado. Como dice la jurisprudencia del TS, “el término de comparación es el monto total de pena a cumplir en cada alternativa” (entre las primeras, STS 404/2017, de 5 de junio-ECLI:ES:TS:2017:2239). O expresado de otra forma, “sumando el tiempo resultante de la acumulación y el correspondiente a las condenas no acumuladas” (STS 842/2022, de 25 de febrero-ECLI:ES:TS:2022:3983). No se ponen en relación, simplemente, los límites de los distintos bloques, sino que la comparativa habrá de hacerse con el periodo total de cumplimiento resultante de la combinación. Esto es así porque, de lo contrario, al comparar sólo los topes, se podría tomar una solución *a priori* más

¹¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M., “Acumulación de condenas...”, *Op. cit.*, pág. 19.

ventajosa que otra, pero que, sin embargo, resulta perjudicial para el reo en una comparación general. Abundando en ello, es posible (al menos teóricamente) que la suma del límite del bloque con el máximo más bajo y las condenas no acumulables en tal grupo dé lugar a un tiempo superior al derivado de sumar el límite de un bloque de entrada menos favorable y las penas que no se pueden acumular jurídicamente en esa opción¹¹⁶. Dentro de cada bloque, eso sí, habrá de valorarse si es más beneficioso el límite o la suma de las penas integradas en el mismo.

Cabe rechazar cualquier combinación cuyo resultado sea menos favorable que otra posible. La jurisprudencia “obliga”, para dar cumplimiento a la finalidad de reinserción social de las penas privativas de libertad, a elegir la solución que más reduzca el tiempo de cumplimiento, aunque respetando siempre el criterio inquebrantable de la conexidad temporal, barajando todas las combinaciones posibles con las ejecutorias del condenado. Esta posibilidad de efectuar combinaciones se mencionó por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la STS 139/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:828)¹¹⁷, y supone, como se ha dicho ya, el último escalón de la evolutiva jurisprudencia del TS en lo relativo a la práctica de las acumulaciones de penas.

Por otra parte, según indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ¹¹⁸, en el caso de aprobarse varios bloques de acumulación, estos se cumplirán uno detrás de otro por el orden de su respectiva gravedad (primero el del límite de mayor duración), intercalándose, en su caso, con las condenas que hayan de cumplirse por separado (es decir, las no incluidas en ningún bloque). En estos casos, la suma de los límites de cada bloque más la duración de todas las penas que han de cumplirse separadamente constituye el tiempo total de cumplimiento (o la *condena total*).

La reutilización de sentencias y las combinaciones son plenamente conformes con la literalidad del art. 76 CP, que no prohíbe este tipo de prácticas y, como se ha señalado, se admiten por la doctrina del TS a partir de la reforma de 2015¹¹⁹, aunque pueda pensarse que “no existe un cambio sustancial en lo que a la letra de la ley se refiere”¹²⁰, entendiéndose que la regulación anterior era más restrictiva, al

116 BETRÁN PARDO, A.I., “Acumulación de condenas. La doctrina jurisprudencial de los bloques fructíferos”, *Foro FICP*, n.º 2, 2017, págs. 278-279.

117 Cfr. VARONA JIMÉNEZ, A., “Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018”, *Op. cit.*, pág. 2.

118 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M., “Acumulación de condenas...”, *Op. cit.*, pág. 11.

119 Sin embargo, en contra de la reutilización, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “La acumulación jurídica de penas. Criterios jurisprudenciales”, *Op. cit.*, pág. 14, señalando que “lo ideal es que precisamente el legislador hubiera fijado una completa regulación sobre la materia que evitase estos criterios tan dispares”.

120 SÁEZ MALCENIDO, E., “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria...”, *Op. cit.*, pág. 24, y por ello, mantiene lo siguiente: “si se hubiera querido habilitar a los tribunales para, según su libre arbitrio aunque con acatamiento de la secuencia cronológica de hechos y fallos condenatorios, soberanamente hacer y rehacer bloques de penas, el precepto contendría una composición gramatical muy diferente a fin de posibilitar realmente alternativas al juzgador, cual sería “siendo susceptibles

incluir, aunque espiritualizada (expresión que emplea la STS 338/2016, de 21 de abril-ECLI:ES:TS:2016:1701), la referencia a la conexidad histórica; pero añaden aún más complejidad, especialmente las combinaciones, al intrincado mundo de las acumulaciones de penas¹²¹.

Las combinaciones obligan a diseñar las diferentes opciones de acumulación y a realizar los cotejos aritméticos correspondientes, tanto internos, para comprobar si un bloque es o no fructífero (y qué límite se aplica de serlo), como externos, para discernir qué alternativa combinatoria es la más propicia de todas porque arroje un menor tiempo de ejecución sucesiva. En las acumulaciones, según se escoja una u otra sentencia, y si se permite o no realizar operaciones como las combinaciones, se obtendrán resultados distintos, que pueden variar mucho en cuanto al tiempo final de cumplimiento, en varios días, meses o incluso años. Equivocarse al realizar estas operaciones es muy fácil y un error (o escoger una opción más gravosa que otra posible) puede acarrear un gran perjuicio para el condenado, al elevar la duración de su pena de cumplimiento. Si se nos permite el símil, por lo que está en juego, las acumulaciones requieren en su práctica de la precisión de un cirujano al realizar una operación quirúrgica. Es aquí donde cobra relevancia la “Calculadora 988”, para facilitar estos cálculos y reducir el riesgo de errores de manera muy significativa, hasta el punto de poder eliminarlos completamente¹²²; pero tras ello, como cuestión de fondo, se encuentra la importancia que la regla de la acumulación jurídica del art. 76 CP tiene sobre la duración efectiva de la condena del sentenciado por varios delitos.

Así las cosas, es posible, fruto de esta exégesis posterior a la entrada en vigor de la LO 1/2015, realizar una labor acumulativa, facilitadora de la limitación (más favorable), a base de ajustes y de intercambios con las sentencias, con el horizonte puesto en alcanzar el resultado mitigador más beneficioso para el reo. Los tribunales son conscientes de la aleatoriedad en muchos casos en el enjuiciamiento de los hechos (en este sentido, *vid.* la STS 361/2016, de 27 de abril-ECLI:ES:TS:2016:1813), así como de los agravios comparativos a que ello puede dar lugar, y, por ese motivo, aun prescindiendo de soluciones sencillas, permiten elaborar combinaciones de ejecutorias para

de acumulación” o “pudiendo llegar [a] ser acumulables”. Énfasis en el original.

121 Ya decía mucho antes que podía ser “a veces complicada”, DOLZ LAGO, M. J., “Refundición de condenas: criterios”, *Diario La Ley*, n.º 8232, 20 de enero de 2015. No falta, sin embargo, quien discrepa de considerar complicadas las acumulaciones. Así, afirma BETRÁN PARDO, A. I., “Acumulación de condenas. La doctrina jurisprudencial de los bloques fructíferos”, *Op. cit.*, pág. 260: “entendemos que todos estos los recelos han de ser relegados, pues en definitiva se trata de aplicar una simple operación matemática a una serie de condenas que previamente se han ordenado con arreglo a unos criterios jurídicos. Y a esta sencillez contribuye el hecho de que la reforma del art. 76 CP por la LO 1/2015 desbanca definitivamente la conexidad material como criterio a tener en cuenta junto con el temporal, siendo sólo este último el que ha de examinarse a partir de ahora”.

122 Considerada una herramienta infalible por DOLZ LAGO, M. J., “Juristerapia y la Ley Sissí, why is it that only ‘no’ means ‘no’”, *Op. cit.*, nota 118, quien afirma asimismo que “casi también hoy día es indispensable para afrontar con gran acierto las complejas operaciones aritméticas de la acumulación de condenas”.

obtener la que reduzca en la mayor medida posible el tiempo de la condena a cumplir. Según la jurisprudencia del TS, cuanto más flexible sea la posibilidad combinatoria más se reducirá el margen de aleatoriedad en el enjuiciamiento de los delitos (cfr., entre las más recientes, STS 691/2022, de 7 de julio-ECLI:ES:TS:2022:2940).

La filosofía subyacente es que la norma jurídico-penal, por su sentido humanista, trata de reducir la duración de la condena a términos temporalmente aceptables que no imposibiliten la vocación reinsertadora a que por mandato constitucional están llamadas las penas privativas de libertad (en este sentido ya, la STS 1249/1997, de 17 de octubre-ECLI:ES:TS:1997:6164). Además, deben tenerse en cuenta los efectos negativos para la personalidad humana de los tiempos muy prolongados de reclusión carcelaria. Y para ello, tratando de evitar también que una sucesión de delitos menores o menos graves sea castigada con una pena muy severa, han de expresirse al máximo las posibilidades limitativas, extrayendo, mediante la posibilidad de deshacer bloques fructíferos para conformar otros bloques, la solución más ventajosa. Incluso, respecto de cada bloque puede concretarse su extremo final, quitando alguna o algunas sentencias, lo que habrá de valorarse necesariamente para las combinaciones. Todas estas operaciones, sin embargo, cuentan, por exigencias preventivas, con un límite ya conocido: la conexidad temporal, que exige que los hechos sean hermanables por las fechas de su comisión, no pudiendo “cortarse” el ciclo cronológico mediante la expulsión de ninguna sentencia intermedia en un bloque para que sea liquidada por separado, aunque ello beneficiara al reo.

Como consecuencia de los nuevos criterios jurisprudenciales para efectuar los grupos de acumulación, pues su aplicación permitiría obtener acumulaciones más satisfactorias que las resultantes de las reglas interpretativas previas, por culminar en condenas de menor duración, la doctrina se plantea si es posible revisar acumulaciones jurídicas firmes para corregirlas¹²³, aunque la Sala de lo Penal del TS no parece, al menos según lo consignado en el punto núm. 1 de su Acuerdo de 27 de junio de 2018, estar por la labor de admitirlo¹²⁴. De conformidad con lo allí estable-

123 Sobre ello, *vid.* PÉREZ DE EULATE GARCÍA, L., “La revisión de acumulaciones jurídicas firmes. Problemática y alternativas”, *Diario La Ley*, n.º 9519, 15 de noviembre de 2019; SOLAR CALVO, P., “Triple de la mayor y condenas eternas”, *Op. cit.*, págs. 431 y ss.; MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, págs. 26-28. Véase también la Memoria de la FGE de 2021 (Ejercicio 2020), pág. 1.043, donde consta lo siguiente “el Fiscal de Sala de Vigilancia Penitenciaria se dirigió en julio de 2020 al Secretario General de Instituciones Penitenciarias, adoptándose la iniciativa de que desde los centros penitenciarios por los juristas de prisiones, en una actividad indudablemente pro activa, puedan detectarse aquellos casos de acumulaciones efectuadas en años pasados y que revisadas hoy pudieran arrojar saldos favorables a los penados, para ulteriormente poner ello en conocimiento del fiscal y del último de los juzgados sentenciadores, competente para la acumulación, a fin de que quepa corregir aquellas situaciones que lo reclamen”. Continúa así: “lo anterior ha sido comunicado por la Fiscalía General a todos los fiscales, no solamente a los especialistas de Vigilancia Penitenciaria, a efectos de que cuando desde los centros penitenciarios y a instancia de los juristas de prisiones, lleguen solicitudes de revisión de acumulaciones que obedecen a la situación descrita, procedan a examinar su posible revisión cuando con arreglo a los criterios legal y jurisprudencialmente vigentes, resulten más favorables al reo”.

124 *Vid.* VARONA JIMÉNEZ, A., “Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la

cido, “las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta)”¹²⁵. Siendo así, la revisión estaría limitada a los supuestos de que recaiga nueva condena o se descubra una no tenida en cuenta, pero siempre, según parece, que las condenas sean temporalmente acumulables, por las fechas de sus hechos, con las demás.

4. ¿CÓMO FUNCIONA LA CALCULADORA 988? Y, ADEMÁS, SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES

Estamos con la “Calculadora 988” ante un instrumento auxiliar para quienes tienen que enfrentarse al procedimiento de acumulación de penas de los arts. 76 CP y 988 LECrim¹²⁶, cuya elevada complejidad ha quedado evidenciada al tratar las reglas punitivas del concurso real de delitos y, sobre todo, el modo en el que éstas, de acuerdo con los criterios interpretativos del Tribunal Supremo, tienen que ser aplicadas.

Las operaciones que deben realizarse para determinar la pena de cumplimiento en casos de pluralidad de procesos (comparar fechas, cotejos matemáticos, etc.) las lleva a cabo directamente la “Calculadora 988”. Hay que señalar, no obstante, que, si son muchas las sentencias introducidas, habiéndose alcanzado el límite máximo permitido por la aplicación, el cálculo no se realizará de forma estrictamente “automática”, sino que, para obtener el resultado, será necesario que el usuario haga *clic* en el botón “Calcular Acumulación y Guardar” de la herramienta. En esos casos, el cálculo se realiza en segundo plano y la operación puede durar unos minutos, quedando “bloqueada” durante ese tiempo la acumulación del interviniente (no pudiendo introducirse, por ejemplo, más datos ni eliminarse sentencias). De ordinario, el resultado se proporciona directamente para las condenas introducidas.

Para poder utilizar la aplicación, es necesario registrar al interviniente en caso de que no exista un registro previo. No será posible consignar sus condenas hasta que no haya sido dado de alta. La aplicación permite guardar los datos añadidos por cada interviniente (las acumulaciones asociadas al mismo), de modo que puedan ser reutilizados (lo que será muy útil si recaen nuevas condenas o se descubren algunas desconocidas para ampliar o revisar una acumulación), aunque no son accesibles de manera general a otros usuarios, a menos que la acumulación se marque como visible por su propietario tras guardarla, lo que por defecto viene desactivado¹²⁷.

sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018”, *Op. cit.*, págs. 2-3.

125 Véase también, de forma bastante reciente, la STS 757/2023, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4354).

126 Cfr. DOLZ LAGO, M.J. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., *Por una política judicial humanista en la era digital...*, *Op. cit.*, págs. 197-198.

127 En este sentido, véase la Memoria de la FGE de 2021. Allí se hace referencia a una consulta

Si son visibles, se mostrarán las acumulaciones del interviniente. Por supuesto, las acumulaciones registradas por el mismo usuario siempre aparecerán para éste como visibles.

Los usuarios con perfil avanzado pueden acceder a registros de otros usuarios; los usuarios con perfil básico (instituciones penitenciarias), sólo a los registros de intervinientes realizados por ellos. Tras una actualización de la aplicación, en centros penitenciarios las acumulaciones se crean por defecto *visibles*; en órganos judiciales y fiscalías, por defecto serán *no visibles*.

Es importante destacar que, para recuperar una acumulación, es necesario haber guardado los datos, ya que, de lo contrario, no quedarán grabados en la base de datos de la aplicación. De no haberlos guardado, será necesario volver a introducir toda la información (la no grabada). Puede buscarse por interviniente (a partir del nombre o del documento identificativo) las condenas y acumulaciones registradas con anterioridad por el usuario.

Existen convocatorias internas del Ministerio de Justicia para dar formación sobre cómo utilizar la *calculadora* de acumulación de condenas¹²⁸. Además, puede accederse a un video tutorial desde la propia aplicación y es posible también descargar el manual de usuario actualizado. Sería, ciertamente, muy conveniente no sólo explicar el funcionamiento de la aplicación y la forma correcta de hacer uso de ella, sino también las propias reglas de punición del concurso real de delitos, lo que ayudaría a identificar posibles errores y permitiría, en definitiva, mejorar, si se estimara necesario, el algoritmo.

realizada por la Unidad de Apoyo al Delegado de Protección de Datos del Ministerio Fiscal sobre la aplicación web “Calculadora 988”. La consulta iba referida a la posibilidad de permitir el acceso y puesta a disposición, tanto a los órganos judiciales como a los usuarios de instituciones penitenciarias, de los datos personales introducidos y registrados en las acumulaciones de condenas practicadas por la fiscalía utilizando la aplicación. Observamos en la Memoria (págs. 108-109) lo siguiente: “Tras analizar la normativa vigente y atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los requisitos y circunstancias de la cesión de datos entre Administraciones Públicas, se concluyó que no existía amparo normativo suficiente que diera cobertura a la autorización de acceso de la Administración penitenciaria a los datos introducidos en Calculadora 988 por los órganos judiciales y por el Ministerio Fiscal, con carácter previo a que les hayan sido formalmente notificadas las correspondientes sentencias penales (ex art. 988 LECrim.), y ello sin perjuicio de que, mediando consentimiento de la concreta persona afectada, por el órgano judicial o por el Ministerio Fiscal y a los fines establecidos en dicho precepto, se pudiera llegar a autorizar la previa visibilidad de las sentencias penales respectivamente registradas en la mencionada herramienta informática”. Sin embargo, lo cierto es que la conclusión inicial era otra, a juicio del DPD: “no existía inconveniente en la intercomunicación de datos entre Ministerio Fiscal y órganos judiciales respecto a las sentencias penales por medio de la aplicación a los fines para los que esta se ha diseñado, al permitir registrar, ordenar y conservar los datos relativos a sentencias penales, datos estos de los que ya efectivamente disponen tanto los órganos judiciales (por ser ellos los que las generan y tienen la facultad de ejecutar lo juzgado, art. 117.3 CE y 2.1 LOPJ) como el Ministerio Fiscal (por intervenir en los procedimientos penales –art. 3.5 EOMF– al ser parte necesaria en la posterior ejecución, según la Instrucción 1/2010 FGE en virtud de las misiones que tiene encomendadas (art. 124 CE y los arts. 3.1, 3.9 y 4 EOMF)”.

128 <https://aulaenlinea.justicia.es/formacionexpres/index.php#parrilla> (consulta: 04/02/2024).

Los datos que se requieren, además de los relativos al interviniente (nombre, apellidos y documento de identificación en cuanto a tipo y número¹²⁹), son los de cada ejecutoria: órgano judicial sentenciador, fecha de sentencia, fecha de los hechos, delito y pena o penas de cada infracción. En realidad, se trata de los datos necesarios para poder realizar correctamente las acumulaciones¹³⁰.

La introducción de los datos en la aplicación seguirá un orden específico. Los delitos se introducirán antes que las penas; después de confirmado el delito, se indicará el tipo de pena entre las tres opciones disponibles (privativas de libertad) y, finalmente, añadida la sanción, la duración de ésta (la magnitud impuesta en sentencia individualmente). Las penas de prisión se introducirán en años, meses y días, mientras que la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por multa impagada, al menos según las primeras versiones de la *calculadora*, se podrán informar exclusivamente en meses y días. No existirá límite de 12 meses ni de 365 días por año al indicar la duración de cada pena. Sólo es posible introducir condenas de tribunales españoles, pues únicamente a estas se les pueden aplicar los límites según la legislación (LO 7/2014, de 12 de noviembre, y Ley 23/2014, de 20 de noviembre) y la jurisprudencia a tener en cuenta¹³¹.

Pueden introducirse ejecutorias de hasta hace cincuenta años y es posible indicar que algunas condenas se excluyan del cálculo por motivos jurídicos¹³², de manera que el algoritmo no las tendrá en cuenta para conformar los bloques o para el resultado final (aunque los datos permanecen introducidos en la aplicación). Por defecto, todas las condenas añadidas se incluyen en el cálculo. La posibilidad de exclusión es útil para realizar pruebas en casos problemáticos o respecto de los cuales se puedan adoptar, por no existir una regla clara, diferentes interpretaciones (por ejemplo, en las fechas a tener en cuenta de hechos enjuiciados en un mismo proceso, si hubiera penas suspendidas en la hoja histórico-penal, en casos de acumulación condicionada de una pena de responsabilidad personal subsidiaria o si se tratara de un reo con penas impuestas conforme al Código anterior de 1973 y al vigente¹³³).

129 Salvo que se trate de una persona indocumentada, caso en el que será opcional indicar el documento identificativo.

130 *Vid.*, por ejemplo, NISTAL BURÓN, J., *Fiscalización y control de la actividad penitenciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 53; ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, *Op. cit.*, págs. 420 y ss. En la jurisprudencia, *Vid.*, entre otras, la STS 948/2023, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5981).

131 *Vid.* sobre ello ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Exclusión del principio de equivalencia de las condenas europeas en materia de acumulación jurídica de penas”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 29, 2023, págs. 169-232.

132 Como bien lo dice MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, pág. 12.

133 Sobre esto, puede verse ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, *Op. cit.*, págs. 162 y ss.

En relación con cada condena, la última fecha de los hechos, por cuestiones obvias, tendrá que ser anterior o igual a la fecha de la sentencia¹³⁴. Las condenas se añaden a través de una sección de *registro* (formulario para rellenar los datos de cada sentencia) y después pasan a una *bandeja de condenas*, en la que se muestra el listado de sentencias ordenadamente, de más a menos antigua, y en su caso las acumulaciones ya realizadas, para su gestión posterior.

Una cuestión importante y que, hasta dónde alcanzamos, no está resuelta por la jurisprudencia del TS. Es posible que existan hechos cometidos en la fecha de la sentencia piloto de un bloque; ¿serían acumulables? El algoritmo de la *calculadora*, para la constitución de los bloques, considera acumulables los hechos realizados hasta el mismo día que se dicta una sentencia. Esto, sin embargo, es muy discutible, ya que el tenor del art. 76 CP exige expresamente –conforme su interpretación– que los hechos, para poder aplicar los límites, han de ser anteriores a la fecha de cierre del ciclo cronológico. A nuestro juicio, debería comprobarse si la fecha de realización de los delitos es previa o posterior a la de la sentencia de referencia, porque, rigiendo como rige un criterio puramente temporal, la conexidad puede quedar excluida no sólo por días, sino también por horas (e incluso por minutos). Si fueran posteriores a la sentencia tomada como base de un bloque, aunque sea por un muy corto espacio de tiempo, los hechos pertenecerían a épocas distintas y, en tal caso, sus penas no serían acumulables jurídicamente (en ese bloque). Lo que decimos obligaría a verificar no sólo cuándo se cometieron los hechos y la fecha de sentencia, sino también la hora en la que se dictó (o firmó) la sentencia¹³⁵. Ahora bien, si no fuera posible acreditar que los hechos son realmente posteriores a la fecha de sentencia inicial de un bloque, existiendo dudas sobre ello, el principio *favor rei* habría de conducir, en nuestra opinión, a admitir que son acumulables (es decir, a admitir que pertenecen al marco temporal abierto por la sentencia de referencia del bloque). Pero eso es distinto de tenerlos siempre por acumulables, como hace la “Calculadora 988”. Su utilización podría dar por acumulables hechos que, sin embargo, no lo serían, alterando (en beneficio del reo, en principio) el resultado de una acumulación.

A medida que se vayan completando los campos, se habilitarán nuevas secciones. Una sentencia puede incluir condenas por más de un delito, caso en el que deberán añadirse todas las infracciones, y a un mismo delito, por otra parte, se le pueden asociar varias penas (por ejemplo, prisión y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa). Si una condena estuviera suspendida, habrá que indicarlo en la casilla correspondiente, pues ello puede tener consecuencias importantes en la acumulación (si fuera con la que debe obtenerse el triple). Como dijimos *supra*, según la jurisprudencia del TS, la acumulación de una pena que tenga la ejecución

134 Dicho de otro modo: la fecha de sentencia condenatoria tiene que ser igual o posterior a la fecha de los hechos delictivos.

135 Ciertamente, las resoluciones judiciales incorporan la fecha y hora de firma digital y un Código Seguro de Verificación.

suspendida sólo es posible si no es la que determina el tiempo máximo de cumplimiento por ser más grave que el resto de las sanciones concurrentes.

El cálculo se realiza a partir de los registros presentes en la *bandeja de condenas*. El resultado puede ser exportado a un informe de *Word* (o, en la versión actual de la aplicación, también a archivo con formato rtf. y odt.), que podrá plasmarse después en una sentencia o en un auto de acumulación de penas¹³⁶. Este informe incluye el contenido de la bandeja y el resultado de la acumulación con las condenas existentes. Indica también si algunas de las condenas están excluidas de la acumulación por el usuario. Es posible descargar una versión reducida del informe para copiarla y pegarla en Lotus Notes. El documento generado incluirá la fecha de impresión. Una vez calculada la acumulación, es cuando se puede marcar como visible para que puedan acceder a ella otros usuarios.

Con los datos introducidos en la aplicación, la *calculadora* genera las combinaciones de bloques posibles, comenzando por la primera sentencia (la de fecha más antigua) como referencia y siguiendo por las sucesivas, compara los resultados derivados de las distintas posibilidades de acumulación y, tras ello, devuelve la solución más favorable para el reo; *i. e.* aquella que conlleve un menor tiempo de cumplimiento para el ejecutoriado.

Permite, en definitiva, concretar el *quantum penológico* en casos de condenas plurales, identificando la opción que, entre todas las hipótesis admisibles, represente mayor beneficio objetivo para el penado. Es posible que el caso deba resolverse, si hay hechos que pertenecen a épocas temporales diversas, porque algunos sean posteriores a la fecha de sentencia elegida como referencia para un bloque (o en su caso, porque se haya excluido, por ejemplo, una última sentencia acumulable de un bloque y se pretenda realizar una nueva agrupación a partir de ella), con la formación de varios bloques de acumulación, en especial cuando son numerosas las condenas que pesan sobre el reo¹³⁷. Para cada bloque realizado, se detallará por la aplicación las sentencias acumuladas y el límite, referenciando también el sumatorio total de las penas. Si fuera aplicable algún límite especial así se hará, indicándolo la herramienta.

Si se tratara de una sentencia con varios delitos y fechas de realización distintas (o de un delito continuado o un concurso medial), deberá incluirse la fecha del último de los hechos, puesto que la aplicación está diseñada para considerar una única fecha. Ciertamente, así lo entiende tradicionalmente la jurisprudencia para comprobar si hubieran podido enjuiciarse las infracciones a la vez (STS 577/2019, de 26 de noviembre-ECLI:ES:TS:2019:378: “cuando hay varios hechos en una sentencia, el que determinará la posibilidad de acumulación es el último de ellos”).

¹³⁶ Vid. VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, *Op. cit.*, pág. 370.

¹³⁷ Vid. por ejemplo, la STS 617/2023, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:617) o la STS 972/2022, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4691). O también la STS 50/2024, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2024:228).

Esto, sin embargo, si hablamos de delitos independientes (y no de casos, por ejemplo, de varios delitos en relación de concurso medial, o de un delito continuado, a penar unitariamente), se muestra contrario a lo resuelto por la STS 962/2021, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4603), que permite, corrigiendo el criterio de las SSTS 647/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4271), y 577/2019, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:378), “desagregar aquello que ha sido conjuntamente enjuiciado, de manera que parte de las penas impuestas en una misma ejecutoria se adicionen a la refundición acordada, mientras otras, por razones cronológicas, quedan excluidas”¹³⁸. Señala en la misma dirección con posterioridad la STS 572/2023, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2023:321), que “si son distintos delitos se puede discutir si cabe diseccionar la secuencia a los solos efectos de comprobar la acumulación más beneficiosa, separando hechos de una misma sentencia para integrarlos en bloques diferenciados”.

Sin perjuicio de lo dicho, el usuario, bajo su propio criterio, puede decidir que la *calculadora* tenga en cuenta los delitos por separado, de manera que, en ese caso, tendrá que registrar las diferentes fechas de los hechos de una misma ejecutoria. Seguir uno u otro criterio (fecha única o fechas de cada hecho) puede dar lugar a una discrepancia en el resultado final (derivado de cómo se realicen las combinaciones). Lo más adecuado, por ello, sería que el usuario compruebe, realizando el cálculo de ambos modos, qué es lo más beneficioso para el reo. Pero en realidad, tratándose de hechos diferenciados (y ya se utilice la *calculadora* o no), y cada uno de ellos sancionado con su propia pena, deberían siempre, en nuestra opinión, señalarse individualmente las fechas de realización de las distintas infracciones, porque acaecieron en momentos diversos, aunque se enjuicien conjuntamente los hechos por razones de oportunidad procesal (arts. 17.1 y 3 LECrim). El delito continuado, el concurso ideal y el medial no se pueden descomponer en distintos hechos, aunque ello pudiera entenderse como razonable respecto del delito continuado y el concurso medial, pues en ambos casos lo cierto es que existen distintos hechos pese a la valoración que realiza el legislador.

Las distintas condenas deben introducirse en la *calculadora* y se ordenarán cronológicamente, según fechas de sentencias, por la aplicación, desde la más antigua hasta la más reciente. En caso de coincidir la fecha de sentencia de dos o más ejecutorias, según está configurado el algoritmo, se colocarán de acuerdo con la duración de la condena (de menos duración a mayor duración) y, si ambos datos coincidieran, se

138 Continúa así: “En principio no apreciamos problemas para desagregar en su ejecución las consecuencias punitivas de hechos sólo unidos a efectos de enjuiciamiento por el criterio de oportunidad recogido en el artículo 17.3 LECRIM. Delitos que son perfectamente escindibles fáctica y penológicamente, y por ello, también en cuanto al cumplimiento de las penas. No olvidemos que de manera reiterada hemos señalado que lo que se acumula en aplicación del artículo 76 CP no son las condenas impuestas en cada sentencia, sino las penas que individualmente conforman la misma”. Sobre esto, *vid.* VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, *Op. cit.*, págs. 240-241, abogando previamente por un tratamiento autónomo de los hechos (que ya hiciera el ATS 670/2017, de 6 de abril-ECLI:ES:TS:2017:4374A); ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, *Op. cit.*, págs. 306-309.

organizarán por fecha de los hechos, de mayor a menor antigüedad. Con ello, de lo que se trata es de que se pueda obtener, para un mismo conjunto de sentencias, la combinación más favorable sin que el resultado varíe en función del criterio de ordenación¹³⁹. Partiendo de una u otra fecha, según existan o no coincidencias, la aplicación analizará todas las posibilidades de acumulación.

A partir de las distintas sentencias recopiladas, se efectúan las combinaciones de cómputo posibles, incluyendo en el bloque respectivo los hechos de fecha anterior a la sentencia de referencia cronológica del grupo. Fuera de un bloque, quedarán las sentencias anteriores a la de inicio del mismo y también las relativas a los delitos cometidos con posterioridad. En la elaboración de los bloques, la aplicación podrá elegir la fecha final de un bloque, dado que el Tribunal Supremo lo permite (Acuerdo del Pleno de 27 de junio de 2018). La *calculadora*, por ello, en la construcción de los bloques de acumulación, realizará las comprobaciones oportunas variando la última sentencia del bloque. Para ello, el algoritmo comenzará a excluir o quitar sentencias desde el final (a modo de simple ejemplo, si puede formarse un bloque con las sentencias 2 a 6, primero prescindirá de la 6, para que el bloque esté constituido por la 2 a la 5, luego de la 5, etc.). Con esas sentencias de las que se prescinda, pueden iniciarse nuevos proyectos de acumulación. Pero lo que no cabe, en ningún caso, es descartar una sentencia intermedia de un bloque para su cumplimiento por separado. En cada uno de los bloques, se tomará la más grave de las penas individuales para multiplicar por tres su duración y comparar seguidamente si la cifra obtenida es inferior o superior a la suma de las penas integradas en la agrupación. Para un bloque, la duración del límite puede ser más elevada, igual o inferior al sumatorio; sólo si es inferior, procederá la acumulación jurídica.

En cuanto a la forma de hallar el triple, y así lo hace la *calculadora*, éste ha de fijarse partiendo de la duración de la pena más grave de las acumulables, separadamente, sin convertir en años (365 días) los meses (30 días) (Circular 1/2014 FGE)¹⁴⁰. La STS 943/2013, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5910), subraya que “los meses han de computarse a estos efectos como de treinta días; los años como de trescientos sesenta y cinco días. No podemos a través de una operación de acumulación convertir doce meses en doce meses y cinco días”. Por todo ello, debe indicarse en la aplicación –que lo pide– la duración de la pena expresada en años, meses y días (aunque si hablamos de las penas de responsabilidad personal subsidiaria por multa impagada y localización permanente, su duración sólo puede informarse en meses y días¹⁴¹).

139 Si coincidieran todos los campos, la ordenación sería indiferente.

140 Por ejemplo, el triple de 4 años y 3 meses, serían 12 años y 9 meses.

141 Esto, en realidad, es consecuencia de la duración máxima que pueden alcanzar tales penas privativas de libertad. La responsabilidad personal subsidiaria no puede exceder nunca, para la unidad de delito, de un año de duración.

Es posible, por otro lado, modificar y ampliar previas acumulaciones que hayan sido guardadas, así como eliminarlas del sistema. Además, la aplicación permite importar acumulaciones de otros usuarios en el caso de los perfiles con permisos avanzados (siempre que la acumulación esté marcada como visible por quien la creó). En ese supuesto, se creará una nueva acumulación propiedad del usuario que realiza la importación (es decir, no se modificaría la acumulación de origen, sino que se genera una copia de la acumulación primigenia), que después podrá modificarse (registrando, por ejemplo, nuevas sentencias), así como elegir su visibilidad. Con la importación, se pueden reutilizar las condenas registradas por otro usuario, lo que permitirá reducir el tiempo de introducción de datos. Cuando se registra o se modifica una acumulación, el programa realiza el cálculo, indicando la duración exacta de la condena a cumplir¹⁴².

Con la versión más actualizada de la aplicación, en los centros penitenciarios, los usuarios con permiso básico pueden visualizar e importar acumulaciones realizadas por usuarios de otros centros penitenciarios adscritos al Ministerio del Interior. Y en los órganos judiciales y fiscalías se puede visualizar e importar las acumulaciones realizadas por los usuarios del mismo órgano.

Esto de las ampliaciones es debido a que una acumulación jurídica, de acuerdo con la interpretación pacífica del Tribunal Supremo, es ampliable si recae nueva condena o se descubre alguna indebidamente omitida, pero siempre que los hechos motivadores de las mismas sean temporalmente acumulables (pertenecientes a la misma época)¹⁴³. En situaciones de *reacumulación*, debe valorarse, no obstante, cuál sería la solución más beneficiosa en un análisis global: si ampliar la acumulación para integrar la nueva condena o condenas o su cumplimiento por separado (*Vid.* STS 707/2013, de 30 de septiembre-ECLI:ES:TS:2013:4773)¹⁴⁴.

Cuando aparece una nueva condena hermanable cronológicamente al resto, ha de revisarse la situación como si estuviéramos ante una nueva acumulación (es decir, partiendo *de cero*). Se deshará lo acumulado y se valorarán con todas las condenas las opciones posibles, pero la nueva situación acumulatoria no podrá

142 Para ello, debe tenerse en cuenta lo establecido por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 27 de junio de 2018 en su punto número 9: “A efectos de acumulación los meses son de 30 días y los años de 365 días”. En realidad, algunos meses del calendario tienen 31 días. En sentido crítico, *Vid.* VARONA JIMÉNEZ, A., “Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018”, *Op. cit.*, págs. 10-11.

143 Según tiene dicho el TS ya en su STS 557/1996, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:1996:4470), “un auto de acumulación ha de estar abierto siempre a la posibilidad de que aparezca después otra pena no acumulada, pero que tenía que haberlo sido de haber existido una tramitación normal. En estos supuestos no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación dictada conforme al art. 988 de la LECr, habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas”.

144 *Vid.* GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, *Op. cit.*, págs. 62-65; SÁEZ MALCENIDO, E., “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria...”, *Op. cit.*, págs. 27-29, y la Circular 1/2014 FGE, sobre la acumulación de condenas, págs. 18-19. En la jurisprudencia, *vid.*, por su interés, la STS 587/2015, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4346).

perjudicar al reo retroactivamente. E incluso, aunque en su día se aplicaran los criterios previos a los Acuerdos de 3 de febrero de 2016 y 27 de junio de 2018, se permite en estos casos revisar la acumulación conforme a la jurisprudencia actual (posibilidad de realizar combinaciones, etc.). Así, según tiene dicho la jurisprudencia del TS, “un auto de acumulación no es inamovible si una nueva valoración de las posibilidades de acumulación de las condenas resulta más favorable para el condenado” (STS 26/2020, de 3 de febrero-ECLI:ES:TS:2020:330). Una vez que se entra en el caso, en definitiva, se permite replantear todo, aunque no puede producirse jamás una corrección peyorativa, en una consideración de conjunto, para el reo.

En cada bloque, el máximo de cumplimiento efectivo no podrá exceder del triple de la duración de la pena más grave. Este límite del triple, como antes hemos dicho, no puede superar nunca 20 años, salvo que estemos ante alguno de los casos especiales del art. 76.1 CP (límites de 25, 30 y 40 años). La *calculadora* permite indicar al usuario, que habrá de escoger la clasificación para el hecho criminal en cuestión, si algún delito es “especial” (categoría de la propia aplicación, dentro de la cual existen, en un nivel inferior, más opciones para cubrir todos los límites extraordinarios), por razón de que pueda dar origen a la aplicación de los máximos fijos superiores al de veinte años (pena de prisión, en abstracto, de hasta veinte o más de veinte años, con ciertas particularidades en el caso de los delitos de terrorismo¹⁴⁵). Igualmente, habrá de indicarse, respecto de los delitos especiales en la aplicación, si el delito está consumado o en grado de tentativa, pues eso afectará a la pena máxima legalmente imponible¹⁴⁶. Los delitos *normales* (por ejemplo, robo, estafa) pertenecen a la categoría “Otros”, y con ellos no se harán comprobaciones relativas a la pena máxima en abstracto.

Para construir los bloques, se respeta la antigüedad de las sentencias, comenzando por la primera de todas (la primera dictada) y siguiendo por la segunda, después se toma la tercera, etc. Los bloques pueden deshacerse, con independencia de que sean o no fructíferos, para buscar otras alternativas combinatorias, pero en un determinado bloque no se pueden incluir las sentencias de referencia de bloques previos, que serán de fecha anterior a la nueva *sentencia piloto* de un bloque. Puede seleccionarse, como se ha dicho, según la doctrina jurisprudencial del TS, la primera sentencia del bloque y también la última (la que lo cierra), lo que hará directamente la *calculadora*, generando posibles *sub-bloques*. Los cálculos se realizarán en unidades separadas de años, meses y días, realizándose la conversión de unidades sólo a los efectos de la comparación de qué es más favorable para el reo¹⁴⁷, tal y como tiene determinado la

145 Delitos de terrorismo con pena inferior a veinte años pueden ocasionar la aplicación del límite de 40 años si concurren con algún otro delito de terrorismo sancionado con pena de prisión superior a 20 años. *Vid.* art. 76.1 d) CP.

146 Según el Acuerdo del Pleno de 19 de diciembre de 2012. No existe opción para indicar la rebaja por complicidad.

147 A razón de 1 año= 365 días; 1 mes= 30 días.

doctrina del Tribunal Supremo. Recuérdese que el resultado de cada combinación es el sumatorio total de las penas acumuladas en un bloque (máximo de cumplimiento) y las penas de las sentencias no acumuladas en el mismo, a cumplir separadamente. Una combinación puede implicar la existencia de varios bloques de penas¹⁴⁸.

La *calculadora* mostrará el resultado de la combinación más favorable para el reo, indicando las sentencias incluidas en el bloque (o bloques) y aquellas que deberán cumplirse de manera independiente o por separado. Respecto de cada bloque, se detallará el triple de la pena máxima y la suma de las penas incluidas en el lote. Indicará, asimismo, si corresponde aplicar un límite especial del art. 76.1 CP. Además, junto al contenido de los bloques y las sentencias no acumuladas, la aplicación reflejará la cantidad total de pena a cumplir por el penado.

La aplicación, en realidad, es útil en los casos de pluralidad de sentencias, pero no –o no lo es tanto, al menos– cuando los hechos se hayan conocido en el mismo proceso; si las penas fueran impuestas en una misma causa, además de que los delitos serían todos ellos acumulables, no es posible realizar, pese a que ello pudiera suponer agravios comparativos, combinaciones de penas ni elegir la *sentencia piloto* o excluir una o más sanciones de las colocadas en último lugar. En las hipótesis de unidad de proceso, aunque la dificultad que entraña fijar el límite de ejecución sucesiva es menor, no obstante, la herramienta creada por el Ministerio de Justicia también puede ser empleada para establecer el tiempo de cumplimiento de las penas, realizando los necesarios cálculos y cotejos aritméticos.

4.1. Pros y contras de la Calculadora

Son varias las ventajas que presenta la “Calculadora 988”. La principal es que asegura que la determinación de la pena de quien ha recibido múltiples condenas por varios delitos es correcta, proporcionando seguridad al resultado aritmético derivado de las posibles combinaciones¹⁴⁹, y descarga de trabajo a los jueces y tribunales, que ahora pueden realizar de forma más simple y rápida el cálculo de la acumulación de penas¹⁵⁰. Esta herramienta puede suponer, abundando en lo anterior, una notable reducción de trabajo en especial para la Sala Penal del TS, dado que los recursos de

148 *Vid.* por ejemplo, la STS 50/2024, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2024:228): “La combinación parte de dos bloques”.

149 En este sentido, *vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988”, *Op. cit.*, pág. 1.173. Según VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, *Op. cit.*, pág. 34, “se trata de una herramienta ágil que eliminará los errores aritméticos que se podían producir antiguamente al calcular la combinación más favorable”.

150 En opinión de NISTAL BURÓN, J., *Fiscalización y control de la actividad penitenciaria*, *Op. cit.*, pág. 53, “la complejidad que, sin duda, conlleva este procedimiento acumulatorio ha quedado solventada, afortunadamente, con la implantación por el Ministerio de Justicia de un programa informático denominado “Calculadora 988”, que permite hacer los cálculos relativos a las acumulaciones jurídicas de forma automatizada”.

casación frente a autos de acumulación de penas representan una parte muy considerable de los asuntos que llegan a su conocimiento¹⁵¹. Además, cada vez que se recibe un recurso de casación sobre esta materia, se revisa la acumulación practicada para comprobar si ha sido realizada de acuerdo con la jurisprudencia del TS. La *calculadora* facilitará ese proceso.

La aplicación genera todas las combinaciones según las ejecutorias del caso y señala la acumulación más favorable, mostrando el tiempo de condena final a cumplir por el reo. Al evitar errores en los cálculos (en realidad, sortea eventuales equivocaciones tanto en la formación de los bloques como en las operaciones aritméticas), aunque estos podrían solucionarse en muchos casos a través de la aclaración (arts. 161 LECrim y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), la *calculadora* evita también que se tenga que recurrir un auto de acumulación por razón de que la acumulación esté mal practicada, o porque exista otra opción más beneficiosa para el reo que no fue detectada en su momento. En este sentido, hay que tener en cuenta que una solución final al caso demasiado tardía puede ocasionar un importante perjuicio al condenado, si este acaba cumpliendo más tiempo de condena del que realmente le correspondía con arreglo a lo dispuesto por el art. 76 CP (según la interpretación del TS).

Por supuesto, el usuario debe revisar la acumulación por si hubo algún error al introducir los datos o se hubiera dejado fuera, por olvido, alguna ejecutoria. Igualmente, por si se ha incluido una sentencia que no debería haber sido tenida en cuenta por el algoritmo de cálculo. El tribunal también habrá de hacer lo propio, con más razón obviamente, en el momento de resolver el expediente. La aplicación advierte de posibles fallos al introducir los datos (por ejemplo, si la fecha de hechos es superior a la fecha de sentencia condenatoria), o si faltara algún extremo imprescindible para realizar la acumulación (*v. gr.*, porque el campo *pena* estuviera vacío). Cuenta, asimismo, lo cual es de gran utilidad, con un sistema de alertas (en distintos colores) en casos problemáticos, para que el usuario decida si el programa informático debe tener en cuenta o no una condena (por ejemplo, porque se hubiera acordado la suspensión de su ejecución y también si el triple de la pena máxima viene determinado por una condena con la ejecución suspendida, o si hubiese dos o más ejecutorias que tienen la misma fecha de sentencia)¹⁵².

151 A modo de ejemplo, para que nos hagamos una idea del volumen representado, según señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M., “Acumulación de condenas...”, *Op. cit.*, pág. 2, “de las 400 primeras sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el año 2019 (las dictadas hasta agosto), 68 tenían como objeto acumulaciones de condenas: un 17% (incluso, de las primeras 60 sentencias de ese mismo año, 26 se refirieron a esta materia, un 43,33%)”.

152 En opinión de TORRES LÓPEZ, L.S./PERALTA GUTIÉRREZ, A., “Marco normativo de la inteligencia artificial en el ámbito comparado”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 9, 2022, pág. 30, como función, “una muy útil sería la de cómputo de plazos para interposición de recursos, de tal manera que diera alerta en caso de presentación fuera de plazo con borrador de decreto o auto de inadmisión de recurso por transcurso de plazo, sujeto a supervisión y aprobación humana”.

Salvo en lo referido al registro de los datos en la aplicación, que tiene que realizarse manualmente, el proceso de cálculo de condenas está totalmente automatizado, con lo que se puede reducir muy significativamente el tiempo que los *usuarios* dedican a esta laboriosa y lenta, además de enredada, tarea de acumular las penas. Bien se ha dicho que la herramienta de cálculo de acumulaciones “es el ejemplo de cómo la tecnología aplicada a la Justicia mejora la productividad de los usuarios”¹⁵³. Si son muchas las condenas, no obstante, introducir todos los datos puede conllevar al usuario la inversión de bastante tiempo (al menos, varios minutos). Como destaca DOLZ LAGO, la aplicación permite no sólo un ahorro de tiempo para todos los agentes que intervienen en el procedimiento de acumulación (incluidos abogados y funcionarios), sino también de su energía intelectual¹⁵⁴.

Asimismo, podrá contribuir a que los tribunales inicien de oficio (a lo que en realidad vendrían obligados por el art. 988.3 LECrim) el incidente de acumulación, dando una mejor observancia al principio de legalidad en la ejecución.

Ahora bien, hay casos que pueden ser problemáticos y que quedará al criterio del usuario resolver, sin que la aplicación decida por él. Por ejemplo, si ha de tomarse en cuenta o no una condena suspendida para la acumulación, la acumulación condicionada de una pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, si hay penas de dos Códigos o en caso de que la modificación de una acumulación, por aparecer nuevas condenas, suponga incurrir en una suerte de *reformatio in peius*. La calculadora dará la solución, pero queda en manos del usuario tomarla o no, analizando los pormenores del caso. Lo mismo debe decirse si hay una sentencia con varios hechos independientes y todos o algunos de ellos fueron realizados en fechas diferentes, aunque bajo nuestro criterio personal siempre debería indicarse las fechas de cada uno si se tratara de hechos autónomos, sancionados de forma independiente, aunque fueran enjuiciados en un mismo proceso. Por todo ello, es conveniente, como ya se ha dicho, impartir formación tanto sobre el uso de la propia *calculadora* como de la normativa y la jurisprudencia que se está aplicando para fijar la limitación.

Asimismo, es posible que algún delito hubiera sido cometido en la fecha de la sentencia piloto, no siendo razonable considerarlos acumulables (aunque la *calculadora* lo hace), si son verdaderamente posteriores a la fecha de la condena. Si hay certeza de que fueron cometidos después del dictado de la sentencia (aunque sea por minutos), podrían excluirse del cálculo –pero en ese caso, según parece, no serían valorados por la aplicación en la constitución de los distintos bloques ni en el resultado final– o bien –aunque esto supondría alterar la fecha de sentencia, lo cual no es, desde luego, legítimo, además de que esta decisión podría impactar en otros bloques– indicarse una fecha de pronunciamiento ligeramente posterior (un día después) para que el algoritmo no los tome en cuenta. También cabe resolver la acumulación, y sería lo

153 Candidatura de la *calculadora* a los premios @asLAN.

154 DOLZ LAGO, M.J., “Una aproximación jurídica a la Inteligencia Artificial”, *Op. cit.*, pág. 19.

mejor en estos casos, al modo tradicional: a mano. Lo más beneficioso, en verdad, para el reo, sería su inclusión, pero esto es, cuando menos, altamente discutible (y rechazable a nuestro juicio) porque, como ya se ha dicho *supra*, el tenor del art. 76.2 CP exige que los delitos fueran cometidos “antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”. En la práctica, esos delitos posteriores quedarían impunes o con una pena reducida si se permite su acumulación. Pero hasta que recae una sentencia (o entre una sentencia y otra) todos los hechos realizados por un mismo individuo son susceptibles de acumulación, incluso aunque estuvieran siendo investigados y se hubiera abierto ya juicio oral por algunos cuando se cometieron otros.

La “Calculadora 988” ha sido recibida de manera muy positiva por jueces, magistrados y fiscales, y también en el seno de instituciones penitenciarias. Se considera, “esencial”¹⁵⁵, y “muy necesaria, y muy útil”¹⁵⁶. Según el magistrado DEL MORAL GARCÍA, “es un programa muy sencillo y elemental, pero de enorme eficacia para una labor muy prosaica. Lo debemos a la iniciativa de un anterior equipo ministerial”¹⁵⁷.

Para el Ministerio de Justicia, la “Calculadora 988” ofrece importantes ventajas: contribuye a mejorar la productividad al reducir a la mitad el tiempo necesario para calcular la acumulación de condenas; aporta simplicidad en el registro de los datos, generando automáticamente el resultado del cálculo; evita posibles errores en la determinación de los bloques de acumulación y los cálculos intermedios, garantizando mayor rigor en el resultado del cómputo; conlleva un aumento en la confianza, lo que podría traducirse en una reducción de recursos y costos procesales; y todas las acumulaciones de condenas se calculan utilizando un mismo algoritmo, homogeneizándose así el criterio de cálculo para la totalidad de los usuarios¹⁵⁸.

Ciertamente, la aplicación podría convertirse, si aún no lo es, en un instrumento imprescindible para los tribunales, especialmente cuando la hoja histórico-penal del reo contiene un elevado número de condenas. Permite realizar en poco tiempo las combinaciones, evitando errores en el diseño de los bloques, y brinda fiabilidad a los cálculos aritméticos, tanto intermedios como finales. La *calculadora*, y esto es crucial, maximiza las posibilidades de acumulación, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de la conexidad del art. 76.2 CP, lo que va en beneficio del condenado. Desde la perspectiva de la Administración de Justicia, como ya se ha

155 MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, *Op. cit.*, pág. 12.

156 TORRES LÓPEZ, L.S./PERALTA GUTIÉRREZ, A., “Marco normativo de la inteligencia artificial en el ámbito comparado”, *Op. cit.*, pág. 30.

157 DEL MORAL GARCÍA, A., “Inteligencia artificial y justicia penal”, en *I Simposio justicia y derecho en datos*, Ministerio de Justicia, 2023, p. 99.

158 <https://aslan.es/wp-content/uploads/2020/02/20200205-Calculadora-988F.pdf> (consulta: 04.02.2024).

dicho, los tribunales pueden resolver más ágilmente las acumulaciones de condenas, ahorrando tiempo y esfuerzos a todos los intervinientes en el proceso.

Asimismo, si se admitiera la posibilidad de revisar acumulaciones jurídicas firmes a la luz de la nueva jurisprudencia, la *calculadora* ayudaría a detectar en qué casos se obtendría una reducción de la condena.

Vamos a pasar ahora a ver cuáles son sus posibles desventajas o las cuestiones problemáticas que podría suscitar la aplicación.

Lo primero que debemos preguntarnos, aunque esto no constituiría propiamente una “desventaja”, es si la utilización de la *calculadora* puede implicar, por sí misma, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado (art. 24.1 CE). Pensamos que no¹⁵⁹, dado que el reo obtendrá la solución más favorable de todas, igual que la obtendría –o debería obtenerla, con carácter general– si la acumulación se calculara a mano, y sin errores. Además, su uso puede contribuir a agilizar notablemente la resolución de los expedientes de acumulación de penas, cuando es sabido que una tramitación con dilaciones, aunque el art. 988 LECrim no fija un plazo máximo dentro del cual haya de estar resuelto el expediente, podría ocasionar un ilegítimo alargamiento del tiempo de cumplimiento de la condena, con vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), si hablamos de penas privativas de libertad. En este sentido, debe recordarse que la acumulación jurídica está prevista a modo de beneficio legal y que, siendo así, debe aplicarse imperativamente, sin que puedan establecerse más excepciones que las legales a esta regla punitiva, siempre que represente un beneficio penológico para el condenado. En definitiva, resolver los casos más rápidamente, lo que puede llegar a ser vital para el interno, a lo que contribuirá sin duda la calculadora, correrá en favor del reo.

En relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales, consideramos que, aunque la acumulación se resuelva utilizando la *calculadora*, ello no exime al juez o tribunal de razonar por qué se toma una determinada opción acumulativa sobre otras. Es más, debería reflejarse en el auto por el órgano judicial, de una manera detallada, al igual que ha de indicarse si concurre la conexidad temporal y entre qué hechos, qué alternativas o combinaciones son posibles con las ejecutorias del caso, qué pautas se han seguido para identificarlas y justificar debidamente que la opción seleccionada es la solución más beneficiosa para el reo (lo que puede demostrarse matemáticamente), aunque, ciertamente, a este lo que le interesará es conocer cuántos años de prisión (o de otra pena) habrá de cumplir finalmente. Como destaca CORDERO LOZANO, el auto de acumulación “analiza y resuelve cuestiones de particular relevancia y por ello requiere el mismo grado de motivación jurídica que las sentencias”¹⁶⁰. Téngase en cuenta, abundando en ello, que una motivación defi-

159 Asimismo, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988”, *Op. cit.*, pág. 1.173, pero porque “se evitan los errores de prolongar indebidamente los años de cumplimiento efectivos de condena”.

160 CORDERO LOZANO, C., “Ejecución de la pena de prisión...”, *Op. cit.*, pág. 18.

ciente, o simplemente la falta de información sobre cómo se ha determinado la pena final –sin perjuicio de que la solución dada al fondo sea objetivamente correcta– puede dificultar la articulación de recurso por parte del penado frente a un auto de acumulación de penas.

Por otra parte, y aunque difícilmente el art. 76 CP puede dar más de sí al nivel interpretativo, lo cierto es que la *calculadora* podría, de manera indirecta, obstaculizar nuevas y más favorables posibilidades en la interpretación de las reglas sobre acumulación de condenas que se aparten o discrepen de la doctrina actual del TS (en realidad, del propio algoritmo que mueve la *máquina*)¹⁶¹. Además, provocará, justificada o injustificadamente, un desinterés en la comprensión de las reglas punitivas del concurso real de delitos y del procedimiento práctico para su aplicación. Si existe la posibilidad de que lo haga la tecnología, y en mucho menos tiempo, rara vez se optará, salvo que no quede otra opción, por realizar manualmente una acumulación. Y una utilización irreflexiva de la aplicación, a su vez, no facilitará la detección de posibles errores de configuración o, más en general, de aspectos a mejorar del algoritmo de cálculo.

En relación con lo anterior, existe el riesgo de que el TS rechace de manera sistemática, y por una cuestión de simple comodidad, sin entrar en el fondo del asunto, todos aquellos recursos relativos a acumulaciones en las que el tiempo de cumplimiento esté, por utilizar el algoritmo, correctamente calculado. En cualquier caso, el resultado dado por la *calculadora* no es vinculante y es necesario que el juez o tribunal lo interprete (especialmente si, sobre alguna cuestión, existe más de una interpretación posible o no hubiera en la jurisprudencia un criterio consolidado), pudiendo incluso surgir discrepancias con el algoritmo por parte del usuario¹⁶². Más aún, cuando la *calculadora* (o más específicamente el algoritmo) no tiene, hasta donde sabemos, ningún refrendo legal, pese a ser creada oficialmente (por el Ministerio de Justicia).

Ahora bien, la aplicación no debería impedir que se planteen propuestas más favorables a internos e internas que la interpretación consolidada del TS, que habrán de ser valoradas por los tribunales, dando la correspondiente respuesta a quien las realiza. Por otro lado, futuros cambios o avances en la interpretación judicial del art. 76 CP (por ejemplo, si se llegara a permitir en algún momento la exclusión de las denominadas sentencias estorbo¹⁶³, se resolviera jurisprudencialmente que no son

161 De esta idea, SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P., “Pros y contras de la IA en el medio penitenciario. Algunos ejemplos y muchos riesgos”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 40, 2023, pág. 15. Además, “a su vez, la opacidad de la calculadora, o la mayor dificultad de entender “sus tripas”, dificulta que nos hagamos conscientes de esas posibles mejoras interpretativas que restan por abordar, o de los errores que el cálculo del algoritmo pueda ocasionar”. Aplauden, no obstante, “el impulso que ello ha supuesto para la apertura de expedientes de reducción de condena”.

162 Por ejemplo, recuérdese lo señalado *supra* en relación con la STS 962/2021, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4603).

163 Reclamándolo, SOLAR CALVO, P., “Triple de la mayor y condenas eternas”, *Op. cit.*, págs. 436-442. En contra, sin embargo, DEL MORAL GARCÍA, A., “Acumulación de condenas. Notas”, *Op. cit.*,

acumulables los delitos cometidos dentro del mismo día que se dicta la sentencia piloto, o fuera posible, aunque en este caso las modificaciones serían mucho menores, acumular condenas procedentes de tribunales de otros países), deberían suponer una “reprogramación” o actualización del algoritmo¹⁶⁴, aunque esté abierto, como no puede ser de otro modo, a evolucionar¹⁶⁵. La aplicación, de hecho, ha sido objeto de varias actualizaciones desde su lanzamiento.

En otro orden de cosas, la aplicación sólo está disponible para determinar el máximo de cumplimiento con las penas privativas de libertad de carácter temporal (prisión, responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y localización permanente); sin embargo, legalmente nada impide que el art. 76 CP, al menos en lo que afecta a los máximos ordinarios del triple y los veinte años, pueda ser aplicado a penas de otra especie (consigo mismas o con otras de naturaleza distinta), siempre que existan varias sanciones de cumplimiento sucesivo (única exigencia legal emanada de los arts. 75 y 76 CP).

Es verdad que tal restricción es conforme con los criterios del TS sobre qué clase de penas son acumulables (cfr. STS 866/2016, de 16 de noviembre - ECLI:ES:TS:2016:4996), pero esto favorece una interpretación que es la que más se aleja de la literalidad del precepto, que no distingue entre clases de penas, y que no va en beneficio del reo, pues varias penas privativas de derechos, por ejemplo, podrían requerir de un cumplimiento sucesivo. Además, en cuanto a su fundamento, la limitación está justificada para evitar sanciones excesivas y/o desproporcionadas, a las que podría llegarse con penas de cualquier especie si simplemente se adicionan, y no sólo con las privativas de libertad¹⁶⁶. Si se rechaza su acumulación jurídica, las sanciones incompatibles para un cumplimiento a la par deben cumplirse de manera sucesiva y sin límites, incluso aunque procedan de infracciones temporalmente conexas. A nuestro juicio, la acumulación sólo debería ser material si eso es lo que beneficia al reo. Para la mayoría de la doctrina, la ubicación sistemática del art. 76 CP en sede de las “Reglas especiales para la aplicación de las penas” del Código, las cuales no se limitan a las penas privativas de libertad, ni más específicamente a la pena de prisión, debería permitir su aplicación a todas las penas con tal de que deban cumplirse sucesivamente (y el tope, claro, beneficie al condenado)¹⁶⁷.

pág. 11; ORTEGA MATESANZ, A., “A propósito de la STS 117/2021, de 11 de febrero...”, *Op. cit.*, pág. 11.

164 Según DOLZ LAGO, M. J. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., *Por una política judicial humanista en la era digital...*, *Op. cit.*, pág. 199, el algoritmo “está abierto a sus posibles modificaciones”, pero es transparente en cuanto a su código fuente.

165 Por supuesto, también las modificaciones legales que supusieran alterar cómo se procede a una acumulación (si se cambiara por ejemplo la fecha de referencia) obligarían a actualizar el algoritmo.

166 ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español...*, *Op. cit.*, págs. 214-215.

167 Por todos, CORDERO LOZANO, C., “Ejecución de la pena de prisión...”, *Op. cit.*, pág. 14. Favorable también a este criterio, entre otros, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de*

Aunque la pena de prisión permanente revisable es privativa de libertad, para esta no es de aplicación el criterio de acumulación jurídica, sino que rige una regla de absorción (cfr. art. 76.1 e). CP), con elevación, en los supuestos considerados más graves por el legislativo, de los plazos mínimos para la clasificación del reo en tercer grado y la suspensión de la ejecución (libertad condicional). Dado ello, la aplicación no puede utilizarse con esta clase de pena privativa de la libertad (no la incluye), pese a que los plazos del art. 78 bis CP también deban determinarse según la extensión de las penas de los delitos en concurso.

Las medidas de seguridad, por otra parte, no son en principio acumulables jurídicamente por su diferente naturaleza de las penas y la herramienta no contempla la posibilidad de incluirlas. A nuestro juicio, el art. 76 CP debería ser aplicable a las medidas de seguridad de cumplimiento sucesivo, en especial si son privativas de la libertad, por analogía favorable al reo.

Por otro lado, y hasta donde alcanzamos, la aplicación no indica automáticamente si puede ser de aplicación en el caso concreto el art. 78 CP. Determinarlo, aunque en teoría bastaría con restar el límite fijado a la suma de las penas y comprobar si el resultado queda por encima o por debajo de su mitad¹⁶⁸, no es sencillo, y en realidad habría que preguntarse si es verdaderamente aplicable –máxime con la interpretación posterior al Acuerdo de 27 de junio de 2018–, porque habrá condenas que estén acumuladas jurídicamente y otras que no (además de que pueden aprobarse distintos bloques de acumulación), y no parece razonable que el régimen que introduce este precepto jurídico-penal afecte a condenas no sometidas efectivamente al art. 76 CP, siendo también muy discutible su aplicación a varios bloques si no se llega, en cada uno de ellos, al descuento que exige el art. 78.1. Sin entrar a valorar la conveniencia de su regulación, rechazada de forma prácticamente unánime por la doctrina, para una futura actualización de la *calculadora*, creemos que sería muy conveniente que esta pudiera realizar también los cálculos relativos al art. 78 CP (aunque después deban interpretarse judicialmente). En cualquier caso, debe señalarse que no es obligatorio, sino potestativo, a diferencia de lo que sucede con el art. 76 CP, aplicar el régimen de *cumplimiento íntegro* del art. 78 CP.

Finalmente, se ha dicho ya que la “Calculadora 988” no está disponible para los abogados. Sin embargo, no alcanzamos a comprender por qué esto es así y la razón de que no se haya llegado a algún acuerdo con el Consejo General de la Abogacía Española para que la aplicación pueda ser utilizada también por los letrados. Habilitársela garantizaría que el penado se colocara en una posición de igualdad con el tribunal y el Ministerio Fiscal (que es parte necesaria en el expediente), al contar con los mismos recursos para hallar la pena de cumplimiento. Sería especialmente

la pena, *Op. cit.*, págs. 164 y 167. De otra forma, sin embargo, NISTAL BURÓN, J., “El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la “acumulación jurídica””, *Diario La Ley*, n.º 8025, 2013.

¹⁶⁸ Haciéndolo de este modo, si el resultado de la resta es superior a la mitad de la suma de imposición, podría aplicarse el art. 78.1 CP.

interesante que la *calculadora* estuviera disponible, como herramienta de apoyo, para los Servicios de Orientación Jurídica Penitenciaria de los distintos Colegios de Abogados, que realizan importantes labores de asesoramiento a los internos sobre cuestiones relativas, entre otras, al cumplimiento de las penas (refundición de penas, limitación del cumplimiento, abono de prisión preventiva, etc.). Además, involucrar a más colectivos en la definición del algoritmo habría permitido alcanzar un consenso más amplio sobre su configuración, evitando posibles disconformidades, por ejemplo, a la hora de realizar las combinaciones de bloques.

La consecuencia de ello será que las solicitudes planteadas por un abogado en nombre del penado sean genéricas (y quizá sin realizar un estudio detenido), especialmente cuando no resulte fácil atisbar la solución del caso, pero sin poder dejar de plantearlas en modo alguno ante el riesgo de que los límites nunca les sean aplicados a los condenados¹⁶⁹. Y ello, porque, con independencia del contenido de la solicitud, debe optarse judicialmente por la reunión de penas más propicia. Los tribunales siempre se han de decantar por la combinación más favorable a partir de los principios *pro reo* que orientan la jurisprudencia del TS (cfr. STS 50/2024, de 17 de enero-ECLI:ES:TS:2024:228).

Desde la perspectiva práctica, extender su uso a los abogados podría evitar una litigiosidad innecesaria y permitiría el estudio más rápido de los casos, lo que coadyuvaría a una mejor defensa de los derechos de los condenados, para valorar si se presenta una solicitud de acumulación de penas (o en su caso, si se recurre un auto de acumulación)¹⁷⁰.

En apoyo para que la aplicación se habilite para los profesionales de la abogacía, puede señalarse, por un lado, que es necesario que el penado esté asistido de abogado en el expediente de acumulación de penas (por todas, STS 1100/2006 de 13 de noviembre-ECLI:ES:TS:2006:6955). Y por otro, que, si una solicitud se realiza directamente por el penado, sin concurso de abogado (lo cual es posible; cfr. STS 1167/2005, de 19 de octubre-ECLI:ES:TS:2005:6271), al interesado se le requerirá para que designe, además de procurador que le represente, un letrado que defienda sus intereses, y si no lo hiciera dentro del plazo que se le concede se procederá a nombrarle uno de oficio (cfr. STS 1100/2006, de 13 de noviembre-ECLI:ES:TS:2006:6955).

169 En este sentido, son muy interesantes las consideraciones del Informe de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española titulado “La incidencia del sistema de acumulación en los derechos de los penados”. *Informes 2018. Comisión jurídica del Consejo General de la Abogacía Española. Edición especial XII Congreso Nacional de la Abogacía Valladolid 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 332.

170 Indica DOLZ LAGO, M. J., “Refundición o acumulación de condenas”, *Op. cit.*, pág. 7, con quien coincidimos en buena parte de lo que afirma, que “incluso, en su día, tenía intención de ofrecerlo al Consejo General de la Abogacía para que también fuera utilizada por los abogados y así llegar a un consenso aritmético, objetivo, en estas materias contenciosas que permitiera una mejor confluencia de criterios jurídicos, de forma que al ser compartidos, se evitara una litigiosidad innecesaria y se agilizará la defensa del derecho fundamental a la libertad de los penados dentro de la defensa de la legalidad que implica la ejecución de las penas”.

5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La “Calculadora 988” determina el resultado de la acumulación tras comparar las distintas posibilidades de formación de bloques, con el tiempo de cumplimiento que cada combinación proyecte. La combinación puede concluir en varios bloques efectivos. Sirve para fijar lo que en el *argot* penitenciario se denomina *triple de la mayor*.

No hay duda de las grandes ventajas que ofrece en términos de precisión y agilidad para resolver las acumulaciones de condenas. Esta aplicación, en una clara muestra de aprovechamiento efectivo de los beneficios que ofrece la IA, no sólo puede realizar las operaciones acumulativas mejor que los seres humanos, sino que lo hace de manera más rápida. Será muy útil en situaciones con un alto número de condenas, pues en esos casos la tarea se hace especialmente pesada y es más fácil, por la amplitud de los datos, incurrir en algún error. En muchos casos, la solución informática hallará combinaciones de penas que escapan al ojo humano, permitiendo una aplicación más favorable de los límites del art. 76.1 CP. La aplicación, además, al resolver los casos a partir de unas instrucciones únicas, evita para sus usuarios una posible disparidad de criterios –lo que destaca el propio Ministerio de Justicia– en el cálculo de las acumulaciones, por ejemplo, a la hora de elegir qué sentencia tomar si hubiera varias con la misma fecha o en el diseño de las combinaciones al elaborar los bloques. Todo ello, sin perjuicio de las posibles discrepancias que puedan existir con el algoritmo de cómputo¹⁷¹.

La importancia de la materia, pues la aplicación del art. 76 CP será esencial en muchos casos para las posibilidades de reinserción del interno, los derechos que pueden verse afectados y la complejidad técnica de las acumulaciones (innegablemente mayor con el cuerpo jurisprudencial posterior a la reforma de 2015), junto con el desconocimiento generalizado que existe sobre esta institución, incluido el ámbito judicial, aunque es cierto que cada vez está recibiendo mayor atención por la doctrina, justifican sobradamente su creación por parte del Ministerio de Justicia español.

Sin embargo, consideramos que la “Calculadora 988” contribuye, en lo que afecta al tratamiento penológico del concurso real de infracciones, a la perpetuación de un sistema de determinación de la pena impropio de los tiempos actuales¹⁷², basado en meras operaciones aritméticas (suma de las penas y limitación al cumplimiento

171 Por ejemplo, en cuanto a lo que hemos señalado en relación con la fecha a considerar si varios delitos autónomos fueran juzgados en la misma sentencia, y también a propósito de los delitos realizados en la fecha de dictado de una sentencia, que se consideran acumulables, si aquella es la piloto, por el algoritmo.

172 En este sentido, las críticas de SANZ MORÁN, A. J., “Sobre el “arte de contar los delitos”. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales”, *Op. cit.*, pág. 54; el mismo, “Concursos de normas y de delitos: Arts. 74, 76 y 77 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 286.

sucesivo)¹⁷³ y en el que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos que, de manera más racional, optan por la imposición de un solo castigo (y con límites de duración más bajos) para los diversos delitos, debiendo concretarse su extensión en función de la culpabilidad del autor y de consideraciones de tipo preventivo especial, no hay posibilidad para una verdadera individualización de la pena en atención a la gravedad de los hechos y a las circunstancias del responsable de los mismos¹⁷⁴.

No hay margen para el arbitrio judicial, desplazado totalmente por la legalidad, a la hora de fijar la sanción definitiva, en cuanto a su extensión, que cumplirá el condenado. Para concretar el *quantum* penológico basta con efectuar operaciones, todas ellas, de naturaleza puramente objetiva y que no requieren realizar ningún razonamiento jurídico (sólo matemático): conjugar las fechas de los hechos y sentencias, y concluir las operaciones y cotejos aritméticos. En la acumulación jurídica, en lo relativo a las posibilidades de que pueda entrar en juego esta regla mitigadora de la penalidad, lo que importa es la correlación cronológica de las infracciones y no la gravedad de los hechos en concurso o la peligrosidad del reo¹⁷⁵.

Estamos con el caso español, como bien lo ha calificado PALOMO DEL ARCO, ante un “aritméticamente encorsetado sistema punitivo”¹⁷⁶, y en el que, como consecuencia de operar con sanciones predeterminadas por la ley, se tratan casos muy diferentes, sin ninguna discriminación, de idéntico modo¹⁷⁷. Ciertamente, nuestro legislador no ha dejado atrás, en esta materia, la aritmética penal decimonónica.

Tanto la acumulación se calcule a mano como lo haga la aplicación, han de manejarse los datos de las fechas de los hechos y de las sentencias, así como la magnitud de las penas impuestas al reo. Su propio nombre es indicativo de lo que puede hacer la “Calculadora 988” (es decir, *calcular*, aunque sea algo más que una calculadora en el sentido tradicional) y da buena cuenta de en qué se basan las reglas punitivas del concurso real de infracciones del Código Penal español: en reglas jurídico-aritméticas, que, además, suelen resultar, aunque en el fondo puedan ser sencillas, áridas para la mayoría de los juristas, que las afrontan con no pocas cautelas. *Contar las penas*

173 Aunque tras ello se encuentra, tal y como recuerda MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M., “Acumulación de condenas...”, *Op. cit.*, pág. 2, la libertad de las personas.

174 Afirma con razón SALCEDO VELASCO, A., “La refundición de condenas: acumulación de penas”, en BUENO ARÚS, F. (dir.), *La ejecución de la sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 215, que “el problema de fondo, no abordado plenamente por el incidente de refundición de condenas, es la contemplación unitaria de la pena para procurar una individualización satisfactoria y cumplidora, a su vez de los fines del sistema penal”.

175 Entre tantos otros, PALOMO DEL ARCO, A., “La aritmética y el Código Penal”, *Op. cit.*, pág. 299. Ya algo en este sentido, SALCEDO VELASCO, A., “La refundición de condenas: acumulación de penas”, *Op. cit.*, págs. 231-232.

176 PALOMO DEL ARCO, A., “La aritmética y el Código Penal”, *Op. cit.*, pág. 298.

177 ORTEGA MATE SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español...*, *Op. cit.*, pág. 474.

–y no sólo los delitos, como dijera MAYER¹⁷⁸– *es un arte*. Ahora, al menos, el *caos aritmético* se disipa, eliminando cualquier temor sobre algún posible traspié que los jueces pudieran tener al realizar las acumulaciones.

En este marco de objetividad, realmente, ninguna diferencia habrá entre que la acumulación la realice el ser humano o la realice una máquina. No hay riesgos de parcialidad ni de dar soluciones no neutrales o injustas. El resultado obtenido, en cuanto a la duración de la condena, será el mismo (si las operaciones se han realizado correctamente), pero, eso sí, la aplicación contribuirá a agotar las posibilidades de acumulación y permitirá proporcionar una solución más rápida al caso. No apreciamos, por ello, ningún riesgo real, en cuanto a la posible vulneración de derechos fundamentales que pudiera suponer la utilización de la *calculadora*, y esto pese a que lo resuelto en el expediente de acumulación de penas, si hablamos de sanciones privativas de libertad, repercute sobre el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE). Tampoco se produce una merma de la seguridad jurídica, pues se garantiza la aplicación del art. 76 CP sin fallos y en la forma que más beneficio reporte.

Solamente teniendo presente lo que se ha dicho se concibe esta *calculadora*, que únicamente puede ser utilizada cuando un mismo sujeto ha sido condenado por diferentes delitos en concurso real, pero no si estamos ante un concurso ideal, un concurso medial o un delito continuado, respecto de los cuales no se han de acumular las penas y sí existe discrecionalidad judicial –en mayor o menor medida– en la medición de la pena, pues la sanción debe establecerse por el juez dentro de un marco punitivo.

Pero distinto sería si rigiera, como antiguamente (Ley 3/1967, de 8 de abril), un criterio de conexidad procesal, que en su momento dio lugar a pronunciamientos judiciales diversos y para nada homogéneos, pues solamente se entendían como hechos conexos “los unidos por un nexo derivado de la unidad del responsable y de ciertas circunstancias de tipo objetivo implicativas de analogía, semejanza o simple relación, como son la unidad de bien jurídico, de precepto penal violado, de modus operandi de tiempo o lugar” (STS de 11 de abril de 1991-ECLI:ES:TS:1991:9687). Eso suponía que, entre otros supuestos, se dejaran fuera de la acumulación jurídica los delitos cometidos en diferentes lugares –en el ámbito territorial de distintos partidos judiciales según la STS de 7 de febrero de 1968 (ECLI:ES:TS:1968:974)– o las condenas ya cumplidas (por todas, STS de 23 de noviembre de 1968-ECLI:ES:TS:1968:3143), así como las infracciones con diferente sujeto pasivo (STS de 7 de febrero de 1968 ECLI:ES:TS:1968:974).

En ese caso del examen de conexidad procesal, para determinar la analogía o relación existente entre los hechos, no parece que la *calculadora* pudiera sustituir al juez (humano), y en nuestra opinión tampoco sería lo más recomendable, en su tarea de

178 MAYER, M. E., *Derecho penal. Parte general*, traducción de la edición alemana de 1915 a cargo de S. POLITOFF, B de F, Buenos Aires (Argentina), 2007, pág. 194.

valorar, no ya si es aplicable el límite según las penas concurrentes (y cuál de todos), sino si hay lugar a entrar a analizar si procede su aplicación, por cuanto podrían darse, según el criterio de la aplicación, soluciones muy dispares, aun con el mismo número de delitos cometidos y de penas aplicadas. Habría que realizar, en definitiva, un razonamiento jurídico, sin que parezca conveniente que de ello se encargue un programa informático, al tratarse de una tarea esencialmente valorativa y que requiere de discrecionalidad¹⁷⁹.

Tampoco sería recomendable, en nuestra opinión, recurrir a una aplicación similar si la pena final debiera concretarse, no sumando las penas hasta un límite, sino dentro de un marco penal, y hubiera que valorar, a tales efectos, aspectos tales como la gravedad de los hechos y la personalidad del agente o lo que se pretende con el castigo impuesto, respecto de lo cual nos resulta imprescindible, sobre todo en cuanto a lo último, la intervención del juez humano, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica y para evitar una peligrosa objetivación en la medición de la sanción. Que exista un necesario arbitrio judicial, que deban valorarse las circunstancias del caso y del autor de los delitos, no quiere decir que la determinación de la pena sea arbitraria; pero si se recurre a una aplicación de inteligencia artificial o cibernética existe el peligro de que sea así¹⁸⁰. La exigencia de motivación en la determinación de la pena que corresponde al delito cometido (art. 72 CP), tampoco hace aconsejable, para realizar esta labor, de manera general, en nuestra opinión, la figura del juez robot. Diferente, por supuesto, es el caso de la *calculadora Dolz*, que, simplemente, realiza las acumulaciones de penas (ya impuestas), teniendo en cuenta distintas fechas y cantidades numéricas, sin desviarse lo más mínimo del algoritmo basado en la ley reguladora del concurso real de delitos y la jurisprudencia que la interpreta.

En fin, la comodidad que aporta la *calculadora* a los tribunales puede favorecer que el legislador no se replantee la conveniencia de modificar el sistema de punición del concurso real de delitos, pese a ser ello reclamado reiteradamente, y con absoluta razón, por los especialistas en la materia. La crítica no sólo apunta a las bases del sistema, sino también a su concreta configuración: “la opción legal por el triple se antoja caprichosa y genera injusticias o paradojas que sólo está en manos del legislador resolver”¹⁸¹, entre ellas, sus efectos aleatorios debido a que sólo beneficia si las

179 Decía SALCEDO VELASCO, A., “La refundición de condenas: acumulación de penas”, *Op. cit.*, pág. 272, que “difícilmente se puede hablar de un “sistema” en la jurisprudencia del TS, pues es fácil comprender que, sobre estas bases, cada caso será un mundo y es difícil, así, hacer sistema, más allá del establecimiento de esas propias bases, que consagran una amplia discrecionalidad, sin arbitrariedad en la apreciación judicial”.

180 GÓMEZ COLOMER, J.L., *El juez-robot. La independencia judicial en peligro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 276, considera, de manera general, que la IA puede ser bienvenida en algunos aspectos en la medición de la pena, aunque advierte que “el análisis global de los criterios que es necesario tener en cuenta para, actuando con discrecionalidad, fijar la pena en concreto, escapan en su conjunto de momento a la IA, y por tanto son inaplicables por un Juez-Robot”.

181 DEL MORAL GARCÍA, A., “Acumulación de condenas. Notas”, *Op. cit.*, pág. 6.

penas son de la misma gravedad; y, por otra parte, los límites de treinta y cuarenta años, aunque excepcionales, son, a todas luces, demasiado elevados¹⁸², máxime si tenemos en cuenta que desde 2015 existe en nuestra normativa penal una pena de prisión permanente revisable, teóricamente prevista para los delitos más graves. Pero, además, la enorme dificultad, desde el punto de vista técnico, en la aplicación de las reglas de formación de bloques, para la medición de la penalidad, hacen que el sistema sea ya insostenible, prescindiendo de una de las (escasísimas) razones que, en abstracto, junto a la previsibilidad de la pena, justifican adoptar un régimen de acumulación de penas: su sencillez. Y ello, aun cuando se siga una interpretación *pro reo* de la normativa a partir de los principios que orientan la ejecución (fundamentalmente: los de humanidad y rehabilitación social).

Un cambio de sistema en la determinación de la pena del concurso real de delitos, optando por ejemplo por una menos rigurosa fórmula de absorción agravada o de exasperación, convertiría en inservible la aplicación.

6. BIBLIOGRAFÍA

ASENSIO MORUNO, M. T., “Ejecución de penas privativas de libertad”, CEJ, 2013.

CÁMARA ARROYO, S., “Acumulación jurídica de condenas (art. 76 CP) y refundición de penas por enlace (art. 193.2ª RP1996). Especial atención a sus efectos en materia de beneficios penitenciarios y libertad condicional (Art. 78 CP)”, en LEÓN ALAPONT, J. (dir.), *Guía práctica de derecho penitenciario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

CATALÁN CHAMORRO, M. J., *La justicia digital en España. Retos y desafíos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Artículo 70”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L. (coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.

CORDERO LOZANO, C., “Ejecución de la pena de prisión. Especial referencia a la acumulación jurídica de condenas y a la refundición de penas”, CEJ, 2012.

CÓRDOBA RODA, J., “Artículo 70”, en CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A. y CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1972.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Algunas cuestiones que plantea la acumulación de condenas”, CEJ, 2014.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Unidad y pluralidad de delitos”, en DEMETRIO

182 Críticas en SANZ MORÁN, A. J., “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 11, 2004, págs. 14 y ss.

- CRESPO, E. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo II. Teoría del delito*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2015.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Acumulación jurídica de condenas: marco normativo, evolución jurisprudencial y la calculadora 988”, en MUÑOZ SÁNCHEZ, J., GARCÍA PÉREZ, O., CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y GARCÍA ESPAÑA, E. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “Acumulación de condenas. Notas”, *Cuadernos digitales de formación*, n.º 9, 2018.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “Inteligencia artificial y justicia penal”, en *I Simposio justicia y derecho en datos*, Ministerio de Justicia, 2023.
- DOLZ LAGO, M. J., “Refundición de condenas: criterios”, *Diario La Ley*, n.º 8232, 20 de enero de 2015.
- DOLZ LAGO, M. J., “De nuevo sobre la acumulación o refundición de condenas. Acuerdo del Pleno de 3 febrero 2016. Criterio evolutivo de la Sala en la interpretación de normas de acumulación. Doctrina general. Criterio cronológico. Acumulación por bloques: reutilización de penas excluidas en bloques anteriores para la formación de un nuevo bloque”, *Diario La Ley*, n.º 8814, 1 de septiembre de 2016.
- DOLZ LAGO, M. J. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., *Por una política judicial humanista en la era digital: retos víricos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- DOLZ LAGO, M. J., “Refundición o acumulación de condenas”, *Diario La Ley*, n.º 9855, 21 de mayo de 2021.
- DOLZ LAGO, M. J., “Una aproximación jurídica a la Inteligencia Artificial”, *Diario La Ley*, n.º 10096, 23 de junio de 2022.
- DOLZ LAGO, M. J., “Juristerapia y la Ley Sissi, why is it that only “no” means “no””, *Diario La Ley*, n.º 10321, 5 de julio de 2023.
- ENCINAR DEL POZO, M. A., “Artículo 988”, en BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ESPINA RAMOS, J. A., “La acumulación jurídica de penas: algunas notas prácticas”, *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 12, 2004.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Exclusión del principio de equivalencia de las condenas europeas en materia de acumulación jurídica de penas”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 29, 2023.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “La acumulación jurídica de penas. Criterios jurisprudenciales”, *La Ley Penal*, n.º 127, julio-agosto 2017.

- FERNÁNDEZ PINÓS, J. E., “Acumulación de condenas y refundición de penas”, *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, n.º 2, 2000.
- FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Ministerio del Interior, Madrid, 2015.
- GARCÍA-VARELA IGLESIAS, R., *La Administración (judicial) electrónica*, Dykinson, Madrid, 2023.
- GIMENO SENDRA, V., *La simplificación de la justicia penal*, AEBOE, Madrid, 2020.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *El juez-robot. La independencia judicial en peligro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- JIMÉNEZ HURTADO, A. J., “Últimas novedades en la ejecución y su adecuación a la práctica forense”, CEJ, 2015.
- JIMÉNEZ SEGADO, C., “Criterios de refundición o acumulación de condenas”, *La Ley Penal*, n.º 117, noviembre-diciembre 2015.
- JIMÉNEZ SEGADO, C., “Refundición de condenas: art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Penal*, n.º 120, 1 de junio de 2016.
- LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- LÓPEZ CERRADA, V. M., “La acumulación jurídica de penas”, *Revista de Estudios penitenciarios*, n.º 250, 2004.
- LORENZO PÉREZ, C., “Inteligencia artificial en la administración de justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España”, CEJ, 2022.
- MAPELLI CAFFARENA, B., “Artículo 76”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y derecho procesal: luces, sombras y cábalas en clave de Derechos fundamentales”, en MORENO CATENA, V. y ROMERO PRADAS, M. I. (dirs.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.ª M.ª Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MARTÍN DIZ, F., “Modelos de aplicación de Inteligencia Artificial en justicia: asistencial o predictiva versus decisoria”, en BARONA VILAR, S. (ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MARTÍN RÍOS, M. P., “La ejecución penal: estado actual y perspectivas de futuro”, CEJ, 2013.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, M., “Acumulación de condenas. Información acerca del programa informático del MJ. Otras cuestiones: Acuerdos TS sobre la materia; penas en suspensión y STS 550/2018M de 13 de BIVM FJ 2 (REC 10162/2018). Hasta dónde hay que regresar en el tiempo para incluir sentencias ya cumplidas”, CEJ, 2019.
- MAYER, M. E., *Derecho penal. Parte general*, traducción de la edición alemana de 1915 a cargo de S. POLITOFF, B de F, Buenos Aires (Argentina), 2007.
- MORALES MORENO, A. M., “Inteligencia artificial y derecho penal: primeras aproximaciones”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 53, 2021.
- MORENO VERDEJO, J., “Criterios prácticos para la acumulación de penas”, CEJ, 2017.
- MORENO VERDEJO, J., “Acumulación de penas del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Última jurisprudencia y criterios prácticos”, *Cuadernos digitales de formación*, n.º 21, 2021.
- NISTAL BURÓN, J., “El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la “acumulación jurídica””, *Diario La Ley*, n.º 8025, 2013.
- NISTAL BURÓN, J., “El “error penitenciario” en la liquidación de condena. Consecuencias jurídicas”, *LegalToday*, 15 de diciembre de 2022.
- NISTAL BURÓN, J., *Fiscalización y control de la actividad penitenciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ORTEGA MATESANZ, A., “A propósito de la STS 117/2021, de 11 de febrero. Análisis y valoración del voto particular del magistrado Andrés Martínez Arrieta: ¿es necesario un nuevo cambio de paradigma en la práctica de la acumulación jurídica de penas?”, *Diario La Ley*, n.º 9865, 7 de junio de 2021.
- ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Reus, Madrid, 2022.
- ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- PALOMO DEL ARCO, A., “La aritmética y el Código Penal”, en *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Vol. I, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022.
- PÉREZ DE EULATE GARCÍA, L., “La revisión de acumulaciones jurídicas firmes. Problemática y alternativas”, *Diario La Ley*, n.º 9519, 15 de noviembre de 2019.
- SÁEZ MALCEÑIDO, E., “Los límites temporales a la reclusión penitenciaria: diagnóstico, análisis y propuestas jurisprudenciales”, CEJ, 2016.
- SALCEDO VELASCO, A., “La refundición de condenas: acumulación de penas”, en BUENO ARÚS, F. (dir.), *La ejecución de la sentencia penal*, Consejo General del

- Poder Judicial, Madrid, 1994.
- SANZ MORÁN, A. J., “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal*, n.º 11, 2004.
- SANZ MORÁN, A. J., *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*, Ubijus, México, 2012.
- SANZ MORÁN, A. J., “Concursos de normas y de delitos: Arts. 74, 76 y 77 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SANZ MORÁN, A. J., “Sobre el “arte de contar los delitos”. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales”, en POZUELO PÉREZ, L. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (coords.), *Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional*, AEBOE, 2022.
- SOLAR CALVO, P., “Triple de la mayor y condenas eternas”, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (dir.), *Penas perpetuas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P., “Pros y contras de la IA en el medio penitenciario. Algunos ejemplos y muchos riesgos”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 40, 2023.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- TORRES LÓPEZ, L. S. y PERALTA GUTIÉRREZ, A., “Marco normativo de la inteligencia artificial en el ámbito comparado”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 9, 2022.
- VARONA JIMÉNEZ, A., “Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018”, *La Ley Penal*, n.º 134, septiembre-octubre 2018.
- VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Reus, Madrid, 2020.

7. ANEXO: LISTADO DE JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS DE SALA CONSULTADOS

RESOLUCIONES JUDICIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO
STS de 7 de febrero de 1968 (ECLI:ES:TS:1968:974)
STS de 23 de noviembre de 1968 (ECLI:ES:TS:1968:3143)
STS de 17 de abril de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:10674)
STS de 11 de abril de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:9687)
STS 557/1996, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:1996:4470)
STS 1249/1997, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:1997:6164)
STS 1635/2002, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2002:7924)
STS 1996/2002, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2002:7864)
STS 1167/2005, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6271)
STS 1223/2005, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6162)
STS 197/2006, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:753)
STS 364/2006, de 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1853)
STS 1100/2006 de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:6955)
STS 1076/2009, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:8008)
STS 98/2012, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1119)
STS 473/2013, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2969)
STS 707/2013, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4773)
STS 909/2013, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5795)
STS 943/2013, de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5910)
STS 14/2014, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2014:349)
STS 207/2014, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1049)
STS 408/2014, de 15 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:2338)
STS 229/2015, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1556)
STS 587/2015, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4346)
STS 706/2015, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4729)
STS 139/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:828)
STS 153/2016, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:670)
STS 319/2016, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1671)
STS 338/2016, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1701)
STS 339/2016, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1698)
STS 347/2016, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1702)
STS 361/2016, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1813)
STS 452/2016, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2356)
STS 531/2016, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2946)
STS 866/2016, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:4996)

STS 150/2017, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1057)
STS 300/2017, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1667)
STS 404/2017, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2239)
STS 408/2017, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2286)
STS 617/2017, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3260)
STS 780/2017, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4285)
STS 460/2018, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3502)
STS 588/2018, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4069)
STS 577/2019, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:378)
STS 647/2019, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:4271)
STS 26/2020, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:330)
STS 212/2020, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1607)
STS 405/2020, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2429)
STS 433/2020, de 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2902)
STS 533/2020, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3528)
STS 685/2020, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4445)
STS 21/2021, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2021:166)
STS 77/2021, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:238)
STS 117/2021, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:436)
STS 484/2021, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2250)
STS 962/2021, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4603)
STS 467/2022, de 15 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2007)
STS 691/2022, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2022:2940)
STS 842/2022, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:3983)
STS 972/2022, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4691)
STS 259/2023, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1558)
STS 572/2023, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2023:321)
STS 617/2023, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:617)
STS 757/2023, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4354)
STS 845/2023, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5075)
STS 899/2023, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5293)
STS 948/2023, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5981)
STS 50/2024, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2024:228)
ATS 670/2017, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2017:4374A)

ACUERDOS DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997.
Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998.
Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005, Acumulación de condenas: ¿debe exigirse la firmeza de las sentencias?
Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012, sobre celebración de vista con citación del acusado, y criterio de interpretación del art. 76.1 del CP en los casos de tentativa.
Acuerdo de la Sala General de lo Penal del Tribunal Supremo, tras la STEDH de 21 de octubre de 2013 y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973.
Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, sobre continuación del Pleno no Jurisdiccional de fecha 08/07/15, relativo a fijación del criterio del cómputo del máximo de cumplimiento en los supuestos de acumulación de condenas (arts. 76 CP y 988 LECrim).
Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018, sobre fijación de criterios en casos de acumulación de condenas.

Reflexiones críticas sobre la implementación del modelo Barnahus en España. Enfoque jurídico y victimológico¹

Critical reflections about the implementation of the Barnahus model in Spain. Legal and victimological approach

BEATRIZ MARTÍNEZ PERPIÑÁ

Investigadora Predoctoral en Derecho Procesal
Universitat de Girona (España)

beatriz.martinez@udg.edu

 <https://orcid.org/0000-0003-2352-6139>

Resumen: El proceso penal puede suponer, en cierta medida, un abandono de las necesidades, los derechos y las garantías de las víctimas. Esto en sí es preocupante, pero cuando hablamos de las víctimas menores de edad, la problemática alcanza mayores niveles de complejidad. Debido a su posición de especial vulnerabilidad, los menores de edad corren un mayor riesgo de desarrollar secuelas permanentes que pudieran repercutir negativamente en su desarrollo emocional, social y cognitivo. Ante esta problemática, surge el modelo Barnahus como un sistema de intervención y de justicia integral destinado a la infancia y la adolescencia, propagándose con rapidez por el continente europeo. En el año 2020 se instauró en España el proyecto piloto Barnahus en Tarragona con la intención de continuar implementando el sistema nórdico por todo el país. En virtud de dicha experiencia, se identifican los

¹ La presente publicación se enmarca dentro del Proyecto Nacional del I+D+I (PID2020-112683GB-I00). «Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Nuevo modelo? Adaptaciones transformativas». Asimismo, este trabajo se ha llevado a cabo en el marco de la concesión de una Beca IFUDG de 2022 para la Contratación de Personal Investigador en Formación.

Recepción: 28/02/2024

Aceptación: 09/05/2024

Cómo citar este trabajo: MARTÍNEZ PERPIÑÁ, Beatriz, “Reflexiones críticas sobre la implementación del modelo Barnahus en España. Enfoque jurídico y victimológico”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 205-248, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.06>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 205-248

rasgos característicos y los beneficios reportados por el uso de esta clase de sistema, a la par que se identifican posibles problemáticas que podrían entorpecer su proceso de extensión en el contexto nacional.

Abstract: *To some extent, the criminal process can lead to neglect the needs, rights and guarantees of the victims. This in itself is worrying, but when it comes to child victims, the issue becomes even more complex. Due to their position of special vulnerability, underage victims have a higher risk of developing permanent sequelae that could have negative repercussions on their emotional, social and cognitive development. In response to this problem, the Barnahus model emerged as an integral system of intervention and justice for underage victims, which quickly spread throughout Europe. By 2020, Spain would establish the Barnahus pilot Project in Tarragona with the intention of continuing to spread the Nordic system across the country. By therefore, the characteristic features and benefits of the use of this kind of system are identified, as well as possible problems that could obstruct its extension process in the national context.*

Palabras clave: modelo Barnahus, víctima menor de edad, abuso sexual, victimización secundaria, proceso penal.

Keywords: *Barnahus model, underage victim, sexual abuse, secondary victimization, criminal process.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HACIA UN PROCESO PENAL ADAPTADO A LAS NECESIDADES DE LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD. 2.1. Fundamentación victimológica. 2.2. Fundamentación jurídica. 3. LA PROPUESTA NÓRDICA CONTRA LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA. EL MODELO BARNAHUS. 3.1. Barnahus. Características y buenas prácticas. 3.2. La instauración de Barnahus en España. 3.2.1. El proyecto piloto de Tarragona. La unidad integrada de atención a la infancia y la adolescencia víctimas de abuso sexual. 3.2.2. Perspectivas de extensión futura del modelo Barnahus en el territorio nacional. 4. PRINCIPALES DIFICULTADES PARA LA APLICACIÓN DEL MODELO BARNAHUS EN EL CONTEXTO NACIONAL. 4.1. Problemáticas de corte victimológico. 4.2. Problemáticas de corte jurídico-procesal. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La victimización sexual infantojuvenil es considerada uno de los principales problemas sociales de salud pública y de derechos humanos por su alta prevalencia a escala mundial, afectando alrededor de un billón de menores de edad². Esta afirmación puede extrapolarse fácilmente al contexto español si prestamos debida atención a

2 Así se secunda en PEREDA, N. «El coste social de la violencia contra la infancia y la adolescencia». *Papeles del Psicólogo*, 44(3). 2023. Pg. 146.

diversos estudios nacionales llevados a cabo durante las últimas décadas. LÓPEZ et al. (1995) registraba en uno de los estudios más preeminentes sobre esta materia dentro de la comunidad científica española, con una muestra representativa de 1.821 participantes, que un 19% de los entrevistados habían sido víctimas de abuso sexual antes de alcanzar la mayoría de edad³. Dichos datos fueron actualizados por PEREDA y FORNS (2007), al identificar una prevalencia del 17'9% sobre una muestra de 1.033 estudiantes universitarios españoles⁴; y BENAVENTE et al. (2016), registrando que un 14'6% de los adultos entrevistados afirman haber sido victimizados sexualmente durante su infancia y/o adolescencia⁵. Sin embargo, los últimos datos actualizados a raíz del Informe sobre los abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia Católica del año 2023 reportan que la prevalencia se sitúa en torno al 11'6%⁶.

Los datos presentados por parte de las autoridades públicas nacionales reflejan, asimismo, una realidad preocupante. El Ministerio Interior de España publica que el porcentaje de procedimientos incoados por delitos contra la libertad sexual contra un menor de edad ha mantenido una tendencia al alza, alcanzando su pico en 2020, año en el que se determina que en un 49'1% de las denuncias la víctima era menor de edad⁷. Para el año 2022, dicho porcentaje se reduce hasta el 44'5%⁸, siendo, igualmente, un número muy preocupante que requiere de respuesta inmediata. Tendencia similar puede apreciarse en los datos registrados por la Fiscalía General del Estado, cuya Memoria del año 2022 expone que en ese mismo año se incoaron un total de 2.625 procedimientos por delitos concernientes a abusos sexuales contra niños y adolescentes⁹.

Al interpretar estos datos, sin embargo, debe tenerse presente que la comisión de delitos sexuales conlleva una alta cifra negra de la criminalidad, por lo que los números aquí expuestos no alcanzan a reflejar la realidad de la lacra del abuso infantojuvenil en nuestro país. De hecho, determinar la verdadera magnitud de esta problemática supone una ardua y dificultosa labor que, a día de hoy, sigue sin poder llevarse a cabo

3 LÓPEZ, F.; CARPINTERO, E.; HERNÁNDEZ, A.; MARTÍN, M. J. y FUERTES, A. «Prevalencia y consecuencias del abuso sexual al menor en España». *Child Abuse & Neglect*, vol. 19, núm. 9. 1995.

4 PEREDA, N. y FORNS, M. «Prevalencia y características del abuso sexual infantil en estudiantes universitarios españoles». *Child Abuse & Neglect*, núm. 31. 2007.

5 BENAVENTE, B.; CASADO, S.; ORTE, C. y BALLESTER, L. «Prevalencia del abuso sexual en la infancia. Un estudio en estudiantes universitarios». *Octaedro Editorial*. Barcelona. 2016.

6 DEFENSOR DEL PUEBLO. «Informe sobre los abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia Católica y el papel de los poderes públicos». *Madrid*. 2023.

7 DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS. SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD. «Informes sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual». *Ministerio de Interior. Gobierno de España*. 2021.

8 DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS. SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD. «Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España». *Ministerio de Interior. Gobierno de España*. 2022.

9 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. «Memorias de la Fiscalía General del Estado». *Madrid*. 2022.

exitosamente. Referenciamos delitos que, por su propia configuración, se consuman en la clandestinidad y alejados de terceros que pudieran presenciarlos. A esta consideración, la ocultación de los hechos por parte del agresor, la propia crueldad y naturaleza del hecho delictivo al que aludimos, la experimentación de sentimientos como la vergüenza y el rechazo por parte de la víctima y la ausencia de mecanismos propios del menor que le permita identificar y procesar su condición de víctima son algunas de las circunstancias que explicarían por qué esta clase de abusos son escasamente revelados y denunciados. Es más, una amplia mayoría de estas victimizaciones son llevadas a cabo por personas del círculo cercano e íntimo de la víctima (familiares, profesiones, entrenadores, etc.), circunstancia que todavía dificulta más la revelación de los hechos por el vínculo emocional y afectivo que comparte la víctima con su agresor¹⁰. Así, es únicamente la víctima quien tiene conocimiento del delito, dándose el escenario de que no se vea con el coraje o el apoyo suficiente para denunciar los hechos, al menos hasta haber transcurrido un cierto (e incluso largo) período de tiempo.

Partiendo de la premisa de que el sistema penal ha sido específicamente configurado para el procesamiento del encausado a partir del ejercicio del *ius puniendi* estatal¹¹, a todos los factores anteriormente expuestos cabe sumarse que la estructuración del sistema de justicia penal no ha sabido estar a la altura para orquestar un adecuado tratamiento y respuesta a las necesidades de las víctimas menores de edad, teniendo un impacto negativo en las tasas de denuncia y enjuiciamiento de esta clase de delitos. Desde la inadecuación de los espacios institucionales –sean centros hospitalarios, comisarías de policía o juzgados– hasta la inapropiada aproximación por parte de los agentes involucrados con las víctimas, pasando por la complejidad del lenguaje y las dilaciones indebidas, el proceso penal dificulta la efectiva participación del perjudicado, implicando, a su vez, un fuerte impacto negativo en la posterior recuperación, reparación y desarrollo del menor. De hecho, una pluralidad de autores concluye que

10 FÉLIX et al. determina que, en las victimizaciones sexuales contra menores de edad, predominantemente los agresores son conocidos no familiares. Similares resultados se detectan por PEREDA y FORNS: en victimizaciones contra niños menores de 13 años, se determina que un 65'8% de los casos el agresor era un amigo o conocido; y contra niñas menores de 14 años, se aprecia que en un 45'7% de los casos el agresor era un familiar y en un 39'6% era un amigo o conocido. Superados los 13 años, pero todavía por debajo de la mayoría de edad, el perfil de agresor en los supuestos de niñas se mantiene impermutable en victimizaciones femeninas, mientras que en niños el agresor es predominantemente un desconocido. Véase en LÓPEZ, F.; CARPINTERO, E.; HERNÁNDEZ, A.; MARTÍN, M. J. y FUERTES, A. «Prevalencia y consecuencias del abuso sexual al menor en España». *Op. cit.* 1995; y PEREDA, N. y FORNS, M. «Prevalencia y características del abuso sexual infantil en estudiantes universitarios españoles». *Op. cit.* 2007.

11 De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española puede leerse: «En materia penal hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene derecho de defenderse». Asimismo, dentro de la doctrina procesalista se ha venido definiendo el proceso penal como el cauce de aplicación del *ius puniendi* y el elemento indispensable para la efectiva realización del Derecho penal caracterizado por ser un binomio entre autoridad estatal e infractor en el que la víctima no tenía cabida. Ello en ARMENTA DEU, T. «Lecciones de Derecho procesal penal». *Marcial Pons*. Madrid. 2023. Pg. 31.

la victimización secundaria puede originar mayores perjuicios en la víctima, pues el sistema que debería brindarles protección acaba frustrando sus expectativas de justicia y agravando los daños causados por la victimización primaria. Este frustrante choque entre la realidad institucional y las expectativas de justicia conlleva una agudización de las consecuencias que el niño y el adolescente acarrea tras el delito y una reafirmación de su etiqueta de víctima¹², además de un condicionamiento negativo que afecta a la percepción que recibe ésta y la sociedad en su conjunto sobre el funcionamiento del propio sistema¹³. Es más, una de las principales causas que desincentiva la denuncia de las víctimas es la desconfianza frente a las instituciones y la incertidumbre que afrontan durante todo el desarrollo del proceso¹⁴.

Ante esta problemática, el modelo Barnahus (en español, la Casa de los Niños) se presenta como un sistema complementario a la configuración clásica del sistema penal que, a diferencia de este último, opta por un abordaje integral y holístico que garantiza la participación de la víctima menor de edad en la resolución del conflicto a la par que posibilita que su involucración en el proceso no interfiera en su correcta recuperación y sus necesidades de asistencia, protección y reparación. El abordaje multidisciplinar y la participación de profesionales capacitados y formados para la intervención con la víctima menor de edad se han alzaprimado entre las buenas prácticas que ofrece el modelo Barnahus para atajar el riesgo de victimización secundaria a la par que permite optimizar los servicios de la Administración de Justicia. Los beneficios que se han reportado desde la investigación empírica sobre la intervención multidisciplinar e interprofesional ante supuestos de abuso infantil son múltiples, permitiendo validar la propuesta nórdica como una apuesta segura para garantizar un sistema de justicia *child-friendly* acorde a las características y particularidades de las víctimas menores de edad.

Es importante tener presente, sin embargo, que hacemos referencia a una propuesta relativamente novedosa, pues su extensión en el plano europeo comenzó tras el inicio del siglo XXI. En el caso español, la primera Casa de los Niños se inauguraría en la comunidad autónoma de Cataluña, más concretamente en la ciudad de Tarragona, en el año 2020. No siendo una propuesta inmutable, el proyecto Barnahus tiene la virtualidad de adaptarse a las particularidades del contexto sociojurídico de cada Estado, siendo uno de los primeros elementos que explicarían su rápida expansión por Europa. Por este mismo motivo, y celebrando

12 SOLÉ RIERA, J. «La tutela de la víctima en el proceso penal». *José María Bosch Editor*. Barcelona. 1997. Pg. 28.

13 LANDROVE DÍAZ, G. «La moderna victimología». *Tirant lo Blanch*. Valencia. 1998. Pg. 51.

14 KIDD, R. F. y CHAYET, E. F. «Why Do Victims Fail To Report? The Psychology of Criminal Victimization». *Journal of Social Issues*, Vol. 40, núm. 1. 1984; ORTH, U. «Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings». *Social Justice Research*, Vol. 15, núm. 4. 2002; y SINGER, A. J.; CHOUHY, C.; LEHMANN, P. S.; WALZAK, J. N.; GERTZ, M. y BIGLIN, S. «Victimization, Fear of Crime and Trust in Criminal Justice Institutions: A Cross-National Analysis». *Crime & Delinquency*, Vol. 65, núm. 6. 2019.

la reciente adopción de la propuesta nórdica en el plano nacional, deben revisarse cuáles han sido las circunstancias que han caracterizado el proceso de adopción y los primeros años de funcionamiento de las instalaciones en aras de optimizar su funcionamiento y facilitar su extensión en España.

2. HACIA UN PROCESO PENAL ADAPTADO A LAS NECESIDADES DE LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

Los principales argumentos que permiten sustentar la valoración del modelo Barnahus como una opción adecuada para converger el sistema de justicia penal con el debido respeto y consideración de la infancia y la adolescencia pueden disgregarse en dos categorías en atención al ámbito y disciplina de estudio: la Victimología y el Derecho.

2.1. Fundamentación victimológica

Los postulados de la victimología del desarrollo de FINKELHOR determinan que los menores de edad sufren las mismas formas de victimización que los adultos, si bien su especial vulnerabilidad y dependencia les sitúa en una posición de mayor riesgo frente al delito¹⁵. Ello es reconocido pacíficamente por la victimología al considerar la minoría de edad como uno de los principales factores victimógenos, entendiéndose este último concepto como la conjunción de una serie de circunstancias o condiciones que favorecen a la victimización de un determinado colectivo¹⁶. FATTAH (1967) elabora una clasificación de víctimas atendiendo al grado de responsabilidad que cabe otorgarse a la víctima por su victimización, entre los cuales cabe destacar el concepto de «víctima latente o predispuesta». Esta clase de víctima tendría, para el autor, mayor tendencia a ser, en efecto, víctima en consideración a tres factores: 1) la predisposición biofisiológica (edad, género, estado físico, etc.); 2) la predisposición social (estatus económico, profesión, estilo de vida); y 3) la predisposición psicológica (negligencia, carácter, desviaciones sexuales, etc.)¹⁷. Siguiendo esta distinción, los menores de edad entrarían dentro de esta categoría en atención a su vulnerabilidad biofisiológica por motivo de edad¹⁸. Asimismo, la minoría de edad

15 FINKELHOR, D. «Developmental Victimology. The Comprehensive Study of Childhood Victimization» en DAVIS, R.; LURIGIO, A. y HERMAN, S. *Victims of Crime*. Sage Publications. Thousand Oaks. California. 2007 y FINKELHOR, D. y HASHIMA, P. Y. «The Victimization of Children and Youth. A Comprehensive Overview» en WHITE, S. O. (ed.). *Handbook of Youth and Justice*. Nueva York. 2001.

16 RODRÍGUEZ MANZANERA, L. «La elección de la víctima». *Eguzkilore*, núm. 22. 2008. Pg. 159.

17 Para adquirir un conocimiento más profundo sobre esta categorización, se recomienda la lectura de FATTAH, E. A. «Towards a criminological classification of victims». *International Criminal Police Review*, núm. 209. 1967.

18 Sin embargo, ARRUTI BENITO incide en la necesidad de tomar una perspectiva interseccional

de la víctima viene intrínsecamente asociada a una pluralidad de circunstancias que transforman a esta tipología de víctima en una víctima especialmente vulnerable: la falta de desarrollo físico y psíquico, el alto grado de dependencia respecto a los adultos, la indisponibilidad de estrategias de afrontamiento y autoprotección o la ausencia de conocimiento sobre el riesgo ante el delito, entre otros, deviniendo, así, una «víctima ideal¹⁹».

De igual modo, cuando se hace alusión a la especial vulnerabilidad de los menores de edad frente al riesgo de victimización, se identifica un riesgo más alto de sufrir una serie de secuelas emocionales, psicológicas y físicas. Ha quedado constatado que las víctimas menores de edad son más proclives a experimentar secuelas a largo plazo²⁰ de carácter psicológico (como trastornos disociativos y de estrés post-traumático, ansiedad, depresión o ideación suicida); físico (enuresis, trastornos de somatización, hipocóndrica o dolores crónicos); sexual (fobias o aversiones sexuales, conducta hipersexualizada o desajustes en el deseo sexual); y social (problemas para construir relaciones interpersonales, aislamiento, rechazo familiar o dificultades en la educación)²¹. Es importante recalcar, empero, que es posible que todas estos problemas emocionales y conductuales no se desarrollen inmediatamente tras el abuso, sino que pueden aparecer transcurrido un cierto tiempo. Esto es lo que se conoce como «efectos durmientes», pudiendo resurgir incluso habiendo alcanzado ya la edad adulta²². Asimismo, los estudios revelan que el paso del tiempo puede reducir la sintomatología, aunque determinadas secuelas (como las relativas a la experimentación de ansiedad, depresión, agresividad, problemas en el sueño o disfunciones

al hablar sobre la vulnerabilidad de los menores de edad, debiéndose tomar en cuenta otros factores como la condición de migrante. Véase en ARRUTI BENITO, S. «Medidas para eludir la victimización secundaria en la declaración de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. Especial referencia al modelo Barnahus». *Justicia*, núm. 2. 2023. Pg. 303.

19 CHRISTIE construye el concepto de «víctima ideal» alrededor de cinco factores: la debilidad, la virtud, la inocencia, la total responsabilidad del victimario y la victimización azarosa. Así, podemos concluir en que la víctima menor de edad cumple con tales estándares, transformándose en el prototipo de víctima ideal. Véase en CHRISTIE, N. «The ideal victim» en FATTAH, E. A. (ed.). *From crime policy to victim policy: Reorienting the justice system*. MacMillan. Londres. 1986.

20 Los indicadores físicos a corto plazo pueden ser abrasiones, dolor o heridas en la zona genital o anal, existencia de vestigios (como semen) o enfermedades de transmisión sexual. Sin embargo, tal y como se ha expuesto con anterioridad, debido a la propia naturaleza de esta clase de delitos, es muy difícil que la víctima denuncie los hechos de forma inmediata, por lo que tales indicios acaban desapareciendo para el momento de la revelación de los hechos.

21 Consúltense CANTÓN-CORTÉS, D. y CORTÉS, M. R. «Consecuencias del abuso sexual infantil: Una revisión de variables intervinientes». *Anales de Psicología*, vol. 31, núm. 2. 2015; ECHEBURÚA, E. y DE CORRAL, P. «Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia». *Cuadernos de Medicina Forense*, Vol. 12, núm. 43-44. 2006; y PEREDA, N.; POLO, P. y NAVALES, N. «Estudio descriptivo de víctimas de abuso sexual infantil». *Boletín Criminológico*, núm. 76. 2004, entre otros.

22 CANTÓN-CORTÉS, D. «Características y consecuencias del abuso sexual infantil» en CANTÓN-CORTÉS, D.; CORTÉS, M. R.; JUSTICIA, M. D. y CANTÓN, J. *Violencia doméstica, divorcio y adaptación psicológica*. Pirámide. 2013.

sexuales) parecen agravarse cuando la víctima no ha recibido apoyo y tratamiento²³.

No obstante, no todas las experiencias de victimización son iguales, por lo que, la probabilidad de desarrollar tales dolencias se encuentra condicionada a una total de cuatro variables: 1) el perfil personal e individual de la víctima (edad, género, situación familiar, madurez psicológica, etc.); 2) las características concretas del abuso (frecuencia, gravedad, existencia de amenazas, etc.); 3) la relación entre víctima y victimario (si son desconocidos, familiares, profesores, etc.); y 4) las particularidades y consecuencias asociadas al descubrimiento del hecho delictivo²⁴. Sin pretender restar importancia a las características personales de la víctima y las particularidades del hecho, la reacción del entorno frente a la revelación del abuso juega un papel fundamental en la recuperación de unos niveles de bienestar y orden semejantes o cercanos de los que disponía el menor con anterioridad al delito. No solo nos referimos a la implicación del círculo familiar, sino al despliegue y la atención de los diversos organismos responsables de la actuación frente al abuso infantil (médicos pediatras y forenses, psicólogos, trabajadores y asistentes sociales, agentes policiales y operadores judiciales). La intervención de tales agentes y la posterior investigación del hecho delictivo suponen el sometimiento del menor a una serie de actuaciones que requerirán su participación cuando, en la mayoría de los casos, las víctimas no se encuentran en un nivel o estado adecuado para afrontarlas sin que ello no suponga un deterioro en su bienestar. En contra de lo deseado, el entorno judicial clásico suele ser altamente intimidante y perjudicial para la víctima menor de edad²⁵, siendo tales daños incluso más graves que los derivados de la victimización primaria²⁶.

En este sentido, la propia disposición de los juzgados y tribunales (la proliferación de las «Ciudades de la Justicia», el uso de tarimas o la frialdad de las salas), la complejidad del lenguaje jurídico y el uso de indumentarias solemnes no facilitan que los menores de edad se encuentren (aunque sea en menor medida) cómodos durante su intervención en el proceso penal²⁷ y en el circuito de intervención, predisponiéndoles a experimentar nervios, angustia o retraimiento y alteraciones en el sueño o

23 CANTÓN-CORTÉS, D. y CORTÉS, M. R. «Consecuencias del abuso sexual infantil: Una revisión de variables intervinientes». *Op. cit.* Pg. 553.

24 ECHEBURÚA, E. y DE CORRAL, P. «Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia». *Op. cit.* Pg. 80.

25 MORGAN, J. y ZEDNER, L. «Child victims: Crime, impact and criminal justice». *Claredon Press*. Londres. 1992.

26 En este sentido FERREIRO BAAMONDE, X. «La víctima en el proceso penal». *Editorial La Ley*. Madrid. 2005. Pg. 165 – 167; SEMPERE FAUS, S. «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13. 2020. Pg. 880; VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Introducción a la victimología». *Editorial Síntesis*. Madrid. 2019. Pg. 128; y LANDROVE DÍAZ, G. «La moderna victimología». *Op. cit.* Pg. 50, entre otros.

27 Puede leerse más detenidamente sobre el impacto del escenario judicial en la victimización secundaria en ARRIETA OUVIÑA, V. «Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria». *Eguzkilore*, núm. 28. 2014.

en el apetito o síntomas depresivos o de ansiedad²⁸, que, a su vez, pueden impactar negativamente en la continuidad del proceso al no querer o al no poder involucrarse debidamente en el mismo. De igual modo, los retrasos y dilaciones indebidas en la Administración de Justicia únicamente agravan esta situación al alargar los tiempos en los que la víctima debe estar en contacto con los operadores judiciales e irrumpen o, incluso, impiden su proceso de recuperación tras el abuso.

Íntimamente relacionado con este último extremo, el factor estresante por antonomasia es, sin lugar a dudas, la sobreexposición del menor a un elevado número de exploraciones e interrogatorios. En sede judicial, este componente es especialmente grave pues al no disponer de un perfil psicopatológico claro y delimitado de abuso sexual, de indicios físicos o de testigos que permitieran corroborar la comisión del delito, el relato de la víctima toma una relevancia excepcional. A pesar de ello, el testimonio infantil ha sido comúnmente devaluado al considerarse que los niños no tienen capacidad para otorgar un testimonio confiable²⁹, aludiendo a una deficiencia memorística, a una gran capacidad imaginativa o a una especial vulnerabilidad frente a la sugestión de terceros. Todo ello contribuye a que la víctima perciba desconfianza y descrédito por parte de los operadores judiciales, quienes, habitualmente, carecen de las competencias necesarias para poder efectuar un trato adecuado y sensible con

28 DE LA ROSA CORTINA, J. M. «Especialidades en la declaración del testigo menor en la fase de instrucción» en ALCÓN YUSTAS, M. F. y DE MONTALVO JÄÄSKELAINEN, F. (coords). *Los menores en el proceso judicial*. Tecnos. Madrid. 2011. Pg. 95 y BARKWORTH, J. y MURPHY, K. «System contact and procedural justice policing: *Improving quality of life outcomes for victims of crime*». *International Review of Victimology*, 22(2). 2016.

29 La jurisprudencia clásica del Tribunal Supremo señala una serie de parámetros para la valoración del testimonio de la víctima, los cuales, de cumplirse, permiten otorgar el valor de prueba de cargo suficiente para devaluar la presunción de inocencia. Éstos son: 1) la ausencia de incredibilidad subjetiva; 2) la verosimilitud; y 3) la persistencia en la incriminación. No obstante, es importante en esta cuestión tener en cuenta que la víctima del delito deberá, como mínimo, testificar en tres momentos diferentes: en sede policial, en fase de instrucción y en el juicio oral. Señala MAGRO SERVET que «aunque la declaración que se tiene en cuenta siempre es la que se verifica por la víctima en el juicio oral, así como la de los testigos, lo cierto y verdad es que no puede olvidarse que la declaración final que se produce en el plenario se debe entender como una progresividad en la declaración que efectuó desde el primer momento (...). Ello es relevante en este caso a la hora de establecer los parámetros a tener en cuenta cuando se produce el alegato por parte de la defensa de la existencia de contradicciones en las tres declaraciones de la víctima en los momentos indicados (...)». Siendo las contradicciones una de las principales críticas que se lanzan sobre la valoración de la declaración de los menores de edad, frente a esta progresividad del testimonio el Tribunal Supremo en la STS 119/2019, de 6 de marzo, que las contradicciones entre declaraciones no son sustancialmente importantes cuando éstas no tengan afección sobre los elementos nucleares y materiales de la causa penal en cuestión. Asimismo, se señalan una serie de criterios que permiten valorar una serie de factores para admitir la credibilidad de su declaración: 1) la seguridad durante la declaración; 2) la concreción en el relato sobre los hechos enjuiciados; 3) la claridad expositiva; 4) el lenguaje corporal; 5) la seriedad del relato; 6) la expresividad descriptiva; 7) la ausencia de contradicciones sobre el iter de los hechos; 8) la ausencia de lagunas; 9) la declaración no debe ser fragmentada; 10) la integridad del relato; y 11) el relato de aquellos elementos que pudieran perjudicarla. Asimismo, la citada sentencia hace alusión a motivos de temor o nerviosismo que pudieran afectar a la calidad del relato durante el progreso del proceso. Ello en MAGRO SERVET, V. «La progresividad de la declaración de la víctima en el proceso penal en el análisis de la alegación de contradicciones». *Diario La Ley*, núm. 9760. Pg. 2.

la situación en la que se encuentra el menor. Con todo, las características propias de la infancia no implican que el menor no tenga capacidad para otorgar un testimonio confiable o que tenga una mayor predisposición a mentir, sino que es requerido que el entrevistador tenga suficiente formación para abordar adecuadamente al menor y adecuar la entrevista a las necesidades particulares de la víctima³⁰. Requisito que, sin embargo, el sistema procesal penal español no ha sabido garantizar, agravando, así, el sufrimiento de las víctimas menores de edad.

2.2. Fundamentación jurídica

El sistemático olvido de la víctima ha inspirado en los últimos años una fuerte corriente reformadora de los postulados clásicos del proceso penal, de forma que, en términos de justicia procedimental, el sistema penal ha empezado a tomar como prioridad el establecimiento de buenas prácticas y un sistema de garantías procesales que permitan a las víctimas afianzar su posición dentro del procedimiento con plena consideración a sus derechos y necesidades, sin menoscabar los propios derechos del victimario, para un correcto funcionamiento de la Justicia. Un claro reflejo de este cambio es la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia relativos a las Víctimas del Delito y relativos a la Víctima del Abuso de Poder* de las Naciones Unidas (en adelante, DPFJ), mediante la cual se insistiría en la necesidad de reconfigurar la naturaleza y el funcionamiento del proceso penal con respeto y atención a las necesidades y particularidades de la víctima del delito, debiéndose, a tales efectos, la adopción de medidas internacionales para delimitar unos lindares básicos de protección y reconocimiento de los derechos de la víctima³¹.

En idéntico sentido se expresarían las Recomendación (87)21 sobre Asistencia a las Víctimas y Prevención de la Victimización, posteriormente sustituida por de la Recomendación (2006)8 sobre Asistencia a las Víctimas de Delitos y la Recomendación (2023)2 relativa a los derechos, servicios y apoyo a las víctimas de delitos, todas ellas creación del Consejo de Europa, las cuales optarían por una visión mucho más profunda de la victimización procesal, fomentando la formación específica de los profesionales que debieran entrar en contacto las víctimas y la creación de medidas determinadas a salvaguardar el derecho a la información, a la participación y a la reparación mediante servicios de apoyo y el acceso a la justicia restaurativa.

En este particular contexto, el menor de edad víctima de abuso sexual dispone de una pluralidad de prerrogativas reconocidas a nivel europeo y nacional para su efectiva protección durante su participación en el proceso penal, algunas de ellas configurándose específicamente a dicha categoría victimal y otras tantas que se

³⁰ CANTÓN DUARTE, J. y CORTÉS ARBOLEDA, M. R. «Evaluación pericial de los abusos sexuales en la infancia» en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (coord.). *Abusos sexuales en la infancia Aborde psicológico y jurídico*. Biblioteca nueva. 2002. Pg. 129-130.

³¹ *Vid.* artículos 6, 14, 15, 16 y 17 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia relativos a las Víctimas del Delito y relativos a la Víctima del Abuso de Poder.

destinan a las víctimas del delito sin condicionamientos. Inspirada por los fundamentos de la DPFJ, la Unión Europea adoptaría la *Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal*, cuya principal vocación sería establecer unas normas mínimas sobre los derechos de las víctimas, entre las que destacamos aquellas destinadas a evitar la victimización secundaria³² y construir marcos transnacionales de actuación frente a la protección de las víctimas especialmente vulnerables³³. Prestando especial atención al derecho a la protección, el contenido del artículo 8 denota el compromiso que tienen los Estados de garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas tomando en consideración tres elementos clave: 1) la adopción de medidas para la salvaguarda de la intimidad e imagen de las víctimas; 2) la adaptación de las dependencias judiciales para evitar confrontaciones entre víctima y victimario; y 3) el reacondicionamiento del proceso de toma de declaración «por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho». Relevante sobre esta cuestión es el caso Pupino (Asunto C-105/03), el cual, versando sobre una cuestión prejudicial relativo al carácter normativo de la Decisión Marco, estima que a pesar de no poseer sus disposiciones un efecto directo y taxativo, sí tienen un carácter vinculante en atención a los objetivos y los resultados que se pretenden alcanzar, debiendo los Estados interpretar su normativa interna acorde a los estándares europeos³⁴.

Lamentablemente, la integración de sus disposiciones no alcanzaría los resultados esperados habida cuenta del muy limitado número de Estados que traspondrían el contenido de la Decisión Marco, así como una escasa voluntad de hacerlo en términos adecuados y eficientes³⁵. Tal panorámica impulsaría la sustitución de la Decisión Marco 2001/220/JAI a través de un nuevo instrumento de mayor alcance: la *Directiva 2012/29/UE*, considerada un hito en el ámbito del derecho victimal al constituir un catálogo general sobre los derechos reconocidos a la víctima desde una perspectiva universal a nivel europeo. Uno de los elementos característicos de la Directiva es el establecimiento de una evaluación particular de cada víctima³⁶

32 PEREIRA PUIGVERT, S. «Normas mínimas para las víctimas de delitos: Análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30. 2013. Pg. 3.

33 OROMÍ VALL-LLOVERA, S. «Manifestaciones del derecho a la protección de la seguridad e integridad de la víctima menor» en ARMENTA DEU, T. y OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coord.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*. Colex. Madrid. 2010. Pg. 207.

34 En los Fundamentos 41 y 61 y en el Fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 (Asunto C-105/03) puede leerse: «El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión Marco».

35 Los informes de la Comisión Europea, la COM (2004) 54 final, de 3 de febrero, y la COM (2009) 166 final, de 20 de abril, evaluarían que únicamente 27 Estados habrían incorporado en sus ordenamientos jurídicos las disposiciones relativas a la protección de la víctima, concluyendo con un informe en términos negativos. La incorporación efectiva del contenido del artículo 8, relativo a la protección, sería totalmente insuficiente y poco satisfactoria.

36 *Vid.* artículo 22 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de

para identificar sus necesidades con el objetivo de adoptar una serie de mecanismos de protección durante su involucración en el proceso, los cuales se encuentran divididos en tres niveles diferenciados en atención al grado de vulnerabilidad de cada víctima. El primer estrato de protección (artículo 20), engloba la toma de declaración sin dilaciones indebidas; la reducción del número de exploraciones y declaraciones a realizar; y el acompañamiento de la víctima por una persona de su elección. Cuando se detectaran necesidades especiales de protección, podrán adoptarse las prerrogativas del segundo nivel (artículo 23), de entre las que destacamos la toma de declaración en dependencias especialmente concebidas a tal fin; la intervención de profesionales con formación adecuada y sensibilizada; el uso de mecanismos adecuados para evitar la confrontación con el agresor y poder ser oída sin encontrarse presente en la sala; la prohibición del uso de preguntas innecesarias sobre la vida personal de la víctima; y la limitación de la presencia del público durante la celebración de la audiencia. Pero, lo más relevante en atención al objeto de estudio del presente trabajo es el contenido del artículo 24, destinado específicamente a la protección de las víctimas menores de edad, quienes podrán beneficiarse de 1) la designación de un representante en los supuestos en que se imposibilite que los tutores del menor representen adecuadamente a la víctima; 2) el derecho a asistencia letrada y representación legal y 3) el uso de la grabación de la declaración realizada en instrucción como prueba válida a través de su incorporación en sede de juicio oral mediante su reproducción.

Pudiendo las víctimas menores de edad beneficiarse de todas las medidas de protección hasta aquí expuestas, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea aprobarían una serie de instrumentos específicamente destinados a las víctimas menores de edad al tomar como base la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual expone que las particularidades psicosociales del menor de edad requieren de una especial atención y cuidado por parte de los poderes públicos. En este sentido, los artículos 3, 19 y 39 reconocen que todas las decisiones relativas al menor deberán tomar como principio informativo el interés superior del menor. Para ello, los Estados tienen la obligación de adoptar una serie de medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la protección del niño ante cualquier situación de abuso y maltrato, correspondiendo la instauración de programas sociales multidisciplinarios para la evaluación y tratamiento de las víctimas de abuso infantil.

Junto a ésta, deben citarse los tres Protocolos facultativos que la acompañan y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos de Niño, específicamente, la *Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*; la *Observación General número 13, de 2011, sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia*; y

octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI.

la *Observación General número 14, de 2014, sobre que el interés superior del niño y de la niña sea considerado primordialmente*.

A través de la aprobación del *Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de Lanzarote* de 2007 (en adelante, Convenio de Lanzarote), el Consejo de Europa recomienda la adopción de una serie de medidas legislativas y asistenciales a corto, medio y largo plazo, en vistas a la participación y recuperación del niño³⁷. Es particularmente interesante en esta materia la obligación de los Estados de promover la formación y sensibilización de los profesionales intervinientes; la coordinación de organismos e instituciones responsables de protección y lucha contra el abuso sexual infantil; la creación de estructuras multidisciplinarias de apoyo; y la adopción de medidas de cooperación con organizaciones no gubernamentales u otros elementos de la sociedad civil con el objetivo de prestar servicios asistenciales³⁸. Asimismo, el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* de 2011, también hace hincapié en la protección y apoyo a los menores en sus artículos 13 y 16³⁹, cuando éstos hubieran sido testigos de la violencia intrafamiliar y de género.

Por su parte, la Unión Europea, a través de la *Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* (ahora derogada) buscaría, no solo aproximar las legislaciones europeas en materia de abuso sexual contra la infancia, sino garantizar unos umbrales asistenciales mínimos, a pesar de remitirse al contenido de la Decisión Marco 2001/220/JAI en su artículo 9. De igual modo, mediante la presente, se reconocen a los menores víctimas de abuso sexual la condición de víctimas especialmente vulnerables.

Escasos años después, se aprobó la *Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la lucha contra el abuso y la explotación sexual de niños y la pornografía infantil*, debiéndose complementar su aplicación con la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*. Destacamos el contenido de los artículos 18, 19 y 20, todos ellos destinados a reconocer el derecho del menor de edad a ser asistido, apoyado y protegido, con independencia de su supeditación al proceso penal. En los supuestos en que la víctima finalmente interviniera en el proceso, en aras de minimizar cualquier riesgo

37 TAMARIT SUMALLA, J. M. «La política europea sobre las víctimas de delitos» en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.). *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerable en el marco jurídico de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. Pg. 34.

38 *Vid.* artículos 5, 10, 11 y 14 de la Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de Lanzarote.

39 BELTRÁN MONTOLIU, A. «Víctimas vulnerables: Especial referencia al Estatuto del Menor a la luz de la LO 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia» en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.). *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas*, nº 3. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021. Pg. 114.

de ser revictimizado por la Administración de Justicia, los interrogatorios deberán realizarse sin demoras injustificadas, en dependencias adaptadas a tal fin, con la posibilidad de ser acompañados por una persona de su elección y el menor número de veces.

Todo el afán por instaurar un proceso penal victimológicamente orientado tendría también su repercusión en sistema penal español a través de una serie de modificaciones legislativas. En síntesis, el contenido del derecho a la protección de la Directiva 2012/29/UE sería idénticamente plasmado en la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito* (en adelante, LEVD) al instaurar el mismo sistema de evaluación de las particularidades de la víctima para la adopción de nuevos mecanismos de protección⁴⁰. Sin embargo, las prerrogativas más trascendentales que predisponen y justifican la creación de servicios multidisciplinarios integrales para garantizar la participación, la protección y la asistencia de los menores victimizados vendrían de la mano de la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (en adelante, LOPIVI). La citada ley dispone, en su Preámbulo, que el objetivo que se persigue con su promulgación es «atender al derecho de los niños, niñas y adolescentes de no ser objeto de ninguna forma de violencia, asumir con rigor los tratados internacionales ratificados por España e ir un paso más allá con su carácter integral».

En efecto, la LOPIVI, más allá de reiterar mecanismos de protección aplicables en el proceso, da un paso hacia adelante y toma como referente una imagen mucho más amplia de lo que supone una victimización durante la infancia o la adolescencia al profundizar sobre el derecho a la atención integral del menor. El contenido de los artículos 3 y 5 se determinan a establecer la obligación de adoptar medidas de protección y especialización y mejora de las prácticas profesionales. Dicha norma fomenta, asimismo, la colaboración y la cooperación de las administraciones públicas al objeto de actuar eficazmente en los ámbitos de prevención, detección, protección y reparación (artículo 6). Referente al derecho a la atención integral, el artículo 12 dispone que los poderes públicos tienen la obligación de proporcionar a los menores de edad victimizados el acceso a servicios de atención integral que comprenda, entre otros, el acompañamiento psicosocial; la atención terapéutica de carácter sanitario, psiquiátrico y psicológico; y el acompañamiento y asesoramiento en los procedimientos judiciales. Para su cumplimiento, las administraciones públicas deberán adoptar un grado de coordinación entre los agentes interdepartamentales implicados para evitar que la exposición del menor frente al riesgo de victimización secundaria a través de la prestación de la atención a la víctima en espacios amigables y respetuosos a las particularidades de su situación.

Para concluir, pero no por ello menos relevante, la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* hizo, por primera vez en el plano

⁴⁰ Vid. artículos 19, 20, 21, 23, 25 y 26 de la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*.

nacional, expresa mención al modelo Barnahus en su Preámbulo que, a pesar de no gozar de carácter normativo, denota un mayor nivel de sensibilización frente las necesidades de protección, reparación, participación y apoyo de los menores de edad, al considerar que la propuesta nórdica «da respuesta a dos importantes objetivos: reduce drásticamente las fuentes de victimización secundaria para el niño o la niña y, al ofrecer mayores garantías de obtener un testimonio en condiciones de seguridad y tranquilidad, aumenta las posibilidades de concluir satisfactoriamente la investigación de hechos, de por sí complejos de acreditar». Dicha Ley continúa destacando la necesidad de garantizar a las víctimas la disposición de profesionales debidamente formados en el ámbito sanitario y de servicios sociales, policial y judicial⁴¹ y el acceso a servicios de asistencia integral especializada y accesible, debiéndose destacar el contenido del artículo 35.1.d), el cual referencia a la obligación de las administraciones públicas de disponer de servicios de atención especializada a niños y niñas víctimas de violencias sexuales, los cuales deberán incluir asistencia psicológica, educativa y jurídica a partir del desplazamiento del conjunto de profesionales intervinientes en un lugar de referencia para las víctimas.

3. LA PROPUESTA NÓRDICA CONTRA LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA. EL MODELO BARNAHUS

3.1. Barnahus. Características y buenas prácticas

Con anterioridad a la constitución del modelo Barnahus en Europa, se ubica su antecedente directo en el continente americano, más concretamente en Estados Unidos, donde desde la década de 1980 ya se contaba con un modelo de intervención complementario que permitiría garantizar la participación de las víctimas menores de edad en el proceso en adecuada sintonía con sus necesidades de reparación, asistencia y protección. Ante el incremento de casos de abuso sexual infantil en el condado de Illinois y la detección de una pluralidad de fallos durante la realización de las actuaciones con la víctima durante el proceso (exámenes médicos incompletos, altos períodos de espera o la falta de comunicación entre departamentos), el congresista Robert Edward Cramer Jr. atendería a esta problemática mediante la creación de los *Children's Advocacy Centers*⁴² (en adelante, CAC).

⁴¹ Vid. artículos 23 a 32 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

⁴² CRAMER JR., R. E. «The District Attorney as a Mobilizer in a Community Approach to Child Sexual Abuse». *University of Miami Law Review*, 40(1). 1985. Asimismo, atendiendo a los últimos datos publicados, se estima que, en fecha de 2022, el país estadounidense cuenta con un total de 956 centros acreditados y en pleno funcionamiento, habiéndose atendido un total de 380.494 niños y adolescentes víctimas de abuso sexual infantojuvenil desde su instauración y habiéndose formado un total de 1.598.005 profesionales. Véase en NATIONAL CHILDREN'S ALLIANCE. «Annual Report 2022. Helping Kids Heal». 2022.

Años después, la implementación de servicios multidisciplinares como los CAC trascenderían las fronteras norteamericanas para afanzarse con fuerza en Europa. Junto a las directrices establecidas por el Consejo de Europa y la Unión Europea, así como la concienciación y sensibilización de las sociedades europeas frente a la problemática del abuso sexual infantojuvenil, Bragi Guðbrandsson fundaría el primer centro Barnahus en el año 1998 en Islandia, difundiéndose con celeridad en los países escandinavos, siendo que para el año 2014, Suecia, Noruega, Dinamarca y Finlandia ya tenían en pleno funcionamiento una serie de centros Barnahus en sus contextos nacionales. En esta línea, el éxito en la difusión del sistema de atención a la infancia y la adolescencia nórdico debe atribuirse, en gran parte, a la labor realizada por *PROMISE Barnahus Network*, red fundada en el año 2019 con el propósito de difundir las buenas prácticas de Barnahus en Europa, promover el establecimiento de intervenciones adaptadas a la infancia basadas en la evidencia científica y facilitar buenas prácticas a los Estados miembros con la finalidad de proteger a los menores de edad víctimas y testigos de violencia en un nivel nacional y europeo⁴³. Para el año 2023, *PROMISE* ya contaba con representación en un total de 26 Estados y con la colaboración de 46 entidades como miembros activos de la organización. Así, en fecha del mismo año, Barnahus tiene presencia en Alemania, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Rumania, Suecia y Ucrania⁴⁴.

El modelo nórdico refiere a un sistema de justicia e intervención *child-friendly*, combinando la vía penal y la vía asistencial en una única organización híbrida constituida para el tratamiento de supuestos de abuso sexual infantil⁴⁵. La filosofía que adopta el modelo Barnahus toma como fundamento que el sistema de intervención en supuestos de abuso infantil debe responder a las necesidades particulares de cada víctima, siendo el mayor garante para la consecución de tal objetivo la orquestación de un sistema asistencial multidisciplinar. En esencia, los objetivos sobre los que se erigen los ejes vertebradores de la propuesta nórdica son la reducción del riesgo de victimización secundaria y el acercamiento a una justicia adaptada a la infancia y la adolescencia que permita el enjuiciamiento del delito en sintonía con la debida recuperación de la víctima. Se persigue proporcionar un servicio de atención integral mediante la creación de un centro único en el cual se concentran todas las disciplinas requeridas para el abordaje y la recuperación del menor tras el impacto traumático del delito mientras se posibilita su participación en el sistema penal para satisfacer sus necesidades de reconocimiento y reparación.

43 Vid. artículo 2 de Promise Barnahus Network Statutes.

44 GREIJER, S. y WENKE, D. «Barnahus: A European Journey. Mapping study on multidisciplinary and interagency child-friendly justice models responding to violence against children in Council of Europe member states». *Council of Europe*. 2023. Pg. 40.

45 JOHANSSON, S. y STEFANSEN, K. «Policy-making for the diffusion of social innovations: The case of the Barnahus model in the Nordic region and the broader European context». *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, Vol. 33, núm. 1. 2019. Pg. 5.

Mediante la cooperación interdepartamental y el trabajo multidisciplinar se consigue evitar que el menor entre en contacto con múltiples profesionales en diferentes espacios –como comisarias, centros hospitalarios o tribunales– que pudieran incrementar su riesgo a ser nuevamente victimizado, disminuir el número de exploraciones y evaluaciones a realizar con el menor y fomentar la comunicación y la coordinación entre los agentes interdepartamentales para el abordaje y el proceso a seguir en aras de garantizar el mayor nivel de bienestar posible para la víctima. En virtud de cada centro específico, el personal que toma participación puede variar, pero, en líneas generales, los perfiles más frecuentes son agentes policiales, psicólogos, médicos forenses y pediatras, policías, fiscales, jueces y asistentes sociales⁴⁶. La asociación interprofesional en una única localización se inspira en el principio de ventanilla única (o *one-door principle*), el cual aboga por la creación de un espacio específicamente destinado a los menores de edad víctimas de abuso sexual con plena adaptación a las particularidades propias de la infancia y la adolescencia para promover percepciones de seguridad y tranquilidad que les permitan sentir que se encuentran en el lugar correcto y evitar múltiples desplazamientos de la víctima y su familia para la realización de todas las actuaciones destinadas al enjuiciamiento del delito y la recuperación del menor.

Para el cumplimiento de los objetivos delimitados, *PROMISE* enumera un total de diez estándares de calidad⁴⁷ que recogen los principios y acuerdos institucionales acordados⁴⁸ para el cumplimiento de los objetivos aquí acotados, que, a su vez, nos permiten exponer los rasgos característicos del sistema de intervención nórdico, siendo tales estándares los siguientes:

1. El interés superior del menor.
2. El principio de ventanilla única (o *one-door principle*).
3. La colaboración multidisciplinar e institucional.
4. El respeto al principio de no discriminación e igualdad entre todas las víctimas.
5. La gestión interinstitucional de los casos y las sospechas de abuso y maltrato infantojuvenil.

46 JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E. y KALDAL, A. «Implementing the Nordic Barnahus Model: Characteristics and Local Adaptions» en JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E. y KALDAL, A. (ed.). *Collaborating Against Child Abuse. Exploring the Nordic Barnahus Model*. Palgrave Macmillan. 2017. Pg. 6.

47 PROMISE BARNAHUS NETWORK. «Barnahus Quality Standards. Guidance for Multidisciplinary and Interagency Response to Child Victims and Witnesses of Violence». *Council of the Baltic Sea States Secretariat and Child Circle*. 2017.

48 RIVAS, E.; CAPELL, S. y MASSÓ, C. «Estudio de mapeo sobre la implementación del modelo Barnahus en España. Situación legal y política a nivel nacional y autonómico en materia de protección de la infancia frente a la violencia sexual». *Consejo de Europa*. 2023. Pg. 81.

6. La realización de la entrevista forense.
7. La práctica de exámenes médicos.
8. El acceso de servicios terapéuticos y psicológicos.
9. La formación sensibilizada y completa de los profesionales intervinientes.
10. El cumplimiento de finalidades de prevención.

Junto a tales estándares, el modelo Barnahus promueve la adopción de una serie de buenas prácticas destinadas a adoptar todas las intervenciones que se requieren para el enjuiciamiento del delito a las particularidades y las necesidades de las víctimas infantojuveniles, pudiendo destacarse, a este respecto, cuatro de ellas. La primera hace referencia a la adaptación de los espacios físicos en los que se encuentra el menor durante los exámenes forenses o las tomas de declaración. Los centros cuentan con salas de espera, idealmente dos o tres para adecuarse a los diferentes tramos de edad e intereses de cada víctima. En ellas se disponen de una serie de diferentes objetos de confort en función del momento evolutivo en el que se encuentre el niño o el adolescente. Así, los niños de más corta edad pueden disponer de juguetes o peluches durante las exploraciones con la finalidad de reducir sus niveles de ansiedad que, a su vez, repercuten en que las entrevistas o las declaraciones sean más completas y detalladas⁴⁹.

En segundo lugar, se habilita la posibilidad de utilizar canoterapia (*therapy dogs*), en tanto que ha resultado demostrado que los perros poseen unas habilidades naturales que permiten a la víctima regular su estado emocional y psicológico durante la toma de declaración⁵⁰, permitiendo que los menores proporcionen un testimonio más coherente y eficiente en un estado mental mucho más relajado⁵¹.

A continuación, siguiendo las recomendaciones europeas, también se permite el acompañamiento de personas de apoyo, pudiendo ser familiares, profesores o personas con las cuales el niño comparta un vínculo de confianza, para que éstas se encuentren presentes durante la realización de las diversas actuaciones que se llevarán a cabo en las instalaciones. Al no aludirse únicamente a los familiares y dando la opción al menor de escoger libremente una persona de su elección para que le acompañe durante este proceso se pretende evitar un posible conflicto de intereses, teniendo en cuenta que en los casos de abuso sexual infantojuvenil es muy frecuente que el victimario sea una persona del círculo familiar más próximo al menor. Ello, no

49 PEREDA, N.; BARTOLOMÉ, M. y RIVAS, E. «Revisión del Modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil?». *Boletín Criminológico*, núm. 207. 2021. Pg. 7.

50 DELLINGER, M. «Using dogs for emotional support of testifying victims of crime». *Animal Law Review*, 15(2). 2009. Pg. 178 y ss.

51 HOLDER, C. «All dogs go to court: The impact of court facility dogs as comfort for child witnesses on a defendant's right to a fair trial». *Houston Law Review*, 50(4). 2013. Pg. 1179 y ss.

obstante, no puede suponer que la persona de apoyo pueda intervenir activamente durante las actuaciones, sino que únicamente se encontrará presente en las mismas para dar apoyo y acompañamiento al menor mientras éste las lleva a cabo.

Y, en último lugar, pero no por ello menos relevante, los centros Barnahus disponen de dos salas conectadas entre sí por un circuito cerrado de televisión, que permiten que los operadores jurídicos y, entre ellos, la defensa, puedan visualizar la declaración sin encontrarse presentes en la sala y evitando la confrontación visual directa entre víctima y presunto agresor. De este mismo modo, el resultado de la declaración será grabado en soporte audiovisual para su posterior incorporación en fase de juicio oral, preconstituyendo la prueba testifical del menor para evitar que la víctima deba acudir presencialmente a la fase plenaria para ofrecer su relato nuevamente sin la intervención de profesionales formados en Psicología o Victimología y en un ambiente frío e intimidante.

Los beneficios constatados por una pluralidad de estudios permiten afirmar que la solución por la cual aboga el sistema de intervención multidisciplinar del modelo nórdico es mucho más eficaz y favorable para la víctima y su familia que el circuito de justicia tradicional. LALAYANTS y EPSTEIN (2005), a partir de una revisión sistemática de la literatura referente a la eficacia de los equipos multidisciplinarios en supuestos de abuso infantojuvenil, constatan un mayor nivel de coordinación entre agentes interdepartamentales que, a su vez, repercute positivamente en la facilitación de información entre los mismos y la reducción de consultas posteriores. Asimismo, el citado estudio pone en relieve que no únicamente son las víctimas quienes salen beneficiadas por la configuración de este sistema, sino que los intervinientes profesionales también manifiestan ventajas como la reducción de sus niveles de estrés y la mejora de las condiciones laborales que, a su vez, permiten incrementar la eficiencia del servicio⁵². Seguidamente también se encontraría que los servicios de atención integral, como los CAC y el modelo Barnahus, facilitan una mayor involucración de los agentes policiales, además de garantizar un ambiente adaptado a las particularidades y necesidades de los menores de edad en comparación con otras dependencias ubicadas en comisarías, centros hospitalarios, clínicas, escuelas y/o institutos, juzgados, etc⁵³.

En un estudio posterior, CROSS et al. (2008) realizaron una evaluación sobre el funcionamiento de los CAC, tomando como muestra un total de 748 casos realizados con la intervención de estos centros y otros 668 casos alternativos del circuito tradicional de intervención para realizar una comparativa entre ambos modelos. Los resultados obtenidos reflejan que la intervención multidisciplinar característica de

52 LALAYANTS, M. y EPSTEIN, I. «Evaluating Multidisciplinary Child Abuse and Neglect Teams: A Research Agenda». *Child Welfare*, Vol. 84, núm. 4. 2005.

53 CROSS, T. P.; JONES, L. M.; WALSH, W. A.; SIMONE, M. y KOLKO, D. «Child forensic interviewing in Children's Advocacy Centers: Empirical data on a practice model». *Child Abuse & Neglect*, núm. 31. 2007.

los CAC reporta una serie de mejoras en la experiencia de las víctimas y sus familiares en el proceso de evaluación, notificación y denuncia de casos de abuso sexual infantil. A efectos de puntualizar algunos de los aspectos más relevantes del estudio, se constata que en los CAC se garantiza una mayor participación multiprofesional durante la entrevista con el menor (en un 81% de los casos), una mayor adaptación de los espacios físicos (un 56% versus el 6%), un mayor acceso a exámenes médico-forenses⁵⁴ (en un 48%) y a servicios de salud mental (en un 72% frente al 31% de los casos de comparación) y mayores niveles de satisfacción en los cuidadores de la víctima (en un 70%)⁵⁵.

Por otro lado, no únicamente se identifican beneficios en el plano victimológico, sino que el uso de estos servicios integrales también tiene positivas repercusiones en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Reduciéndose los tiempos de espera y suprimiendo la posibilidad de que las diligencias se alarguen injustificadamente⁵⁶, también se permite que la huella de memoria del menor se conserve en mejores condiciones, lo que significa que el menor, siendo debidamente atendido por profesionales especializados, pueda ofrecer un testimonio libre de contaminación y con mayor riqueza de detalles sobre el acusado y el delito sufrido⁵⁷. No solo eso, la tasa de denuncia y de sentencia condenatoria es significativamente superior cuando la víctima ha sido atendida por los servicios de atención multidisciplinar⁵⁸.

A la postre, tanto la teoría como la evidencia empírica permiten concluir en que la conciliación entre los derechos reconocidos a las víctimas menores de edad y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia no es una utopía, sino que puede materializarse a través de la adopción de una perspectiva multidisciplinar y holística como la que caracteriza los servicios ofrecidos tanto por los CAC como por el modelo Barnahus.

54 A su vez, es más probable que mediante la intervención de los CAC se garantice a las víctimas un mayor acceso a exámenes médicos, tratamiento contra enfermedades de transmisión sexual y diagnóstico prenatal. Véase en EDINBURGH, L.; SAEWYC, E. y LEVITT, C. «Caring for young adolescent sexual abuse victims in a hospital-based children's advocacy center». *Child Abuse & Neglect*, núm. 32. 2008.

55 CROSS, T. P.; JONES, L. M.; WALSH, W. A.; SIMONE, M. et al. «Evaluating Children's Advocacy Centers' Response to Child Sexual Abuse». *Juvenile Justice Bulletin*. 2008.

56 WALSH, W. A.; LIPPERT, T.; CROSS, T. P.; MAURICE, D. M. y DAVISON, K. S. «How long to prosecute child sexual abuse for a community using a Children's Advocacy Center and two comparison communities?». *Child Maltreatment*, 13(1). 2008.

57 PEREIRA PUIGVERT, S. y ORDÓÑEZ PONZ, F. «El modelo Barnahus para una mayor tutela de las víctimas menores de edad en caso de abusos sexuales» en ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (coord.). *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021. Pg. 684.

58 JOA, D. y EDELSON, M. «Legal Outcomes for Children Who Have Been Sexually Abused: The impact of Child Abuse Assessment Center Evaluations». *Child Maltreatment*, núm. 9. 2004 y MILLER, A. y RUBIN, D. «The contribution of children's advocacy centers to felony prosecutions of child sexual abuse». *Child Abuse & Neglect*, núm. 33. 2009.

3.2. La instauración de Barnahus en España

El modelo escandinavo, en tanto que multidisciplinar, requiere de la colaboración de un conjunto de departamentos que, en atención a la distribución competencial delimitada por la Constitución Española (en adelante, CE), serán competencia exclusiva del Estado o, por el contrario, compartida con cada Comunidad Autónoma (en adelante, CCAA). España parte de un modelo de organización territorial descentralizado, garantizándose el reconocimiento de la autonomía de las entidades locales (municipios y provinciales) y de regiones (CCAA) en un estrato constitucional de acuerdo con los artículos 2, 143 y 151 de la CE. A este respecto, la autonomía de las regiones se rige por la elaboración y aprobación de sus respectivos Estatutos de Autonomía, en los cuales consta el listado de competencias exclusivas que asume cada región, estableciéndose tales límites en el artículo 149 de la CE⁵⁹.

En lo referente a Justicia, las competencias legislativas son ostentadas exclusivamente por el Estado, si bien las CCAA, cuando así lo hubieran asumido, tienen competencias en la administración de la Administración de Justicia (algunos ejemplos serían Galicia, Aragón, Andalucía, el País Vasco o Cataluña). En lo concerniente a Sanidad, el Estado posee competencia exclusiva en materia de Sanidad Exterior, teniendo la facultad de regular unas bases mínimas obligatorias para cada región, pudiendo las CCAA desarrollar competencias de planificación sanitaria, salud pública y gestión de los servicios sanitarios. No obstante, la cartera de Infancia y Servicios Sociales es competencia exclusiva, de manera general, de las CCAA, a pesar de que el Estado central retiene la autoridad en materia civil referente a la regulación de las relaciones familiares (a excepción de los regímenes forales)⁶⁰ y ha promulgado legislación básica en materia de protección a la minoría de edad como la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* y la ya citada LOPIVI.

De todo ello, puede extraerse la idea de que el desarrollo de leyes autonómicas, protocolos de actuación y estrategias frente la victimización infantojuvenil y, por ende, el proceso de instauración del modelo Barnahus quedan a disposición de las voluntades de cada CCAA.

3.2.1. El proyecto piloto de Tarragona. La unidad integrada de atención a la infancia y la adolescencia víctimas de abuso sexual

Como ya se ha advertido, en fecha del primer trimestre de 2024, únicamente Cataluña cuenta con unidades Barnahus habilitadas y en pleno funcionamiento en el contexto autonómico de intervención y protección frente a la victimización de la infancia y la adolescencia. En este punto, es relevante dar a conocer que España

59 PLATAFORMA DE INFANCIA ESPAÑA. «Informe sobre el marco legislativo de desarrollo de las leyes autonómicas de infancia y adolescencia en España». 2022. Pg. 14-16.

60 RUIZ ROBLEDO, A. «Compendio de Derecho Constitucional español». *Tirant lo Blanch*. Valencia. 2022. Pg. 247 y ss.

oficializaría su membresía en PROMISE en el año 2020 por iniciativa de Save The Children España en colaboración con la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante, DGAIA) de Cataluña.

Ello no es fortuito: el Gobierno catalán, en los últimos años, ha iniciado la adopción de una serie de acuerdos y resoluciones autonómicos con el fin de crear una entidad de asistencia integral para acoger a los menores de edad víctimas de abuso sexual y dar respuesta a sus necesidades de protección, reparación y apoyo. Sin ir más lejos, en el año 2010 aprobaría la *Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia* con el objeto de consolidar y agrupar toda la normativa autonómica referente al sistema tutelar destinado a los menores de edad. Ello es resultado directo de lo dispuesto en el artículo 166 del Estatuto de Autonomía de Catalunya, que confiere a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de protección de menores y promoción de las familias y de la infancia. En la cuestión que nos compete, es especialmente relevante la referencia al artículo 93, según el cual la Generalitat tiene la obligación de poner a disposición de los menores de edad víctimas de abuso sexual un servicio de atención especializada que vele por la prevención y la detección de supuestos de abusos sexuales, así como de promover el uso de buenas prácticas y la formación especializada de los profesionales que tomen contacto con las víctimas durante su intervención.

Tomando como inspiración tal precepto, posteriormente se aprobaría el Acuerdo de Gobierno 65/2015, de 17 de mayo, se crearía la Comisión Interdepartamental para el Impulso de la Protección Efectiva ante el Maltrato a Infantes y Adolescentes (en adelante, CIIPEMIA). Su finalidad es impulsar medidas transversales que permitan abordar la problemática del abuso infantojuvenil, debiéndose, a tal fin, contar con una comisión especializada en la materia para la gestión y coordinación interdepartamental. Así las cosas, en vista de lo dispuesto en el punto 1.2 del Acuerdo, la CIIPEMIA ostenta una serie de obligaciones referentes al 1) despliegue de políticas públicas de formación específica sobre victimización infantojuvenil destinadas a profesionales; 2) el desarrollo de sistemas de protección frente al riesgo de victimización procesal de acuerdo a lo determinado por el LEVD; 3) y la instauración de servicios de atención especializada y multidisciplinar a los niños y adolescentes víctimas de cualquier tipología de maltrato.

Esta última cuestión sería la principal causa para la adopción de la Resolución 220/XXI del Parlamento de Cataluña, por la cual, a partir de lo dispuesto en sus puntos 17, 19 y 20, haciendo expresa referencia al modelo Barnahus y a sus numerosos beneficios, el Gobierno catalán se comprometería a impulsar la creación de las Casas de los Niños en su territorio para garantizar un entorno cómodo y adaptado, un trato sensibilizado por parte de los profesionales intervinientes y un mecanismo de protección ante el riesgo de victimización secundaria adaptado a las necesidades particulares de las víctimas menores de abuso sexual. Ello finalmente se consolidaría en sede parlamentaria con la creación de un proyecto piloto de una entidad integrada de atención a la infancia y la adolescencia víctimas de abusos sexuales en

Cataluña para el año 2020⁶¹. Con todo, la ciudad escogida para adoptar el primer centro Barnahus sería la ciudad de Tarragona, recayendo dicha elección en cuatro criterios⁶²: 1) la medida poblacional; 2) el incremento de supuestos de victimización sexual en niños y adolescentes; 3) la eficiencia de la coordinación interdepartamental que venía llevándose a cabo en el territorio; y 4) las facilidades ofrecidas por parte de la Audiencia Provincial de Tarragona para llevar a cabo la prueba piloto.

En el caso particular de Tarragona, la población destinataria de los servicios Barnahus son menores de edad frente a los que se sospecha o se tiene certeza de que han sido víctimas de abuso sexual, así como los familiares de las víctimas, siempre que tales abusos no hubieran sido llevados a cabo por un miembro de la unidad familiar. La vía de acceso a los servicios surge a partir de la notificación de un caso de abuso sexual infantil, con independencia de si se trata de un supuesto de sospecha o de revelación de los hechos. Por un lado, los supuestos de abusos sexuales crónicos, entendidos como aquellos episodios de violencia sexual que han sido detectados habiendo transcurrido un mínimo de 72 horas desde su comisión, suelen ser puestos en conocimiento por parte del centro educativo del menor, por los servicios sociales, por centros sanitarios, por el Equipo de Atención a la Infancia y la Adolescencia de Cataluña o, incluso, por la propia víctima o familiar que se haya personado en el centro Barnahus. Por el otro, los casos agudos de abuso sexual, los cuales han sucedido en un período inferior a 72 horas, suelen ser detectados por los centros de salud dado que todavía es posible identificar lesiones o vestigios del delito. En ambos casos, la entidad que hubiera tomado conocimiento de los abusos cometidos contra un menor realizará inmediatamente una ficha de notificación referente a la sospecha, la revelación o la corroboración de un delito de índole sexual cometido contra un menor de edad a la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante, DGAIA). Dicha notificación, será trasladada por la DGAIA a los Equipos Funcionales de la Infancia, los cuales, una vez hubieran gestionado el expediente del menor y valorado las necesidades particulares del mismo, se constituirán como puente de acceso del menor con la unidad Barnahus⁶³.

El centro de Tarragona dispone de dos equipos de profesionales: el personal fijo y el personal que se desplaza al centro en función de las actuaciones que se deberán llevar a cabo. En la primera categoría se engloban coordinadores, psicólogos y trabajadores sociales. Éstos siempre se encontrarán presentes en las instalaciones del servicio para llevar a cabo, principalmente, labores de coordinación, exploración y valoración de

61 DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMÍLIES. GENERALITAT DE CATALUNYA. «Papers 31. Barnahus del Camp de Tarragona: Projecte tècnic». *Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions*. 2021. Pg. 5.

62 RIVAS, E. (coord.). «Hacia la Barnahus». *Save The Children*. 2020. Pg. 52.

63 Información obtenida de la ponencia de Isabel Carrasco i Panadés, directora del Servei d'Atenció a la Infància i l'Adolescència de Tarragona, en el marco de curso "El modelo Barnahus y la mejora de la práctica judicial en niños y niñas víctimas de abuso sexual" realizado el 19 de junio de 2023 en colaboración con Save the Children España.

las necesidades de la víctima. En segundo término, Barnahus dispone de un alto grado de colaboración con los *Mossos d'Esquadra* adscritos al Grupo de Atención a la Víctima o del Equipo de Investigación, quienes se desplazarán expresamente a la unidad para recoger las declaraciones de las víctimas, tramitar la denuncia en los casos en que se quisiera enjuiciar los hechos y realizar un seguimiento con las víctimas a los efectos de asegurar un sistema tutelar efectivo. Junto a éstos, los profesionales de la Oficina de Atención a la Víctima asumirán las funciones de asesoramiento técnico-jurídico para garantizar el reconocimiento de sus derechos. Asimismo, dentro de esta segunda categoría deben incluirse los servicios médicos de Pediatría, Ginecología y Obstetricia y Medicina Forense, así como el equipo de trabajadores sociales y psicólogos del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal (en adelante, EATP), para, por un lado, llevar a cabo los exámenes médicos que se requirieran, y, por otro, la realización de las exploraciones psicológicas y el asesoramiento técnico para llevar a cabo la exploración judicial y la prueba preconstituida en términos adecuados y especializados. Además de los psicólogos del EATP, también se desplazan psicólogos clínicos para llevar a cabo el tratamiento terapéutico. En el caso catalán, la terapia psicológica se da inicio en las intermediaciones del servicio y, posteriormente, los niños y adolescentes se derivan al Centro de Salud Mental Infantil y Juvenil de Tarragona al cabo de diez sesiones. Con todo, el personal de salud mental adopta la terapia NICHD, caracterizado por ser un programa de intervención breve especializado en menores de edad que hubieran afrontado vivencias de maltrato, abuso y violencia basado en un guion de entrevista semi-estructurada⁶⁴ cuya validez ha sido evidenciada en múltiples estudios⁶⁵.

Durante el transcurso de las actuaciones realizadas en Barnahus, además, destacamos la incorporación del proyecto piloto HUSCAN de intervenciones asistidas por perros, a cargo de la *Fundación Affinity*, por la cual se incorpora la terapia con perros en las instalaciones del proyecto Barnahus con el objetivo de que los perros actúen como facilitadores para reducir los niveles de estrés y ansiedad y educar en el reconocimiento de emociones y dinámicas de comunicación de los niños y adolescentes cuando éstos intervengan con psicólogos, asistentes y/o trabajadores sociales, educadores, etc.

Para dar cabida a todos los profesionales que deben intervenir en supuestos de abuso sexual infantojuvenil, la unidad de Tarragona dispone de diversos espacios, todos ellos adaptados y decorados para transmitir sentimientos de seguridad y serenidad. Con todo, destacamos la disposición de tres salas de exploración psicológica, cada

64 COTTERILL, B. F. «Are children reliable witnesses?». *Palgrave Macmillan*. 2022. Pg. 86 y ss.

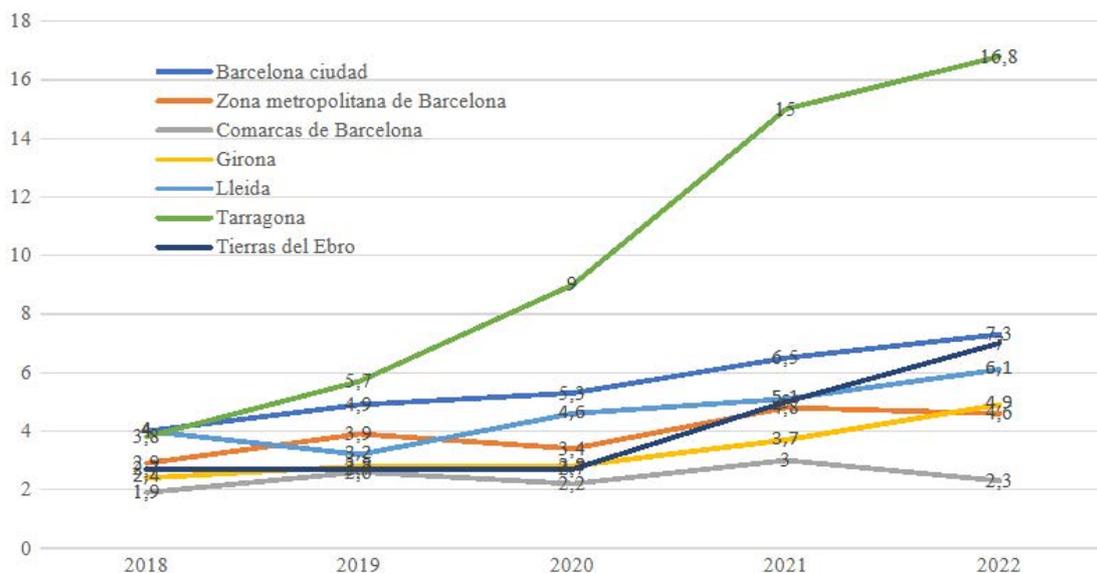
65 LAMB, M. E.; ORBACH, Y.; HERSHKOWITZ, I.; ESPLIN, P. W. y HOROWITZ, D. «A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol». *Child Abuse & Neglect*, núm. 31. 2007 y BENIA, L. R.; HAUCK-FILHO, N.; DILLENBURG, M. y MILNITSKY STEIN, L. «The NICHD Investigative Interview Protocol: A meta-analytic review». *Journal of Child Sexual Abuse*. 2015.

una de ellas destinada a un tramo de edad concreto para acomodar la disposición de objetos de confort adecuados y acordes a los intereses de cada etapa evolutiva del niño y/o el adolescente; una sala de entrevista forense, la cual se encontrará vinculada con la sala de prueba preconstituida por un circuito cerrado de televisión, de modo que la defensa y los operadores judiciales podrán visualizar la toma de declaración sin encontrarse presentes en la misma habitación que la víctima; y una sala de exploración médica, para que, cuando los médicos se desplacen a las inmediaciones, éstos puedan realizar a cabo adecuadamente los exámenes médicos que la víctima haya consentido. Asimismo, también se disponen de salas de espera, sala de dirección y coordinación del servicio, sala de reuniones y otras estancias como baños, cocina, etc. En el caso particular que nos acontece, además, también se dispone de un jardín exterior con columpios y toboganes.

Es cierto que el proyecto piloto de la Casa de los Niños de Tarragona lleva en funcionamiento relativamente poco tiempo. No obstante, durante la experiencia de estos cuatro años, la DGAIA hizo públicos en 2022 una serie de datos que parecen demostrar que el sistema de intervención nórdico tiene efectos positivos en la detección de sospechas y casos de abuso sexual infantojuvenil, creciendo exponencialmente la tasa de expediente abierto por motivo comparable en abuso sexual en Tarragona, en comparación con el resto de provincias catalanas.

Tabla 1

Evolución de la tasa cada 10.000 menores de edad con expediente abierto por motivo compatible con abuso sexual. Tabla de elaboración propia a partir de los datos de la Generalitat de Catalunya⁶⁶



66 GENERALITAT DE CATALUNYA. «Barnahus: La casa de les xiquetes i els xiquets. Dossier de premsa». 2023. Pg. 11.

Como resultado directo de la eficacia de las buenas prácticas promovidas por la propuesta escandinava, para el año 2023, el Gobierno catalán aprobó la creación de otros doce centros Barnahus más por Cataluña a partir del Acuerdo de Gobierno 157/2022, de 26 de junio, por la cual se aprueba la estrategia Barnahus para el abordaje integral de los abusos sexuales contra la infancia y la Adolescencia en Cataluña. Tras la iniciativa de Tarragona, Lleida sería la segunda ciudad en acoger el centro Barnahus en diciembre de 2023⁶⁷, si bien las instalaciones son únicamente provisionales a efectos de ofrecer los servicios multidisciplinares mientras se finaliza la construcción del centro definitivo. En cuestión de escasos meses, y con pocas semanas de diferencia, en febrero de 2024 se inaugurarían tres centros Barnahus más en las ciudades de Terrassa⁶⁸, la Seu d'Urgell⁶⁹ y Granollers⁷⁰. En un futuro próximo se espera la apertura de nuevos centros en las ciudades de Badalona, Barcelona, Girona, Manresa, Mataró, el Prat de Llobregat, Tortosa y Vilanova i la Geltrú.

3.2.2. Perspectivas de expansión futura del modelo Barnahus en el territorio nacional

En lo que respecta a la habilitación de unidades Barnahus en el resto de territorio español, RIVAS, CAPELL y MASSÓ (2023) realizan un extenso mapeo que permite evaluar el nivel de implicación de cada CCAA para instaurar un sistema tutelar y asistencial a la víctima menor de edad tomando como referente la propuesta nórdica⁷¹. Para contextualizar los resultados del estudio, es importante destacar que el nivel de implicación de las CCAA en el desarrollo de marcos de protección autonómicos frente a la violencia sexual contra la infancia y la adolescencia es generalmente alto, estimándose que la mayoría de las regiones cuenta con una ley autonómica referentes a las necesidades de protección de los menores de edad víctimas de abuso sexual, un protocolo específico de intervención o estrategias de actuación frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes. Con todo, la presente investigación permite afirmar que el interés en instaurar servicios de atención integral y multidisciplinar destinados a la infancia y la adolescencia se ha extendido rápidamente en el Estado español en los últimos años, especialmente tras la aprobación de la LEVD y la LOPIVI, sea bien adoptando el modelo original nórdico u otro de naturaleza análoga.

67 Véase la siguiente noticia: https://www.segre.com/es/lleida/231212/entra-funcionamiento-barnahus-lleida-concentra-espacio-atencion-menores-victimas-abusos-sexuales_279786.html (Última fecha de consulta: 1 de marzo de 2024).

68 Véase la siguiente noticia: <https://www.intress.org/barnahus-terrassa-intress/> (Última fecha de consulta: 1 de marzo de 2024).

69 Véase la siguiente noticia: <https://www.intress.org/ponemos-en-marcha-el-barnahus-de-la-seu-urgell/> (Última fecha de consulta: 1 de marzo de 2024).

70 Véase la siguiente noticia: https://dixit.gencat.cat/es/detalls/Noticies/drets_socials_granollers_barnahus.html (Última fecha de consulta: 1 de marzo de 2024).

71 RIVAS, E.; CAPELL, S. y MASSÓ, C. «Estudio de mapeo sobre la implementación del modelo Barnahus en España. Situación legal y política a nivel nacional y autonómico en materia de protección de la infancia frente a la violencia sexual». *Op. cit.*

Junto con Cataluña, son diversas las CCAA que tienen el propósito de adoptar el modelo de intervención multidisciplinar nórdico en sus particulares contextos, si bien ninguna de ellas dispone todavía de centros operativos en su territorio. La región que ha tomado la delantera en esta materia ha sido la Comunidad de Madrid, en la que ya desde el año 2019⁷² existía un especial interés en el modelo islandés. Muestra de ello es la aprobación de la *Ley 4/2023, de 22 de marzo, de Derechos, Garantías y Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid* con el objetivo de seguir las directrices internacionales, europeas y nacionales en materia de protección a los menores de edad y construir un instrumento autonómico sobre el cual erigir un sistema de protección integral, gradual, compartida y sostenible. Con todo, ya se encuentra publicada la licitación del proyecto piloto Barnahus en la capital española⁷³ y, aunque se planeaba la inauguración del primer centro Barnahus en Madrid para octubre de 2023, no hay constancia de que tal plazo haya sido cumplido. Rumbo similar ha tomado el País Vasco⁷⁴ anunciando en 2022 la iniciativa de habilitar un primer centro Barnahus en Vitoria para el segundo semestre de 2023. A este extremo, tampoco se ha podido corroborar el funcionamiento efectivo de los servicios e instalaciones Barnahus en aquel territorio. Por otro lado, el Gobierno valenciano, para el año 2019, también habría delimitado como uno de sus compromisos en materia de protección a la infancia la implementación del modelo Barnahus en el punto 10 del Eje núm. 3 del *Acord dels Botànics* y en el *Acuerdo para la Aprobación del Dictamen de la Comisión Especial de Estudio para la Reconstrucción Social, Económica y Sanitaria del 6 de agosto de 2020*, delimitándose en este último el objetivo de «reforzar los recursos autonómicos y locales de detección y protección de la infancia que sufre violencia física, psicológica y sexual, y avanzar hacia una atención integral siguiendo el modelo nórdico de Casas de los Niños y formar en detección y actuación ante la violencia infantil, tanto en un entorno físico como virtual, a todos los profesionales que trabajen con niños, niñas y adolescentes⁷⁵». En este particular escenario, únicamente se conoce la intención de abrir el centro en la ciudad de Castellón⁷⁶. Por lo que respecta a Navarra, es especialmente relevante la *Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de*

72 MARTÍNEZ, L. y DEL MORAL, C. (coord.). «Barnahus: Bajo el mismo techo. Un recurso para proteger a niños y niñas víctimas de la violencia en la Comunidad de Madrid». 2019. *Save The Children*.

73 Véase en el siguiente link: <https://contratos-publicos.comunidad.madrid/contrato-publico/proyecto-piloto-barnahus-casa-ninos-adjudicar-procedimiento-abierto-cargo-plan> (Última fecha de consulta: 6 de marzo de 2024).

74 POLO, S.; RIVAS, E. y ARRANZ DÍEZ, C. (coord.). «Barnahus: Bajo el mismo techo. La atención a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en Euskadi: Necesidades de mejora y aportaciones del modelo Barnahus». 2021. *Save the Children*.

75 Vid. apartado segundo del punto de Infancia del Acuerdo para la Aprobación del Dictamen de la Comisión Especial de Estudio para la Reconstrucción Social, Económica y Sanitaria del 6 de agosto de 2020.

76 Véase la siguiente noticia: <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/castellon/2023/01/11/63bebb68fdddffoba38b4592.html> (Última fecha de consulta: 8 de marzo de 2024).

promoción de sus familias, derechos e igualdad, por la cual se ofrece sustento normativo suficiente en la CCAA para adoptar centros Barnahus. En virtud de los esfuerzos llevados a cabo por la Dirección de Infancia del Gobierno vasco, se prevé que el primer centro Barnahus abra sus puertas para el año 2024 en Pamplona⁷⁷.

Con un menor nivel de implicación, Andalucía anunciaría su compromiso en la implementación de la propuesta escandinava en su Plano de Infancia 2023-2027 de la Dirección General de Infancia y Adolescencia y Juventud de la Junta de Andalucía. Asimismo, Cantabria⁷⁸ y las Islas Baleares solicitaron la ayuda de *Save The Children* España para llevar a cabo un diagnóstico sobre las condiciones particulares de la CCAA con el propósito de iniciar el proceso de instauración del Barnahus en su territorio. En el caso balear, el Departamento de Bienestar Social del Consejo de Mallorca planea contar el servicio nórdico para el fin de la XI Legislatura⁷⁹. Los casos de Castilla-La Mancha y Castilla y León son los más particulares, pues ambas CCAA no han asumido competencias y, por ende, la implementación del modelo Barnahus corre a cargo de la responsabilidad y la voluntad estatal. En todo caso, si bien Castilla-La Mancha requiere de un nuevo marco legal autonómico que permita sustentar el correcto funcionamiento de los servicios multidisciplinares e integrales nórdicos, Castilla y León ha iniciado la realización de un estudio que permita valorar la viabilidad de la adopción de Casas de los Niños en su territorio.

Finalmente, las CCAA sobre las cuales no se tiene ninguna clase de información respecto su interés de implementar el sistema nórdico en sus contextos regionales son Aragón, Murcia, La Rioja, Galicia y Extremadura.

4. PRINCIPALES DIFICULTADES PARA LA APLICACIÓN DEL MODELO BARNAHUS EN EL CONTEXTO NACIONAL

Hasta este punto se ha podido constatar que la propuesta nórdica es ya un referente a nivel europeo en sistemas de intervención y justicia ante la grave problemática de la victimización sexual infantojuvenil, no únicamente por sus buenas prácticas a nivel teórico, sino por las múltiples investigaciones empíricas que han permitido constatar su eficacia y validez como mecanismo de protección de la infancia y la adolescencia frente la victimización secundaria. No obstante, tales ventajas van acompañadas de una serie de actuaciones, garantías y medidas que

77 Véase la siguiente noticia: <https://www.noticiasdenavarra.com/sucesos/2023/11/20/centro-navarra-atender-menores-victimas-7538389.html> (Última fecha de consulta: 8 de marzo de 2024).

78 RIVAS, E. (coord.). «Bajo el mismo techo. Análisis del itinerario de atención a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en Cantabria y propuesta de implantación del modelo Barnahus». 2022. *Save The Children*.

79 Véase la siguiente noticia: <https://www.dbalears.cat/balears/balears/2024/02/29/390547/mallorca-tendra-barnahus-centre-especialitzat-atencio-integral-infants-adolescents-victimes-abus-sexual.html> (Última fecha de consulta: 8 de marzo de 2024).

permitan garantizar a las víctimas un adecuado nivel de satisfacción y bienestar tras su implicación en este concreto modelo.

Con todo, el modelo Barnahus no se caracteriza por ser un modelo estático. A excepción de los diez estándares delimitados por PROMISE, cada Estado tiene un amplio margen de actuación en la toma de decisiones para la adaptación de la Casa de los Niños en sus concretos ordenamientos jurídicos y sistemas estatales de protección de la infancia y la adolescencia. Por esta misma razón, en cada país podrán apreciarse algunas variaciones respecto a otros países de Europa. En el presente estudio, se somete a análisis el particular caso de España que, si bien es un referente en la instauración del modelo escandinavo entre los países del sur de Europa, no se encuentra exento de crítica. Si lo que se pretende es optimizar los beneficios de los que puede favorecerse tanto la víctima menor de edad como el sistema de justicia penal nacional, es importante dar respuesta a una serie de problemas o lagunas que se encuentran presentes en el funcionamiento de las Barnahus en el panorama nacional y que requieren de solución. Así las cosas, exponemos una serie de problemáticas que se han podido identificar de la breve experiencia del modelo Barnahus en los centros instaurados en Cataluña, pudiendo dividir éstas en dos categorías: aquellas con incidencia en el plano victimológico y aquellas de naturaleza jurídico-procesal.

4.1. Problemáticas de corte victimológico

En lo referente al plano victimológico, como se ha venido exponiendo, el modelo Barnahus se ha constituido como uno de los modelos más efectivos en la intervención con víctimas menores de edad de abuso sexual. Efectivamente, la victimización sexual tiene grandes y graves repercusiones en la trayectoria vital y en el desarrollo de cualquier niño y adolescente, además de las serias dificultades que se reportan en su detección y enjuiciamiento a causa de la naturaleza que entraña esta concreta tipología delictiva. Es más, tomando como base esta idea, los centros Barnahus que se han ido instalando en territorio catalán destinan sus servicios a aquellos niños y adolescentes, así como sus familiares, que hubieran sufrido abusos sexuales.

No obstante, esta inclusión exclusiva de víctimas menores de edad de delitos sexuales no adolece de críticas a este respecto. El objetivo de atender únicamente supuestos de victimización sexual supone una cuestión controvertida y problemática pues se desprende la idea de que los poderes públicos categorizan a las víctimas infanto-juveniles en víctima de primera o de segunda en atención a la concreta victimización que han sufrido, otorgando una mayor importancia a los delitos sexuales al considerarse mucho más gravosos. Sin ir más lejos, la violencia intrafamiliar (sea directa o indirecta) en menores de edad se relaciona con altos niveles de alteraciones psicológicas y emocionales (depresión y ansiedad), problemas escolares, y desarrollo de conductas antisociales y delictivas⁸⁰. Por otro lado, los menores víctimas de trata

80 FRÍAS ARMENTA, M. y GAXIOLA, ROMERO, J. C. «Consecuencias de la violencia familiar

de seres humanos pueden tener graves afecciones en su salud física (desnutrición y deshidratación, consumo obligado de drogas, infecciones, etc.) y psicológica⁸¹ (alteraciones del sueño, trastorno de estrés post-traumático, ansiedad, depresión, etc.). Circunstancia que nos permite razonar que los menores de edad víctimas de violencia doméstica o de trata de personas, también sufren de graves perjuicios en su desarrollo cognitivo y bienestar psicosocial, sea por el hecho delictivo o por su intervención en el sistema judicial, y requieren de un sistema tutelar en la misma medida que cualquier niño o adolescente que hubiera sido víctima de abusos sexuales.

A este panorama, además, cabe añadir los supuestos de polivictimización, por los cuales la víctima ha experimentado durante el transcurso de su infancia y/o adolescencia diferentes tipos de victimización (abuso físico, emocional o sexual; negligencia; abandono, etc.). Se ha demostrado que la victimización infantojuvenil tiende a superponerse, es decir, los niños y adolescentes raramente experimentan una única clase de victimización, y el enfoque de la concurrencia de diferentes tipos de victimización durante la minoría de edad es un enfoque mucho más adaptado a la realidad victimológica⁸². Tomando como base este conocimiento, surgen dudas respecto al abordaje y al tratamiento que pudieran dispensar los centros Barnahus dado que sus recursos y sus profesionales, en principio, deben enfocarse a supuestos de abuso sexual infantil. ¿Pueden estos menores de edad tener acceso a los servicios Barnahus? En caso afirmativo, ¿tienen dichos servicios la capacidad de afrontar y dar respuesta a las particularidades de niños y adolescentes con vivencias traumáticas de diversos tipos? En caso contrario, ¿es posible abordar debidamente a una víctima cuando únicamente se da respuesta a una pequeña parte de sus necesidades?

Sea como fuere, algunos países del panorama escandinavo han ampliado el catálogo de delitos por los que las víctimas menores de edad pueden tener acceso a los servicios integrales y multidisciplinares de los centros Barnahus. Por citar algunos, Islandia y Dinamarca abarcan supuestos de abuso físico; Suecia, a su vez, también interviene en casos de abuso físico, incluyendo hechos de mutilación genital y delitos contra el honor; y Noruega da cabida a víctimas de abuso físico, homicidio y mutilación genital⁸³. De ello, se denota que el modelo originario Barnahus tiene la capacidad de dar respuesta a las necesidades de diferentes perfiles de víctimas infantojuveniles, teniendo la posibilidad (o, incluso, la deuda) los centros Barnahus catalanes de ampliar las víctimas destinatarias de los servicios de intervención.

experimentada directa e indirectamente en niños: Depresión, ansiedad, conducta antisocial y ejecución académica». *Revista Mexicana de Psicología*, vol. 25, núm. 2. 2008. Pg. 244-246.

81 DE PRADO GARCÍA, M. «Guía de intervención psicológica con víctimas de trata». *APRAMP*. Madrid. 2020. Pg. 66-71.

82 PEREDA BELTRÁN, N. «¿Cuánta violencia es demasiada? Evolución de la polivictimización en la infancia y la adolescencia». *Papeles del Psicólogo*, vol. 40, núm. 2. 2019. Pg. 103.

83 JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E. y KALDAL, A. «Implementing the Nordic Barnahus Model: Characteristics and Local Adaptions». *Op. cit.* Pg. 15-16.

A pesar de considerar que éste es el ejemplo que debe seguir España con tal de garantizar una justicia adaptada a toda la infancia y la adolescencia, también debe tomarse conciencia de que la inclusión de un perfil más amplio de víctima infantojuvenil requerirá, a su vez, de una ampliación presupuestaria para dar solución a sus limitaciones materiales, personales y de agenda. Recordemos que el proyecto piloto de Tarragona cuenta con un total de nueve espacios, destinándose únicamente tres de ellos a la exploración psicológica; una a la práctica de la prueba preconstituida; y una única sala de espera privada. Asimismo, el personal fijo de las instalaciones únicamente lo conforman seis profesionales (dos coordinadores, dos psicólogos y dos trabajadores sociales), y la disponibilidad de la intervención de los profesionales que se desplazan al centro se encontrará condicionada a las limitaciones de agenda de Interior, Justicia o Sanidad, así como a la escasez de personal. Estas problemáticas también pueden extenderse al caso particular de la Casa de los Niños de Lleida que, como ya se ha mencionado anteriormente, la ubicación de los servicios Barnahus es provisional y, por ende, la posibilidad de disponer de salas concretas y adaptadas a la función a la cual se destinan no se encuentra en óptimas condiciones. Es más, esta problemática que venimos exponiendo ya tiene su incidencia en la realidad práctica de los servicios Barnahus de Tarragona, donde se estima que el acceso a los servicios integrales tiene una lista de nueve meses de espera⁸⁴.

Por otro lado, estas desigualdades entre centros Barnahus a las que hacemos referencia tiene afección más allá de la disposición de las salas o el número de plantilla fija. La adjudicación del proyecto Barnahus en Cataluña ha sido sometido a licitación, por lo que, en virtud de la valoración de las propuestas y la resolución concreta, el proyecto es adjudicado a una u otra entidad, de modo que los protocolos internos de actuación pueden variar en función de cada centro. Cabe señalar que, pese a los grandes empeños del legislador europeo con la aprobación del artículo 25 de la Directiva 2012/29/UE, y del legislador nacional mediante los artículos 30 y 31 de la LEVD y el artículo 5 de la LOPIVI, todos ellos relativos a garantizar a las víctimas la involucración de funcionarios y profesionales sensibilizados y formados, aún se identifican serias lagunas que requieren de respuesta inmediata. En los citados preceptos se reconoce la obligación del Estado español de asegurar una formación específica relativa 1) a la protección de las víctimas frente los riesgos de victimización secundaria en el proceso penal, 2) los derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia y 3) el riesgo y vulnerabilidad de los menores de edad frente la violencia. A este respecto, todavía se

84 Información obtenida de la ponencia de Emilie Rivas, responsable de Políticas de Infancia en Save the Children Cataluña y responsable del Proyecto Barnahus en Save the Children España, en el marco de la presentación del “Estudio de mapeo y el informe de formación sobre la implementación del modelo Barnahus en España”, realizado el 10 de noviembre de 2023 en Madrid en el marco del proyecto conjunto de la Unión Europea (DGREFORM) y el Consejo de Europa “Fortalecimiento de la justicia adaptada a la infancia a través de la cooperación y coordinación efectiva entre diferentes servicios Barnahus en las regiones de España”.

espera que los poderes públicos nacionales implementen un programa riguroso de formación y capacitación de los profesionales que tomen contacto con las víctimas infantojuveniles en las Casas de los Niños de España, si bien el Proyecto STEPS ha comenzado a colmar esta laguna. Dicho proyecto, a cargo del GReVIA (Grup de Recerca en Victimització Infantil i Adolescent) de la Universidad de Barcelona en colaboración con Save The Children y el Hospital Sant Joan de Déu de Barcelona, tiene como finalidad implementar un programa formativo basado en la simulación y la evidencia científica que permita a los profesionales obtener y desarrollar los conocimientos y las capacidades necesarias para abordar con pleno respeto y adecuación a las víctimas menores de edad. Para ello, se propone el cumplimiento de dos cursos formativos distintos: uno de índole general, relativo a la victimización sexual infantojuvenil, las nociones básicas del modelo Barnahus y la problemática de la victimización secundaria; y otro de cariz especializado en evaluación médico-forense e intervención psicológica con víctimas menores de edad⁸⁵.

4.2. Problemáticas de corte jurídico-procesal

Ahondando en la vertiente jurídica del modelo Barnahus, JOHANSSON et al. (2017) señalan que la prueba preconstituida es una de las buenas prácticas que diferencian el modelo Barnahus de su antecedente norteamericano⁸⁶. Cuando hablamos de prueba preconstituida hacemos alusión al uso de la declaración prestada en sede de investigación, la cual ha sido grabada con anterioridad al juicio oral para su posterior incorporación en dicha fase procesal mediante la reproducción de la grabación⁸⁷. Esta excepcionalidad de la prueba es considerada, a nivel internacional y europeo, uno de los mecanismos más eficaces contra la victimización secundaria en víctimas menores de edad, en tanto que reduce el número de intervenciones a realizar con el menor, permite la intervención de profesionales sensibilizados para evitar el uso de preguntas sugestivas o la contaminación del testimonio y restringe la posibilidad de que el menor deba desplazarse a los tribunales en sede de juicio oral para ofrecer

85 Para ver detalladamente el circuito de formación propuesto por el Proyecto STEPS, atiéndase a PEREDA, N. (coord.). «Entrenamiento y formación en el modelo Barnahus: Estado del arte». *Proyecto STEPS. Comisión Europea*. 2021.

86 JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E. y KALDAL, A. «Implementing the Nordic Barnahus Model: Characteristics and Local Adaptions». *Op. cit.* Pg. 7.

87 También definimos la prueba preconstituida como «aquella que se caracteriza por el hecho de que su práctica tiene lugar ante el juez instructor porque se prevé que no podrá llevarse a cabo en el acto del juicio, ya sea porque se trata de diligencias de imposible repetición en el juicio oral por su propia naturaleza -como sería la prueba de alcoholemia-, o bien de difícil o imposible reproducción por razones ajenas a la naturaleza de la prueba y por circunstancias sobrevenidas, lo cual permite anticipar su práctica al acto del juicio». Ello en CASANOVA MARTÍ, R. «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim». *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2. 2022. Pg. 82.

nuevamente su relato de los hechos habiendo transcurrido una importante cantidad de tiempo desde la comisión del delito⁸⁸, entre otros beneficios a destacar.

La tradición jurídica nórdica es generosa en materia de preconstitución probatoria en supuestos de víctimas menores de edad, compartiendo los países escandinavos una concienciación histórica sobre los riesgos inherentes de la comparecencia de los menores en juicio, entendiéndose que éstos se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad frente a una segunda victimización a cargo del sistema jurídico-penal. *Grosso modo*, en tales sistemas la presencia de un menor de dieciséis años es inconcebible y, como norma general, las víctimas por debajo de esa edad no se encuentran presentes durante la fase de enjuiciamiento, posibilitando su participación en plena armonía con sus necesidades de reparación y protección mediante la valoración de su declaración tomada en fase de instrucción⁸⁹. Por el contrario, el sistema procesal español ha venido siendo más escéptico en referencia al uso de la prueba preconstituida, aunque dicha postura ha ido adaptándose a las necesidades de protección de la víctima infantojuvenil durante las últimas décadas.

La prueba preconstituida en el sistema jurídico nacional tiene un origen jurisprudencial con apenas peso en la ley rituarial procesal, la cual se ha venido caracterizando por una gran dispersión de preceptos que dificulta su comprensión y aplicación⁹⁰, habiéndose debido, a tal fin, acudir de forma continuada a las consideraciones jurisprudenciales y doctrinales del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (en adelante, TS y TC). En un origen, el TC era tajante ante la salvaguarda de los principios rectores de la prueba, por lo que únicamente recibían consideración de prueba aquellas que hubieran sido practicada en sede de juicio oral, tal y como se determina en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), y bajo el cumplimiento de los principios de contradicción, intermediación, publicidad y oralidad⁹¹.

88 MARAVALL BUCKWALTER, I. «La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el Derecho internacional de los derechos humanos». *Tirant lo Blanch*. Valencia. 2019. Pg. 195; y ARANGÜENA FANEGO, C. «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3. 2022. Pg. 1097-1109.

89 MYKLEBUST, T. «The Nordic model of handling children's testimonies» en JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E. y KALDAL, A. (ed.). *Collaborating Against Child Abuse. Exploring the Nordic Barnahus Model*. Palgrave Macmillan. 2017. Pg. 100-103.

90 ARMENTA DEU se ha mostrado especialmente crítica sobre esta situación, habiendo manifestado que “sin perjuicio de no olvidar su carácter excepcional, mejoraría la técnica legislativa, y con ella la seguridad jurídica una previsión normativa general y pormenorizada, con un articulado común para todos los casos de prueba preconstituida (...)”. Véase en ARMENTA DEU, T. «Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación». *Marcial Pons*. 2023. Pg. 238.

91 *Vid.* SSTC 31/1981, de 28 de julio; SSTC 107/1983, de 29 de noviembre; SSTC 201/1989, de 30 de noviembre; y SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, entre otras.

No obstante, tales criterios comenzarían a flexibilizarse años después⁹², señalándose que, en base al principio de búsqueda de la verdad material, es requerido asegurar que no se pierdan elementos de convicción, siempre con pleno respeto a los derechos y garantías del acusado; y admitiendo que el riesgo de grave perjuicio derivado de la presencia del menor en fase de juicio oral es justificación suficiente para preconstituir la prueba testifical de la víctima en fase de instrucción⁹³. A este respecto, se delimitarían cuatro presupuestos de debido cumplimiento para el otorgamiento de eficacia y fuerza probatoria a las pruebas preconstituidas⁹⁴, siendo éstos: 1) presupuesto material: para validarse la práctica de la prueba preconstituida, el riesgo de pérdida o fugacidad de los actos de instrucción debe imposibilitar su reproducción en fase de juicio oral; 2) presupuesto subjetivo: debe llevarse a cabo con la preceptiva intervención de las autoridades judiciales, como es el Juez de Instrucción o la Policía Judicial; 3) presupuesto objetivo: debe garantizarse el derecho a la contradicción de la defensa, permitiendo que ésta pueda comparecer durante la realización de la prueba preconstituida e intervenir haciendo interrogar al testigo; y 4) presupuesto formal: que el resultado de la prueba preconstituida sea introducido en juicio plenario mediante su lectura o reproducción.

Tales postulaciones jurisprudenciales han sido recientemente introducidas en la ley rituarial procesal a partir de la inclusión del nuevo artículo 449 *bis* a propósito de la aprobación de la LOPIVI. Por otro lado, la citada ley daría un giro excepcional en la práctica de la prueba preconstituida como mecanismo de protección de las víctimas menores de edad. Hasta ese momento, a pesar de aceptarse el presupuesto de victimización secundaria como mecanismo suficiente para preconstituir la prueba testifical de la víctima menor de edad, tal consideración se encontraba bajo el poder decisorio del Juez, en tanto que era éste quien tenía la potestad de evaluar las circunstancias particulares de la víctima y de los hechos para apreciar la necesidad de preconstituir la declaración de la víctima. A partir de la reforma operada por la LOPIVI, se implementa tanto en el procedimiento ordinario (artículo 449 *ter*) como en el procedimiento abreviado (artículo 777.3) la obligatoriedad de la preconstitución de la prueba testifical en víctimas de hasta catorce años, restringiendo la potestad de los jueces a emitir un juicio de valor sobre la necesidad de la presencia de la víctima en fase de juicio oral. Con todo, para la valoración de la grabación realizada en instrucción, de acuerdo el artículo 797.2, las partes interesadas deberán instar la reproducción en fase de juicio oral en los términos del artículo 730.

92 Vid. SSTC 145/1985, de 28 de octubre; SSTC 80/1986, de 17 de junio; y SSTC 137/1988, de 7 de julio, entre otras.

93 Vid. SSTS 429/2002, de 8 de marzo; SSTS 429/2002, de 18 de marzo; SSTS 134/2007, de 22 de febrero; y SSTS 884/2010, de 6 de octubre, entre otras; así como SSTC 174/2011, de 7 de diciembre y SSTC 57/2014, de 11 de marzo, entre otras.

94 Vid. SSTC 200/1996, de 3 de diciembre; SSTC 141/2001, de 18 de junio; y SSTC 94/2002, de 22 de abril, entre otras. También en CASANOVA MARTÍ, R. «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 *ter* LECrim». *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2. *Op. cit.*

Empero, a pesar de los grandes esfuerzos promovidos por el legislador español en los últimos años, hay ciertos “cabos sueltos” en materia de preconstitución probatoria que todavía no han sido enmendados y que podrían dificultar una exitosa implementación del modelo Barnahus en nuestro país. En primer lugar, señalamos que, efectivamente, la grabación de la declaración del menor se ha constituido como una práctica obligatoria en víctimas de hasta catorce años. Ello ya suscita problemas, en tanto que en las instalaciones Barnahus se da cabida a todas las víctimas de hasta dieciocho años y ello implica que las víctimas de entre catorce y dieciocho años todavía dependen de la valoración del Juez para excusar su presencia en juicio oral. Por otro lado, si bien la práctica de la prueba preconstituida en menores de hasta catorce años se encuentra garantizada, ello no significa que su admisión también⁹⁵. Si se atiende a lo dispuesto en el artículo 703 *bis* de la LECrim, podrá considerarse necesaria la presencia de la víctima en juicio para declarar nuevamente, sin perjuicio de las medidas protectoras que se pudieran adoptar en fase plenaria, a solicitud de las partes y bajo resolución motivada por parte del órgano judicial. En este orden de ideas, es factible que la defensa alegue motivos de indefensión a causa del uso de preguntas sugestivas por parte del entrevistador e, incluso, interponga un recurso de casación por el incumplimiento del principio de contradicción⁹⁶.

Paralelamente a esta cuestión, la presente regulación todavía no ha dado respuesta a una serie de lagunas que pueden darse en la realidad judicial. Como se ha expuesto, la práctica de la prueba preconstituida no se encuentra garantizada para las víctimas menores de entre catorce y dieciocho años. No obstante, bien es sabido que el curso natural del proceso y la Justicia es lento, y es un escenario habitual que la celebración del juicio oral se postergue hasta años después de la incoación del procedimiento. Así, es posible que el testimonio de la víctima hubiera sido registrado para su preconstitución cuando ésta se encontraba por debajo de los catorce años pero que, finalmente, el enjuiciamiento se lleve a cabo una vez la víctima ha superado el límite establecido en el artículo 449 *ter* o, incluso, la mayoría de edad. Ante estos supuestos, la legislación y la jurisprudencia no han sabido dar respuesta y determinar la forma de proceder en estos específicos casos: si atender al contenido de la prueba testifical preconstituida o si solicitar que la víctima, años después, e, incluso, posiblemente recuperada o inmersa en un proceso de recuperación tras su victimización, acuda en fase plenaria para ofrecer nuevamente su testimonio.

95 Es más, ARRUTI BENITO considera que, para dar respuesta a las carencias de la LECrim, debería exigirse la obligatoriedad del uso de las salas de interrogación dispuestas en las Casas de los Niños para obtener la declaración de la víctima menor de edad. Véase en ARRUTI BENITO, S. «Medidas para eludir la victimización secundaria en la declaración de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. Especial referencia al modelo Barnahus». *Justicia*, núm. 2. *Op. cit.* Pg. 352.

96 Así lo expone PEREIRA PUIGVERT y ORDOÑEZ PONZ en PEREIRA PUIGVERT, S. y ORDOÑEZ PONZ, F. «El modelo Barnahus para una mayor tutela de las víctimas menores de edad en caso de abusos sexuales». *Op. cit.* Pg. 687.

5. CONCLUSIONES

Es sabido que la experimentación de un delito tiene un gran impacto en el desarrollo psicosocial del menor, estimándose que los niños que han sido victimizados son más propensos a desarrollar desórdenes psiquiátricos durante el transcurso de su vida. Por este mismo motivo, es requerido dar una respuesta rápida y efectiva para la mitigación de secuelas y la evitación de la cronificación de las mismas. No obstante, el sistema tradicional de intervención y justicia ante supuestos de abuso y maltrato infantojuvenil ha contribuido a que las necesidades de reparación y protección de esta concreta tipología de víctima sean desatendidas y obviadas, pudiendo suponer unos perjuicios de mayor gravedad que aquellos derivados de la experimentación del delito. A este extremo, se ha podido constatar que hay una necesidad real de garantizar protección a las víctimas, especialmente menores, cuando existe el riesgo de que sean objetos de una segunda victimización a cargo de los operadores públicos que tienen la obligación de protegerles frente a situaciones desfavorables y de maltrato. Dicha afirmación no únicamente ha sido evidenciada por pluralidad de investigaciones, sino también por toda la labor llevada a cabo desde un plano internacional, europeo y nacional, el cual, en los últimos años, no ha hecho nada más que crecer y sensibilizarse frente a la problemática del abuso infantojuvenil.

La propuesta nórdica hace referencia a un sistema de justicia e intervención basado en la evidencia, cuya eficacia ha sido constatada por pluralidad de estudios que permiten concluir que las buenas prácticas propulsadas por este sistema aportan grandes beneficios en el circuito de intervención en supuestos de victimización sexual infantojuvenil. La introducción del modelo Barnahus en Europa ha supuesto un gran avance en materia víctima que, a su vez, puede considerarse como uno de los modelos de justicia e intervención adaptados a la infancia y la adolescencia con mayor calado como consecuencia del beneplácito de una pluralidad de organismos internacionales y comunidades europeas. En esta línea, España ha seguido debidamente las recomendaciones de la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea al optar por la adaptación de estándares respetuosos con el interés superior del menor, las necesidades de protección de la víctima y la necesidad de adoptar una justicia *child-friendly*, a partir de la implementación del modelo Barnahus en el contexto nacional.

Empero, habiéndose señalado los beneficios que reviste el funcionamiento de la Casa de los Niños, también se puede concluir que, con el propósito de optimizar los resultados de los que se puede beneficiar tanto la víctima como el sistema de justicia penal, es necesario que el modelo sea sujeto de cambios en el plano español.

Ofrecemos tres propuestas de mejora con el objetivo de garantizar una justicia penal adaptada a las circunstancias particulares de todas las víctimas infantojuveniles:

1. Ampliar los destinatarios de los servicios Barnahus sin distinguir en función del delito sufrido. Consideramos que es requerido que el modelo Barnahus en España no haga distinciones entre víctimas, de forma que no se dividan a los

menores de edad entre merecedores y no merecedores de servicios especiales de atención y protección. Con todo, la finalidad que deben perseguir los poderes públicos es ofrecer un sistema de justicia inclusivo y considerado con todos los niños y adolescentes que hayan sufrido abusos o maltratos, con independencia de si éstos han sido de carácter sexual, físico o emocional. Por ello, se recomienda que las Casas de los Niños del plano nacional, tanto aquellos en funcionamiento como aquellos que se esperan habilitar, tomen el ejemplo de los países escandinavos como Noruega, Dinamarca o Suecia.

2. Unificar protocolos que permitan asegurar una adecuada capacitación y formación de los profesionales que tomen contacto con las víctimas. Con todo, aplaudimos los grandes avances que se han dado en esta materia, reconociéndose el impacto que tiene la adecuada sensibilización de los intervinientes en la recuperación y el trato con los niños y adolescentes victimizados para evitar la experimentación de graves perjuicios sumados a los que se hubieran derivado del delito. Ello, no obstante, no puede significar que la labor ya se haya completado. Como ya se ha indicado, la adjudicación de los proyectos Barnahus en Cataluña ha conllevado a que, en función del territorio, cada centro sea regido por una entidad u otra, existiendo una ausencia de criterios unificados para la formación de los profesionales (psicólogos, trabajadores sociales, médicos, etc.) que toman intervención con los menores.

3. Reforzar la práctica de la prueba preconstituida en el plano legislativo. A pesar de haberse reafirmado que la preconstitución de la prueba testifical es un mecanismo de protección eficiente y válido ante el riesgo de victimización procesal, y de los grandes esfuerzos promovidos por el legislador español para normalizar su práctica, todavía deben enmendarse una serie de cabos sueltos para garantizar la eficacia de la prueba preconstituida en el plano procesal cuando su uso se justifique en necesidades de protección. Siendo la prueba preconstituida una de las principales buenas prácticas por las cuales aboga el modelo escandinavo, si desde la vertiente jurídica no se posibilita la relajación de los estándares del sistema procesal (siempre con plena defensa de los principios básicos del proceso y de los derechos y garantías del acusado), difícilmente podrá considerarse que las Casas de los Niños que se habiliten en España son un sistema de justicia alternativa adaptada a la infancia y la adolescencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, C. «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3. 2022.
- ARMENTA DEU, T. «Jueces, fiscales y víctimas en un proceso en transformación». *Marcial Pons*. Madrid. 2023.

- ARMENTA DEU, T. «Lecciones de Derecho procesal penal». *Marcial Pons*. Madrid. 2023.
- ARRIETA OUVIÑA, V. «Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria». *Eguzkilo*, núm. 28. 2014.
- ARRUTI BENITO, S. «Medidas para eludir la victimización secundaria en la declaración de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. Especial referencia al modelo Barnahus». *Justicia*, núm. 2. 2023.
- BARKWORTH, J. y MURPHY, K. «System contact and procedural justice policing: Improving quality of life outcomes for victims of crime». *International Review of Victimology*, 22(2). 2016.
- BELTRÁN MONTOLIU, A. «Víctimas vulnerables: Especial referencia al Estatuto del Menor a la luz de la LO 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia» en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.). *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas n.º 3*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021.
- BENAVENTE, B.; CASADO, S.; ORTE, C. y BALLESTER, L. «Prevalencia del abuso sexual en la infancia. Un estudio en estudiantes universitarios». *Octaedro Editorial*. Barcelona. 2016.
- BENIA, L. R.; HAUCK-FILHO, N.; DILLENBURG, M. y MILNITSKY STEIN, L. «The NICHD Investigative Interview Protocol: A meta-analytic review». *Journal of Child Sexual Abuse*. 2015.
- CANTÓN DUARTE, J. y CORTÉS ARBOLEDA, M. R. «Evaluación pericial de los abusos sexuales en la infancia» en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (2002). *Abusos sexuales en la infancia Aborde psicológico y jurídico*. Biblioteca nueva. 2002.
- CANTÓN-CORTÉS, D. «Características y consecuencias del abuso sexual infantil» en CANTÓN-CORTÉS, D.; CORTÉS, M. R.; JUSTICIA, M. D. y CANTÓN, J. *Violencia doméstica, divorcio y adaptación psicológica*. Pirámide. 2013.
- CANTÓN-CORTÉS, D. y CORTÉS, M. R. «Consecuencias del abuso sexual infantil: Una revisión de variables intervinientes». *Anales de Psicología*, vol. 31, núm. 2. 2015.
- CASANOVA MARTÍ, R. «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim». *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2. 2022.
- CHRISTIE, N. «The ideal victim» en FATTAH, E. A. (ed.). *From crime policy to victim policy: Reorienting the justice system*. MacMillan. Londres. 1986.
- COTTERILL, B. F. «Are children reliable witnesses?». *Palgrave Macmillan*. 2022.

- CRAMER JR., R. E. «The District Attorney as a Mobilizer in a Community Approach to Child Sexual Abuse». *University of Miami Law Review*, 40(1). 1985.
- CROSS, T. P.; JONES, L. M.; WALSH, W. A.; SIMONE, M. y KOLKO, D. «Child forensic interviewing in Children's Advocacy Centers: Empirical data on a practice model». *Child Abuse & Neglect*, núm. 31. 2007.
- CROSS, T. P.; JONES, L. M.; WALSH, W. A.; SIMONE, M. et al. «Evaluating Children's Advocacy Centers' Response to Child Sexual Abuse». *Juvenile Justice Bulletin*. 2008.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M. «Especialidades en la declaración del testigo menor en la fase de instrucción» en ALCÓN YUSTAS, M. F. y DE MONTALVO JÄÄSKELAINEN, F. (coords). *Los menores en el proceso judicial*. Tecnos. Madrid. 2011.
- DE PRADO GARCÍA, M. «Guía de intervención psicológica con víctimas de trata». *APRAMP*. Madrid. 2020.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. «Informe sobre los abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia Católica y el papel de los poderes públicos». *Madrid*. 2023.
- DELLINGER, M. «Using dogs for emotional support of testifying victims of crime». *Animal Law Review*, 15(2). 2009.
- DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMÍLIES. GENERALITAT DE CATALUNYA. «Papers 31. Barnahus del Camp de Tarragona: Projecte tècnic». *Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions*. 2021.
- DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS. SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD. «Informes sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual». *Ministerio de Interior. Gobierno de España*. 2021.
- DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS. SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD. «Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España». *Ministerio de Interior. Gobierno de España*. 2022.
- ECHEBURÚA, E. y DE CORRAL, P. «Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia». *Cuadernos de Medicina Forense*, Vol. 12, núm. 43-44. 2006.
- EDINBURGH, L.; SAEWYC, E. y LEVITT, C. «Caring for young adolescent sexual abuse victims in a hospital-based children's advocacy center». *Child Abuse & Neglect*, núm. 32. 2008.
- FATTAH, E. A. «Towards a criminological classification of victims». *International Criminal Police Review*, núm. 209. 1967.
- FERREIRO BAAMONDE, X. «La víctima en el proceso penal». *Editorial La Ley*. Madrid. 2005.
- FINKELHOR, D. «Developmental Victimology. The Comprehensive Study of

- Childhood Victimization» en DAVIS, R.; LURIGIO, A. y HERMAN, S. *Victims of Crime*. Sage Publications. Thousand Oaks. California. 2007.
- FINKELHOR, D. y HASHIMA, P. Y. «The Victimization of Children and Youth. A Comprehensive Overview» en WHITE, S. O. (ed.). *Handbook of Youth and Justice*. Nueva York. 2001.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. «Memorias de la Fiscalía General del Estado». Madrid. 2022.
- FRÍAS ARMENTA, M. y GAXIOLA, ROMERO, J. C. «Consecuencias de la violencia familiar experimentada directa e indirectamente en niños: Depresión, ansiedad, conducta antisocial y ejecución académica». *Revista Mexicana de Psicología*, vol. 25, núm. 2. 2008.
- GENERALITAT DE CATALUNYA. «Barnahus: La casa de les xiquetes i els xiquets. Dossier de premsa». 2023.
- GREIJER, S. y WENKE, D. «Barnahus: A European Journey. Mapping study on multidisciplinary and interagency child-friendly justice models responding to violence against children in Council of Europe member states». *Council of Europe*. 2023.
- HOLDER, C. «All dogs go to court: The impact of court facility dogs as comfort for child witnesses on a defendant's right to a fair trial». *Houston Law Review*, 50(4). 2013.
- JOA, D. y EDELSON, M. «Legal Outcomes for Children Who Have Been Sexually Abused: The impact of Child Abuse Assessment Center Evaluations». *Child Maltreatment*, núm. 9. 2004.
- JOHANSSON, S. y STEFANSEN, K. «Policy-making for the diffusion of social innovations: The case of the Barnahus model in the Nordic region and the broader European context». *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, Vol. 33, núm. 1. 2019.
- JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E. y KALDAL, A. «Implementing the Nordic Barnahus Model: Characteristics and Local Adaptions» en JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E. y KALDAL, A. (ed.). *Collaborating Against Child Abuse. Exploring the Nordic Barnahus Model*. Palgrave Macmillan. 2017.
- KIDD, R. F. y CHAYET, E. F. «Why Do Victims Fail To Report? The Psychology of Criminal Victimization». *Journal of Social Issues*, Vol. 40, núm. 1. 1984.
- LALAYANTS, M. y EPSTEIN, I. «Evaluating Multidisciplinary Child Abuse and Neglect Teams: A Research Agenda». *Child Welfare*, Vol. 84, núm. 4. 2005.
- LAMB, M. E.; ORBACH, Y.; HERSHKOWITZ, I.; ESPLIN, P. W. y HOROWITZ, D. «A structured forensic interview protocol improves the quality and

- informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol». *Child Abuse & Neglect*, núm. 31. 2007.
- LANDROVE DÍAZ, G. «La moderna victimología». *Tirant lo Blanch*. Valencia. 1998.
- LÓPEZ, F.; CARPINTERO, E.; HERNÁNDEZ, A.; MARTÍN, M. J. y FUERTES, A. «Prevalencia y consecuencias del abuso sexual al menor en España». *Child Abuse & Neglect*, vol. 19, núm. 9. 1995.
- MAGRO SERVET, V. «La progresividad de la declaración de la víctima en el proceso penal en el análisis de la alegación de contradicciones». *Diario La Ley*, núm. 9760.
- MARAVALL BUCKWALTER, I. «La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el Derecho internacional de los derechos humanos». *Tirant lo Blanch*. Valencia. 2019.
- MARTÍNEZ, L. y DEL MORAL, C. (coord.). «Barnahus: Bajo el mismo techo. Un recurso para proteger a niños y niñas víctimas de la violencia en la Comunidad de Madrid». *Save The Children*. 2019.
- MILLER, A. y RUBIN, D. «The contribution of children's advocacy centers to felony prosecutions of child sexual abuse». *Child Abuse & Neglect*, núm. 33. 2009.
- MORGAN, J. y ZEDNER, L. «Child victims: Crime, impact and criminal justice». *Clarendon Press*. Londres. 1992.
- MYKLEBUST, T. «The Nordic model of handling children's testimonies» en JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E. y KALDAL, A. (ed.). *Collaborating Against Child Abuse. Exploring the Nordic Barnahus Model*. Palgrave Macmillan. 2017.
- NATIONAL CHILDREN'S ALLIANCE. «Annual Report 2022. Helping Kids Heal». 2022.
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S. «Manifestaciones del derecho a la protección de la seguridad e integridad de la víctima menor» en ARMENTA DEU, T. y OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coord.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*. Colex. Madrid. 2010.
- ORTH, U. «Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings». *Social Justice Research*, Vol. 15, núm. 4. 2002.
- PEREDA BELTRÁN, N. «¿Cuánta violencia es demasiada? Evolución de la polivictimización en la infancia y la adolescencia». *Papeles del Psicólogo*, vol. 40, núm. 2. 2019.
- PEREDA, N. «El coste social de la violencia contra la infancia y la adolescencia». *Papeles del Psicólogo*, 44(3). 2023.
- PEREDA, N. y FORNS, M. «Prevalencia y características del abuso sexual infantil

- en estudiantes universitarios españoles». *Child Abuse & Neglect*, núm. 31. 2007.
- PEREDA, N.; BARTOLOMÉ, M. y RIVAS, E. «Revisión del Modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil?». *Boletín Criminológico*, núm. 207. 2021.
- PEREDA, N.; POLO, P. y NAVALES, N. «Estudio descriptivo de víctimas de abuso sexual infantil». *Boletín Criminológico*, núm. 76. 2004.
- PEREIRA PUIGVERT, S. «Normas mínimas para las víctimas de delitos: Análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30. 2013.
- PEREIRA PUIGVERT, S. y ORDONEZ PONZ, F. «El modelo Barnahus para una mayor tutela de las víctimas menores de edad en caso de abusos sexuales» en ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (coord). *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021.
- PLATAFORMA DE INFANCIA ESPAÑA. «Informe sobre el marco legislativo de desarrollo de las leyes autonómicas de infancia y adolescencia en España». 2022.
- POLO, S.; RIVAS, E. y ARRANZ DÍEZ, C. (coord.). «Barnahus: Bajo el mismo techo. La atención a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en Euskadi: Necesidades de mejora y aportaciones del modelo Barnahus». *Save the Children*. 2021.
- PROMISE BARNAHUS NETWORK. «Barnahus Quality Standards. Guidance for Multidisciplinary and Interagency Response to Child Victims and Witnesses of Violence». *Council of the Baltic Sea States Secretariat and Child Circle*. 2017.
- RIVAS, E. (coord.). «Hacia la Barnahus». *Save The Children*. 2020.
- RIVAS, E. (coord.). «Bajo el mismo techo. Análisis del itinerario de atención a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en Cantabria y propuesta de implantación del modelo Barnahus». *Save The Children*. 2022.
- RIVAS, E.; CAPELL, S. y MASSÓ, C. «Estudio de mapeo sobre la implementación del modelo Barnahus en España. Situación legal y política a nivel nacional y autonómico en materia de protección de la infancia frente a la violencia sexual». *Consejo de Europa*. 2023.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L. «La elección de la víctima». *Eguzkilore*, núm. 22. 2008.
- RUIZ ROBLEDO, A. «Compendio de Derecho Constitucional español». *Tirant lo Blanch*. Valencia. 2022.
- SEMPERE FAUS, S. «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13. 2020.
- SINGER, A. J.; CHOUHY, C.; LEHMANN, P. S.; WALZAK, J. N.; GERTZ, M. y

- BIGLIN, S. «Victimization, Fear of Crime and Trust in Criminal Justice Institutions: A Cross-National Analysis». *Crime & Delinquency*, Vol. 65, núm. 6. 2019.
- SOLÉ RIERA, J. «La tutela de la víctima en el proceso penal». *José María Bosch Editor*. Barcelona. 1997.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. «La política europea sobre las víctimas de delitos» en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.). *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerable en el marco jurídico de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Introducción a la victimología». *Editorial Síntesis*. Madrid. 2019.
- WALSH, W. A.; LIPPERT, T.; CROSS, T. P.; MAURICE, D. M. y DAVISON, K. S. «How long to prosecute child sexual abuse for a community using a Children's Advocacy Center and two comparison communities?». *Child Maltreatment*, 13(1). 2008.

Perspectiva neurocientífica y genética de la reprochabilidad como fundamento de la culpabilidad

Neuroscientific and genetic perspective of reproachability as a basis for culpability

DANIEL MIGUEL BOLDOVA MARZO¹

Investigador Predoctoral Contratado

Universidad de Zaragoza (España)

dboldova@unizar.es

 <https://orcid.org/0000-0001-9125-1224>

Resumen: La categoría dogmática de la culpabilidad se ha construido bajo la premisa de que los sujetos imputables ostentan libertad para autodeterminar su comportamiento

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina» (PID2022-136743OB-I00), cuyos investigadores principales son el Prof. Dr. Asier Urruela Mora, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, y el Prof. Dr. Emilio José Armaza Armaza, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto, en el cual participo como miembro del Equipo de Trabajo. Asimismo, el trabajo se inserta dentro de las líneas de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, grupo de investigación de referencia reconocido por la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 28 de abril de 2023), cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza. Para finalizar, debo destacar que esta publicación surge como consecuencia de una estancia de investigación que desarrollé entre los meses de mayo y julio de 2023 en la Universidad Humboldt de Berlín (Alemania) bajo la supervisión del Prof. Dr. Luis Greco, Catedrático de Derecho Penal de dicha universidad. Para desarrollar esta estancia de investigación obtuve una ayuda del Programa Ibercaja-CAI de Estancias de Investigación (CH 45/22). Este programa de becas a la investigación es financiado por la Fundación Caja Inmaculada y la Fundación Ibercaja, en colaboración con la Universidad de Zaragoza, y está destinado a impulsar la investigación y la movilidad en Aragón.

Recepción: 08/03/2024

Aceptación: 04/04/2024

Cómo citar este trabajo: BOLDOVA MARZO, Daniel Miguel, “Perspectiva neurocientífica y genética de la reprochabilidad como fundamento de la culpabilidad”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 249-292, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.07>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 249-292

de forma consciente. Este planteamiento se contrapone con la aspiración de un sector de la comunidad científica que pretende demostrar la determinación causal del comportamiento humano. En este artículo se contrastarán estos enfoques con el propósito de esclarecer si está justificada desde una perspectiva empírico-normativa la atribución de libertad de voluntad a los sujetos en el ámbito penal.

Abstract: *The dogmatic category of culpability has been constructed under the premise that imputable subjects are free to self-determine their behavior consciously. This approach contrasts with the aspiration of a sector of the scientific community that seeks to demonstrate the causal determination of human behavior. This article will contrast these approaches in order to clarify whether the attribution of freedom of will to subjects in the criminal sphere is justified from an empirical-normative perspective.*

Palabras clave: culpabilidad, neurobiología, reprochabilidad, peligrosidad, imputabilidad.

Key words: *culpability, neurobiology, reproachability, dangerousness, imputability.*

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA REPROCHABILIDAD. 2.1. Libertad de voluntad como presupuesto del reproche. 2.2. Perspectiva crítica sobre el concepto de reprochabilidad. 3. ESTUDIO MULTIDISCIPLINAR DEL CONCEPTO DE VOLUNTAD. 3.1. Análisis bidireccional del ser humano: subjetividad propia y objetividad ajena. 3.2. Experimentos sobre la voluntad consciente. 3.3. Voluntad jurídico-penalmente relevante para el juicio de reproche. 4. IMPACTO DE LAS INVESTIGACIONES NEURONALES EN LA DOGMÁTICA PENAL. 4.1. Neurodeterminismo y comportamiento humano. 4.2. Aplicaciones de la neurobiología y la genética en la predicción de la peligrosidad. 4.3. Valoración de la dogmática penal sobre los avances científicos. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el modelo normativo jurídico-penal, la culpabilidad consiste en la reprochabilidad sobre el autor por la previa comisión del hecho delictivo. El fundamento del juicio de reproche al autor por la comisión de una acción típica y antijurídica se basa en la consideración de que éste podría haber obrado de forma distinta, en concreto, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico.

En la teoría normativa, la culpabilidad consta de dos elementos integrantes, la imputabilidad y la reprochabilidad². La imputabilidad consiste en la capacidad del

2 La teoría normativa ha considerado la imputabilidad como un elemento de la culpabilidad, frente a la teoría psicológica que le había atribuido el papel de presupuesto de la culpabilidad. Sin embargo, esta cuestión no ha resultado pacífica entre los propios académicos que se adhieren a un concepto

autor para comprender la ilicitud de su conducta y para actuar conforme a dicha comprensión. En la reprochabilidad se atribuye al autor la capacidad para dirigir su comportamiento conforme a la libre voluntad, exigiéndosele responsabilidad por el hecho ilícito.

Esta concepción normativa, empleada por la corriente mayoritaria de la dogmática penal alemana y española, ha sido duramente criticada por un sector doctrinal dada la imposibilidad de comprobar empíricamente la capacidad de autodeterminar el comportamiento de forma consciente mediante la libre voluntad. Aunque esta cuestión se ha discutido desde los inicios de la teoría jurídica del delito, el debate se ha intensificado en las últimas décadas.

Un sector de la comunidad científica aspira a pronosticar con cierta rigurosidad el comportamiento humano, lo que obviaría la capacidad autónoma de los individuos de decidir conscientemente. Esto cuestiona los fundamentos sobre los que se ha edificado el actual modelo de Derecho penal, pues se invalidaría el juicio de reproche sobre el individuo y, en consecuencia, privaría de validez a la culpabilidad como presupuesto subjetivo sobre la responsabilidad penal del sujeto³.

normativo de culpabilidad. A modo de ejemplo, el prof. CEREZO MIR ha considerado la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, al suponer un desarrollo de madurez y unas condiciones biopsíquicas que permiten al sujeto conocer la ilicitud de sus acciones. *Vid.* CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo III: Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001, p.425

3 Se debe aclarar que un sector de la Ciencia del Derecho penal habría renunciado al concepto de culpabilidad de la teoría normativa, entendido como la posibilidad de actuar de otro modo en la situación concreta. En otras palabras, un sector de la doctrina penal habría prescindido del dato de la libre voluntad. A este respecto se citarán algunos de los principales exponentes de la doctrina penal española que se han decantado por esta opción. En primer lugar, MUÑOZ CONDE ha rechazado este concepto tradicional de culpabilidad por la imposibilidad de demostrar si una persona determinada, en la situación concreta, podía actuar de otro modo. Para este autor la cuestión relevante no es si el sujeto pudo elegir entre varias formas de conducta, sino si pudo abstenerse de realizar la conducta prohibida por la norma. Por esta razón, MUÑOZ CONDE deduce el concepto material de culpabilidad de la función de motivación de la norma (la culpabilidad presupone la capacidad de motivación por la norma). *Vid.* MUÑOZ CONDE (1976) como se citó en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo III: Teoría jurídica del delito, op. cit.*, p. 21. MIR PUIG también descarta emplear el concepto tradicional de culpabilidad, debido a la supuesta imposibilidad de demostrar la capacidad de obrar de otro modo. Adopta un concepto de culpabilidad similar al anteriormente señalado, aunque diferenciado. MIR PUIG señala que la culpabilidad consiste en la capacidad de motivación normal por las normas jurídicas. *Vid.* MIR PUIG (1982) como se citó en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo III: Teoría jurídica del delito, op. cit.*, p. 28. Otro sector incluso habría rechazado el empleo de la culpabilidad como fundamento y límite de la pena. En este sentido, puede destacarse las aportaciones de GIMBERNAT sobre esta cuestión, quien considera que la pena encontraría únicamente su justificación y su medida en las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. *Vid.* GIMBERNAT (1973) como se citó en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo III: Teoría jurídica del delito, op. cit.*, p. 16.

2. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA REPROCHABILIDAD

La culpabilidad queda definida como reprochabilidad personal por la acción típica y antijurídica, fundada en la capacidad de obrar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico en la situación concreta. Los dos elementos integrantes de la culpabilidad son, de un lado, la capacidad de imputabilidad, también denominada capacidad de culpabilidad, y la reprochabilidad, donde la libertad de voluntad relativa se establece como fundamento del juicio de reproche, de otro⁴.

La reprochabilidad parte de una concepción del ser humano como sujeto con capacidad de autodeterminación moral libre que ostenta la facultad de decidirse entre el Derecho y la comisión del injusto⁵. Sin embargo, esta facultad ha sido cuestionada por una parte de la doctrina penal española y alemana, siendo el objeto de la discusión la capacidad de autodeterminación del comportamiento del individuo conforme a su propia voluntad⁶.

2.1. Libertad de voluntad como presupuesto del reproche

El concepto de culpabilidad, como juicio de reproche fundado en la posibilidad del sujeto de actuar de forma distinta a la forma en la que obró, proviene de la teoría normativa. Desde principios del siglo XX, esta concepción ha sido dominante en la Ciencia del Derecho penal, tanto en España como en Alemania⁷.

La escuela finalista estableció la libertad de voluntad y la capacidad de imputación como presupuestos existenciales del reproche en la culpabilidad⁸. En el esquema finalista, el contenido subjetivo de voluntad posibilita el control de los procesos causales según la finalidad consciente de la acción⁹. WELZEL, principal exponente de la escuela finalista, desarrolla un análisis en tres planos sobre la libre voluntad donde defiende la facultad de autodeterminación individual del ser humano. Los

4 Vid. URRUELA MORA, A., "La culpabilidad", en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal: Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Comares, Granada, 2016, p. 269.

5 Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p.799.

6 La libertad de voluntad, como fundamento imprescindible de la culpabilidad, ya había sido duramente criticado por ENGISCH en su obra "*Teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*". El autor basaba su crítica en la imposibilidad de demostrar la capacidad de actuar de otro modo en el supuesto de hecho concreto. Vid. URRUELA MORA, A., "La culpabilidad", *op. cit.*, p. 259.

7 Vid. URRUELA MORA, A., "La culpabilidad", *op. cit.*, p. 258.

8 Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956., p. 152.

9 Vid. WELZEL, H. (1965) como se citó en BUONICORE, B. T., *Freiheit und Schuld als Anerkennung: die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2020, p. 71.

tres planos en los que desarrolla su análisis son: el antropológico, el caracterológico y el categoremático¹⁰.

En el plano antropológico, el ser humano se distingue positivamente por la capacidad de realizar el comportamiento correcto a través de acciones comprensivas. Esta interpretación desvincula al ser humano de sus instintos orgánicos y le otorga “libertad existencial”¹¹. La persona ostenta la capacidad de dirigir sus acciones de forma responsable al vincularlas con criterios de sentido y de valor. Esta distinción con los animales (condicionados por los instintos) otorga al ser humano la etiqueta de ser responsable o, más exactamente, ser con predisposición de autorresponsabilidad¹².

En segundo lugar, WELZEL analiza el aspecto caracterológico del ser humano. En este análisis atiende a la estructura psíquica de la persona, diferenciando dos esferas de actuación de la persona: la “esfera baja” y el “Yo”. La esfera baja del ser humano abarcaría los impulsos vitales, provenientes de los instintos primitivos de conservación de la especie. El segundo estrato lo conformaría el “Yo” como identidad del ser humano. Este segundo nivel actuaría como centro de regulación de los impulsos, que es capaz de dirigir los actos del pensar (apoyados en fundamentos lógicos) y de la voluntad (basados en el sentido y el valor)¹³.

En el último plano, WELZEL estudia el aspecto categoremático del ser humano. En éste, el autor señala que el individuo posee la capacidad de determinar sus acciones de acuerdo con sus fines. La libertad de voluntad se constituye como la capacidad de poder determinarse conforme a sentido. En el planeamiento finalista, la libertad no es un “estado” del ser humano, sino un acto. Concretamente, la libertad constituye el “acto de la liberación de la fuerza causal”, lo que permite la autodeterminación del ser humano adecuada al sentido. En consecuencia, una acción típica y antijurídica será culpable cuando falte la determinación del sentido en un sujeto autorresponsable¹⁴.

La concepción finalista de WELZEL pretendía superar las posiciones deterministas e indeterministas tradicionalmente sostenidas desde las corrientes

10 Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 155.

11 En su argumentación, WELZEL cita la obra “*Über Anmut und Würde*” del poeta y filósofo alemán F. SCHILLER: “*Sólo el hombre, como persona, entre todos los seres vivientes, tiene el privilegio de entrar en el círculo de la necesidad inaccesible para meros seres naturales por medio de su voluntad, y empezar en sí mismo toda una serie nueva de fenómenos*”. Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 157.

12 Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 155.

13 Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 157.

14 Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 160-163. La libertad que enuncia WELZEL en ningún caso debe confundirse con los postulados del indeterminismo ideal o absoluto (sin condicionante interno o externo alguno), pues dicha interpretación *stricto sensu* conduciría a la destrucción de la capacidad del sujeto de ser responsable por sus propias acciones.

académicas¹⁵. Además, la noción del ser humano como sujeto racional y responsable que sostiene la escuela finalista se corresponde con la imagen que proyecta la Constitución Española sobre sus ciudadanos como seres vivos con conciencia de libertad¹⁶.

SCHÜNEMANN se ha distinguido por sus notables contribuciones en defensa de la capacidad de autodeterminación del ser humano. Su innovador análisis en el campo de la lingüística despertó gran interés en la dogmática penal alemana. Este autor ha sostenido que el libre albedrío encuentra su expresión en la estructura gramatical de las lenguas indogermánicas¹⁷. En su análisis, las formas gramaticales de los diferentes idiomas expresan una interpretación propia de la realidad.

En el caso de las lenguas indogermánicas, la construcción de oraciones con un sujeto “agente” y un objeto que “padece la acción”, así como las formas gramaticales en voz activa y voz pasiva, transmiten una visión del mundo en la que el sujeto activo dispone de libertad de acción¹⁸. Una concepción jurídica en la que no se reconoce la libertad de voluntad confrontaría nuestra propia naturaleza como ser

15 Vid. URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, p. 268. El análisis de WELZEL sobre la facultad de autodeterminación individual del ser humano cosechó un notable impacto en la dogmática penal alemana. En la misma línea se han posicionado otros reputados académicos sobre esta cuestión. E. A. WOLFF, influido por la filosofía kantiana, defenderá la existencia de la libertad como capacidad de llevar a cabo acciones según el criterio propio. Por otro lado, M. KÖHLER se remonta al principio fundamental enunciado por HEGEL, para quien la culpabilidad es la “*libre (auto)determinación a favor de una máxima antijurídica, es decir, a favor de la vulneración del Derecho “como Derecho” a través de una forma en cierto modo típica*”. Vid. JESCHECK, H.H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 5, 2003, *op. cit.*, p. 6. El reconocimiento del artículo 10.1 de la CE a la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social implica que la persona no debe ser instrumentalizada para fines político-criminales. Una noción del ser humano que eluda la capacidad de éste para autodeterminarse individualmente adecuada al sentido supondría una vulneración de este precepto constitucional, puesto que un ser humano que no es racional ni responsable de sus acciones sería en todo caso objeto de instrumentación, al ser su comportamiento determinado y no poder justificarse la imposición de penas. Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo III: Teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, p. 5; URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, p. 268.

16 Esta concepción supone igualmente la consagración del principio de culpabilidad como uno de los ejes cardinales del Derecho penal moderno en un Estado democrático. Vid. URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, p. 268. Indudablemente, se aprecia la influencia de la filosofía idealista alemana en la concepción de culpabilidad y, en consecuencia, del juicio de reproche que se ocurre en este elemento dogmático de la teoría del delito. A este respecto, KAUFMANN calificará el principio de culpabilidad como un “pilar del universo moral”, que en calidad de *lex naturalis*, “goza de absoluta vigencia”. Vid. JESCHECK, H.H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 6. Cabe mencionar que, en Alemania, las raíces del principio de responsabilidad se asientan en la dignidad y la responsabilidad individual de las personas, en virtud de los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Vid. RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*. Duncker & Humblot, Berlín, 2011, p. 217.

17 Vid. JESCHECK, H. H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *op. cit.*, p. 6.

18 Vid. SCHÜNEMANN, B., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, p.155.

humano, pues este ha sido conformado con un conjunto de estructuras lingüísticas que le son inherentes, que afectan ineludiblemente a su forma de razonar en la esfera psíquica¹⁹.

Los planteamientos de WELZEL y SCHÜNEMANN sobre la concepción del ser humano como ser racional con capacidad de autodeterminación individual influyeron decisivamente en la Ciencia del Derecho penal. En consecuencia, la dogmática penal alemana adoptó un concepto de culpabilidad basado en la reprochabilidad, otorgando al individuo la capacidad autónoma para dirigir sus decisiones.

La concepción de culpabilidad de GALLAS será la predominante en la doctrina penal alemana desde el último tercio del siglo XX²⁰. En línea con los planteamientos expuestos, este autor elabora un concepto de culpabilidad basado en la reprochabilidad. GALLAS define la culpabilidad como “reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él”²¹. A esta concepción se adhieren destacados académicos de la dogmática penal alemana como HIRSCH o SCHMIDHÄUSER²².

2.2. Perspectiva crítica sobre el concepto de reprochabilidad

El concepto de culpabilidad se ha visto envuelto en un profundo debate doctrinal desde los inicios de la teoría jurídica del delito, particularmente sobre la libertad de voluntad como fundamento del reproche en la culpabilidad. Desde diversos sectores de la dogmática penal alemana se han elaborado propuestas que pretendían reformular el concepto de culpabilidad de la teoría normativa, subestimando o sustituyendo la reprochabilidad. Dentro de la Ciencia del Derecho penal, los sectores prevencionistas han sido los más críticos con el concepto de culpabilidad de la teoría normativa.

19 Vid. URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, p. 264. En un sentido similar, DÍEZ RIPOLLES afirma un planteamiento determinista no sólo repercute contra el juicio de reproche de la culpabilidad, sino contra el propio lenguaje de la acción humana. Esto es debido a que la idea de la libre voluntad está anclada en lo más profundo de la forma de actuar del ser humano en sociedad. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS *et al.* (2002) como se citó en GÓMEZ MONT, M. G., “Neurociencia, responsabilidad subjetiva y violencia criminal”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 1(11), 2017, p.38.

20 Vid. JESCHECK, H.H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *op. cit.*, p. 9.

21 GALLAS consideraba que en la culpabilidad se produce un juicio de desvalor sobre la “actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho”. Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, p. 800.

22 HIRSCH destaca que la autopercepción de libertad del ser humano es el punto de partida de la ciencia jurídica, como orientadora de los acontecimientos de la vida social. La plasmación jurídica de la realidad social debe basarse en la imagen del mundo que posee el ser humano sobre sí mismo. Vid. URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, p. 264. SCHMIDHÄUSER, quien también interpreta la culpabilidad como “actitud interna antijurídica del hecho concreto”, ofrece una definición material diferenciada. Este autor interpretaba la culpabilidad como aquel “comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos”. Lesiona el bien jurídico por el compartimiento de su voluntad, al “no tomar en serio” el bien jurídico lesionado. Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, p. 801.

Estas críticas se fundamentan en la imposibilidad de comprobar la libertad de voluntad como base del juicio de reproche sobre el autor²³. La capacidad de autodeterminación de los sujetos imputables, aunque resulta teóricamente concebible en el ámbito jurídico, no es susceptible de una constatación científica en el momento del hecho²⁴.

Diversos académicos de reconocido prestigio han optado por eludir la problemática de fundamentar la culpabilidad en una supuesta libertad de voluntad, surgiendo una pluralidad de reformulaciones de este concepto²⁵. En el presente apartado se expondrán algunas reformulaciones de la culpabilidad que han alcanzado gran repercusión en la Ciencia del Derecho penal²⁶.

23 Vid. DANNER (1977) como se citó en SCHÜNEMANN, B., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, *op. cit.*, p.152.

24 Sobre la cuestión de la imputabilidad, algunos autores críticos con la concepción normativa de culpabilidad han concluido que podría absolver a los sujetos imputables en virtud del principio “*in dubio pro reo*”, pues su condición de imputables no estaría sujeta a una comprobación empírica. Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, p. 799. Desde una perspectiva científica, resulta cuestionable que los sujetos imputables sí puedan ser culpabilizados de su comportamiento, aun cuando no sea constatable la capacidad de éstos de poder actuar de otro modo. Por esta razón, sancionar a los sujetos imputables sin acreditar la libre voluntad de éstos supondría una vulneración de la prohibición de arbitrariedad, al otorgar un tratamiento diferenciado sin una fundamentación constatable. Vid. MERKEL/ROTH (2008) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2011, p. 16. Sobre esta cuestión, GÜNTHER ha destacado que el modelo de culpabilidad se regula de modo negativo, empleando el modelo regla-excepción. No hay una definición en positivo de culpabilidad, sino que se afirma cuando no concurren las excepciones de la inimputabilidad y la semiimputabilidad. En este sentido, el legislador no adopta una toma de posición sobre la culpabilidad con respecto a la libre voluntad, pues queda definida negativamente. Vid. GÜNTHER (2006) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *op. cit.*, p. 26.

25 Vid. RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, *op. cit.*, 2011., p. 231.

26 Numerosos autores han pretendido reformular el concepto de culpabilidad y, particularmente, el juicio de reproche que se realiza sobre el autor basado en la posibilidad de actuar de otro modo en la situación concreta. En el presente trabajo se destacarán algunas aportaciones doctrinales con respecto a esta cuestión, seleccionadas tanto en función de su repercusión en la Ciencia del Derecho penal, como con la intención de presentar una diversidad de enfoques. Por esta razón, se desarrollarán únicamente las aportaciones de ROXIN, JAKOBS y FIGUEIREDO DIAS, al alcanzar gran relevancia entre la doctrina y presentar diversos planteamientos. Sin embargo, debo destacar que entre la doctrina penal española diversos académicos habrían realizado destacadas aportaciones sobre la materia tratada, reformulando el concepto de culpabilidad o, incluso, rechazando su empleo. Como se había mencionado en la nota a pie de página n. 2, los principales académicos que han reformulado el concepto tradicional de culpabilidad en la doctrina penal española han sido MUÑOZ CONDE, quien entiende que la culpabilidad presupone la capacidad de motivación por la norma, y MIR PUIG, para quien la culpabilidad consiste en la capacidad de motivación normal por las normas jurídicas. Por otro lado, GIMBERNAT directamente ha rechazado el empleo de la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, fundamentando la pena en exigencias de prevención general y especial. Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo III: Teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, pp. 16-28.

En primer lugar, se expondrá el planteamiento de ROXIN sobre la culpabilidad. Este autor pretende reinterpretar el concepto de culpabilidad de la teoría normativa, obviando la cuestión de la libertad de voluntad²⁷. ROXIN afirma que el concepto culpabilidad no debe orientarse únicamente a la reprochabilidad, pues no permite determinar si el autor debe ser responsabilizado por su conducta. En consecuencia, a la formulación valorativa del reproche contra el autor del ilícito criminal se le debería añadir la valoración sobre la necesidad preventiva de sanción²⁸. Partiendo de una interpretación político-criminal, ROXIN propugna el empleo de una nueva categoría denominada “responsabilidad”, que refunde el concepto de culpabilidad con la necesidad preventiva de pena²⁹. La principal aportación de esta nueva construcción dogmática es incluir una restricción al principio de culpabilidad orientada a los fines de la pena. La categoría de responsabilidad defendida por ROXIN resulta aceptable tanto por deterministas como por indeterministas, pues obvia la problemática sobre la libertad de voluntad al orientar la pena a su finalidad preventiva.

En segundo lugar, JAKOBS también desarrolla una interpretación propia sobre el concepto de culpabilidad, donde plantea una reformulación radical de su contenido. Ésta se basa en las tesis funcionalistas de la teoría sociológica de la formación del Derecho de LUHMANN³⁰. En este modelo dogmático, la culpabilidad queda condiciona por la regulación en la que se integra.

JAKOBS interpreta que el fin de la pena es preventivo-general, por lo que configura un concepto de culpabilidad que mantenga el reconocimiento general de la norma³¹. En el modelo funcionalista, la culpabilidad se define como un “déficit en la motivación jurídica del autor”. Esta redefinición del concepto pretende estabilizar la norma vulnerada y reestablecer la confianza en el de ordenamiento jurídico. Se realiza un reproche de culpabilidad al autor, pero éste no es referido al ilícito cometido, sino que se le responsabiliza por no haber sido motivado conforme a la norma vulnerada³².

27 Vid. JESCHECK, H. H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *op. cit.*, p. 16.

28 Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, p. 795.

29 Vid. JESCHECK, H. H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *op. cit.*, p. 16.

30 Vid. JESCHECK, H. H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *op. cit.*, p. 14.

31 Vid. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 584.

32 Vid. JESCHECK, H. H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *op. cit.*, p. 14.

En el planteamiento funcionalista de JAKOBS la cuestión volitiva resulta irrelevante, pues su planteamiento se enfoca en el aseguramiento social y en la confianza en el ordenamiento jurídico³³. Pese a que JAKOBS admite que la persona responsabilizada debe ser libremente autodeterminada, en esta afirmación no alude a la cuestión del libre albedrío, sino a la falta de obstáculos jurídicamente relevantes para los propios actos de organización³⁴.

Finalmente, otro sector doctrinal ha formulado un concepto de culpabilidad fundamentado en el carácter propio. Este concepto de culpabilidad se inspira en las tesis deterministas, donde el comportamiento de los individuos se configura sobre el carácter propio y no sobre la supuesta libertad de voluntad³⁵. En la Ciencia del Derecho penal su principal exponente ha sido ENGISCH, quien consideraba que las fallas en el carácter debían ser el presupuesto del reproche de la culpabilidad³⁶.

En una línea similar se encuentra el planteamiento de FIGUEIREDO DIAS. El autor interpreta que, a través del hecho delictivo, el individuo pone de manifiesto características personales contrarias a los valores jurídico-penales³⁷. En consecuencia, en la culpabilidad el autor debía responder por su personalidad, en la que reside el fundamento de la comisión del delito³⁸.

33 Vid. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., p. 585.

34 En la imputación, se atiende a si el autor disponía de una alternativa de organización que resultase preferible. En este sentido, la posibilidad de actuar de otro modo de los individuos únicamente cabría interpretarse como una construcción normativa. Únicamente deberán responder por la motivación defectuosa aquellas personas con la capacidad para rechazar la intromisión de terceros en su propia motivación. Vid. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., pp. 585-586. La reformulación de la culpabilidad de JAKOBS ha sido duramente criticada por el propio ROXIN. Este autor considera que se trata de un modelo únicamente basado en la prevención general que, al instrumentalizar a los individuos para estabilizar la confianza en el ordenamiento jurídico, dudosamente podría adoptarse en los Estados de Derecho actuales. Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 802. Sobre esta cuestión, GÜNTHER critica que el enfoque funcionalista del concepto de culpabilidad, puesto que provoca que la determinación de la culpa vuelva a depender de la idoneidad del castigo. Vid. GÜNTHER (2005) como se citó en BUONICORE, B. T., *Freiheit und Schuld als Anerkennung: die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, op. cit., p. 165.

35 Vid. DOHNA (1954) como se citó en ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 803.

36 Esta corriente ha sido influenciada por el pensamiento de SCHOPENHAUER, cuya filosofía determinista sostenía que se atribuye responsabilidad al individuo por percibir el hecho cometido como propio, pese a que su comisión haya dependido únicamente por su carácter. El individuo es responsabilizado por el hecho porque tanto él mismo como la sociedad interpretan que es responsable por éste. Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 802; Vid. AMBOS, K., "La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal. Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 63, fasc/mes 1, 2009, p. 122.

37 Vid. FIGUEIREDO DIAS (1983) como se citó en ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op. cit., p. 803.

38 Para FIGUEIREDO DIAS, la responsabilidad del individuo recae en última instancia en la insuficiencia de su personalidad en comparación con el patrón exigido. Vid. FIGUEIREDO DIAS (2007)

Sin embargo, tanto el planteamiento de ENGISCH como el de FIGUEIREDO DIAS han sido objeto de críticas por atribuir responsabilidad al autor del hecho ilícito aun cuando el curso causal estaría predeterminado por su carácter y no podría haber sido evitado por el autor.

FIGUEIREDO DIAS se pretende separar de la culpabilidad por el carácter pues no acepta su premisa psicológico-naturalista³⁹. El autor argumenta que los individuos disponen de una “elección fundamental” en la que la persona determina su propia naturaleza⁴⁰. En su concepción de culpabilidad, la reprochabilidad no debe atender a la decisión que pudo tomar el autor que cometió el hecho ilícito en el caso concreto, sino que debe retrotraerse a la “elección fundamental” que determinó la esencia del autor y, en última instancia, su carácter. Este autor, para diferenciarse de las teorías de la culpabilidad por el carácter, rechaza las concepciones deterministas y adopta una culpabilidad basada en la libertad. Esta libertad se fundamenta en la capacidad de modificar la propia personalidad. Aunque la comisión del delito revela una personalidad disvaliosa, el reproche se fundamenta en la propia persona entendida como libre. El humano ostenta la capacidad de decisión con base en su personalidad, que es modificable por la propia actitud del hombre “sobre sí mismo”⁴¹.

Sin embargo, resulta igualmente criticable que quienes rechazan el concepto normativo de culpabilidad por recurrir a una libertad de voluntad no demostrable empíricamente, empleen como piedra angular de su planteamiento una fórmula teórica que tampoco puede ser probada como es la denominada “elección fundamental”.

3. ESTUDIO MULTIDISCIPLINAR DEL CONCEPTO DE VOLUNTAD

Como se ha expuesto en el anterior apartado, la libertad de voluntad se ha constituido como presupuesto básico de la culpabilidad. El juicio de reproche sólo tendrá lugar si el individuo sobre el que recae hubiera podido adoptar una resolución de voluntad diferente y haber actuado conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Bajo este planteamiento, la culpabilidad implícitamente es culpabilidad de la voluntad⁴².

como se citó en BUONICORE, B. T., *Freiheit und Schuld als Anerkennung: die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, op. cit., p. 88.

39 Vid. AMBOS, K., “La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal. Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias”, op. cit., pp. 95-130, p.122.

40 Vid. SCHRADER, V., *Über Schuld und Durchschnittsmenschen – auch ein Beitrag zum Verbandsstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2021, p. 54.

41 Vid. AMBOS, K., “La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal. Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias”, op. cit., pp. 108-124.

42 Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 152; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo III: Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 14.

En el juicio de reproche se valora la capacidad de la voluntad del individuo para evitar la comisión de un delito, es decir, la realización de una acción (u omisión) *típica y antijurídica*⁴³. En esta línea, se interpreta que la voluntad es el elemento que permite escapar a las leyes de la causalidad dictadas por la naturaleza. Los individuos imputables se rigen por reglas de determinación propias en contraposición con los animales, cuyo comportamiento viene determinado íntegramente por sus instintos⁴⁴.

El juicio de reproche atiende a las condiciones del individuo y del hecho⁴⁵. En la interpretación jurídico penal, pese a que el ser humano es afectado por factores causales, se considera que éste es capaz de escapar del mundo mecanicista mediante su propia voluntad. En tanto que el ser humano es capaz de tomar decisiones de manera consciente, percibe su propio comportamiento como “libre”. La certeza de libertad se configura como el presupuesto de actuación de las personas en sociedad, interpretando que su comportamiento es autodeterminado⁴⁶. Además, a pesar de que sólo somos conscientes de nuestras decisiones, interpretamos el comportamiento ajeno bajo la misma óptica de libertad. Por lo tanto, intersubjetivamente el ser humano percibe el comportamiento del resto de sujetos imputables como autodeterminado⁴⁷.

En el ámbito jurídico, la libertad de voluntad de los sujetos imputables se ha construido como una experiencia intersubjetiva. No obstante, resulta discutible que esta percepción posea una correlación estricta con la realidad científica. La autopercepción en primera persona de quien experimenta fenómenos inmateriales de forma consciente se contrapone al estudio en tercera persona de la arquitectura neuronal objetivable⁴⁸. En este epígrafe se analizará cómo ha sido interpretada la voluntad desde la neurología y la psicología, así como cuál es la voluntad o intención que resulta jurídico-penalmente relevante.

43 Vid. AGUDO FERNÁNDEZ, E., *Principio de culpabilidad y reincidencia*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2005., p. 278.

44 Vid. AGUDO FERNÁNDEZ, E., *Principio de culpabilidad y reincidencia*, *op. cit.*, p. 279.

45 Vid. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Comares, Granada, 2002, p. 460.

46 Vid. AGUDO FERNÁNDEZ, E., *Principio de culpabilidad y reincidencia*, *op. cit.*, p. 279.

47 Sobre esta cuestión JESCHECK postula el juicio de reproche sobre “una persona a medida, vinculada con los valores jurídicamente protegidos, que, por su edad, sexo, profesión, cualidades corporales, capacidades intelectuales y experiencia vital, sea comparable con el autor”. Todas las condiciones enumeradas influyen la voluntad y, por tanto, el reproche al individuo, como posteriormente se expondrá con mayor detalle. Vid. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 460.

48 Vid. SINGER, W., “Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, r.5, 2010, pp. 1-32.

3.1. Análisis bidireccional del ser humano: subjetividad propia y objetividad ajena

El comportamiento humano ha sido estudiado desde diversas disciplinas científicas. La explicación sobre la actuación de los individuos imputables ha puesto de manifiesto tensiones entre el ámbito jurídico y las ciencias naturales. Un sector de la doctrina penal ha optado por una interpretación del humano basada en la percepción sobre sí mismo como ser racional con capacidad de autodeterminación. En contraposición, las disciplinas científicas aspiran a obtener una descripción íntegra y objetiva sobre el funcionamiento del cuerpo humano. Una explicación mediante leyes causales sobre la formación de las decisiones conscientes en nuestro cerebro podría cuestionar los fundamentos del actual modelo de Derecho penal⁴⁹.

SINGER reconoce que los “fenómenos de carácter inmaterial” únicamente se manifiestan mediante la experiencia propia⁵⁰. En el plano de los fenómenos inmateriales surge la intencionalidad, debido a la capacidad del ser humano de determinar conscientemente su comportamiento. Esta capacidad permite que los sujetos imputables sean valorativamente responsables de sus acciones al ser considerados como “agentes libres”⁵¹.

La organización de un organismo obedece a un proceso de selección evolutivo. Las ciencias naturales han permitido explicar el comportamiento instintivo de los animales mediante sistemas descriptivos, determinando su comportamiento en función de los estímulos que recibe⁵². Los diferentes procesos de aprendizaje condicionan la arquitectura funcional de las redes nerviosas de un ser vivo.

En cambio, el comportamiento de los seres humanos no viene determinado exclusivamente por instintos, al poseer éstos cerebros de estructura compleja. Los mecanismos neuronales del ser humano presentan rendimientos cognitivos superiores. Sin embargo, con el avance de la neurobiología los científicos pretenden describir íntegramente el comportamiento humano objetivando el funcionamiento de su sistema nervioso. En última instancia, este proceso permitiría objetivar los procesos

49 En este sentido, el ordenamiento jurídico refleja la interpretación que realiza el ser humano del mundo que le rodea. Como ya se había expuesto en el anterior apartado, SCHÜNEMANN defendía el reconocimiento de la libre voluntad en coherencia con las estructuras lingüísticas que han conformado nuestra naturaleza como ser humano. *Vid.* SCHÜNEMANN, B., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, *op. cit.*, p.155.

50 Los juicios morales y el contenido ético de las valoraciones únicamente son percibidos desde nuestra propia individualidad. *Vid.* SINGER, W., “Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto”, *op. cit.*, pp. 6-12.

51 La disciplina científica encargada de racionalizar los fenómenos inmateriales en sistemas descriptivos es la neurobiología. El propósito de la neurobiología es explicar íntegramente el funcionamiento de la psique humana. *Vid.* SINGER, W., “Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto”, *op. cit.*, pp. 6-12.

52 *Vid.* SINGER, W., “Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto”, *op. cit.*, pp. 6-12.

neuronales que generan la sensación de intencionalidad, así como el resto de fenómenos inmateriales experimentados⁵³.

SINGER sostiene que las funciones neuronales que condicionan el comportamiento humano responden íntegramente a leyes deterministas de procesos físico-químicos. Esta afirmación, fruto de la observación objetiva del comportamiento humano y del funcionamiento de su sistema nervioso, no se corresponde con la autopercepción de los individuos, quienes experimentan en primera persona fenómenos inmateriales que les generan la sensación de libertad de voluntad⁵⁴.

Sin embargo, como se analizará en posteriores apartados, entre las propias disciplinas científicas no se ha alcanzado un consenso que arroje una explicación válida sobre estos fenómenos inmateriales⁵⁵.

3.2. Experimentos sobre la voluntad consciente

Desde la segunda mitad del siglo XX diversas investigaciones neurocientíficas han pretendido cuantificar la influencia de la actividad cerebral inconsciente en las decisiones conscientes. B. LIBET ha destacado en este campo de investigación por la innovación de sus experimentos y la repercusión que éstos alcanzaron entre la comunidad científica.

En los años ochenta, este neurólogo estadounidense puso de manifiesto que los actos libres y voluntarios son precedidos por actividad cerebral inconsciente que se produce 550 milésimas de segundos antes de actuar, mientras que el ser humano adquiere consciencia de la intención de actuar 200 milésimas de segundo antes del acto. Por lo tanto, el humano adquiere la consciencia de actuar 350 milisegundos después de que la actividad inconsciente del cerebro se iniciase⁵⁶.

Los experimentos de LIBET sentaron un precedente en la investigación sobre la consciencia y su correlato neuronal. Además, este experimento generó un notable impacto en la literatura científica, de la que se harían eco los académicos del Derecho penal⁵⁷. Este experimento revelaba cómo la actividad cerebral inconsciente

53 Vid. SINGER, W., “Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto”, *op. cit.*, pp. 6-12.

54 SINGER considera que esta contradicción sólo plantearía tres alternativas: 1) Nuestra propia experiencia induce a error y no somos cómo nos auto-proyectamos; 2) Las descripciones de las ciencias naturales sobre el mundo objetivo son incompletas y no permiten explicar los fenómenos inmateriales; 3) Las capacidades cognitivas del ser humano no alcanzan a explicar la contradicción entre la experiencia propia y la explicación ajena. Vid. SINGER, W., “Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto”, *op. cit.*, pp. 6-12.

55 Vid. PRINZ (2004) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2013, p. 240.

56 Vid. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “Neurociencias y Derecho Penal: Una visión compatibilista actualizada”, *Revista Justicia e Sistema Criminal*, vol. 9, n.º 17, 2017, p. 121.

57 Su impacto ha sido tal que se le ha denominado como “la madre de todos los experimentos

que precede a la acción es anterior a la decisión consciente de llevar a cabo ésta. En consecuencia, algunos académicos han concluido que la decisión consciente no resulta relevante para la acción realizada al ser la actividad neuronal inconsciente anterior. Por lo tanto, la impresión de autodeterminar nuestro comportamiento conforme a la voluntad sólo sería un efecto causal de la actividad cerebral⁵⁸.

Los experimentos sobre las decisiones conscientes han puesto de manifiesto que el ser humano está sujeto a procesos físico-químicos del sistema nervioso que predeterminan su comportamiento. En el siguiente apartado se expondrá cómo se han interpretado estos experimentos en la doctrina penal, considerando que la reprochabilidad se fundamenta en la capacidad del individuo de autodeterminar su comportamiento conforme a decisiones conscientes⁵⁹.

3.3. Voluntad jurídico-penalmente relevante para el juicio de reproche

Un sector de la doctrina penal ha pretendido otorgar a la capacidad de autodeterminación individual con base en los conocimientos empíricos susceptibles de comprobación científica. El foco de la discusión reside una vez más en la imposibilidad práctica de probar el libre albedrío de las personas⁶⁰. Desde una perspectiva jurídico-penal, no resultaría pertinente entrar en valoraciones sobre la causalidad o no del acontecer histórico o del desarrollo evolutivo, sino que el razonamiento se deberá ceñir exclusivamente a la concreta capacidad del sujeto de haber obrado conforme al ordenamiento jurídico en la situación dada⁶¹. Consecuentemente, en el presente apartado se atenderá exclusivamente a la capacidad comprobar la presencia de una “voluntad” que otorga a los seres humanos la capacidad de dirigir su comportamiento de forma consciente.

de la voluntad”. *Vid.* SCHILD, W., “Hirnforschung und Strafrecht. Die Schwierigkeit, keine Satire schreiben zu müssen”, en FISCHER, T., HOVEN, E. (ed.), *Schuld*, Nomos, Baden-Baden, 2017, p.22.

58 *Vid.* RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “Neurociencias y Derecho Penal: Una visión compatible actualizada”, *op. cit.*, p. 121.

59 *Vid.* URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, p. 258. Como se ha señalado en anteriores apartados, aunque se llegue a explicar el funcionamiento de la arquitectura neuronal, el ordenamiento jurídico se ha configurado bajo la premisa de que el sujeto actúa con libertad de voluntad. La posibilidad de actuar de otro modo se ha asentado como el fundamento material de la culpabilidad. Además, debe aclararse que en la actualidad no se ha alcanzado una explicación íntegra de las experiencias conscientes, dado que éstas siempre dependen en última instancia de la experiencia subjetiva. *Vid.* RIVAS DÍAZ, D. A., “El denominado «libre albedrío» desde una perspectiva determinista actual”, *Scripta Philosophiæ Naturalis*, n.º 13, 2018, pp. 68-69. En el campo de la psicología motivacional se han alcanzado conclusiones similares, puesto que se ha probado cómo la formación de la voluntad es claramente influenciada por motivos inconscientes procedentes del sistema límbico, sin que sea completamente determinada por éstos. *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 13-14.

60 *Vid.* URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, p. 262.

61 *Vid.* URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, Comares, Granada, 2004, p. 51.

En este contexto, el experimento de LIBET adquiere relevancia por las interpretaciones jurídico-penales que se derivan del mismo. A través de los experimentos sobre la voluntad consciente se acreditaron científicamente los procesos físico-químicos del sistema nervioso que condicionan el comportamiento humano de forma inconsciente.

Algunos académicos han extraído una interpretación determinista de los experimentos de LIBET, concluyendo que el comportamiento humano se explica íntegramente por la causalidad producida en el sistema nervioso⁶². En tanto que las decisiones conscientes serían el resultado de procesos neuronales inconscientes previos, el ser humano no ostentaría la capacidad de tomar decisiones conscientes de forma libre. No obstante, esta interpretación resulta difícilmente trasladable al ámbito penal, pues un modelo de Derecho penal basado en la premisa del determinismo se contrapondría a la visión que hemos configurado los seres humanos sobre nuestro propio mundo⁶³. Una concepción determinista invalidaría el modelo dualista de sanciones, en tanto que las penas (fundamentadas en la culpabilidad) no tendrían sentido al ser los delitos únicamente el resultado del acontecer causal⁶⁴. En tanto que la libertad de voluntad es el fundamento del reproche penal, al negar ésta, únicamente se debería predicar un derecho de medidas de corte prospectivo donde el ser humano sea interpretado cómo el resultado de los factores causales.

Anteriormente se ha adelantado que la libertad de voluntad exigida para el reproche penal atiende a la comprensión intersubjetiva del funcionamiento social. Esta comprensión intersubjetiva sobre el comportamiento de los individuos depende íntegramente de la subjetividad propia, siendo difícilmente objetivable desde las disciplinas científicas. No obstante, un sector de la dogmática penal sí que ha dotado de contenido propio a la capacidad de autodeterminación humana individual con base en la realidad empírica científicamente comprobable.

Un sector de la dogmática penal ha sostenido que determinados elementos empíricos comprobables científicamente, puestos en relación con criterios normativos,

62 En esta línea se habrían posicionado los firmantes de “*Das Manifest*”, como posteriormente se abordará en el apartado 4.1. Vid. ELGER, C., FRIEDERICI, A.D., KOCH, C., LUHMANN, H. VON DER MALSBERG, C., MENZEL, R. MONYER, H., RÖSLER, F., ROTH, G., SCHEICH, H., SINGER, W., “*Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung*”, *Gehirn & Geist*, n. 6, 2004, pp. 30-37.

63 Puesto que los procesos neurales están predeterminados por la arquitectura cerebral, la única forma de experimentar decisiones conscientes no determinadas es negar que la consciencia sea explicada mediante las ciencias naturales. Sin embargo, no resulta plausible esta explicación sin recurrir a elementos espirituales de nula comprobación científica. Vid. RIVAS DÍAZ, D. A., “El denominado «libre albedrío» desde una perspectiva determinista actual”, *op. cit.*, p. 67. Pinker señala que el miedo al determinismo es producto de la desazón existencial de los seres humanos, pues los sentimientos que experimentamos en el transcurso de nuestra experiencia vital carecerían de sentido al estar predestinado. Vid. PINKER (2002) como se citó en RIVAS DÍAZ, D. A., “El denominado «libre albedrío» desde una perspectiva determinista actual”, *op. cit.*, p.65.

64 Vid. URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, *op. cit.*, p. 52.

permiten sostener el fundamento material de la culpabilidad como capacidad de autodeterminación humana individual. HENKEL fue uno de los autores pioneros en realizar contribuciones sobre esta materia. Este autor ha sostenido que determinados elementos del juicio de reproche resultan susceptibles de comprobación, en atención a diversos factores, como el grado de inteligencia y la experiencia de la vida del autor. No obstante, el autor ha aclarado que no todo el contenido de la culpabilidad resulta susceptible de una comprobación empírica individualizada⁶⁵.

La discusión dogmática sobre la posibilidad de comprobar empíricamente la autodeterminación del comportamiento humano se ha enriquecido progresivamente a la luz de las investigaciones científicas. Particular impacto en la doctrina penal ha cosechado el experimento de LIBET, al haber sentado un precedente en la investigación sobre la consciencia y su correlato neuronal. En la doctrina penal española, diversos académicos han empleado los conocimientos en neurología para fundamentar la capacidad de autodeterminación el comportamiento (como base material de la culpabilidad), trasladando las conclusiones de los experimentos sobre la consciencia (incluido el de LIBET) al ámbito penal.

En el experimento de LIBET se demostraba que el ser humano ostentaba consciencia 200 milisegundos antes de su actuar motor. Aunque el proceso volitivo se inicia inconscientemente, el ser humano consciente ostenta la facultad de controlar el actuar y vetar el acto. URRUELA MORA encuadra este experimento en una concepción indeterminista-relativa de la realidad. El indeterminismo-relativo, que ya había sostenido WELZEL, acepta influencias en el comportamiento del sujeto, pero interpreta que los diferentes condicionantes no implican una decisión cerrada, sino que brindan la capacidad de decidir entre distintas posibilidades⁶⁶.

El autor señala que los hallazgos que brindan los experimentos en neurología y, particularmente el experimento de LIBET, demuestran que el libre albedrío no se fundamenta en poder iniciar un acto de forma voluntaria (al ser el inicio inconsciente), sino en la capacidad controlar la ejecución del acto. Las evidencias científicas

65 Vid. HENKEL, H. (1973) como se citó en CERESO MIR, J., "Culpabilidad y pena", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 33, fasc./mes 2, 1982, pp. 347-366., p. 362. A modo de ejemplo, HENKEL afirma que no podrá ser susceptible de comprobación si el autor mediante su voluntad podría superar las inhibiciones y resistencias, así como impulsos contrapuestos, que le impidieron obrar conforme al ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta opinión no es unánime en la doctrina del Derecho penal. En sentido contrario, DÍEZ RIPOLLÉS sostiene que la libertad de actuación relevante para el derecho penal sí es susceptible de comprobación en el proceso penal. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS (2002) como se citó en GÓMEZ MONT, M. G., "Neurociencia, responsabilidad subjetiva y violencia criminal", *Revista de Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 38.

66 En un sentido similar, BECK destaca que debe aceptarse la contribución implícita inconsciente sobre las preferencias y disposiciones personales para la toma de decisiones. Sin embargo, lo decisivo es la capacidad del individuo de abstenerse de ella si lo consideramos necesario. La eficacia de la acción no debe depender de ningún "automatismo", sino que en todo caso estará sujeta al control propio para que se pueda considerar que la resolución de voluntad se ha adoptado libremente. Vid. BECK, B., *Ein neues Menschenbild? Der Anspruch der Neurowissenschaften auf Revision unseres Selbstverständnisses*, Mentis, Münster, 2013. p. 125.

demuestran empíricamente la existencia de un margen de actuación para llevar a cabo el acto (o evitarlo), lo que legitima el reproche de culpabilidad y permitiría responsabilizar a una persona por su conducta⁶⁷.

URRUELA MORA sostiene que los desarrollos en neurología permiten rebatir los argumentos científicos sobre los que históricamente se habían asentado los postulados deterministas y, además, otorgan un contenido propio a la libertad de voluntad sobre la que se ha fundamentado el reproche de la culpabilidad. La voluntad jurídico-penalmente relevante se encuadraría en una concepción indeterminista-relativa, pues el individuo asume la decisión de la que es responsable al adoptarla libremente⁶⁸.

La concepción del indeterminismo-relativo concibe la autodeterminación humano individual como capacidad de dirección de la conducta individual. La única circunstancia que permite legitimar el reproche en la culpabilidad reside en la voluntad, entendida jurídico-penalmente como la facultad de autodeterminar conscientemente el propio comportamiento. En palabras de URRUELA MORA, esta concepción “no supone la negación de causas o factores con incidencia en el comportamiento humano (edad, experiencia, medio ambiente, etc.), sino la consideración de que, a pesar de los mismos, el individuo concreto ante una situación dada, ostenta un campo de juego, un marco de libertad en el cual interactúa”⁶⁹.

Dentro de la doctrina penal española, PÉREZ MANZANO también ha interpretado los experimentos de LIBET y sus eventuales repercusiones en el plano de la culpabilidad. Particularmente, esta autora ha analizado la posibilidad de trasladar los experimentos en neurología al ámbito penal⁷⁰.

67 Vid. URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, op. cit., p. 69. En su tesis doctoral, el prof. URRUELA MORA destina un apartado a la fundamentación material de la culpabilidad desde una perspectiva empírico-normativa. En este apartado analiza la formulación de una concepción indeterminista-relativa del actuar humano individual en el plano empírico con base en la teoría del caos, el principio de incertidumbre y los actuales desarrollos en el ámbito de la neurología.

68 Vid. URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, op. cit., p. 70. Este autor también ha fundamentado su concepción indeterminista-relativa del actuar humano en otras investigaciones en neurología. Particularmente ha destacado el trabajo de WALTER sobre el concepto de autonomía natural, basado en la capacidad de dirigir el comportamiento de forma inteligente con arreglo a motivos, siendo éstos los originadores de nuestras acciones. Particularmente destaca sus investigaciones sobre el córtex prefrontal, como el área neuronal encargada de generar los posibles escenarios subsiguientes a la acción. Este planteamiento se encuadraría en la concepción indeterminista-relativa puesto que, aunque esté condicionado, brinda al ser humano la capacidad de decidir entre distintas posibilidades. Vid. WALTER (2002) como se citó en URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, op. cit., p. 70.

69 Vid. URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, op. cit. URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, op. cit., p. 71.

70 Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), MAROTO CALATAYUD, M. (coord.), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, 2013, p. 473.

PÉREZ MANZANO asume que el experimento de LIBET, desde una óptica científica, contribuiría a una interpretación determinista del comportamiento humano. Esta autora ubica este experimento en el marco del materialismo reduccionista, en tanto que concluye que la mente es un producto del cerebro humano que se rige por las leyes causales de la naturaleza. Desde un punto de vista jurídico-penal lo relevante para PÉREZ MANZANO reside en corroborar si este experimento resulta trasladable al contexto normativo o, por el contrario, salva un margen para acogerse a interpretaciones no-deterministas de las decisiones conscientes⁷¹.

En primer lugar, PÉREZ MANZANO indica que se debe determinar cuál es la voluntad jurídicamente relevante para el modelo de Derecho penal, puesto que los diferentes estados mentales tendrán distintos correlatos de actividad neuronal⁷². En este sentido, distingue tres sentidos de voluntad o intención. El primer sentido se refiere a la voluntad de realizar una acción en un momento futuro, con independencia de que finalmente ésta se llevase a cabo. El segundo sentido de intención-voluntad abarca la voluntad de actuar en un momento presente, sin precisar tampoco que la acción se lleve a cabo. El tercer sentido de la intención alude a la voluntad de actuar que genera el movimiento del cuerpo y le acompaña inherentemente durante el mismo⁷³.

De las tres modalidades expuestas, la tercera es la única voluntad jurídico-penalmente relevante. La primera modalidad únicamente influiría en la calificación de la conducta como “premeditada”, que no condiciona que la acción sea dolosa y tampoco agrava la misma. La segunda modalidad tampoco posee relevancia jurídico-penal, pues la mera intención en el presente sin que sea aparejada con una manifestación externa no repercute en la calificación penal⁷⁴.

71 Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 473-480.

72 Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, p. 480.

73 Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 480-482. Este último sentido es lo que Searle ha denominado la “intención en la acción”. Vid. SEARLE (2003) como se citó en PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 480-482.

74 Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 480-482. En similares términos, DEMETRIO CRESPO afirma que hay resoluciones de voluntad que no se materializan en la acción (irrelevantes desde un punto de vista jurídico-penal) y acciones que no precisan una intención previa, así como una zona gris intermedia entre ambas situaciones. Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 13-14. La relevancia de la “voluntad” en el plano de la culpabilidad dependerá de cuál a los tres sentidos anteriormente expuestos de voluntad se esté haciendo alusión. Si se interpreta que la “voluntad” únicamente desempeña un papel relevante en la elección, preparación y dirección de acciones complejas, la presencia de ésta no sería requisito para que una acción se considere voluntaria jurídico penal mente. DEMETRIO CRESPO aclara que la autoatribución de acciones por desarrollar el sentimiento que las reconoce como propias resulta engañosa. A modo de ejemplo se pueden destacar los supuestos de hipnosis, donde el autor lleva a cabo movimientos en un estado de trance hipnótico en la creencia de que éstos son intencionados.

La voluntad de actuar en el presente *stricto sensu* no adquiere relevancia jurídica sin la realización del comportamiento deseado por el sujeto, pues la intención puede ser revocada sin que se produzca la realización de la acción dolosa. En sentido contrario, el individuo es capaz de realizar acciones dolosas espontáneamente en ausencia de una deliberación racional previa⁷⁵. PÉREZ MANZANO sostiene que la consciencia ni necesariamente precede a la acción, ni resultaría necesaria su existencia para calificar la acción como voluntaria o intencional. En consecuencia, no resulta necesario que exista una actividad neuronal que se correlacione con la preparación del movimiento⁷⁶.

Esta autora ha señalado que si el estado mental de “intención” que se requiere para atribuir voluntariedad a las acciones humanas es la intención en la acción, el experimento de LIBET sería “absolutamente irrelevante” en un sentido jurídico-penal. Además, PÉREZ MANZANO crítica la metodología sobre la que se lleva a cabo el experimento por haber podido generar estados mentales que distorsionasen la medición por la forma en la que se dan las instrucciones de actuación⁷⁷.

Finalmente, PÉREZ MANZANO ha criticado que el experimento de LIBET, bajo las propias premisas que emplea, no permitiría diferenciar neuronalmente entre las acciones conscientes e inconscientes. Se suma a la crítica que ya se había apuntado desde un sector de la comunidad científica, para quienes el experimento de LIBET no permite afirmar el inicio o dominio no-consciente de la decisión, sino simplemente que en la toma de decisiones se producen actividades neuronales realizadas sin consciencia⁷⁸. Sobre esta cuestión, HAGGARD y SINGER han señalado que la voluntad no podría considerarse como un “acto aislado” de la consciencia, sino que sería el resultado de “complejos procesos cerebrales parcialmente conscientes

75 De hecho, tras meditarlo el sujeto se arrepiente de haber actuado de esa determinada forma y, sin embargo, la acción realizada se califica como dolosa. Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 480-482. No cabe confundir este tipo de acciones con los movimientos reflejos, que ni si quiera constituyen acción. Los movimientos reflejos que se desencadenan en sentido estricto por estímulos del sistema nervioso no poseen relevancia jurídico-penal, sin que pueda responsabilizarse a la persona que los padece. En contraposición, en las acciones anteriormente expuestas, aunque no han requerido una intención previa, el sujeto es consciente de la misma durante su ejecución e identifica que han sido originadas por su propia voluntad.

76 Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, p. 482.

77 Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 481-482. DEMETRIO CRESPO también critica la metodología del experimento de LIBET, considerando que no permite extraer conclusiones deterministas en el ámbito penal. El Derecho penal atiende a cursos causales complejos, por lo que no resulta trasladable un experimento de laboratorio con movimientos mínimos previamente determinados. Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *op. cit.*, p. 22.

78 Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, p. 488.

y parcialmente inconscientes que se retroalimentan generando sistema de progresiva complejidad”⁷⁹. En consecuencia, el experimento de LIBET resultaría superfluo desde un punto de vista jurídico-penal.

En conclusión, la voluntad jurídico-penalmente será aquella que otorgue al ser humano la capacidad autodeterminar conscientemente su comportamiento. La discusión dogmática se ha centrado sobre la posibilidad de atribuir a este concepto normativo una base empírica sobre la que fundamentar el reproche penal. A la luz de los experimentos en neurología, un sector de la doctrina penal ha atribuido al ser humano la capacidad de controlar la ejecución de sus actos, aun cuando se reconozca la influencia del inconsciente en la adopción de determinados comportamientos. Este sector adoptaría una concepción indeterminista-relativa al atribuir una facultad constatada de controlar y vetar determinadas acciones, rechazando las conclusiones deterministas que algunos neurólogos habrían atribuido a los citados experimentos.

Otro destacable sector doctrinal directamente ha rechazado emplear los citados experimentos en neurología en el ámbito penal por la metodológica empleada. En opinión de estos autores, la “consciencia” estudiada en estos experimentos no podría emplearse para determinar la voluntad jurídico-penalmente relevante. En consecuencia, rechazan también la interpretación determinista de éstos, puesto que en ningún caso se podría llegar a afirmar el inicio o dominio no-consciente de la decisión, sino sólo la producción de actividades neuronales realizadas sin consciencia.

Por lo tanto, diversos autores han rechazado la traslación de consideraciones deterministas al ámbito penal derivadas de los experimentos neurológicos. La voluntad jurídico-penalmente relevante no queda abarcada por estos experimentos, pues se proyecta en la ejecución de cursos causales complejos y no en experimentos de laboratorio preprogramados. La única conclusión trasladable al ámbito penal, aceptando la validez metodológica de estos experimentos, es que el ser humano dispone de una capacidad de vetar sus acciones que le otorgaría un domino fáctico sobre su propio comportamiento. Lejos de negarla, estos experimentos sirven para fundamentar empíricamente la capacidad de autodeterminar el comportamiento de forma consciente, dotando al reproche de una base fáctica.

79 Vid. HAGGARD (2008)/SINGER (2010) como se citaron en PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 488. También se ha criticado la forma en la que se desarrolla el experimento de LIBET. PÉREZ MANZANO señala que su planteamiento puede haber producido “estados mentales artificiales” que distorsionarían la medición. Esto se debe a que el potencial de disposición se trataría de un correlato neuronal del estado de alerta del cerebro al focalizar su atención en la acción exigida por el experimento. Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 481.

4. IMPACTO DE LAS INVESTIGACIONES NEURONALES EN LA DOGMÁTICA PENAL

En las últimas décadas la neurobiología ha adquirido una notable influencia en la esfera pública. Esta disciplina científica provee de una base de métodos, técnicas y descubrimientos que permite medir las actividades del cerebro humano. Este conocimiento ha sido considerado en el ámbito jurídico-penal⁸⁰.

La principal aportación de las neurociencias al Derecho penal ha consistido en replantear la imputabilidad de las personas en situación de “normalidad” con el propósito construir un modelo penal más humanizador. Sin embargo, diversos autores aspiran a expandir el alcance del conocimiento neurocientífico a estratos superiores del Derecho penal. Bajo la premisa de que el comportamiento criminal podría ser pronosticado con cierta rigurosidad, un sector de la doctrina penal ha planteado una reformulación del modelo de responsabilidad penal, obviando la categoría dogmática de la culpabilidad. Este nuevo modelo, que fundamentaría la pena en criterios estrictamente preventivos, habría sido claramente influenciado por los autores “neurodeterministas”.

La elaboración pronósticos sobre el comportamiento delictivo también ha planteado debates sobre la actual configuración de la imputabilidad, como elemento integrante de la culpabilidad. Los denominados “biomarcadores de la peligrosidad”, que supuestamente permitirían predecir la aparición de comportamientos violentos de los sujetos imputables, han cuestionado el actual modelo excepciones de la inimputabilidad y la semiimputabilidad.

En los siguientes apartados se expondrán las problemáticas surgidas como consecuencia de pretender conciliar la realidad jurídica con los nuevos desarrollos de la neurología y genética.

4.1. Neurodeterminismo y comportamiento humano

En el año 2004, un grupo de investigadores alemanes realizó un controvertido manifiesto en el que afirmaban categóricamente que se había demostrado que las acciones humanas están determinadas por la actividad neuronal y, en consecuencia, la libertad de voluntad es una mera ilusión⁸¹. Esta publicación adquirió una notable relevancia tanto entre la comunidad científica como en la doctrina penal alemana, puesto que implícitamente cuestionaba la legitimidad del actual modelo de Derecho penal.

80 *Vid.* MARKOWITSCH, H. J., STANILOIU, A., “Gehirn und Gewalt. Der determinierte Täter”, en FINK, H., ROSENZWEIG, R. (ed.), *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*. Mentis, Paderborn, 2012, pp. 59-60.

81 *Vid.* ELGER et al., “Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung”, *op. cit.*, pp. 30-37.

Los firmantes del manifiesto, así como otros académicos que lo avalan, se adscribieron a diferentes modelos de determinismo científico que se engloban en la corriente denominada “Neurodeterminismo”⁸². En esta línea de pensamiento se rechaza la concepción tradicional de la libertad de voluntad y se pretenden emplear los conocimientos sobre la estructura y la actividad cerebral para determinar las bases fisiológicas del comportamiento humano. Sin embargo, los planteamientos de esta corriente distan de ser homogéneos, especialmente en relación al modelo de responsabilidad penal⁸³.

Siguiendo los experimentos de LIBET, la corriente neurodeterminista ha sostenido que la consciencia es una experiencia subjetiva, fruto de la actividad del cerebro en permanente interacción con la información que recibe de su entorno⁸⁴. Estos académicos coinciden en el rechazo al concepto del “Yo” como órgano ejecutivo central que controla los procesos evolutivos.

El cerebro humano y el de los animales presenta una fuerte asimetría en tanto que, a diferencia de los animales, el ser humano toma decisiones en apariencia independientes de los comportamientos concretos disponibles⁸⁵. Sin embargo, la corriente neurodeterminista cuestiona que dichas actitudes sean tomadas desde una voluntad consciente genuina. La mayoría de las actuaciones individuales forman parte de una cadena de acciones. Aunque la decisión inicial haya sido parcialmente consciente, cada uno de los componentes que integran esa cadena son derivados de procesos inconscientes que proceden de nuestro sistema nervioso. Además, bajo la toma de decisiones conscientes aparentemente libres subyacen actitudes y valoraciones inconscientes y preconscious⁸⁶.

En este sentido, el neurobiólogo ROTH ha afirmado que las decisiones ocurren en el sistema límbico antes de que se puedan percibir conscientemente. El “Yo consciente” se trata de una ilusión producida por la actividad de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal⁸⁷. Las decisiones racionales que adopta el ser humano

82 Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 240.

83 Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 240.

84 Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo”, en GÓMEZ MARTÍN, V. (dir.), BOLEA BARDÓN, C. (dir.), GALLEGO SOLER, J. I. (dir.), HORTAL IBARRA, J. C. (dir.), JOSHI JUBERT, U. (dir.), VALIENTE IVÁÑEZ, V. (coord.), RAMÍREZ MARTÍN, G. (coord.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 604.

85 Vid. KOTCHOUBEY, B., BIRBAUMER, N., “Lernen von Freiheit. In welchem neurobiologischen Sinne können Handlungen frei und verantwortlich sein?”, en FINK, H., ROSENZWEIG, R. (Ed.), *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*, Mentis, Paderborn, 2012, pp. 115-126.

86 Vid. KOTCHOUBEY, B., BIRBAUMER, N., “Lernen von Freiheit. In welchem neurobiologischen Sinne können Handlungen frei und verantwortlich sein?”, *op. cit.*, pp. 115-126.

87 Vid. ROTH (2003) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 240.

vendrán determinadas por la intervención del sistema emocional no consciente. La memoria del individuo sobre sus experiencias previas, que actúa inconscientemente, será la que condicione nuestra toma de decisión. En consecuencia, las valoraciones racionales que determinan nuestras decisiones no son plenamente conscientes, por lo que las decisiones racionales en todo caso serán fruto de la interacción entre lo consciente y lo inconsciente⁸⁸.

El neuropsicólogo SINGER no considera que se deba diferenciar la forma en la que interpretamos el funcionamiento del sistema nervioso de los animales con respecto al de las personas. Igual que los animales, el comportamiento humano vendría determinado por el sistema nervioso, siendo la percepción de poseer libre voluntad el resultado de procesos constructivos producidos en nuestro sistema nervioso⁸⁹.

PRINZ afirma que, pese a que el ser humano se perciba como la primera causa determinada de la decisión de actuar, este fenómeno sería una construcción teórica que no guarda relación con la realidad empírica demostrable⁹⁰. La autopercepción humana se equivoca sobre la determinación del comportamiento, pues “no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos”. Este efecto es una consecuencia de la interacción entre el sistema productor de acciones y el sistema consciente de la interpretación. Los procesos subconscientes dirigen la acción, siendo la tarea de la mente consciente interpretar y justificar la acción realizada⁹¹.

En la comunidad científica española, RUBIA VILA ha seguido la línea de los citados académicos alemanes, posicionándose en contra de la libre voluntad. La voluntad

88 Vid. MERKEL/ROTH (2008) como se citó en Vid. PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, pp. 492. ROTH ha descrito el proceso de autoatribución de las acciones conscientes como consecuencia de la coexistencia del sentimiento de ego y el impulso. La voluntad sigue al deseo y la acción sigue a la voluntad, percibiendo este proceso como una consecuencia causal. La argumentación de ROTH se fundamenta parcialmente en los experimentos de LIBET y la importancia de los procesos subconscientes en la toma de decisiones. ROTH concluye, atendiendo a los experimentos de LIBET, que la decisión consciente de actuar no desencadena el potencial de preparación en el sentido de causalidad clásica, pues la decisión final de actuar únicamente se vuelve consciente 200 milisegundos antes de llevarla a cabo. Vid. RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, *op. cit.*, p. 185-197.

89 En última instancia, el comportamiento dependerá de los procesos cerebrales anteriores a la acción, siendo éstos a su vez condicionados por multitud de factores epigenéticos. Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *op. cit.*, p. 10; SINGER (2004) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 241.

90 Vid. PRINZ (2004) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *op. cit.*, p.7.

91 Sobre esta cuestión, RUSKE critica que PRINZ no explica cómo se crea la impresión de control sobre la acción. Vid. RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, *op. cit.*, p. 179.

se reduce a una mera impresión subjetiva, siendo la percepción de libre albedrío un fenómeno ilusorio. El comportamiento humano se podría explicar íntegramente por las leyes de causalidad deterministas que rigen el mundo material. RUBIA VILA destaca cómo la inexistencia de la libre voluntad afecta a las bases de la civilización humana, construida sobre los conceptos de responsabilidad, imputabilidad o culpa⁹².

Sin embargo, esta corriente doctrinal se ha topado con la problemática de configurar un modelo de responsabilidad funcional coherente con la concepción determinista de la naturaleza humana. Los académicos han formulado múltiples propuestas en relación a esta cuestión. En general, éstos pretenden reformular el modelo de responsabilidad penal orientándolo a la peligrosidad criminal y la prevención especial. En coherencia con su planteamiento, se pretende sustituir el actual modelo basado en la culpabilidad y la retribución por un modelo de peligrosidad criminal en que se implementen progresivamente los conocimientos adquiridos sobre el funcionamiento del desarrollo humano⁹³.

En esta línea, diversos autores, mediante estudios neurológicos, han pretendido correlacionar las actitudes de los delincuentes violentos reincidentes con determinadas anomalías o alteraciones estructurales o funcionales⁹⁴. La capacidad explicativa de los análisis con respecto al comportamiento criminal de estos individuos ejemplificaría la utilidad que posee el enfoque en la peligrosidad criminal y la prevención individual sobre la base de los desarrollos en la neurobiología.

4.2. Aplicaciones de la neurobiología y la genética en la predicción de la peligrosidad

Diversas disciplinas científicas han procurado explicar la forma en la que se comportan los individuos en sociedad. Dado que las ciencias naturales han sido capaces de explicar con precisión el funcionamiento del cuerpo humano, un sector del ámbito científico se plantea la posibilidad elaborar, con cierta precisión, pronósticos de criminalidad sobre los sujetos imputables.

92 Vid. RUBIA VILA (2009) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 241.

93 Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2011, p. 7. A modo de ejemplo, SINGER inicialmente había propuesto sustituir la culpa subjetiva, basada en un concepto de libertad cuestionable, por el grado de severidad de la conducta desviada. Vid. SINGER (2005) como se citó en RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, *op. cit.*, p. 209. Sin embargo, sobre esta cuestión, se ha criticado que la única alternativa a la que se acogen las corrientes neurocientíficas sería la instrumentalización del ser humano, al no otorgar a ni a los sujetos imputables la capacidad de ser responsables. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *op. cit.*, p. 43.

94 Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *op. cit.*, p. 7.

Históricamente, la capacidad de pronosticar el comportamiento criminal ha despertado el interés de un sector de la doctrina penal. En las últimas décadas, el aumento de la preocupación social por la comisión de crímenes violento ha puesto el foco en la prevención delictiva. Diversos autores han optado por fundamentar la pena con base en criterios preventivos⁹⁵. Esta reformulación sitúa el foco en el pronóstico de criminalidad, obviando la función que ha desempeñado la culpabilidad como categoría dogmática asentada en la teoría del delito. En el actual modelo de Derecho penal, el principio de culpabilidad se ha erigido como uno de los “ejes cardinales” del Derecho penal moderno en un Estado democrático, en tanto que la culpabilidad constituye el fundamento y límite de la pena⁹⁶. Al vaciar de contenido la culpabilidad por la deslegitimación del juicio de reproche, algunos autores han optado por eludir esta categoría dogmática y fundamentar la pena únicamente en la prevención. El *quantum* de la pena no podía exceder la medida de culpabilidad, pues por su carácter retrospectivo, la sanción debía atender a los hechos cometidos. Al eludir esta categoría dogmática, quienes fundamentan la pena en criterios preventivos no poseen ningún referente para determinar la medida de la pena. En consecuencia, estos autores se han visto en la problemática de establecer un método fiable que les permita elaborar pronósticos de criminalidad con relativa rigurosidad.

Algunos académicos han recurrido a la biología para obtener indicadores que permitan elaborar un pronóstico fiable sobre la comisión de crímenes violento. En el ámbito académico, estos indicadores han sido denominados como “biomarcadores de la peligrosidad criminal”. Dentro de la biología, diversas disciplinas han pretendido elaborar pronósticos fiables sobre la adopción de comportamientos violentos. En este apartado, se atenderá a las aportaciones provenientes de la neurobiología y la genética sobre esta cuestión.

La neurobiología permite comprender el funcionamiento de las redes neuronales. En el plano naturalístico, el comportamiento humano podría ser explicado íntegramente por la red de conexiones neuronales que se producen en el sistema nervioso. Al considerar que el comportamiento humano puede ser objeto de un pronóstico riguroso, se han elaborado diversos estudios destinados a identificar aquellos sujetos propensos a la comisión de crímenes violentos con el propósito de colaborar en la prevención de la criminalidad mediante la predicción de la peligrosidad y la identificación y control de los sujetos que presenten estas características⁹⁷.

95 Vid. URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, pp. 266-269.

96 Vid. URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, *op. cit.*, p. 269.

97 Vid. JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2019, p. 43. Pese a la percepción de dirigir acciones conscientemente, la conducta de los seres humanos obedecería estrictamente a la causalidad biológica del sistema nervioso. Bajo esta premisa, carecería de sentido realizar un juicio de reproche sobre los sujetos imputables, al no haber dispuesto éstos tampoco de una voluntad genuinamente libre. Consecuentemente, los sujetos imputables se categorizarían en función de la peligrosidad criminal, superando así la categoría dogmática de la peligrosidad criminal.

En el ámbito de la neurología, algunos investigadores han correlacionado la morfología y activación de determinadas áreas cerebrales con la predisposición a cometer delitos. Estas áreas cerebrales concretas se han pretendido catalogar como “biomarcadores de la peligrosidad criminal”. En última instancia, estos estudios pretenden obtener un riesgo estadístico sobre la reincidencia delictiva con base en la arquitectura cerebral de los sujetos analizados. En el presente apartado se analizará correlación de la amígdala, del córtex prefrontal y del córtex del cíngulo anterior con la conducta criminal y la reincidencia⁹⁸.

La amígdala ha sido considerada como la autoridad de control y de seguimiento de emociones en el sistema nervioso, pues desempeña funciones importantes en el procesamiento de las emociones, evaluación emocional de los estímulos perceptivos, así como en el acoplamiento de emociones y contenidos de la memoria, procesos de aprendizaje (como el condicionamiento) y ciertos aspectos del comportamiento social⁹⁹. A efectos de anticipar la comisión de crímenes violentos, se debe destacar que la morfología y activación de la amígdala condicionan la propensión al comportamiento antisocial crónico, así como determinados rasgos de la psicopatía. Diversos estudios han pretendido correlacionar la comisión delictiva con esta área neuronal, acreditándose la conexión entre una amígdala de volumen reducido con la aparición de agresividad y rasgos psicopáticos entre la infancia y la adolescencia¹⁰⁰.

Igualmente, numerosos estudios han pretendido analizar la influencia del córtex prefrontal y del córtex del cíngulo anterior en la aparición del comportamiento criminal. Por un lado, las disfunciones del córtex prefrontal se han vinculado históricamente con la comisión de crímenes violentos¹⁰¹. Numerosas investigaciones han pretendido vincular la afección en esta zona con los trastornos neurológicos al provocar deficiencias en el control del “cerebro emocional”¹⁰². Por otro lado, el córtex del cíngulo anterior se ha empleado como biomarcador de la peligrosidad

98 Vid. JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, op. cit., p. 138.

99 Vid. MARKOWITSCH, H. J., STANILOIU, A., “Gehirn und Gewalt. Der determinierte Täter”, op. cit., pp. 42-51.

100 Vid. GÓMEZ MONT, M. G., “Neurociencia, responsabilidad subjetiva y violencia criminal”, *Revista de Derecho Privado*, op. cit., p. 15; JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, op. cit., p. 142.

101 Vid. JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, op. cit., p. 158. Entre las funciones mentales que se encuentran formalizadas en el córtex prefrontal se pueden destacar la anticipativa, la selectiva, la capacidad de suprimir la respuesta, de control de impulsos y de concentración, así como la de recordar tareas ya realizadas. En consecuencia, aquellos pacientes que presentan lesiones importantes del córtex prefrontal muestran un síndrome clínico típico, con limitaciones en la capacidad del pensamiento estratégico. De esta forma, una vez realizan planes, resulta casi imposible alterarlos. Vid. URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, op. cit., p. 68.

102 Vid. OSTROSKY (2011) como se citó en GÓMEZ MONT, M. G., “Neurociencia, responsabilidad subjetiva y violencia criminal”, *Revista de Derecho Privado*, op. cit., p. 15.

dada la correlación de esta región cerebral con el conflicto y el manejo de situaciones estresantes¹⁰³.

No obstante, se ha discutido la rigurosidad de emplear este tipo de “marcadores biológicos” para prevenir la comisión delictiva. No se puede elaborar un pronóstico de peligrosidad criminal empleando estos “biomarcadores”, en tanto que resulta imprescindible la obtención de evidencias fiables e irrefutables que permitan delimitar esto con cierta rigurosidad.

Pese a que diversas investigaciones habrían llegado a vincular estadísticamente estos indicadores con el desarrollo de la conducta criminal, la correlación establecida no implica un condicionamiento absoluto para los individuos que presentan esos caracteres. En el estado actual de la ciencia, estos marcadores únicamente se correlacionan genéricamente con el desarrollo de la conducta criminal, sin posibilidad de efectuar un pronóstico prospectivo que permita fundamentar con una mínima precisión la medida de la pena. En consecuencia, especialmente discutibles resultan las tesis que abogan por la existencia de un determinismo biológico que permite predecir el comportamiento humano en el plano social.

Un sector de la comunidad científica ha indicado que las condiciones en las que se desarrolla la persona son el determinante del comportamiento humano en última instancia¹⁰⁴. Esta premisa dificultaría la capacidad de elaborar un pronóstico de criminalidad riguroso, al no depender de la predisposición biológica del sujeto, sino de sus condiciones ambientales. En este sentido, diversos estudios neurobiólogos han destacado que el ambiente en el que se desarrollan los individuos configura morfológicamente las áreas neuronales, especialmente la amígdala, cuya plasticidad se ha probado empíricamente¹⁰⁵.

103 Vid. JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, op. cit., p. 167. DEMETRIO CRESPO también ha advertido esta situación. El autor destaca que diversos estudios han puesto de manifiesto que los criminales violentos padecen con mayor frecuencia déficit cerebrales en el área prefrontal y el córtex orbito-frontal y cingular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas. La afección de estas regiones reduce el control de los impulsos, lo que condicionaría su conducta agresiva. Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, op. cit., p. 22.

104 A modo de ejemplo, aquellos individuos que han padecido abuso físico o aquellos que se han desarrollado en familias con bajo nivel socio-económico presentaban un desarrollo diferente de la amígdala al padecer esta circunstancia, resultando en volúmenes de la amígdala más reducidos. Vid. JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, op. cit., p. 138-144.

105 Igualmente, aunque resulta innegable que la estructura y funcionalidad reducida de la corteza prefrontal se vincula con el comportamiento antisocial, en la mayor parte de casos la explicación de dicho comportamiento no reside exclusivamente en dicha afección, sino que puede obedecer a que éstos presenten otras áreas neuronales alteradas, lo que podría haber condicionado la conducta criminal. Por lo tanto, atender exclusivamente a la estructura y funcionalidad de la corteza prefrontal implicaría una simplificación del funcionamiento del sistema nervioso. En consecuencia, la correlación en este caso no resulta concluyente. Vid. JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, op. cit., pp. 159-161.

No puede concluirse que los biomarcadores permitan determinar rigurosamente la tendencia a adoptar un comportamiento criminal, siendo la plasticidad neuronal que experimenta un individuo en el desarrollo de su vida lo que verdaderamente desencadena las conductas criminales. Por lo tanto, actualmente debe rechazar cualquier tentativa de construir un modelo penal preventivo fundamentado en el pronóstico que ofrecen los biomarcadores de la peligrosidad criminal.

En el ámbito de la genética se ha reproducido el debate en similares términos, en tanto que un sector de la comunidad científica ha vinculado la tendencia a la agresividad con la predisposición genética de los individuos. El concepto “gen de la conducta” ha sido acuñado en diversos artículos y trabajos científicos para referirse a la correlación estadística de determinados genes con la aparición de comportamientos violentos e, incluso, de aptitudes criminales¹⁰⁶. Esta cuestión ha adquirido una notable repercusión académica a raíz del empleo de informes genéticos por parte de la jurisprudencia italiana para reconocer disminuciones en la capacidad de los sujetos de actuar voluntariamente, asociado con casos de inimputabilidad.

En el año 2009, la Corte de Apelación de Trieste fue pionera en el empleo de informes genéticos para acreditar la imputabilidad individual. La sentencia constituyó una absoluta novedad en el ámbito jurisprudencial, en tanto que imponía una reducción de condena a la persona imputada, entre otros factores, por presentar anomalías en cinco genes vinculados al comportamiento criminal. Esta sentencia aceptó que la constitución genética pudiera empelarse como base fáctica sobre la que admitir una exención parcial de responsabilidad¹⁰⁷. La predisposición genética del individuo “indicaba” que éste era una persona especialmente reactiva en términos de agresividad ante situaciones de estrés, reconociéndose un “vicio parcial de la mente” que implicaría una reducción de la pena¹⁰⁸.

106 Vid. URRUELA MORA, A., “La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica. Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, Italia, de 18 de septiembre de 2009”. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 32, 2010, p. 168. En este sentido, la posesión de determinadas variables alélicas se ha pretendido vincular con una mayor probabilidad de presentar comportamientos agresivos, asociales o violentos.

107 Vid. URRUELA MORA, A., “La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica. Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, Italia, de 18 de septiembre de 2009”, *op. cit.*, p. 180.

108 Vid. ROMERO FLORES, B., “Las neurociencias frente a la función de la pena”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, fasc/mes 1, 2015, p. 347. En el Código Penal italiano, el “*vizio di mente*” había sido considerado como un estado psíquico deficiente, que derivado de una situación de enfermedad, podía excluir la capacidad de entender o de querer, como fundamento de la exclusión de responsabilidad penal o de la atenuación de la misma. El vicio parcial de la mente, regulado en el artículo 89 del CP italiano, abarca aquellos estados psíquicos deficientes en los que la capacidad del sujeto para entender o querer se encuentra mermada. A diferencia del vicio total de la mente, que exige la exclusión de estas facultades, para considerar un vicio parcial de la mente la citada capacidad del sujeto deberá estar disminuida en gran medida. Consecuentemente, se justificaría la atenuación de la pena. Vid. MATEO AYALA, E. J., *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el código penal español*, Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2002, pp. 505-513

De los cinco genes que se vincularon con el comportamiento violento en el citado caso, se ha destacado el papel del gen responsable de la codificación del neurotransmisor responsable de la metabolización de la enzima “monoamina oxidasa A” (MAO-A)¹⁰⁹. En diversos estudios se ha acreditado la correlación de este gen con la aparición de comportamiento violentos. Particularmente, se ha señalado que aparecen las conductas antisociales cuando hay bajos niveles de la enzima MAO-A¹¹⁰. Atendiendo al patrimonio cromosómico del imputado, considerado como vulnerable ante situaciones de estrés, la Corte de Apelación de Trieste aplica una reducción de pena por “vicio parcial de la mente”¹¹¹.

Pese al optimismo despertó la sentencia entre algunos sectores de la comunidad científica la citada sentencia, la Corte de Apelación no emplea la base genética del individuo como elemento probatorio único para acreditar la situación de semiimputabilidad, sino que se trata de un elemento que añade fiabilidad al diagnóstico del sujeto¹¹². En este sentido, URRUELA MORA destaca que no resulta suficiente constatar una determinada configuración genética para reducir la responsabilidad de los sujetos, sino que debe darse un paso ulterior comprobando si en el caso concreto la configuración genética favoreció el desencadenamiento de una respuesta agresiva al reducir la capacidad de comprender la ilicitud del hecho. Respecto a la citada sentencia de la Corte de Apelación, este autor ha señalado que los estudios genéticos no permiten alcanzar conclusiones de forma unilateral y acrítica de la manera en la que lo realizó el órgano juzgador¹¹³.

El ser humano es el resultado de factores genéticos y ambientales. Las condiciones ambientales en las que se desarrollan las personas y los procesos epigenéticos que estas condiciones generan condicionan decisivamente el comportamiento¹¹⁴. No se puede catalogar un determinado gen como “gen de la conducta” (menos aún “gen

109 Vid. URRUELA MORA, A., “La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica. Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, Italia, de 18 de septiembre de 2009”, *op. cit.*, p. 181.

110 Vid. JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, *op. cit.*, p. 178.

111 Vid. Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, de 18 de septiembre de 2009.

112 Vid. URRUELA MORA, A., “La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica. Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, Italia, de 18 de septiembre de 2009”, *op. cit.*, p. 182.

113 Vid. URRUELA MORA, A., “La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica. Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, Italia, de 18 de septiembre de 2009”, *op. cit.*, p. 184.

114 Cabe aclarar que la epigenética estudia los cambios en la expresión de los genes. Particularmente analiza si estos cambios son provocados por factores o experiencias ambientales sin provocar ningún cambio en la secuencia del ADN. Vid. MARKOWITSCH, H. J., STANILOIU, A., “Gehirn und Gewalt. Der determinierte Täter”, *op. cit.*, pp. 51-54. En el caso de los delincuentes violentos habituales, la plasticidad infantil se reduce notablemente desde una etapa temprana. Esto se debe tanto a la predisposición genética, como a los daños neuronales que haya padecido (antes o después del nacimiento) o los traumas psicológicos.

de la agresividad”), en tanto que el desarrollo del comportamiento humano depende de numerosos genes y del dinámico proceso en el que éstos se relacionan con su entorno¹¹⁵.

Con el estado actual de los conocimientos científicos, no se puede concluir que determinados genes produzcan comportamientos agresivos mediante una relación causal estricta. Actualmente no es posible pronosticar el comportamiento humano sobre la presencia de determinadas variables alélicas¹¹⁶. En este sentido, URRUELA MORA descarta la posibilidad de caer en un determinismo neolombrosiano de corte genético, puesto que no existe una base científica fiable que lo avale de ninguna forma¹¹⁷.

Diversas escuelas de la Ciencia del Derecho penal han pretendido correlacionar la criminalidad con factores biológicos, lo que implicaría un cambio radical en la orientación actual del modelo basado en la culpabilidad. En última instancia, esta redefinición de esta categoría dogmática implicaría establecer medidas de seguridad que intervinieran sobre la base biológica de la conducta delictiva. Precisamente el indeterminismo relativo otorga a los individuos capacidad de autodeterminación humana individual, bajo la premisa de que la voluntad humana no se encuentra determinada por datos neurobiológicos o genéticos¹¹⁸. Esta premisa se sustenta a partir de los conocimientos empíricos existentes, por cuanto ni los biomarcadores apuntados ni la predisposición genética permiten realizar juicios de pronóstico fiables sobre el comportamiento humano, siendo la conducta humana condicionada esencialmente por los factores ambientales en los que se desarrollan los individuos¹¹⁹.

115 Algunos académicos incluso han sostenido que la criminalidad social se transmite genéticamente. Sin embargo, la heredabilidad calcula la variación entre los individuos de una misma población, no así los procesos causales de dicha población. En definitiva, no resultaría útil para realizar pronósticos, aunque fueran de la misma población. *Vid.* JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro) ciencia: una interacción desorientada*, *op. cit.*, pp. 171-184. A modo de ejemplo, sería un error pretender establecer una relación objetiva entre bajos niveles de la enzima MAO-A y la conducta criminal como se ha pretendido. La correlación entre estos dos factores no es estricta y, en consecuencia, no se puede afirmar con certeza que quien presente determinados genes considerados como “peligrosos” vaya a desarrollar actitudes delictivas. De hecho, otros estudios no han acreditado correlación entre la MAO-A y el desarrollo de la conducta antisocial.

116 *Vid.* ROMERO FLORES, B., “Las neurociencias frente a la función de la pena”, *op. cit.*, p. 348.

117 *Vid.* URRUELA MORA, A., “La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica (Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, Italia, de 18 de septiembre de 2009)”, *op. cit.*, p. 185.

118 *Vid.* URRUELA MORA, A., “La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica (Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, Italia, de 18 de septiembre de 2009)”, *op. cit.*, pp. 186-188.

119 En el plano social, la experiencia de sentirse libre y responsable de las acciones cometidas se prioriza frente a las ciencias naturales que aspiran a demostrar que la decisión adoptada ha sido predeterminada. ROMERO FLORES ha destacado el carácter utilitarista de este modelo, puesto que permite orientar el comportamiento humano hacia la idea de lo que se considera justo, en vez de atribuir el comportamiento humano a reacciones mecánicas autómatas. *Vid.* ROMERO FLORES, B., “Las neurociencias frente a la función de la pena”, *op. cit.*, p. 349. Por otro lado, pese a que las neurociencias han demostrado notables avances en la descripción del funcionamiento del sistema nervioso, la complejidad del cerebro humano y el elevado número de interconexiones neuronales imposibilita

Sobre esta cuestión, OSTROSKY ha afirmado que el ser humano nace con disposición y sentimientos básicos que son modificables conforme a la experiencia para producir conductas socialmente adecuadas. Por lo tanto, el aprendizaje, los traumas y la forma de socializar son los factores que restringen o potencian los rasgos de personalidad antisocial¹²⁰. Por consiguiente, para asegurar el sano desenvolvimiento de los individuos en la sociedad deberían garantizarse unas condiciones de desarrollo adecuadas¹²¹.

Por consiguiente, las disciplinas científicas no han permitido elaborar predicciones del comportamiento humano que pronostiquen con rigurosidad su comportamiento. Sus aportaciones no alcanzan a sustituir la valoración clínica y del comportamiento del sujeto, sino que se integran en ella para comprobar su capacidad de “entender y querer” con la finalidad de aumentar la fiabilidad de la prueba científica en el proceso penal¹²². Las comprobaciones empíricas se emplearán en la categoría

una explicación íntegra del intercambio de información entre las neuronas. Vid. JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, op. cit., p. 47.

120 Vid. OSTROSKY (2011) como se citó en GÓMEZ MONT, M. G., “Neurociencia, responsabilidad subjetiva y violencia criminal”, *Revista de Derecho Privado*, op. cit., p. 16.

121 Especialmente, el desarrollo infantil resultará determinante, puesto que una infancia negativa activaría los genes que tienen efectos desfavorables sobre el desarrollo en sociedad, siendo complicado “desactivarlos” nuevamente. Vid. MARKOWITSCH, H. J., STANILOIU, A., “Gehirn und Gewalt. Der determinierte Täter”, op. cit., pp. 51-54. Incluso en estos casos, ROTH destaca que puede evitarse un desarrollo de la personalidad no deseado gracias a una educación adecuada y a influencias externas positivas. Vid. ROTH, G., “Strafe oder Therapie? - Über einen menschenwürdigen Umgang mit Gewaltstraftätern”, en FINK, H., ROSENZWEIG, R. (ed.), *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*. Mentis, Paderborn, 2012. La falta de control de los impulsos, debido a déficits funcionales en determinadas áreas neuronales, se considera una “patología de la voluntad”. Por esta razón, la capacidad del ser humano de abstenerse de acciones planificadas le otorga la consideración de ser “responsable”, con independencia de que el mundo se considere determinado o indeterminado. Vid. KOTCHOUBEY, B., BIRBAUMER, N., “Lernen von Freiheit. In welchem neurobiologischen Sinne können Handlungen frei und verantwortlich sein?”, op. cit., pp. 115-126. Debe mencionarse que la jurisprudencia española ha apreciado una eximente completa o incompleta de anomalía o alteración psíquica (del artículo 20.1 CP) como consecuencia de trastornos del control de impulsos. Los trastornos relacionados con el control de los impulsos se caracterizan por la presencia de actos repetidos carentes de una motivación racional clara. Este tipo de trastorno repercute en la esfera volitiva del sujeto, quien es consciente de los actos antijurídicos que realiza, pero no dispone de la capacidad para evitarlos. En los trastornos del control de los impulsos se evidencia una limitación grave de la capacidad de inhibición del individuo. Vid. MATEO AYALA, E. J., *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el código penal español*, op. cit., pp. 787-793.

122 Vid. ROMERO FLORES, B., “Las neurociencias frente a la función de la pena”, op. cit., p. 348. En este contexto, la peligrosidad criminal sigue ostentando un papel relevante para el Derecho penal. Sin embargo, ésta no se basará en juicios hipotéticos con base en biomarcadores de peligrosidad de dudosa fiabilidad. A este respecto, se han identificado diversos factores de riesgo para atribuir peligrosidad criminal a un individuo. KRÖBER enumera los siguientes factores para identificar la peligrosidad criminal: Intensidad y tipo de delito que se teme; presencia, distancia y alcance del peligro; capacidades individuales de la persona para realizar actos peligrosos; integración social e interacciones sociales; necesidad de determinadas condiciones marco para el delito; disponibilidad de las víctimas. Además, este autor señala que para realizar un diagnóstico adecuado se deberá atender a la reconstrucción biográfica del desarrollo previo de la persona, realizar un análisis retrógrado del desarrollo de conductas anteriores relevantes para el Derecho penal y realizar un análisis

jurídico-penal de la culpabilidad debido a su naturaleza integradora. Esto excluye la construcción de un modelo penal preventivo basado en la peligrosidad y los pronósticos de criminalidad, pues como se ha sostenido en este apartado, con el estado actual de la investigación científica resulta inviable.

4.3. Valoración de la dogmática penal sobre los avances científicos

Una vez expuestos los diferentes experimentos y estudios sobre el funcionamiento del cerebro humano y la predicción del comportamiento criminal, se valorará la incidencia que han tenido éstos en la Ciencia del Derecho penal. En este apartado, se analizará particularmente la forma en la que se ha valorado la imputación subjetiva y el juicio de reproche sobre el individuo que ha cometido un ilícito penal.

La dogmática penal alemana ha abordado esta cuestión desde diferentes perspectivas. En nuestro modelo de Derecho penal, la voluntad o intención ha desempeñado un papel fundamental en las estructuras de imputación de responsabilidad. Como señala DEMETRIO CRESPO, los conceptos de “voluntariedad”, “intención” o “conciencia” ostentan una dimensión normativa que atribuye intersubjetivamente la identidad a las personas¹²³. La exclusión de estos conceptos sería contraproducente en una hipotética reformulación de las estructuras de imputación de la responsabilidad.

No se debe explicar el comportamiento humano únicamente desde una perspectiva neurobiológica. En este sentido, HABERMAS ha señalado que la acción humana es producto de una serie de motivos, intenciones, planes y razones que surgen de la experiencia individual, la interacción y la comunicación social. El autor considera que la persona es fruto de la subjetividad que se crea y desarrolla en el entorno social gracias a la atribución de capacidades, derechos y obligaciones¹²⁴. En consecuencia, la persona únicamente podrá ser plenamente entendida atendiendo a su comprensión socio-jurídica¹²⁵.

La concepción determinista del comportamiento se contrapone a la narrativa social sobre la que se ha construido la historia humana. La autopercepción del ser humano como “libre de decidir” debe ser el punto de referencia en la configuración

preciso sobre el eventual incidente. Vid. KRÖBER, H.L., “Kriminalprognose an hirndeterminierten Rückfallautomaten? Über die Freiheit des Verbrechers”, en FINK, H., ROSENZWEIG, R. (ed.), *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*, Mentis, Paderborn, pp. 173-188.

123 Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 249.

124 Vid. HABERMAS (2001) como se citó en PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, *op. cit.*, p.494.

125 Sobre este aspecto, RUSKE afirma que las interacciones sociales y los patrones culturales ejercen una influencia decisiva en la percepción de libertad. Vid. RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, *op. cit.*, p. 192.

normativa, pues el ordenamiento jurídico no debe oponerse al entendimiento de los destinatarios de las normas. Sobre esta cuestión, HIRSCH apunta que la norma penal debe ser configurada conforme al concepto subjetivo del mundo. La norma se adecua al destinatario y, en consecuencia, la libre voluntad percibida por el hombre deberá ser el fundamento general del comportamiento humano¹²⁶.

La voluntad se ha configurado como un elemento esencial en el modelo actual de Derecho penal. Su pretendida exclusión implicaría un cambio drástico en la imputación de responsabilidad. El concepto de dolo se ha construido bajo la premisa de que los individuos disponen de voluntad para dirigir su comportamiento conforme a sus motivos e intenciones¹²⁷. Desde un planteamiento determinista, esta concepción debería reformularse pues dichos motivos *únicamente se corresponderían* con los estados mentales del autor. En consecuencia, el dolo descansaría únicamente sobre su elemento intelectual¹²⁸.

Al eliminar el concepto de “voluntad” del modelo penal, se produciría un completo replanteamiento de las estructuras de imputación de responsabilidad. Esta reconfiguración ha sido rechazada por la mayor parte de la doctrina penal. En palabras de ROMEO CASABONA, el ser humano no mantiene una “actitud meramente pasiva” frente a los acontecimientos que ejecuta y protagoniza. El concepto de dolo no alcanzaría a ser comprendido íntegramente si no se abarcan ambos planos (intelectual y volitivo)¹²⁹.

Los hallazgos en las disciplinas científicas que estudian el comportamiento humano desempeñarán un papel relevante en las próximas décadas en la Ciencia del Derecho penal. Sin embargo, la integración de estos conocimientos en el ámbito penal únicamente debe producirse desde una perspectiva humanista, donde el filtro de la dignidad humana permita imputar responsabilidad penal a los sujetos

126 Vid. HIRSCH (2010) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *op. cit.*, p.25.

127 Para la mayor parte de la doctrina penal, el dolo se define como conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo. Vid. ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal: Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Comares, Granada, 2016, p. 125.

128 Dentro de la doctrina penal alemana, HERZBERG y PUPPE son dos figuras representativas de esta línea de pensamiento. Estos autores consideran que el dato decisivo en el plano de los elementos psicológicos del dolo reside en el conocimiento y no en la voluntad. Este sector ha optado por una postura monista con respecto al dolo en la que únicamente el dolo estaría formado por el elemento intelectual, obviando el elemento volitivo por su incapacidad de modificar la composición fáctica del comportamiento doloso. Vid. LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y Conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999., pp. 251-252.

129 Vid. ROMEO CASABONA, C. M., “De la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 8, 2006, pp. 73-74. La perspectiva monista conduce a que el objeto de valoración sea interpretado como una acción aséptica y despersonalizada, donde no aparece una voluntad que conduce el curso causal planteado intelectualmente.

imputables¹³⁰. La adopción de los conocimientos neurocientíficos no debe suponer una reformulación de nuestro modelo de atribución de responsabilidad, pues el Derecho penal debe ser utilizado como instrumento regulador y sancionador de la conducta.¹³¹

El sistema de justicia penal atribuye culpabilidad a los sujetos imputables bajo una “suposición de normalidad”, es decir, cuando no se presentan aquellas excepciones que la excluyan. En este sentido, la culpabilidad penal se ha construido conforme a la concepción de que los sujetos imputables disponen de una capacidad mínima de comprender y autocontrolarse. Por consiguiente, la culpabilidad es un reflejo del entendimiento normativo de la sociedad¹³².

La capacidad de responsabilidad del ser humano es la piedra angular del ordenamiento jurídico. La imputación subjetiva ha permitido diferenciar y valorar de forma racional los grados de evitabilidad del hecho delictivo atendiendo a la implicación interna del autor. HASSEMER sostiene que eliminar este modelo de responsabilidad implicaría vulnerar el fundamento normativo del trato social que otorga un reconocimiento recíproco de los humanos conforme a la percepción de que son personas responsables. Desde esta perspectiva, la atribución de responsabilidad y la imputación no descansan en conocimientos neurobiológicos, sino en fundamentos sociales¹³³.

En cualquier caso, no se puede negar que la contribución de la neurobiología a la Ciencia del Derecho penal. Las disciplinas científicas han resultado determinantes en la demostración de la imputabilidad, contribuyendo a ampliar las causas de exclusión de imputabilidad y de circunstancias atenuantes. En este sentido, la

130 Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 251.

131 Como se ha detallado en el anterior apartado, estos biomarcadores, aunque permitiesen realizar pronósticos de peligrosidad criminal más precisos, no resultan determinantes para predecir el comportamiento humano. Cabe mencionar que no se puede considerar que, con el estado de desarrollo actual de las neurociencias, se conozca íntegramente el funcionamiento de las diferentes áreas neuronales. La complejidad del cerebro humano no resulta susceptible de estandarización. De hecho, en el citado “*Das Manifest*” ya se admitía que la individualidad y plasticidad del cerebro humano imposibilitaban la exacta predicción del comportamiento de las personas. Vid. RÖSLER (2004) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 246. A este respecto, DEMETRIO CRESPO ha recordado que, aunque los desarrollos en neurociencias han permitido comprender mejor al ser humano, los métodos exclusivamente empíricos no lograrán resultados definitivos sobre la cuestión de la libre voluntad sin establecer puentes con premisas filosóficas, culturales y sociohistóricas. Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *op. cit.*, p. 251.

132 Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *op. cit.*, p. 26; BECK, B., *Ein neues Menschenbild? Der Anspruch der Neurowissenschaften auf Revision unseres Selbstverständnisses*, *op. cit.*, p. 153.

133 HASSEMER aclara que esta valoración debe considerarse sin perjuicio de que el Derecho penal adopte, e incluso reclame, aquellos conocimientos de las ciencias empíricas que permitan excluir de responsabilidad a las personas empleando los conocimientos relevantes necesarios. Vid. HASSEMER, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *op. cit.*, p. 9-12.

principal aportación de las neurociencias al Derecho penal ha consistido en replantear la imputabilidad de las personas en situación de “normalidad” para construir un modelo penal más humanizador¹³⁴.

Por otro lado, en la comunidad científica se ha producido un progresivo reconocimiento de la autopercepción de libertad y la culpabilidad como instituciones arraigadas en la sociedad¹³⁵. Algunos de los científicos que inicialmente se habían adscrito a postulados deterministas y que planteaban una reformulación integral del modelo de culpabilidad del Derecho penal habrían revisado sus posturas y aminorado sus pretensiones.

Destaca el cambio de perspectiva en relación con la culpabilidad del neurobiólogo ROTH. Este académico reformuló sus posturas iniciales y desarrolló la “teoría naturalista del libre albedrío” (*natualistische Theorie der Willensfreiheit*). Esta teoría pretende compatibilizar los planteamientos deterministas con el concepto de “libre albedrío”. Para ello, ROTH desarrolla la fórmula de la “libre autodeterminación”, afirmando que habrá culpabilidad “cuando la acción se remonta a las preferencias, es decir, los deseos y creencias de la persona” y, en consecuencia, es libremente autodeterminada¹³⁶.

Además, MERKEL y ROTH formulan un modelo de sanción guiado por “condiciones de equidad” (*Fairnesserwägungen*) para compensar el daño del ilícito penal. Este

134 Diversos académicos de la doctrina penal italiana han destacado el papel de las neurociencias en la construcción de un modelo de Derecho penal “compasivo” y “empático” con la ciudadanía. Vid. DI GIOVINE (2011) como se citó en ROMERO FLORES, B., “Las neurociencias frente a la función de la pena”, *op. cit.*, p. 353. EUSEBI ha optado por un modelo de prevención general positiva que valore la autonomía del agente como “capacidad de realizar elecciones personales nuevas”. El autor italiano persigue una valorización de la autonomía individual enfocada en el futuro. Se pretende reintegrar las relaciones sociales y personales, empleando los conocimientos neurocientíficos para determinar las condiciones psicológicas del agente del delito. Vid. EUSEBI (2013) como se citó en ROMERO FLORES, B., “Las neurociencias frente a la función de la pena”, *op. cit.*, p. 357.

135 Cabe aclarar que no todos los autores que se adscriben a la corriente neurodeterminista habían planteado una reformulación integral del modelo de responsabilidad del Derecho penal. Por ejemplo, PRINZ, aunque se pronuncia en contra del principio de culpabilidad, no considera necesario establecer un nuevo modelo de Derecho penal, en tanto la incompatibilidad entre las intuiciones psicológicas cotidianas y los hallazgos científicos fuera tolerable. Vid. RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, *op. cit.*, p. 205. SINGER rectifica su criterio inicial y finalmente considera que es necesario mantener los conceptos de “libertad”, “culpabilidad” y “responsabilidad”, como parte de la realidad social. Vid. SÁNCHEZ GARRIDO, F. J., *Delincuencia habitual, psicopatía y responsabilidad penal. Algunos problemas del concepto tradicional de imputabilidad*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015, pp. 307-308.

136 Vid. SCHILD, W., “Hirnforschung und Strafrecht. Die Schwierigkeit, keine Satire schreiben zu müssen”, *op. cit.*, pp. 27-32. ROTH afirma: “La libertad de una acción [...] no se pone en duda por el hecho de que los procesos de toma de decisiones subyacentes se realicen de forma neuronal (...). Sería un error suponer que los procesos inconscientemente efectivos siempre limitan nuestra libertad; más bien, ciertos instintos, emociones y experiencias inconscientemente efectivas forman un marco que permite tomar decisiones autodeterminadas con recursos cognitivos y de tiempo limitados”. Vid. ROTH/PAUEN (2008) como se citó en SCHILD, W., “Hirnforschung und Strafrecht. Die Schwierigkeit, keine Satire schreiben zu müssen”, *op. cit.*, p. 31.

modelo se fundamenta en la prevención general positiva, como mantenimiento de la norma de vigencia, con la posibilidad de que se empleen los avances en neurociencia con fines preventivos especiales, para lograr un mejor tratamiento de los delincuentes¹³⁷.

El filósofo alemán M. PAUEN también ha planteado un modelo de responsabilidad basado en la “autodeterminación”. Dentro de una realidad determinista, el autor considera que se puede defender un concepto mínimo de libertad (como capacidad de autodeterminación) basado en los supuestos de autonomía y autoría. En sentido similar al planteamiento de ROTH, un acto debería considerarse libre (autodeterminado) intersubjetivamente cuando la decisión se haya fundamentado en las preferencias del autor¹³⁸.

Su planteamiento se fundamenta en dos axiomas: el “principio de autonomía” y el “principio de autoría”. El principio de autonomía diferencia los hechos “libres” de aquellos realizados bajo compulsión, mientras que el principio de autoría permite atribuir el hecho a quien lo ha realizado. El concepto de autodeterminación permite afirmar que un acto es mínimamente libre en tanto el individuo ha sido capaz de realizar un acto partiendo de deseos, disposiciones y creencias de forma racional. Al condicionar el acto las preferencias propias, se interpreta que la acción ha sido autodeterminada. En consecuencia, no debe cuestionarse si una acción fue determinada, sino “cómo” fue determinada la acción en cuestión¹³⁹.

El filósofo alemán, quien reconoce en la construcción de la personalidad un rol central en el proceso de responsabilidad, reemplaza la conexión causal entre voluntad y acción por la conexión causal entre personalidad y acción. En este sentido, también se debe apreciar la proximidad de la formulación de PAUEN con el enfoque ontológico-existencial de FIGUEIREDO DIAS¹⁴⁰.

137 Vid. SÁNCHEZ GARRIDO, F. J., *Delincuencia habitual, psicopatía y responsabilidad penal. Algunos problemas del concepto tradicional de imputabilidad*, op. cit. p. 307. MERKEL y ROTH eliminan el componente retributivo en su teoría de la pena. Puesto que no se puede afirmar la “libertad de voluntad” en sentido estricto, no se justifica la imposición de la pena retributiva a los sujetos imputables. Vid. MERKEL/ROTH (2008) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, op. cit., p. 16. En sentido similar, STIER había indicado que el retribucionismo no se justifica si no se puede considerar que el perpetrador sea la fuente de su acción. Consecuentemente, el castigo únicamente satisface las ansias de venganza por la conducta criminal o serviría como medio para desahogar la preocupación social por el ilícito penal cometido. Vid. BECK, B., *Ein neues Menschenbild? Der Anspruch der Neurowissenschaften auf Revision unseres Selbstverständnisses*, op. cit., p. 160.

138 Vid. SÁNCHEZ GARRIDO, F. J., *Delincuencia habitual, psicopatía y responsabilidad penal. Algunos problemas del concepto tradicional de imputabilidad*, op. cit., p. 309.

139 Vid. PAUEN (2009) como se citó en DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, op. cit., p. 244.

140 Vid. BUONICORE, B. T., *Freiheit und Schuld als Anerkennung: die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, op. cit., pp. 43-44. El principio de autoría se basa en la idea de personalidad, donde el cerebro toma la decisión de actuar de acuerdo a sus

En síntesis, estos planteamientos ponen de manifiesto *cómo los autores deterministas* han recurrido a la libertad y a la autoatribución del comportamiento para formular modelos de responsabilidad penal. Esto evidencia *cómo únicamente* se podrá construir un modelo de Derecho penal *mínimamente* funcional si se emplea una culpabilidad que permita determinar cuáles son los parámetros en los que podrá ser reprochada una acción (u omisión) típica y antijurídica al autor de un ilícito criminal.

En la dogmática penal alemana han surgido una pluralidad de planteamientos con relación a esta cuestión. En este trabajo se destacará el concepto que ha elaborado JESCHECK, pues permite conciliar los dos espectros enfrentados en torno a esta cuestión.

Dada la imposibilidad teórica de realizar una constatación científica de la libertad individual en el momento del hecho, JESCHECK recurre a un “juicio generalizador” sobre la actuación del autor. De esta forma, su concepto de reprochabilidad se basa en una escala social-comparativa donde el criterio empleado se fundamenta en la actuación que hubiera realizado otra persona en la situación del autor, de acuerdo a la “experiencia acumulada de las disciplinas en el hecho”¹⁴¹.

JESCHECK emplea como medida para realizar el juicio de reproche la “capacidad del hombre medio” (*durchschnittliches Können*). Esta capacidad alude a la conducta que la comunidad jurídica espera del individuo en condiciones normales. En consecuencia, el juicio de reproche recae sobre “una persona a medida, vinculada con los valores jurídicamente protegidos, que, por su edad, sexo, profesión, cualidades corporales, capacidades intelectuales y experiencia vital, sea comparable con el autor”¹⁴². La culpabilidad queda configurada como la actitud interna jurídicamente defectuosa, alejada de la fuerza de voluntad que se espera por un ciudadano.

Mediante un modelo social-comparativo se podría configurar una solución que integre los diferentes intereses presentados en este artículo. Por un lado, se trata de un modelo construido que otorga al ser humano la capacidad de autodeterminar

preferencias personales (deseos, creencias, características internas, etc., que forman al sujeto tal como es de facto).

141 Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 459. En opinión de este autor, no se debería medir al autor en su propia escala de culpabilidad, sino que hay que atender a la señalada escala social-comparativa. Realizar un juicio de reproche al autor según sus propios parámetros conduciría a soluciones injustificables desde un punto de vista político-criminal. En este sentido, el reproche se minimizaría para los delincuentes más peligrosos, pues al ser éstos los más desvinculados con su comunidad, sus parámetros del juicio de reproche serían muy elevados. Bajo ningún concepto se podría exigir un límite mínimo al esfuerzo volitivo adecuado a la personalidad del sujeto infractor.

142 Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 460. En sentido similar, HALLMANN ha defendido que la culpabilidad se construye desde una perspectiva social. La autora considera que la acusación de culpabilidad posee un componente socio-ético, dado que se consideran las normas y valores sociales, así como la responsabilidad mutua. Vid. HALLMANN, A., *Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld Zur Reformbedürftigkeit des Schuldbegriffs vor dem Hintergrund neurowissenschaftlicher Erkenntnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 68.

su comportamiento conforme a la voluntad. La resolución de voluntad será el verdadero objeto de reproche¹⁴³. Por lo tanto, se atribuye al ser humano una identidad propia, respetando las estructuras de imputación de responsabilidad, en coherencia con la percepción intersubjetiva del comportamiento humano.

Por otro lado, el reproche al individuo, al que se le ha dotado de autonomía decisional en el plano jurídico, deberá medirse en función de sus propios parámetros. En el juicio de reproche se tendrán en consideración, entre otras, sus cualidades corporales, sus capacidades intelectuales y su experiencia vital. Esta escala social-comparativa permite integrar desde una perspectiva humanizadora el conocimiento de las disciplinas científicas en el ámbito penal. Sin admitir los postulados deterministas sobre el comportamiento humano, implementar esta escala permitiría una mejor individualización en el juicio de reproche sobre las capacidades de las que disponía el sujeto en el momento de los hechos. En consecuencia, los conocimientos que aportan la neurobiología y la genética podrían integrarse satisfactoriamente en el juicio de reproche, colaborando en la construcción de un modelo penal más humanizador.

5. CONCLUSIONES

La Ciencia del Derecho penal cumple la ardua labor de sintetizar en formulaciones jurídico-teóricas una realidad material amplia y heterogénea. El juicio de reproche, empleado como fundamento de la culpabilidad en el modelo normativo, pone de relieve la dificultad de esta tarea, al incidir en cuestiones trascendentales de difícil consenso como la libertad de voluntad de los seres humanos. Aunque esta cuestión no resulte novedosa entre los académicos del Derecho penal, en tanto que la categoría dogmática de la culpabilidad había venido siendo uno de los epicentros de debate doctrinal desde principios del siglo XX, este debate se ha enriquecido por las recientes aportaciones que han brindado los modernos desarrollos a nivel científico.

En este artículo se ha partido del concepto de culpabilidad de la teoría normativa pura, en la que se interpreta al ser humano como un sujeto con capacidad de autodeterminación moral libre que ostenta la facultad de decidirse entre el Derecho y la comisión del injusto. Este planteamiento, influenciado por las aportaciones de la escuela finalista, permitiría dirigir un juicio de reproche contra el individuo al otorgarle la capacidad autónoma para determinar su comportamiento. Sin embargo, diversos sectores de la doctrina penal habrían criticado la imposibilidad de constatar científicamente esta supuesta capacidad de autodeterminación del comportamiento.

143 Este planteamiento no ha estado exento de críticas. ROXIN considera que su planteamiento abandona la cuestión sobre si el sujeto ostenta la facultad de tomar decisiones libremente. Más aún, considera que la formulación es injusta con el individuo al imposibilitar la realización de un reproche moral a una persona individual con base en las capacidades que otros individuos de la sociedad pueden tener, pero de las que el éste carece. *Vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, *op. cit.*, p. 800.

La culpabilidad basada en el reproche penal, aunque resulta una fórmula relativamente aceptada en el ámbito académico, dista de presentarse como una solución conciliadora para toda la doctrina.

Académicos de diversas disciplinas científicas se han adentrado en esta cuestión, en ocasiones reformulando el modelo de responsabilidad penal. Desde diferentes perspectivas se ha criticado esta supuesta libertad de los sujetos imputables para autodeterminar su comportamiento. Por un lado, algunos académicos habrían extraído conclusiones deterministas de los experimentos en la esfera de la neurología, deslegitimando así el juicio de reproche sobre el individuo. Por otro lado, un sector doctrinal habría pretendido correlacionar la predisposición a desarrollar una conducta criminal con determinados factores biológicos, atendiendo a la morfología y activación de distintas áreas neuronales, así como al patrimonio cromosómico, vinculando la constitución del individuo con el desarrollo de conducta antisociales y violentas. Ambas líneas argumentales estarían dirigidas a cuestionar, o directamente negar, la facultar del sujeto imputable de dirigir su propio comportamiento, favoreciendo en consecuencia la imposición de un modelo preventivo de responsabilidad penal basado exclusivamente en la peligrosidad de los sujetos y su pronóstico de criminalidad.

A lo largo del presente artículo se han rebatido los planteamientos que pretendían negar la capacidad de los sujetos imputables para dirigir su propio comportamiento. En cambio, se ha abogado por consolidar un concepto empírico-normativo de la culpabilidad que legitime el juicio de reproche sobre la base del actual estado de desarrollo de las disciplinas científicas. En este sentido, se ha puesto de manifiesto cómo diversos elementos del juicio de reproche serían susceptibles de comprobación científica, lo que contribuiría a fundamentar este juicio de reproche. Particularmente, los experimentos sobre la consciencia resultan relevantes desde punto de vista jurídico-penal porque permiten constatar científicamente la capacidad de vetar conscientemente las acciones, lo que atribuiría al individuo un dominio fáctico sobre su propio comportamiento. Además, se ha señalado la inviabilidad de formular un modelo penal de corte estrictamente preventivo basándose exclusivamente en los conocimientos biológicos, al carecer de una base empírica sólida que justifique su implementación. Aunque los factores neurobiológicos y genéticos influyen en el desarrollo del comportamiento, resulta inviable configurar una base biológica que vincule a un sujeto imputable con la realización de una conducta delictiva. Más adecuada resulta la adopción de una perspectiva indeterminista-relativa, que acepte la influencia de determinados condicionantes biológicos, pero atribuya a los seres humanos la capacidad de autodeterminar su comportamiento.

Esta interpretación del ser humano como sujeto con capacidad de responsabilidad ha sido uno de los pilares del ordenamiento jurídico. El Derecho, pese a no pretender tratar de resolver esta compleja problemática de la libertad de voluntad, se ha adecuado a los destinatarios de la norma y les ha atribuido una identidad como sujetos responsables. Desde una perspectiva social, la atribución de responsabilidad

ha otorgado un reconocimiento recíproco entre los sujetos imputables que se ha constituido como fundamento del trato social. Un modelo penal que resulte funcional recurrirá necesariamente a conceptos tales con la libertad o la atribución del comportamiento que doten de esta identidad propia al individuo.

En definitiva, a la luz del actual estado de desarrollo de las disciplinas científicas, en este trabajo se aboga por preservar un modelo de responsabilidad penal que otorgue a los sujetos imputables la capacidad autónoma para dirigir sus decisiones, legitimando así el reproche de la culpabilidad. Entre las diferentes formulaciones planteadas, se ha optado por implementar un juicio de reproche en el que se atienda a las circunstancias particulares del sujeto, como sus capacidades intelectuales y su experiencia vital. De esta forma, además de dotar al individuo de una identidad propia como persona responsable, podrán considerarse los condicionantes neurológicos y genéticos que están presentes.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E., *Principio de culpabilidad y reincidencia*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2005.
- AMBOS, K., “La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal. Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 63, fasc/mes 1, 2009, pp. 95-130.
- BECK, B., *Ein neues Menschenbild? Der Anspruch der Neurowissenschaften auf Revision unseres Selbstverständnisses*, Mentis, Münster, 2013.
- BUONICORE, B. T., *Freiheit und Schuld als Anerkennung: die Entwicklung des strafrechtlichen Schuldbegriffs im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2020.
- CEREZO MIR, J., “Culpabilidad y pena”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 33, fasc./mes 2, 1982, pp. 347-366.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo III: Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2011, pp. 1-39.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Identidad y Responsabilidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2013, pp. 237-282.
- ELGER, C., FRIEDERICI, A.D., KOCH, C., LUHMANN, H. VON DER MALSBURG,

- C., MENZEL, R. MONYER, H., RÖSLER, F., ROTH, G., SCHEICH, H., SINGER, W., “Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung”, *Gehirn & Geist*, n.º 6, 2004, pp. 30-37.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2011, pp. 1-57.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo”, en GÓMEZ MARTÍN, V. (dir.), BOLEA BARDÓN, C. (dir.), GALLEGO SOLER, J. I. (dir.), HORTAL IBARRA, J. C. (dir.), JOSHI JUBERT, U. (dir.), VALIENTE IVANÉZ, V. (coord.), RAMÍREZ MARTÍN, G. (coord.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 601-613.
- FINK, H., ROSENZWEIG, R., *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*, Mentis, Paderborn, 2012.
- GÓMEZ MONT, M. G., “Neurociencia, responsabilidad subjetiva y violencia criminal”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 1(11), 2017, pp.1-44.
- HALLMANN, A., *Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld Zur Reformbedürftigkeit des Schuldbegriffs vor dem Hintergrund neurowissenschaftlicher Erkenntnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- HASSEMER, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2011, pp. 1-14.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Comares, Granada, 2002.
- JESCHECK, H.H., “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 5, 2003, pp. 1-19.
- JULIÀ PIJOAN, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2019.
- KOTCHOUBEY, B., BIRBAUMER, N., “Lernen von Freiheit. In welchem neurobiologischen Sinne können Handlungen frei und verantwortlich sein?”, en FINK, H., ROSENZWEIG, R. (Ed.), *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*, Mentis, Paderborn, 2012, pp. 115-126.
- KRÖBER, H.-L., “Kriminalprognose an hirndeterminierten Rückfallautomaten? Über die Freiheit des Verbrechers”, en FINK, H., ROSENZWEIG, R. (ed.), *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*, Mentis, Paderborn, 2012, pp. 173-188.

- LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y Conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MARKOWITSCH, H. J., STANILOIU, A., “Gehirn und Gewalt. Der determinierte Täter”, en FINK, H., ROSENZWEIG, R. (ed.), *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*, Mentis, Paderborn, 2012, pp. 37-70.
- MATEO AYALA, E. J., *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el código penal español*, Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2002.
- PÉREZ MANZANO, M., “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: Bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal”, en DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), MAROTO CALATAYUD, M. (coord.), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, 2013, pp. 471-498.
- RIVAS DÍAZ, D. A., “El denominado «libre albedrío» desde una perspectiva determinista actual”, *Scripta Philosophiæ Naturalis*, n.º 13, 2018, pp. 58-70.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “Neurociencias y Derecho Penal: Una visión compatibilista actualizada”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 9, n.º 17, 2017, pp. 111-134.
- ROMEO CASABONA, C. M., “De la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 8, 2006, pp. 67-84.
- ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal: Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Comares, Granada, 2016.
- ROMERO FLORES, B., “Las neurociencias frente a la función de la pena”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, fasc/mes 1, 2015, pp. 335-357
- ROTH, G., “Strafe oder Therapie? - Über einen menschenwürdigen Umgang mit Gewaltstraftätern”, en FINK, H., ROSENZWEIG, R. (ed.), *Verantwortung als Illusion?: Moral, Schuld, Strafe und das Menschenbild der Hirnforschung*, Mentis, Paderborn, 2012, pp. 23-36.
- ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.
- RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*. Duncker & Humblot, Berlín, 2011.
- SÁNCHEZ GARRIDO, F. J., *Delincuencia habitual, psicopatía y responsabilidad penal. Algunos problemas del concepto tradicional de imputabilidad*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015.
- SCHILD, W., “Hirnforschung und Strafrecht. Die Schwierigkeit, keine Satire schreiben zu müssen”, en FISCHER, T., HOVEN, E. (ed.), *Schuld, Nomos*,

Baden-Baden, 2017, pp. 11-32

SCHRADER, V., *Über Schuld und Durchschnittsmenschen – auch ein Beitrag zum Verbandsstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2021.

SCHÜNEMANN, B., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1984.

SINGER, W., Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, r.5, 2010, pp. 1-32.

URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración física*, Comares, Granada, 2004.

URRUELA MORA, A., “La Genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal. Estado de la cuestión y perspectiva crítica. Particular consideración de la Sentencia de la Corte de Apelación de Trieste, Italia, de 18 de septiembre de 2009”, *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 32, 2010, pp. 165-192.

URRUELA MORA, A., “La culpabilidad”, en ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho Penal: Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*, Comares, Granada, 2016, pp. 257-270.

WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.

La exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP

The exclusion of shell companies from the subjective scope of application of articles 31 bis et seq. of the Criminal Code

LUCAS G. MENÉNDEZ CONCA¹

Doctor en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
Universidad de Zaragoza (España)

lucasmendez@unizar.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8562-1487>

Resumen: Este trabajo analiza una cuestión que ha dado lugar a un intenso debate en la doctrina y que ha tenido mucha repercusión en la jurisprudencia. Se trata de la posible exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de responsabilidad «penal» de las personas jurídicas previsto en los arts. 31 bis y ss. CP. Aunque gran parte de los autores, la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo consideran que estos preceptos no deben aplicarse a dichas sociedades, esta interpretación no ha estado exenta de críticas por su aparente contradicción con lo dispuesto en los arts. 31 quinquies.2 y 66 bis.2.^a.b) CP. En este texto se adopta una postura que procura dotar de coherencia a esta regulación ante el problema que presentan las sociedades pantalla.

¹ Miembro de la Comisión Académica de la Cátedra Johnson & Johnson “Derecho y Salud” de la Universidad de Zaragoza. Miembro investigador del Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS) de la Universidad de Zaragoza. Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global» (PID2022-138796NA-I00), dirigido por el Prof. Dr. D. José León Alapont, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

Recepción: 11/03/2024

Aceptación: 10/04/2024

Cómo citar este trabajo: MENÉNDEZ CONCA, Lucas G., “La exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 293-340, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.08>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 293-340

Abstract: *This paper analyzes an issue that has given rise to an intense debate in the doctrine and has had a great impact on the case law. It deals with the possible exclusion of shell companies from the subjective scope of application of the regime of criminal liability of legal persons provided for in articles 31 bis et seq. of the Criminal Code. Although most of the authors, the State Attorney General's Office and the Supreme Court consider that these precepts should not be applied to these companies, this interpretation has not been free of criticism due to its apparent contradiction with the provisions of articles 31 quinquies.2 and 66 bis.2.^ab) of the Criminal Code. This text adopts a position that seeks to provide coherence to this regulation in the face of the problem presented by shell companies.*

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, entidades responsables, concepto de persona jurídica, sociedades pantalla, sociedades de fachada.

Keywords: *criminal liability of legal persons, responsible entities, concept of legal person, shell companies, front companies.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO DE *PERSONA JURÍDICA* EN EL ART. 31 BIS CP. 2. LA TESIS SOBRE LA «INIMPUTABILIDAD» DE LAS SOCIEDADES PANTALLA FORMULADA POR GÓMEZ-JARA DÍEZ. 3. LA POSTURA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y DE LOS TRIBUNALES. 4. JUSTIFICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LAS SOCIEDADES PANTALLA DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 31 BIS Y SS. CP. 5. TRATAMIENTO PENAL MÁS ADECUADO PARA HACER FRENTE A LA DELINCUENCIA PERPETRADA A TRAVÉS DE SOCIEDADES PANTALLA. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO DE *PERSONA JURÍDICA* EN EL ART. 31 BIS CP

Como es sabido, en los arts. 31 bis y ss. CP se reconoce la posibilidad de atribuir responsabilidad «penal» a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus dirigentes o empleados², siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en dichos preceptos³. Este régimen de responsabilidad «penal» de las personas jurídicas

2 Aunque esta cuestión no puede ser abordada en este trabajo, se debe aclarar que, como sostienen GRACIA MARTÍN Y BOLDOVA PASAMAR, las personas jurídicas carecen de capacidad de acción y de capacidad de culpabilidad, no obran ni por tanto actúan con dolo o imprudencia, es decir, están ausentes de todos y cada uno de aquellos atributos que son esenciales para afirmar la responsabilidad penal. Véanse, en detalle, GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, pp. 1 y ss.; y BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022, pp. 1 y ss. Puede verse, en el mismo sentido, MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas” aplicables a las personas jurídicas», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, M.A. Boldova Pasamar y C. Alastuey Dobón (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2023, pp. 867 y ss.

3 Art. 31 bis.1 CP: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente

(en adelante RPPJ) fue introducido en nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y modificado posteriormente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y ha dado lugar a un intenso debate doctrinal en el que se han discutido numerosas cuestiones problemáticas que plantea esta decisión legislativa. En este texto se aborda uno de los interrogantes que surgen a la hora de examinar esta regulación, relativo al concepto de *persona jurídica* como sujeto activo de ciertos delitos que utilizan los arts. 31 bis y ss. CP. En concreto, se analiza si las llamadas sociedades pantalla o de fachada⁴ deben estar o no incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de estos preceptos.

El primer apartado del art. 31 bis CP comienza indicando que «en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables...», por lo que es evidente que este régimen de responsabilidad «penal» se aplica a las personas jurídicas. No obstante, este precepto no aporta un concepto de *persona jurídica* y tampoco un elenco de los sujetos a los que se designa con tal denominación. Es decir, no se establece expresamente un ámbito subjetivo de aplicación, sino, a la inversa, un ámbito subjetivo de inaplicación en el art. 31 quinquies CP⁵. No podemos identificar *persona jurídica* con el concepto de sociedad a efectos penales en los delitos societarios que se recoge en el art. 297 CP⁶, ya que este tiene un ámbito de aplicación limitado a estas concretas infracciones penales. El primer apartado del art. 129 CP, tras su modificación en el año 2010, dispone que «en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, *por carecer de personalidad jurídica*, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena...» (cursiva añadida)⁷. De la lectura de este precepto se desprende que la aplicación del art.

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».

4 Como señala la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio, las sociedades pantalla o de fachada se caracterizan por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc., y son utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación (p. 16).

5 BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del delito*, C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche y M. A. Boldova Pasamar (Coords.), Comares, Granada, 2.ª ed., 2016, pp. 353-354.

6 Art. 297: «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

7 Debemos aclarar que el art. 129 CP, que continúa utilizando la problemática denominación de

31 bis CP o del art. 129 CP dependerá de que la colectividad u organización ostente o no personalidad jurídica. Se parte, por tanto, de la existencia de personalidad jurídica como requisito formal para la posible atribución de responsabilidad «penal»⁸. Ello nos obliga a acudir a otras normas extrapenales para determinar qué entidades tienen personalidad jurídica y, por ende, pueden responder «penalmente» conforme a los arts. 31 bis y concordantes del Código Penal⁹.

«consecuencias accesorias» para designar a las reacciones jurídicas previstas contra entidades sin personalidad jurídica, también es aplicable a las personas jurídicas con respecto de algunas infracciones penales. En concreto, se pueden imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas por la comisión de delitos de manipulación genética (art. 162 CP), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.2 CP), obstaculización de la actividad inspectora o supervisora (art. 294 CP), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP) y falsificación de moneda (art. 386.4 CP). También está prevista la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP en los delitos de asociaciones ilícitas (art. 520 CP) y organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater.1 CP), aunque en este último caso también se pueden imponer las «penas» previstas en el art. 33.7 CP. En el delito de falsificación de moneda también se prevé la RPPJ (art. 386.5 CP). El art. 2.7 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, permite la imposición de las consecuencias accesorias del art. 129 CP «cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica». La RPPJ por delitos de contrabando se recoge en su art. 2.6. El segundo apartado del art. 129 CP dispone que «las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior solo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas». Por tanto, a las entidades sin personalidad jurídica se les pueden imponer consecuencias accesorias en caso de que se cometa alguno de los delitos en los que está prevista la RPPJ y, además, en los referidos delitos en los que se aplica a las personas jurídicas el art. 129 CP, en lugar del art. 33.7 CP. En cambio, lo que no es posible es imponer las «penas» del art. 33.7 CP a una persona jurídica por la comisión de alguno de dichos delitos en los que solo se prevé la aplicación del art. 129 CP.

8 También se realiza esta distinción formal en el art. 2, apartados sexto y séptimo, de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, la cual se remite a los arts. 31 bis y 129 CP.

9 El art. 35 del Código Civil indica que son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, comenzando su personalidad desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas, y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Por su parte, el art. 116 del Código de Comercio denomina compañías mercantiles a aquellas que se hayan constituido con arreglo a las disposiciones de este Código, y señala que, una vez constituidas, tendrán personalidad jurídica en todos sus actos y contratos. En concreto, siguiendo a DEL ROSAL BLASCO, podemos mencionar, entre otras, las siguientes agrupaciones u organizaciones que ostentan personalidad jurídica con arreglo a nuestra legislación: las sociedades civiles que tienen personalidad jurídica, las sociedades colectivas, las agrupaciones de interés económico, las sociedades de capital (entre las que se incluyen las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones), las asociaciones, las sociedades agrarias de transformación, las sociedades de garantía recíproca, las cooperativas y las entidades aseguradoras. En cambio, como señala Zugaldía Espinar, quedarían fuera de este elenco, por ejemplo, los comités ciudadanos, las asociaciones de hecho, las sociedades de hecho, las comunidades de bienes, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, las sociedades civiles sin personalidad jurídica, las herencias yacentes, las uniones temporales de empresas y los grupos de sociedades. Véanse, en detalle, DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, La Ley, Madrid, 1.ª ed., 2018, pp. 36-38; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2013, pp. 170-171.

Este criterio formal de la personalidad jurídica para identificar a aquellas entidades o agrupaciones que pueden ser sujetos activos de ciertos delitos parece lógico¹⁰, ya que, en principio, aporta seguridad jurídica a este sistema¹¹ e impide que puedan realizarse interpretaciones extensivas o analógicas para aplicar el régimen de RPPJ a realidades sociales o económicas similares, pero carentes de personalidad jurídica¹². Sin embargo, no ha estado exenta de críticas la elección de este criterio por parte del legislador debido a que, como dice URRUELA MORA¹³, carece de una justificación clara. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en nuestra doctrina algunos autores como GÓMEZ-JARA DÍEZ¹⁴ y NIETO MARTÍN¹⁵ habían mantenido que no todas las empresas son «imputables» en el Derecho penal empresarial, puesto que, como afirmaba el primero, para que estas tengan la capacidad de recibir una imputación jurídico-penal, esto es, puedan ser imputables, es necesario que hayan desarrollado una autorreferencialidad suficiente basada en una determinada complejidad propia. En consecuencia, podrían descartarse como personas jurídico-penales en el ámbito del Derecho penal empresarial a las denominadas sociedades pantalla y a las sociedades con una complejidad propia insuficiente. Al tratar la imputabilidad corporativa estos autores consideraban que

10 DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 35.

11 Puede verse, en este sentido, especialmente, TUGUI, F. D., *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español. Un estudio teórico-práctico sobre el contenido y la aplicación del sistema de penas diseñado para las personas jurídicas*, Colex, A Coruña, 1.ª ed., 2022, pp. 40-42.

12 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento Penal 2011*, F. Molina Fernández (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 1.ª ed., 2010, p. 321. Véanse, en el mismo sentido, entre otros, MORILLAS CUEVA, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anales de Derecho*, n.º 29, 2011, p. 25; ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, M. Ontiveros Alonso (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2014, p. 391; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, M. Bajo Fernández, B. J. Feijoo Sánchez y C. Gómez-Jara Díez, Civitas, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, p. 58; y FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2020, p. 51. No obstante, podemos encontrar algún caso en la jurisprudencia en que se ha condenado a una agrupación carente de personalidad jurídica en aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP. La SAP de Cantabria 23/2018, de 22 de enero (FJ 2.º), tuvo que revocar la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Santander que había condenado a una sociedad civil carente de personalidad jurídica por la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso con un delito de estafa. Como se indica en la sentencia, «nos encontramos ante una sociedad civil que, per se, carecería de personalidad jurídica propia, respondiendo sus socios de forma personal e ilimitada de las deudas de la sociedad, una vez liquidado, en su caso, el patrimonio de la sociedad. [...] No cabe exigirle responsabilidad penal por la vía del art. 31 bis del Código Penal, al no concurrir el presupuesto básico del mismo, esto es, al no tratarse de un ente con personalidad jurídica propia».

13 URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 32, 2012, pp. 447-448.

14 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1.ª ed., 2005, pp. 241 y ss.

15 NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 1.ª ed., 2008, pp. 166 y ss.

para identificar a las entidades que pueden responder penalmente por los delitos cometidos por sus integrantes no debe prestarse atención a la existencia o no de personalidad jurídica, sino a la complejidad de su estructura organizativa. Siguiendo esta línea, tras la referida reforma no son pocos los autores que han criticado que nuestro Código Penal, a diferencia de lo que sucede en otros países¹⁶, establezca un doble régimen de respuestas jurídicas para entidades con personalidad jurídica en los arts. 31 bis y ss. CP y otro para agrupaciones que carecen de la misma en el art. 129 CP¹⁷, máxime si tenemos en cuenta que la redacción de este último precepto

16 En algunas legislaciones cercanas a la nuestra se permite la atribución de responsabilidad (penal o administrativa) por los delitos cometidos en su seno no solo a las personas jurídicas, sino también a las colectividades o agrupaciones que carecen de personalidad jurídica. Así, por ejemplo, el art. 51.3 del Código Penal holandés permite atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y también a las sociedades sin personalidad jurídica y a las asociaciones y fundaciones. Conforme a lo dispuesto en el art. 1.2 del Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, esta norma se aplica no solo a las entidades con personalidad jurídica, sino también a las sociedades y asociaciones que carecen de la misma. El art. 11.2 y 5 del Código Penal portugués prevé la responsabilidad penal de las personas colectivas y de las entidades equiparadas, entendiéndose por tales las sociedades civiles y las asociaciones de hecho, las cuales, pese a carecer de personalidad jurídica, están sujetas a lo dispuesto en aquel precepto.

17 En este sentido, BACIGALUPO SAGGESE afirma que «la distinción de la responsabilidad penal de los entes colectivos entre los que tienen y no tienen personalidad jurídica que ha utilizado el legislador se puede decir que está históricamente superada y no se corresponde con la realidad de la vida de los negocios actual, como tampoco a las soluciones más modernas contempladas en otros ordenamientos jurídicos europeos y a escala comunitaria. Lo decisivo a la hora de definir al destinatario de la norma y a fin de elaborar los criterios de imputación debería ser la existencia de un patrimonio autónomo del que el ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica, sea titular». Según esta autora, sería preferible establecer la responsabilidad penal de los entes colectivos, no de las personas jurídicas, siguiendo así el modelo propuesto en el art. 14 del *Corpus Iuris*. Véase, con más detalle, BACIGALUPO SAGGESE, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, J. M. Zugaldía Espinar y E.B. Marín de Espinosa Ceballos (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2013, pp. 76-77. Por su parte, Nieto Martín considera que tendría que seguirse un concepto económico y no jurídico de empresa basado en la personalidad jurídica. La distinción en los arts. 31 bis y 129 CP no debería ser la de entidades con o sin personalidad jurídica, sino que el diferente tratamiento jurídico-penal tendría que descansar en la consideración de que se trate de agrupaciones de economía legal o, en cambio, que estemos ante sociedades pantalla o de fachada. Puede verse, con más detalle, NIETO MARTÍN, A., «Ponencia», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, J. Dopico Gómez-Aller (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2012, pp. 108-109. También se muestran críticos con la elección de este criterio formal de la personalidad jurídica por parte del legislador, entre otros, CARBONELL MATEU, J. C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 101, 2010, p. 30; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, J. Banacloche Palao, J. M. Zarzalejos Nieto y C. Gómez-Jara Díez, La Ley, Madrid, 1.ª ed., 2011, pp. 51-52; GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16, 2011, pp. 42-43; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, p. 169; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, 2013, pp. 12-13; GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2015, pp. 51 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 70; MAZA MARTÍN, J. M., *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, La Ley, Madrid, 1.ª ed., 2018, pp.

continúa siendo tan defectuosa como lo era antes del año 2010, puesto que no se indican los criterios que permiten aplicar consecuencias accesorias a estas entidades y solamente se exige que su imposición sea motivada¹⁸.

GÓMEZ TOMILLO¹⁹ afirma que seguir el criterio formal de la personalidad jurídica implica acudir a normas extrapenales que no siempre son Leyes Orgánicas, por lo que no concurren en estos casos los requisitos de una norma penal en blanco. Atendiendo a los fines perseguidos por el Derecho penal, identificados con la protección de bienes jurídicos, y realizando una interpretación coherente con los fines preventivos perseguidos con el reconocimiento de la RPPJ en nuestro Código Penal, este autor estima que, además de su correspondiente previsión legal, deben concurrir tres condiciones para que se pueda imputar la comisión de un delito a una entidad. En primer lugar, ha de tratarse de una organización que posea algún tipo de reconocimiento por parte del Derecho positivo, de modo que se pueda mantener su condición de persona «jurídica», al tiempo que sea posible que le sean imputados derechos y deberes. En segundo lugar,

257-258; GIL NOBAJAS, M. S., «Personas jurídicas versus entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 29, 2018, pp. 20 y ss.; LUZÓN CÁNOVAS, A., «Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 1.ª ed., 2018, p. 215; LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019, pp. 246-247; y PÉREZ GONZÁLEZ, S., «Sobre la culpabilidad empresarial: notas para una coexistencia eficaz de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 40, 2020, pp. 214 y ss.

18 Como advierte MAYO CALDERÓN, en el art. 129 CP «no encontramos una descripción de los presupuestos de aplicación de tales medidas, ni tampoco del supuesto de hecho que les sirve de fundamento, que pudiera calificarse siquiera de mínimos. El legislador se ha limitado a decir en el art. 129 que el juez o tribunal podrá aplicarla “en los supuestos previstos en este Código”, pero en ninguna parte ha descrito los “presupuestos” determinantes de su aplicación. En algunos de los supuestos en que aparecen previstas expresamente en la Parte Especial, pero no en todos, suele describirse, sin embargo, algún elemento del supuesto de hecho, como por ejemplo que se haya *utilizado* el local o establecimiento para la comisión del delito o que el culpable *pertenezca* a una organización dedicada a las actividades delictivas de que se trate en cada caso. No cabe duda sobre que estas circunstancias deben estimarse constitutivas del supuesto de hecho de aplicación de las medidas, pero tampoco puede haber duda sobre que tales circunstancias representan solo un fragmento del supuesto de hecho y que este, por consiguiente, debe ser completado con otros sobre los que la ley guarda el más absoluto silencio»; MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas”...», *op. cit.*, p. 882. GONZÁLEZ TAPIA señala que «otra conclusión muy relevante que se desprende de la lectura del art. 129 es la indeterminación en cuanto a los criterios que van a justificar la imposición al ente sin personalidad de las consecuencias accesorias. Tampoco, por tanto, los que vendrían a justificar su no aplicación». Véase, en detalle, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., «Las consecuencias accesorias del art. 129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica», en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, J.M. Palma Herrera (Dir.), Dykinson, Madrid, 1.ª ed., 2014, pp. 61 y ss. En el mismo sentido, Ramón Ribas afirma que el art. 129 CP no determina «los presupuestos realmente requeridos para su aplicación, los criterios que deben seguirse para preferir una medida u otra, si resulta posible su acumulación, los plazos de prescripción o el tiempo que deben durar si la medida fuera temporal. Su principal rasgo es, por tanto, como lo era el del anterior sistema de medidas del artículo 129, su absoluta *indeterminación*». Puede verse, con más detalle, RAMÓN RIBAS, E., «Artículo 129», en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, G. Quintero Olivares (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 7.ª ed., 2016, pp. 876 y ss.

19 GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 52-54.

es necesario que la organización tenga materialmente potencialidad para afectar al bien jurídico protegido por la norma. Por último, debe poseer la capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa, independientemente de cuál sea su capacidad económica real en el caso concreto, lo que supone la existencia de un patrimonio autónomo sobre el que hacer efectiva la sanción penal.

Sin embargo, aunque de *lege ferenda* se podría proponer, como ha hecho parte de la doctrina, que este sistema de atribución de responsabilidad «penal» tenga como sujetos activos a los entes colectivos, y no a las personas jurídicas, siempre que concurrieran las referidas condiciones, entiendo que la adopción de un criterio de carácter material para identificar a las agrupaciones o colectividades a las que les pueden resultar de aplicación los arts. 31 bis y ss. CP no puede ser incompatible con la lectura conjunta de los arts. 31 bis y 129 CP, de la cual se desprende que las entidades que carecen de personalidad jurídica no pueden ser condenadas con arreglo a los arts. 31 bis y ss. CP²⁰. Por ello, aunque pueda resultar discutible, en tanto se mantenga el criterio formal de la personalidad jurídica en el art. 31 bis CP, no se podrá atribuir responsabilidad «penal» con arreglo a este precepto a una agrupación o colectividad que carezca de la misma²¹, debiéndose aplicar, en su caso, el art. 129 CP²². No obstante, ello no significa que no se pueda complementar este

20 En palabras de LEÓN ALAPONT, «el art. 31 bis 1 CP refiere a un tipo de responsabilidad penal exclusiva para personas jurídicas, por lo que será *conditio sine qua non* para aplicar tal modelo que el ente colectivo de que se trate deba poseer personalidad jurídica»; LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2023, p. 23.

21 Como advierte MAYO CALDERÓN, tampoco es posible que el Derecho penal modifique el concepto de personalidad jurídica, establecido en los arts. 35 y ss. y 1665 CC y en las leyes reguladoras de los distintos entes. Una vez que concurra la personalidad jurídica, de acuerdo con el contenido establecido en la normativa extrapenal, habrá que comprobar si concurren los presupuestos que configuran el supuesto de hecho que fundamenta la responsabilidad de las personas jurídicas prevista en los arts. 31 bis y ss. CP; MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas”...», *op. cit.*, pp. 887-888.

22 GONZÁLEZ CUSSAC afirma que «la regla general debe ser aplicar el criterio normativo-formal. Por consiguiente, únicamente a las entidades a las que el Derecho reconoce personalidad jurídica podrá aplicarse el art. 31 bis. Es decir, que no podrá recurrirse al criterio material para tratar a una entidad sin personalidad jurídica como si la tuviera. El Derecho Penal no debe operar esta transmutación jurídica. Y no lo debe hacer por razones de interpretación sistemática, unitaria y coherente de todo el ordenamiento jurídico. Pero también porque le obliga el principio de vigencia conforme a lo dispuesto en el art. 129 CP, específicamente previsto, precisamente, para esos supuestos. Por tanto, parece conveniente aplicar el régimen del art. 31 bis solo a las sociedades efectivamente dotadas de personalidad jurídica de acuerdo al criterio normativo-formal»; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2020, p. 100. Por su parte, Feijoo Sánchez advierte que una mayor seguridad jurídica, por la formalidad de este sistema, «puede acabar dando lugar –y de hecho da lugar– a soluciones materialmente insatisfactorias, pero el texto de la ley no permite otra opción que aceptar esta decisión legislativa de partida»; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, M. Bajo Fernández, B. J. Feijoo Sánchez y C. Gómez-Jara Díez, Civitas, Cizur Menor, 1.ª ed., 2012, p. 56. Pueden verse también, en este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Sujetos sometidos a la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 58; MENDO ESTRELLA, A., «El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, 2017, p. 138; LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 247; GUTIÉRREZ PÉREZ, E.,

criterio con una interpretación de carácter material que atienda al fundamento de esta regulación y sea coherente con sus presupuestos de aplicación con el objeto de excluir de su ámbito subjetivo de aplicación a ciertas entidades como las sociedades pantalla o de fachada que, como veremos a continuación, aunque poseen personalidad jurídica, no deben ser enjuiciadas conforme al régimen de RPPJ. Es decir, se trataría, como dice DÍEZ RIPOLLÉS²³, de que el concepto legal de *persona jurídica* se complemente penalmente con «un enfoque material, atinente a la realidad económica y teleológica de su funcionamiento, y con la mira puesta en los objetivos pretendidos de prevención y persecución penales de estos entes colectivos»²⁴.

2. LA TESIS SOBRE LA «INIMPUTABILIDAD» DE LAS SOCIEDADES PANTALLA FORMULADA POR GÓMEZ-JARA DÍEZ

Como se ha dicho, antes de la reforma del Código Penal del año 2010²⁵ y con posterioridad a la misma²⁶, GÓMEZ-JARA DÍEZ ha mantenido que para que los entes

«La aparente irresponsabilidad penal de las sociedades unipersonales», en *Cuestiones penales a debate*, P. Simón Castellano y A. Abadías Selma (Coords.), Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 2021, pp. 121-122; TUGUI, F. D., *Las penas previstas...*, *op. cit.*, pp. 42-43; y FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 2023, pp. 62-63.

23 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2012, p. 10.

24 Abogan también por la utilización de un criterio mixto o formal-material para determinar el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de RPPJ, entre otros, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 29-30 y 166 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Sujetos sometidos a la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 54 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, pp. 42-44; GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2014, pp. 286 y ss.; NEIRA PENA, A. M., *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, tesis doctoral (dirigida por A. J. Pérez-Cruz Martín y X.X. Ferreiro Baamonde), Universidade da Coruña, 2015, pp. 176-177; GIL NOBAJAS, M. S., «Personas jurídicas...», *op. cit.*, pp. 28 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; TUGUI, F. D., *Las penas previstas...*, *op. cit.*, pp. 38-39; y FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema de determinación...*, *op. cit.*, pp. 60 y ss. Cabe destacar el análisis de esta cuestión que efectúa LEÓN ALAPONT, quien también opta por una concepción material de *persona jurídica* para complementar el criterio formal. Véase, en detalle, LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 242 y ss. Aunque el art. 130.2 CP no puede ser analizado en este trabajo, se debe mencionar que el enfoque material adoptado para atribuir responsabilidad «penal» a las personas jurídicas adquiere una gran importancia en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, puesto que se traslada la responsabilidad «penal» a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, o a la entidad o entidades que resulten de la escisión.

25 Pueden verse, verbigracia, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 241 y ss.; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, A. Jorge Barreiro (Coord.), Civitas, Madrid, 1.ª ed., 2005, pp. 435 y ss.

26 Dado que solamente se ofrece una explicación muy resumida de la postura que mantiene este autor sobre esta cuestión, véanse, además de las obras citadas en la nota anterior, entre otras, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Sujetos sometidos a la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 54 y ss.; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 1.ª ed., 2017, pp. 124 y ss. y 157 y ss.

colectivos tengan la capacidad de recibir una imputación jurídico-penal, esto es, puedan ser «imputables»²⁷, es necesario que hayan desarrollado una autorreferencialidad suficiente basada en una determinada complejidad propia. Así, establece una equivalencia funcional entre el desarrollo de una complejidad interna suficiente en el *ser humano* y en la *organización empresarial*. Mientras que el niño no es imputable en el Derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no es suficientemente complejo, es decir, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoconciencia–, la empresa tampoco podrá considerarse imputable en el Derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no sea suficientemente complejo, esto es, hasta que no alcance un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoorganización–. La exigencia de una complejidad interna suficiente conlleva que se descarten como personas jurídico-penales en el ámbito del Derecho penal empresarial a las llamadas sociedades pantalla o de fachada y a las sociedades con una complejidad propia insuficiente. Según este autor, a dichas sociedades no se les puede atribuir la condición de personas jurídico-penales activas, si bien ello no significa que contra ellas no se puedan imponer ningún tipo de sanciones o adoptar ciertas medidas de intervención. Solamente implica que no tendrán el carácter de pena. En palabras de GÓMEZ-JARA DÍEZ²⁸, «al no haber desarrollado una *autonomía* suficiente se considera que dichas empresas son conducidas *heterónomamente* y precisamente por ello se justifica la doctrina del levantamiento del velo. El límite que fije cuándo se considera que la empresa está dotada de una complejidad propia suficiente y, por tanto, de suficiente autorreferencialidad, es, como no podía ser de otra manera, *normativo*».

Centrándonos en el primer supuesto problemático²⁹, este autor estima que una sociedad pantalla no ha desarrollado una autorreferencialidad propia suficiente con base en su complejidad propia, por lo que se entiende que en este caso no puede predicarse una autonomía del propio sistema organizativo, sino una heteronomía de las personas que están detrás de la sociedad. Conforme al modelo de autorresponsabilidad penal corporativa que defiende GÓMEZ-JARA DÍEZ, solo en el seno de una organización empresarial con una complejidad suficiente resulta posible institucionalizar una cultura de fidelidad al Derecho, de modo que la inexistencia de dicha cultura pueda concebirse como un déficit de fidelidad al Derecho, como un

27 Aunque no puedo desarrollar esta cuestión, debo aclarar que, a mi parecer, la imputabilidad es completamente ajena a las personas jurídicas, puesto que todos los entes colectivos carecen de capacidad de culpabilidad, independientemente de su mayor o menor complejidad organizativa interna. Sin embargo, en este trabajo se hablará de personas jurídicas «imputables» e «inimputables», utilizando estos términos, con objeto de facilitar la explicación de esta problemática.

28 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 244.

29 Por motivos de extensión en este trabajo no se puede analizar la cuestión de si se tendrían que aplicar los arts. 31 bis y ss. CP para atribuir responsabilidad «penal» a las personas jurídicas de tamaño reducido, especialmente cuando se trata de sociedades unipersonales (aunque estas no tienen por qué ser siempre necesariamente de tamaño reducido), o, en cambio, si en estos casos debería bastar con condenar a las personas físicas que han cometido el delito.

quebrantamiento del rol de ciudadano fiel al Derecho³⁰. Es evidente que, conforme a la postura que mantiene este autor, la institucionalización de una «cultura de fidelidad al Derecho» será incompatible con la razón de ser de una sociedad pantalla, pues no se podrá pretender que se adopten medidas para prevenir que se cometan delitos en una entidad que ha sido creada con el fin único o primordial de servir de instrumento para la comisión de distintos ilícitos penales. Las sociedades pantalla no serían consideradas imputables penalmente debido a su incapacidad de culpabilidad empresarial. Por tanto, no se les podrían aplicar los arts. 31 bis y ss. CP y sería necesario escoger otra vía para hacer frente a estos supuestos de delincuencia a través de sociedades que no son sino un mero instrumento en manos de sus integrantes para procurar ocultar sus actividades criminales y dificultar su persecución por parte de las autoridades.

La tesis de la «inimputabilidad» defendida por GÓMEZ-JARA DÍEZ podría apoyarse en el hecho de que el Código Penal no prescinde completamente de criterios materiales para determinar los sujetos penalmente responsables. Así, este autor afirma que se puede observar una suerte de sustrato material cuando se advierten los requisitos que establece el art. 130.2 CP³¹ para entender que se ha extinguido la responsabilidad penal de una persona jurídica, ya que este precepto indica que no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, considerándose que se produce esta circunstancia y que, por tanto, se está en presencia del mismo sujeto penalmente responsable, a pesar de que se trata de una persona jurídica distinta, cuando esta «continúe su

30 Con anterioridad a la introducción de la RPPJ en el Código Penal en el año 2010, NIETO MARTÍN proponía también distinguir entre personas jurídicas imputables e inimputables, incluyendo en esta última categoría a las sociedades pequeñas, a las sociedades pantalla, así como, de forma más discutible, a las empresas criminales. Partía para ello del planteamiento de GÓMEZ-JARA DÍEZ y, principalmente, de los argumentos aportados por un sector de la doctrina norteamericana para determinar las características de la organización imputable. Este autor estimaba que las sociedades pantalla, que tienen una actividad económica ficticia y cuya principal función es servir de escondite al autor individual, deben considerarse inimputables y quedar excluidas del régimen de RPPJ, sin que ello implique no aplicar sanción alguna. En concreto, en su propuesta legislativa NIETO MARTÍN incluía un precepto en el que se indica que en estos casos el juez debe ordenar la disolución de la sociedad pantalla como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los sujetos que han cometido el delito. Así, el art. 2.4 de su propuesta dispone que «no existe responsabilidad cuando la persona jurídica no realiza ningún tipo de actividad comercial y tiene como única finalidad la comisión de hechos delictivos. En estos casos el juez ordenará la disolución de la empresa, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales». Véase, con más detalle, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 166 y ss. y 324-325.

31 Art. 130.2 CP: «La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos»³². Aunque el art. 130.2 CP no tiene relación directa con las sociedades pantalla o de fachada, podría esgrimirse que su lectura coadyuva en la búsqueda de un criterio material que complemente el requisito formal de la personalidad jurídica que prevé el art. 31 bis CP, de modo que pueda considerarse que no todas las entidades que poseen formalmente personalidad jurídica pueden ser sujetos activos de este régimen de responsabilidad «penal».

3. LA POSTURA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y DE LOS TRIBUNALES

Aunque, a diferencia de GÓMEZ-JARA DÍEZ, la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio, parte de la consideración de que el legislador español ha establecido un sistema de heterorresponsabilidad o vicarial para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, coincide en sostener que las sociedades pantalla, que se caracterizan por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc., y que son utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación, deben quedar excluidas del régimen de RPPJ recogido en los arts. 31 bis y ss. CP, a pesar de gozar de personalidad jurídica desde un punto de vista estrictamente formal. La Fiscalía General del Estado entiende que en estos supuestos se ha de recurrir a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo para descubrir a aquellos sujetos que utilizan a la sociedad pantalla como instrumento

32 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Sujetos sometidos a la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 52. Pueden verse, en el mismo sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ PARDO, V. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 26, 2011, p. 75; GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, pp. 42-43; GONZÁLEZ SIERRA, P., La imputación penal..., *op. cit.*, pp. 294-296; TUGUI, F. D., Las penas previstas..., *op. cit.*, p. 38; y FUENTES OSORIO, J. L., Sistema de determinación..., *op. cit.*, p. 61. Sin embargo, FEIJOO SÁNCHEZ señala que «si bien es cierto que en el artículo 130.2 CP se introducen criterios materiales vinculados al sustrato organizativo de la persona jurídica, se trata de un precepto aislado que pretende, precisamente, aportar criterios materiales o teleológicos para afrontar un problema muy concreto que presenta la opción formal de partida de los artículos 31 bis y siguientes. Se trata de una especie de cláusula anti-elusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, que se utilicen en fraude de ley normas mercantiles de cobertura para eludir la responsabilidad penal. De tal norma, que actúa como recurso excepcional para un problema muy específico de sortear fraudes de ley, operando como “cláusula de cierre del sistema”, y que, por ello, acaba siendo el único supuesto en el que se permite imponer de forma absolutamente excepcional una pena a una organización empresarial sin personalidad jurídica, no se puede crear una categoría y menos una teoría general sobre la persona jurídica como sujeto de imputación en el ordenamiento jurídico-penal español como ha pretendido GÓMEZ-JARA». Según este autor, la existencia de esta cláusula para evitar el fraude de ley mediante la disolución o la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica titular de la organización o del patrimonio demuestra que el punto de partida del modelo de RPPJ es formal; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Civitas, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 55-56.

para cometer los delitos³³. Esta interpretación se podría contradecir con lo dispuesto en la letra b) del número segundo del art. 66 bis CP, el cual señala que una de las circunstancias que permiten imponer las sanciones previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP por un plazo superior a dos años consiste en que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», entendiéndose que se está ante este último supuesto «siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Asimismo, como se indica en la letra b) del último inciso del número segundo de este precepto, la concurrencia de dicha circunstancia posibilita la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e) del art. 33.7 CP y por un plazo superior a cinco años las recogidas en sus letras e) y f)³⁴. Sin embargo, la referida circular pone de manifiesto que esta interpretación no colisiona con dicho precepto porque este alude a supuestos en que la persona jurídica realiza cierta actividad legal, aunque sea menos relevante que su actividad ilegal, y en el caso de las sociedades pantalla –en concreto, poniendo el ejemplo de las sociedades *trucha* de las tramas de defraudación del IVA–, estamos ante entidades colectivas sin actividad, que «son utilizadas como meras titularidades formales de las obligaciones tributarias y como eficaces parapetos tras los que se oculta la actividad delictiva de los particulares» (p. 18)³⁵. De este modo, aunque con una argumentación distinta a la proporcionada por GÓMEZ-JARA DÍEZ, la Fiscalía defiende también la «inimputabilidad» de las sociedades pantalla³⁶.

33 En palabras de la FGE, «en los casos en los que se detecte la existencia de sociedades *pantalla* o de *fachada*, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación –el ejemplo más clásico y nutrido lo encontramos en las sociedades *trucha* de las tramas de defraudación del IVA–, nada obsta a recurrir bien a la figura de la simulación contractual, bien a la doctrina del *levantamiento del velo* –que en sede penal constituye básicamente un recurso de búsqueda de la verdad material–, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla. Así, aun a pesar de que, desde el punto de vista estrictamente formal, una empresa pantalla puede gozar de personalidad jurídica y, por tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al artículo 31 bis del Código Penal, en los aludidos supuestos de abuso de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia» (pp. 16-17).

34 Aunque en este trabajo se aluda al art. 66 bis.2.ª.b) CP, en realidad la referida circunstancia se recoge en las dos letras b) del número segundo de este precepto.

35 La colisión de la interpretación que mantiene que las sociedades pantalla deben quedar excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP con lo dispuesto en las letras b) del art. 66 bis.2.ª CP es analizada con más detalle a continuación.

36 Prosigue la FGE indicando que «las *empresas pantalla* constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales; en el caso de estas entidades que, pese a ostentar personalidad jurídica, carecen de auténtica alteridad, estructura organizativa y actividad interna, más que la sanción al remedo de persona jurídica, habrá de procurarse el reproche de los delitos cometidos por las personas físicas que se ocultan detrás, levantando el velo de la forma societaria a los solos efectos de revelar dichas conductas individuales y hacer responder al patrimonio de la entidad, si lo hubiere, como patrimonio propio del autor» (p. 37).

Esta distinción entre personas jurídicas «imputables» e «inimputables» fue acogida por el AAN de 19 de mayo de 2014 (Rec. 128/2014, FJ 5.^o-7.^o), en el que se planteaba cuál debía ser la situación o estatus jurídico en el proceso de la persona jurídica que solicitaba su personación en el procedimiento y se le había denegado a pesar de que se habían adoptado en su contra medidas cautelares, por considerar el Juzgado Central de Instrucción que se trataba de una entidad mercantil que estaba incurso en el entramado delictivo investigado. La Audiencia Nacional declara que solamente pueden gozar de las garantías procesales que acompañan a la regulación de la RPPJ aquellas entidades que «efectivamente fueran penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP, por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, es decir, evidentes meras proyecciones de las actividades delictivas de las personas físicas que delinquen a través de ellas u ocultándose detrás de ellas, y respecto de las que procedería únicamente el “levantamiento del velo” para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no susceptible ni merecedor en principio de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva». No obstante, advierte que determinar si una persona jurídica puede ser penalmente imputable resulta complicado, puesto que «no es una situación que sea siempre tan nítida y evidente fáctica y jurídicamente, ni que tampoco se dé fácilmente en estado puro». Por ello, citando a GÓMEZ-JARA DÍEZ (aunque sin nombrarlo), señala que «el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo». Al igual que la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio, la Audiencia Nacional estima que esta interpretación no se contradice con lo dispuesto en las letras b) del art. 66 bis.2.^a CP, ya que habría que distinguir aquellas personas jurídicas que se utilizan instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, cuando su actividad legal es menos relevante que su actividad ilegal, las cuales son penalmente imputables y, por ende, deben ostentar el estatus jurídico penal correspondiente, y, por exclusión, aquellas entidades o agrupaciones en las que «su carácter instrumental exceda del referido, es decir, que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos», en cuyo caso estaremos ante «personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables».

Posteriormente, la Circular de la FGE 1/2016, de 22 de enero, vuelve a incidir en que «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» (p. 27)³⁷. Esta exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP fue confirmada por la STS 154/2016, de 29 de febrero (FJ 11.º), en la que se pone de manifiesto que «la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como

37 De este modo, la referida circular distingue tres categorías de personas jurídicas:

«1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.” Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2.ª del art. 66 bis como las utilizadas “instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo» (pp. 28-29).

verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento»³⁸.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LAS SOCIEDADES PANTALLA DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LOS ARTS. 31 BIS Y SS. CP

Podemos observar que aunque la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo discrepan al identificar el modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas escogido por el legislador (modelo de heterorresponsabilidad o modelo de autorresponsabilidad, respectivamente)³⁹, llegan a la conclusión de que las sociedades pantalla, cuya finalidad exclusiva o principal es servir de instrumento para la comisión de delitos, no deben ser sancionadas penalmente con arreglo a lo dispuesto en los arts. 31 bis y ss. CP, a pesar de que desde un punto de vista estrictamente formal poseen personalidad jurídica⁴⁰. Sin embargo, esta interpretación

38 Aunque el Tribunal Supremo señala que la entidad implicada era una sociedad pantalla, a la que no le podía resultar de aplicación el art. 31 bis CP, estima que en este caso es «procedente, por razones de utilidad, mantener la imposición de la pena de disolución, por otra parte de carácter esencialmente formal puesto que, cumplida y agotada la “misión” delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución».

39 En realidad, en los arts. 31 bis y ss. CP no se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, sino que esta es solo formalmente penal, ya que estas entidades carecen de capacidad de acción, de culpabilidad y de soportar la pena.

40 Esta interpretación se ha consolidado en la jurisprudencia durante estos años. Así, la STS 108/2019, de 5 de marzo (FJ 7.º), indica que «las sociedades mencionadas carecen de cualquier actividad mercantil o empresarial, de organización o de infraestructura, etc. Se trata de meras sociedades pantalla creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal urdido, utilizadas como instrumentos del delito y en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal. [...] Es evidente pues, que [...] nos hallamos ante personas jurídicas estrictamente instrumentales o “pantalla”, carentes por tanto de cualquier actividad lícita y utilizadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. Por ello se encuentran totalmente al margen del artículo 31 bis del Código Penal». Por su parte, la STS 534/2020, de 22 de octubre (FJ 4.º), señala que «las empresas acusadas carecen de sustrato real, no consta actividad, infraestructura o patrimonio de las mismas, solo que fueron creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal urdido, utilizadas como instrumentos del delito y en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal, sin que conste de ningún modo que las personas jurídicas acusadas acabaran beneficiándose de la actividad delictiva del Sr. Serafín. [...] En el supuesto, no estamos ante una persona jurídica que opera con normalidad en el mercado, ni ante sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, porque ello no ha quedado probado, o al menos no se explica ni se razona por la Sala, ni se puede deducir del relato fáctico, sino ante sociedades instrumentales, lo que las hace inimputables pues no consta que tengan otra actividad legal o ilegal, sino que son residuales, constituidas para cometer el hecho delictivo aquí enjuiciado». Se reproducen los argumentos que proporcionan ambas resoluciones en la reciente STS 833/2023, de 15 de noviembre (FJ 17.º). Pueden verse también, en este sentido, verbigracia, el AJCI n.º 2 de 6 de septiembre de 2017 (Rec. 40/2016, FJ 2.º); el AJCI n.º 4 de 7 de junio de 2021 (Rec. 51/2018, FJ 3.º); los AsAN de 6 de septiembre de 2017 (Rec. 40/2016, FJ 2.º), y 62/2024, de 9 de febrero (FJ 1.º-2.º); las SsAN 29/2016, de 15 de julio (FJ 25.º), 5/2021, de 3 de marzo (FJ 5.º), 17/2022, de 5 de septiembre (FJ 9.º), y 2/2023, de 7 de febrero (FJ 6.º); el AJI n.º 9 de Murcia de 23 de enero de 2019 (Rec. 1007/2015, FJ 12.º); la SJP n.º 8 de Madrid 63/2017, de 13 de febrero (FJ 4.º); la SAP de Zaragoza

restrictiva del ámbito subjetivo de aplicación de estos preceptos ha sido criticada por algunos autores. Así, por ejemplo, PALMA HERRERA⁴¹ afirma que este planteamiento carece de base legal, ya que lo que determina la aplicabilidad de los arts. 31 bis y ss. CP no es si toda o la mayor parte de la actividad social es delictiva, o si la entidad ha sido instrumentalizada o no para el delito, sino que únicamente se exige que el ente posea personalidad jurídica y que se cumplan los «hechos de conexión». Además, señala que lo dispuesto en las letras b) del art. 66 bis.2.^a CP demuestra que en estos supuestos no solo no se renuncia a la imposición de una pena, sino que se permite que algunas de las que se contemplan en el art. 33.7 CP se apliquen por encima de ciertos márgenes temporales o incluso con carácter permanente, por lo que «parece ser voluntad del legislador que estos casos de instrumentalización, no solo se castiguen, sino que incluso se castiguen más gravemente». En el mismo sentido, AGUILERA GORDILLO⁴² sostiene que ninguno de los preceptos del Código Penal indica que las personas jurídicas creadas exclusivamente para delinquir deban ser apartadas del régimen de RPPJ. Lo dispuesto en las letras b) del art. 66 bis.2.^a CP viene a reforzar la idea de que resulta improcedente apartar de este régimen de responsabilidad penal a las personas jurídicas que se utilicen únicamente para cometer delitos, ya que se contempla claramente como agravante que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales». Según este autor, «de esa fórmula difícilmente podemos entender que se está haciendo alusión a aquellas personas jurídicas que *realizan mayor actividad ilegal que legal*. De hecho, atendiendo a criterios de legalidad, lo usual sería inferir que se incardinan dentro de este régimen a las personas jurídicas que se utilicen instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales independientemente de que esa concreta actividad sea mayoritaria, parcial o exclusiva». DEL ROSAL BLASCO⁴³, que también se opone a esta interpretación, advierte que la mayor relevancia de la actividad ilegal sobre la legal de la persona jurídica, que demuestra que esta se utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, ha de interpretarse en términos cuantitativos, por lo que «*menos relevante* puede querer decir que la actividad ilegal es el 51% y la

352/2017, de 25 de septiembre (FJ 10.^o); la SAP de Murcia 201/2018, de 7 de mayo (FJ 28.^o); las SsAP de Madrid 134/2019, de 4 de marzo (FJ 11.^o), 4/2022, de 12 de enero (AH 3.^o y FJ 5.^o), y 19/2023, de 24 de enero (FJ 3.^o); las SsAP de León 162/2019, de 29 de marzo (FJ 2.^o), y 242/2021, de 4 de junio (FJ 6.^o); la SAP de Las Palmas 58/2020, de 27 de febrero (FJ 6.^o); las SsAP de las Islas Baleares 90/2020, de 21 de diciembre (FJ 8.^o), 11/2021, de 22 de enero (FJ 2.^o), y 451/2023, de 26 de octubre (FJ 6.^o); la SAP de Málaga 133/2021, de 23 de abril (FJ 8.^o); la SAP de A Coruña 122/2021, de 7 de junio (FJ 2.^o); y la STSJ de Galicia 20/2022, de 10 de febrero (FJ 4.^o). Sin embargo, como excepción podemos citar la SAP de Barcelona 113/2018, de 11 de febrero (FJ 7.^o y 9.^o), en la que se condena por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública a una empresa que no realizaba actividad alguna, pero que se había utilizado para solicitar a la Agencia Tributaria indebidas devoluciones del IVA.

41 PALMA HERRERA, J. M., «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “*compliances*”», en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, J. M. Palma Herrera y R. Aguilera Gordillo, Aranzadi, Cizur Menor, 1.^a ed., 2017, pp. 40-42.

42 AGUILERA GORDILLO, R., *Manual de Compliance Penal en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2.^a ed., 2022, pp. 137 y ss. y 395 y ss.

43 DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

legal el 49% o que la actividad legal sea el 0% y la ilegal el 100%»⁴⁴.

En cambio, otro amplio sector de la doctrina no ha encontrado reparos en aceptar la tesis de la «inimputabilidad» de las sociedades pantalla que mantienen actualmente la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo, surgida, como se ha dicho, principalmente a partir de la obra de GÓMEZ-JARA DÍEZ⁴⁵. En realidad, independientemente

44 También consideran que a las sociedades pantalla les debe resultar de aplicación el régimen de RPPJ previsto en los arts. 31 bis y ss. CP, entre otros, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., «Las consecuencias accesorias...», *op. cit.*, p. 64; BANACLOCHE PALAO, J., «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 1.ª ed., 2018, pp. 17-18; y VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica (análisis de su jurisprudencia)*, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2020, pp. 24-25.

45 Aceptan la distinción entre personas jurídicas «imputables» e «inimputables», situando en esta última categoría a las sociedades pantalla (aunque con sus correspondientes matices), entre otros, BACIGALUPO SAGGESE, S., «El modelo de imputación...», *op. cit.*, p. 76; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, pp. 106-108; PÉREZ MACHÍO, A. I., «Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, J. L. De la Cuesta Arzamendi (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2013, pp. 39-41; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8368, 2014, pp. 1 y ss.; GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal...*, *op. cit.*, pp. 286 y ss.; NEIRA PENA, A. M., «Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. Imputación, medidas cautelares y personas jurídicas meramente instrumentales», en *Ars Iuris Salmanticensis: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, Vol. 2, n.º 2, 2014, pp. 300-302; GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Civitas, Madrid, 1.ª ed., 2016, pp. 101-102; MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades pantalla», en *Diario La Ley*, n.º 8768, 2016, pp. 1 y ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 43, 2017, pp. 118 y ss.; RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2017, pp. 10-11; MENDO ESTRELLA, A., «El modelo español...», *op. cit.*, pp. 134-135; LUZÓN CÁNOVAS, A., «Personas jurídicas exentas...», *op. cit.*, pp. 218-220; GIL NOBAJAS, M. S., «Personas jurídicas...», *op. cit.*, pp. 28 y ss.; MAZA MARTÍN, J. M., *Delincuencia electoral...*, *op. cit.*, pp. 258 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N. J. de la Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller, J. A. Lascuraín Sánchez y A. Nieto Martín, Dykinson, Madrid, 1.ª ed., 2018, p. 135; CADENA SERRANO, F. A., «El estatuto penal de la persona jurídica», en *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, C. Gómez-Jara Díez (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2018, pp. 726-727; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Delincuencia Económica*, D. Fernández Bermejo y C. Mallada Fernández (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2018, pp. 40-41; VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, J. L. Gómez Colomer (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019, p. 436; FUENTES SORIANO, O., «Responsabilidad penal de la persona jurídica y *ne bis in idem*», en *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, J. L. Gómez Colomer (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019, pp. 828-829; SERRANO HOYO, G., «Programas de cumplimiento penal para la prevención del delito corporativo y decomiso de bienes y ganancias provenientes del mismo o de actividad delictiva previa propia o ajena a la persona jurídica», en *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, J. L. Gómez Colomer (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019, pp. 1172-1173; VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Retos de la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas reflexiones tras la STS 118/2020, de 12

de que se estime que el Código Penal ha adoptado un modelo de autorresponsabilidad, de heterorresponsabilidad o mixto, una interpretación que intente dotar de coherencia a los arts. 31 bis y ss. CP nos lleva a excluir de su ámbito subjetivo de aplicación a las sociedades pantalla⁴⁶. Mayor facilidad encontramos para ello si partimos de la base de

de marzo», en *La Ley Compliance Penal*, n.º 2, 2020, pp. 5-6; Díez Ripollés, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 5.ª ed., 2020, p. 170; Echarrí Casí, F. J., «La problemática aplicación del artículo 129 Código Penal en la actualidad», en *Derecho Penal 2020*, E. Ortega Burgos (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2020, pp. 390-391; Abel Souto, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 35, 2021, pp. 46 y ss.; Fernández Teruelo, J. G., «Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP. Respuesta penal a través del comiso», en *Cuestiones penales a debate*, P. Simón Castellano y A. Abadías Selma (Coords.), Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 2021, pp. 141 y ss.; Faraldo Cabana, P., «Sobre la irresponsabilidad penal de las sociedades instrumentales», en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, N. Rodríguez García y F. Rodríguez López (Eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2021, pp. 89-91; Sánchez Melgar, J., «Personas jurídicas imputables e inimputables», en *Diario La Ley*, n.º 9849, 2021, pp. 1 y ss.; Fernández Bermejo, D., *El delito fiscal en el Código Penal español*, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2021, pp. 319-320; Martínez-Bujan Pérez, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6.ª ed., 2022, pp. 792 y 800; y Fuentes Osorio, J. L., *Sistema de determinación...*, *op. cit.*, p. 60. Algunos de estos autores llegan a la misma conclusión de excluir a las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP, pero criticando la argumentación de Gómez Jara Díez relativa a la exigencia de que el ente haya desarrollado una autorreferencialidad suficiente basada en una determinada complejidad propia como base de la imputabilidad corporativa. Véanse, al respecto, especialmente, Feijoo Sánchez, B. J., *El delito corporativo...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.; y Cigüela Sola, J., «La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2021, pp. 644 y ss.

46 Con anterioridad se ha indicado que, aunque pueda resultar discutible, en tanto se mantenga el criterio formal de la personalidad jurídica en el art. 31 bis CP, no se podrá atribuir responsabilidad «penal» con arreglo a este precepto a una agrupación o colectividad que carezca de la misma, debiéndose aplicar, en su caso, el art. 129 CP. Sin embargo, se podría argumentar que si los tribunales, la FGE y una gran parte de la doctrina admiten que se excluya del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP a las sociedades pantalla, pese a que poseen personalidad jurídica desde un punto de vista estrictamente formal, también se debería aceptar que estos preceptos se apliquen a entidades que carezcan de personalidad jurídica. En este sentido, León Alapont afirma que el Tribunal Supremo «ha manifestado, en numerosos pronunciamientos, prescindiendo de cualquier tesis formalista, que en el supuesto de las “sociedades pantalla” aun teniendo personalidad jurídica (por estar legalmente constituidas) estas carecen en realidad de ella: por ausencia de actividad lícita y haber sido creadas, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos». Ante ello, estima que «no se entendería que se recurriese a criterios materiales para afirmar que un ente no tiene personalidad jurídica a pesar de que la ley se la otorgue (como hace el Tribunal Supremo), y no se pudiera emplear tales parámetros para poder sostener justo lo contrario (cuando no se goce de esta); ello, a nuestro juicio, constituiría una evidente contradicción»; León Alapont, J., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 244. No obstante, como se ha explicado previamente, la adopción de un criterio de carácter material para identificar a las agrupaciones o colectividades a las que les pueden resultar de aplicación los arts. 31 bis y ss. CP no puede ser incompatible con la lectura conjunta de los arts. 31 bis y 129 CP, de la cual se desprende que las entidades que carecen de personalidad jurídica no pueden ser condenadas con arreglo a los arts. 31 bis y ss. CP. Es cierto que el criterio formal de la personalidad jurídica escogido por el legislador es muy criticable, pero de la lectura conjunta de los referidos preceptos no podemos obtener otra conclusión. Entiendo que una interpretación que prescindiera de este criterio formal infringiría el principio de legalidad, pues, como indica nuevamente León Alapont, «el tenor literal del art. 31 bis 1 CP no se presta a confusión: el legislador español introdujo en 2010 un régimen de responsabilidad penal destinado a las personas jurídicas y no instauró

que el legislador español ha pretendido instaurar un modelo de autorresponsabilidad penal corporativa, incluso aunque se prescindiera del requisito de que el ente colectivo debe haber desarrollado una autorreferencialidad suficiente basada en una determinada complejidad propia para poder ser considerado imputable, como defiende GÓMEZ-JARA DÍEZ, ya que, como dice FERNÁNDEZ TERUELO⁴⁷, si conforme a este modelo «a la sociedad se le reprocha no haber adoptado, a través de sus directivos, las medidas adecuadas de control para evitar la comisión de delitos, indudablemente carece de sentido la valoración negativa por la presencia de defectos estructurales de organización que impiden prevenir delitos, cuando toda o casi toda su actividad se dedica (se utiliza) precisamente a (para) eso, a (para) delinquir»⁴⁸. Como es lógico, los integrantes de una sociedad que es utilizada como mero instrumento para delinquir no van a adoptar medida preventiva alguna para procurar evitar que se cometan infracciones penales en su seno⁴⁹.

un modelo de responsabilidad criminal de los “entes colectivos” (en general)» (p. 247). Por ello, la interesante propuesta de interpretación del art. 31 bis CP que realiza este autor, cuya lectura resulta muy recomendable, debe tenerse en consideración, como él mismo reconoce, como propuesta de *lege ferenda* (pp. 239 y ss.). En cambio, la exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de RPPJ no implica una interpretación *contra legem*, ya que, como se verá a continuación, no contradice lo dispuesto en los arts. 31 bis, 31 quinquies.2 y 66 bis.2.^ab) CP.

47 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables...», *op. cit.*, p. 148.

48 Con este argumento justifican la exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP gran parte de los autores que se ha indicado que admiten, con sus correspondientes matices, la distinción entre personas jurídicas «imputables» e «inimputables». Entre ellos véanse, por ejemplo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8341, 2014, pp. 1 y ss.; GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso...*, *op. cit.*, p. 102; MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades...», *op. cit.*, p. 4; MAZA MARTÍN, J. M., *Delincuencia electoral...*, *op. cit.*, pp. 258-259; GIL NOBAJAS, M. S., «Personas jurídicas...», *op. cit.*, pp. 32-33; VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Retos de la jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 5-6; y FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad...», *op. cit.*, p. 90.

49 Como se ha dicho, la STS 154/2016, de 29 de febrero (FJ 11.º), advierte que «la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia...». En realidad, como señala FARALDO CABANA, en el caso de las sociedades pantalla o meramente instrumentales «no se puede descartar *ab initio* que presenten un sustrato organizativo material con una gran complejidad interna, por más que necesariamente orientada, eso sí, a la realización de actividades delictivas. Su supuesta “inimputabilidad” no deriva de su falta de complejidad interna, sino de su radical ilicitud»; FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad...», *op. cit.*, p. 90. Pueden verse también, en este sentido, por ejemplo, GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2017, pp. 206-207; y GUTIÉRREZ PÉREZ, E., «La aparente irresponsabilidad...», *op. cit.*, p. 123. En efecto, el argumento que utiliza el Tribunal Supremo en esta sentencia para excluir a las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP, considerando que sería insólito pretender valorar si en esta clase de sociedades se ha adoptado alguna medida de prevención de la delincuencia, puesto que este es su objetivo único o principal, no parece tener en cuenta si la entidad implicada goza de

A la misma conclusión llegamos si consideramos que, pese a las manifestaciones del legislador en sentido contrario⁵⁰, en el Código Penal se ha establecido un modelo de heterorresponsabilidad, esto es, de responsabilidad por transferencia o vicarial, puesto que, si atendemos a los «hechos de conexión» previstos en el primer apartado del art. 31 bis CP, podemos comprobar que muy difícilmente concurrirán cuando se trate de una sociedad pantalla, cuya finalidad exclusiva o principal es servir de instrumento para la comisión de delitos⁵¹. Es decir, aunque se prescinda de requerir que la infracción penal cometida por el dirigente o empleado de la entidad haya sido favorecida o facilitada por un «defecto de organización» o por la «ausencia de un debido control» de la persona jurídica, como hecho propio de la misma, nos enfrentamos al escollo de demostrar en un procedimiento judicial que en un supuesto en el que una sociedad ha sido utilizada como mero instrumento o herramienta para facilitar la comisión de delitos y/o dificultar el enjuiciamiento de los sujetos implicados se cumplen los requisitos de aplicación de este régimen de responsabilidad previstos en el referido precepto. En particular, creo que no puede concurrir el requisito de que la infracción penal haya sido cometida «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica, exigible tanto si se trata de la actuación de los directivos como de los empleados, debido a que en estos casos el delito no se comete en beneficio de la persona jurídica, sino que, como afirma DOPICO GÓMEZ-ALLER⁵², es esta «la que es empleada para el beneficio de quienes cometen el delito»⁵³. La sociedad

una mayor o menor complejidad organizativa interna, sino que, como dice esta autora, su «inimputabilidad» viene determinada por su radical ilicitud, que impide realizar dicha valoración.

50 Debemos recordar que en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la regulación de la RPPJ, se declara que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...] 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...*» (cursiva añadida).

51 DÍEZ RIPOLLÉS considera que «hubiera sido preferible crear para estos casos el delito de testaferría, que hace responder a las personas físicas por servirse de la sociedad para aquellos fines, sin perjuicio de aplicar la medida de seguridad de disolución de la sociedad y los delitos cometidos por las personas físicas sirviéndose de tal instrumento societario»; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 12. Véanse también, en este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)», en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, J. M. Zugaldía Espinar y E.B. Marín de Espinosa Ceballos (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2015, pp. 239-240; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial», en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, L. Zúñiga Rodríguez (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2017, p. 244; y DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 47.

52 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 135.

53 En este sentido, resulta interesante traer a colación la SAP de Madrid 134/2019, de 4 de marzo (FJ 11.º), en la que se indica que «en cuanto a las sociedades Grupo Lucency SL, Bisutería La Suerte SL, Medieval Moda SL y Morder Yuexiang SL resulta acreditado, como se ha expuesto y declarado probado, que se trata de sociedades instrumentales o pantalla, sin ningún tipo de actividad comercial real, y constituidas por Susana y Ovidio para realizar las actividades de blanqueo. El art. 302 del CP

pantalla o meramente instrumental, que «nace exclusivamente con una finalidad delictiva» –en palabras del Tribunal Supremo–, se caracteriza por «la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc.», y es utilizada como «herramienta del delito o para dificultar su investigación» –como indica la FGE–, no va a obtener realmente beneficio alguno (directo o indirecto) por el delito cometido, ni se pretenderá que así sea, puesto que la creación de una sociedad pantalla no deja de ser un medio, un instrumento, para facilitar que ciertas personas físicas puedan cometer delitos en beneficio propio (y, en su caso, en beneficio de terceros, pero no de la sociedad pantalla) y/o para dificultar su investigación y el enjuiciamiento de los sujetos implicados⁵⁴.

La STS 154/2016, de 29 de febrero (FJ 11.^o), entiende que la sociedad pantalla o meramente instrumental, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de RPPJ previsto en los arts. 31 bis y ss. CP. Sin embargo, «por razones de utilidad», estima que en el supuesto enjuiciado resultaba procedente mantener la imposición de la pena de disolución de la sociedad. En esta sentencia el Tribunal Supremo (FJ 13.^o) analiza si concurre el requisito de la actuación «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica, la cual era, en realidad, una mera sociedad pantalla:

«Se declara probado en el “*factum*” de la recurrida que estamos ante una “*sociedad pantalla*”, o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador, y la correcta aplicación de tales penas o, en su caso, con mayor corrección, su tratamiento como “*inimputable*” y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, con la consecuencia por supuesto de su disolución. No obstante, se plantea en el motivo una cuestión que, si bien no puede impedir el anterior pronunciamiento, ni incluso aceptando la tesis de la recurrente dado el referido carácter instrumental de la misma, sí que merece un comentario. Se nos dice que está

dispone en el párrafo segundo “En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas...” y en el art. 31 bis se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los *delitos cometidos en beneficio directo o indirecto de las mismas lo que difícilmente es predicable de las anteriores sociedades que son sólo un instrumento para la comisión del delito sin recibir beneficio alguno por ello*, dado que resulta acreditado que la práctica totalidad de los fondos que se ingresaban en las cuentas de las mismas eran inmediatamente transferidos a China, por lo que no cabe la condena de dichas sociedades en aplicación de lo dispuesto en el art. 302.2 del CP, procediendo por lo tanto, también, la absolución de las mismas» (cursiva añadida).

54 En definitiva, como dice FERNÁNDEZ TERUELO, cuando la sociedad es un mero instrumento para delinquir «el actor no actúa (ni el delito se ejecuta) en beneficio de la misma, sino en el suyo propio, estando ausente la dualidad personal que es, sin embargo, imprescindible para poder constatar el cumplimiento de dicha previsión»; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables...», *op. cit.*, p. 149. En el mismo sentido se han pronunciado, por ejemplo, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Tratamiento jurídico penal...», *op. cit.*, p. 242; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 800.

ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el de que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública, reporte alguna clase de “*provecho*” (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a “*beneficio directo o indirecto*”) para la entidad. [...] Ese término de “*provecho*” (o “*beneficio*”) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete. [...] En el caso que nos ocupa, las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública *no es que favorezcan la subsistencia de la entidad, sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera empresa “pantalla” constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad*, hay que concluir en que se cumple el referido requisito sin posible réplica» (cursiva añadida).

Creo que esta explicación de por qué concurre el requisito de la actuación «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica no es acertada en este caso, ya que el Tribunal Supremo reconoce que dicha entidad es una sociedad pantalla o meramente instrumental, constituida con el objeto de servir de instrumento para la comisión de delitos como su única finalidad y que, además, las ganancias ilícitas que obtienen los individuos que han creado esa sociedad pantalla no es que favorezcan la subsistencia de la entidad, sino que justifican su propia existencia. No obstante, el hecho de que la comisión de delitos, y las ganancias ilícitas que así se obtienen, «justifiquen la propia existencia» de la sociedad pantalla no se debe a que la entidad reciba algún tipo de beneficio directo o indirecto (o que se pretenda que así sea), sino que, como se ha dicho, la creación y utilización de una sociedad pantalla es un medio o instrumento para facilitar la comisión de delitos y/o para dificultar su investigación y el enjuiciamiento de los sujetos implicados. Es decir, la sociedad pantalla no resulta beneficiada directa o indirectamente por la comisión del delito, sino que es el instrumento que permite o favorece su perpetración.

El requisito de la actuación «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica no es el único que parece incompatible con la razón de ser de las sociedades pantalla, ya que, como señala FERNÁNDEZ TERUELO⁵⁵, para condenar a la entidad que ha sido utilizada como mero instrumento para el crimen sería necesario demostrar que el delito, en el caso de los empleados, ha sido cometido «en el ejercicio de actividades sociales» (además de «por cuenta» y «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica) y que «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»

55 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables...», *op. cit.*, pp. 143 y 149.

[art. 31 bis.1.b) CP]. Incluso dejando a un lado qué ha de entenderse por actuar «en el ejercicio de actividades sociales» y, en concreto, si debe tratarse de actividades sociales «lícitas», lo cierto es que no parece lógico pretender que en una sociedad creada como instrumento para delinquir los dirigentes vayan a supervisar, vigilar y controlar la actuación de los empleados para asegurar que se adecúe a la legalidad. Si la entidad cuenta con una estructura jerárquica, las órdenes emitidas por parte de los dirigentes no irán encaminadas a prevenir la delincuencia, sino, por el contrario, a perpetrar crímenes. Estos requisitos, entre otros, impedirían que se pudiera atribuir responsabilidad «penal» a una sociedad pantalla o meramente instrumental partiendo de un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad. Como se ha dicho, tampoco sería posible si se estimara que nuestro Código Penal ha acogido un modelo de autorresponsabilidad y, obviamente, llegaríamos a la misma conclusión si entendemos que se ha adoptado un sistema mixto, puesto que se sumarían los problemas derivados de ambos modelos.

La postura que aquí se mantiene debe ser compatible con todos los preceptos que dedica el Código Penal a regular el régimen de RPPJ, por lo que nos enfrentamos al importante escollo de solventar su aparente contradicción con lo dispuesto en las letras b) del art. 66 bis.2.ª CP, como ha denunciado un importante sector doctrinal que se opone a la «inimputabilidad» de las sociedades pantalla. La letra b) del número segundo del art. 66 bis CP señala que una de las circunstancias que permiten imponer las sanciones previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP por un plazo superior a dos años consiste en que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», entendiéndose que se está ante este último supuesto «siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal»⁵⁶. Asimismo, como se indica en la letra b) del último inciso del número segundo de este precepto, la concurrencia de dicha circunstancia posibilita la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y

56 Como señala ORTIZ DE URBINA GIMENO, la alusión a la relevancia no debe entenderse en un sentido meramente cuantitativo, sino cualitativo. Así, por ejemplo, una empresa que se dedica al transporte y en una cuarta parte de sus viajes transporta drogas ilegales o personas objeto de trata ha de ser considerada una empresa instrumental. Cuestión distinta, prosigue este autor, es que, en atención a las consecuencias sociales y para los trabajadores, se estime oportuno no imponer la disolución, sino una intervención judicial; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales», en *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, I. Ayala Gómez (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 1.ª ed., 2016, p. 196. MAYO CALDERÓN considera que «no se trata de comparar el porcentaje de actividad legal con el de actividad ilegal, como propone un sector doctrinal, sino que para aplicar la responsabilidad prevista en el citado artículo es necesario que la sociedad tenga la finalidad de realizar una actividad legal, aunque luego, por el defecto de organización, las actividades ilegales que se desarrollan en su seno sean más relevantes que la actividad legal para la que fue constituida. Solo entonces podrá concurrir su fundamento: la peligrosidad de la situación creada por el defecto de organización»; MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas”...», *op. cit.*, p. 887. En realidad, la fórmula empleada en el art. 66 bis CP para determinar cuándo una persona jurídica se utiliza instrumentalmente para cometer delitos resulta criticable debido a su alto grado de indeterminación, pues, como dice TUGUI, estas pautas, por su ambigüedad y falta de concreción, crean más dudas de las que resuelven. Véase, en detalle, el análisis crítico realizado por TUGUI, F. D., *Las penas previstas...*, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

e) del art. 33.7 CP y por un plazo superior a cinco años las recogidas en sus letras e) y f)⁵⁷. Algunos autores, como los mencionados anteriormente, consideran que la mayor relevancia de la actividad ilegal de la persona jurídica puede significar que la misma desarrolla cierta actividad legal, aunque sea menos relevante, pero también puede implicar que la entidad realiza exclusivamente actividades ilícitas. En palabras de DEL ROSAL BLASCO⁵⁸, «*menos relevante* puede querer decir que la actividad ilegal es el 51% y la legal el 49% o que la actividad legal sea el 0% y la ilegal el 100%». Sin embargo, el AAN de 19 de mayo de 2014 (Rec. 128/2014, FJ 5.º) había puesto de manifiesto que habría que diferenciar aquellas personas jurídicas que se utilizan instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, cuando su actividad legal es menos relevante que su actividad ilegal, las cuales son penalmente imputables y, por ende, deben ostentar el estatus jurídico penal correspondiente, y, por exclusión, aquellas entidades o agrupaciones en las que «su carácter instrumental exceda del referido, es decir, que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos», en cuyo caso estaremos ante «personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables». En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TERUELO⁵⁹ afirma que debemos distinguir las sociedades instrumentales, en las que toda o casi toda su estructura y actividad tiene una finalidad delictiva, de las sociedades que son utilizadas instrumentalmente, en las que su actividad legal es simplemente menos relevante que la ilegal. Mientras que las primeras serían consideradas «inimputables», a las segundas les resultaría de aplicación lo dispuesto en las letras b) del número segundo del art. 66 bis CP⁶⁰.

57 Como se ha dicho, aunque en este trabajo se alude al art. 66 bis.2.ª.b) CP, en realidad la referida circunstancia se recoge en las dos letras b) del número segundo de este precepto.

58 DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 47.

59 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables...», *op. cit.*, p. 147.

60 Pueden verse, en el mismo sentido, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal...», *op. cit.*, pp. 16-17; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, p. 108; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La imputabilidad organizativa...», *op. cit.*, pp. 2-3; NEIRA PENA, A. M., *La persona jurídica...*, *op. cit.*, p. 189; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas y el principio de conservación y continuidad de la empresa», en *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*, S. Bacigalupo Saggese, B. J. Feijoo Sánchez y J. I. Echano Basaldúa (Coords.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1.ª ed., 2016, p. 201; y VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Retos de la jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 6. Por su parte, MAYO CALDERÓN estima que no es posible aplicar los arts. 31 bis y ss. CP a aquellas entidades que no tienen ninguna actividad legal. En estos casos en los que la sociedad es exclusivamente un instrumento para la comisión del delito lo que procede es castigar a las personas físicas por los delitos cometidos y disolver la entidad. A juicio de esta autora, de las sociedades pantalla o de fachada hay que distinguir aquellas otras que, aun siendo utilizadas instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, desarrollan una actividad legal, aunque esta actividad sea menos relevante que la ilegal, en cuyo caso se podrá aplicar el art. 66 bis CP. Aunque tengan personalidad jurídica, no se podrá aplicar la responsabilidad prevista en los arts. 31 bis y ss. CP si se trata de una sociedad pantalla, es decir, de aquella constituida únicamente para la comisión de delitos; MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas”...», *op. cit.*, pp. 884 y ss.

Por otra parte, la exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP también podría parecer contradictoria con lo dispuesto en el último inciso del segundo apartado del art. 31 quinquies CP, conforme al cual «en el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de *una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal*» (cursiva añadida). Distintos autores coinciden en afirmar que en este último inciso se procura hacer responder penalmente a las sociedades mercantiles públicas creadas precisamente para evitar su enjuiciamiento por los delitos cometidos en su seno, es decir, a aquellas que no son sino meras sociedades pantalla o de fachada⁶¹. Por tanto, aunque anteriormente se ha explicado que gran parte de la doctrina, el Tribunal Supremo y la FGE consideran que las sociedades pantalla son «inimputables» y no les pueden resultar de aplicación los arts. 31 bis y ss. CP, podemos observar que en el art. 31 quinquies.2 CP se indica que las sociedades mercantiles públicas serán sometidas a un proceso penal incluso aunque el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Podría argumentarse que el último inciso del referido precepto demuestra que las sociedades pantalla no están excluidas del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de RPPJ⁶². Sin embargo, debemos tener en cuenta que la cláusula contenida en dicho precepto se refiere exclusivamente a las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general y, por ende, no a cualquier clase de entidad en la que toda o casi toda su estructura y actividad tenga una finalidad delictiva. Es decir, no se abarcan todos los casos en los que podría estar involucrada una sociedad pantalla o meramente instrumental. Además, cabe añadir que la redacción del art. 31 quinquies.2 CP es muy criticable, ya que solamente prevé que la sociedad mercantil pública haya sido creada con la intención de evitar una eventual

61 Indican que el último inciso del art. 31 quinquies.2 CP (o el segundo párrafo del art. 31 bis.5 CP, con anterioridad a la reforma del año 2015) recoge el supuesto de las denominadas sociedades pantalla o de fachada, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en *Revista Penal México*, n.º 5, 2013, p. 26; SÁNCHEZ MELGAR, J., «Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación», en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinosa Ceballos (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2013, p. 63; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal...», *op. cit.*, p. 25; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 10.ª ed., 2016, p. 840; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 169; MENDO ESTRELLA, A., «El modelo español...», *op. cit.*, p. 134; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal...», op. cit.*, p. 109.

62 FERNÁNDEZ TERUELO reconoce que lo previsto en el último inciso del art. 31 quinquies.2 CP puede entrar en conflicto con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo relativa al carácter inimputable de las sociedades pantalla o meramente instrumentales; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Parámetros interpretativos...», op. cit.*, p. 65.

responsabilidad penal, pero no contempla la posibilidad de que dicha sociedad haya sido constituida con propósitos lícitos, pero posteriormente «hubiese degenerado hasta convertirse en una estructura criminal organizada o en una pantalla para eludir responsabilidades penales»⁶³. Por consiguiente, se restringe considerablemente el campo de aplicación de esta cláusula, lo que dificulta que pueda llegar a tener alguna aplicación en la práctica⁶⁴. Si se estima que las sociedades pantalla son «inimputables», nos surge la pregunta de cuál es la razón que justifica que un determinado tipo de sociedades meramente instrumentales no se vea excluido de este régimen de responsabilidad «penal». Aunque se pronuncian con anterioridad a la reforma del Código Penal del año 2015⁶⁵, considero que es adecuada la respuesta que proporcionan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y MATELLANES RODRÍGUEZ⁶⁶ a este interrogante. Estos autores sostienen que las sociedades pantalla no deben ser sujetos de responsabilidad penal, pues «no tiene mucho sentido citar a declarar a una

63 En palabras de DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica», en *Memento Penal 2016*, F. Molina Fernández (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 1.ª ed., 2015, p. 357.

64 Como han puesto de manifiesto, antes y después de la reforma del Código Penal del año 2015, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 12; MORILLAS CUEVA, L., «La cuestión de la responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 26-27; GARCÍA ARÁN, M., «Art. 31 bis», en *Comentarios al Código Penal. Parte General*, J. Córdoba Roda y M. García Arán (Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 1.ª ed., 2011, pp. 414-415; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 24, 2011, p. 12; y GUTIÉRREZ PÉREZ, E., «Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales», en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 25, 2018, p. 137.

65 Con anterioridad a la reforma del Código Penal del año 2015 el art. 31 bis.5 CP indicaba en su primer párrafo que «las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». No obstante, añadía en su segundo párrafo que «en estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal». Aunque actualmente el segundo apartado del art. 31 quinquies CP señala que no se aplica la limitación penológica prevista para el caso de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general «cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal», hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, surgía la duda de si la cláusula relativa a que se trate de una forma jurídica creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal se refería a todas las personas jurídicas excluidas del régimen de RPPJ o solo a las sociedades mercantiles estatales. La redacción del anterior art. 31 bis.5 CP no dejaba claro esta cuestión, si bien la mayor parte de la doctrina interpretaba esta cláusula de forma restrictiva, limitando su aplicación a las sociedades mercantiles estatales (en la reforma de 2015 se sustituye, con buen criterio, el calificativo de «estatales» por el de «públicas»).

66 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal...», *op. cit.*, p. 25.

persona jurídica de pantalla o reconocerle derechos de defensa». No obstante, estiman que «dado lo delicado de los intereses en juego cuando hablamos de entidades estatales u organizaciones que ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas, sospechosas de ser puras estructuras-pantalla, parece razonable acompañar cualquier posible medida del máximo de garantías, tratándoles procesalmente como personas jurídicas con todos sus derechos»⁶⁷.

5. TRATAMIENTO PENAL MÁS ADECUADO PARA HACER FRENTE A LA DELINCUENCIA PERPETRADA A TRAVÉS DE SOCIEDADES PANTALLA

Aunque es cierto que se podría alegar que se ha realizado una interpretación forzada (si bien no *contra legem*, en mi opinión) de los arts. 31 quinquies.2 y 66 bis.2.^a.b) CP, creo que esta postura es la que proporciona mayor coherencia ante este problema que presenta el régimen de RPPJ establecido en el Código Penal, ya que, como se ha explicado, independientemente del modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas del que se parta, inclusive una combinación de ambos, el fundamento y, en todo caso, los requisitos previstos en el primer apartado del art. 31 bis CP (en particular, el requisito de la actuación «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica) impiden condenar a la sociedad pantalla, en la que toda o casi toda su estructura y actividad tiene una finalidad delictiva. Por ello, debemos acudir a otras respuestas jurídicas que proporciona el Código Penal, advirtiendo que existen discrepancias doctrinales a la hora de determinar cuál es la más adecuada. Algunos autores estiman que las sociedades pantalla o de fachada podrían ser sancionadas penalmente aplicando las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP⁶⁸. No obstante, dejando a un lado la cuestión de si la aplicación de estas

67 Esta explicación había sido proporcionada anteriormente por DOPICO GÓMEZ-ALLER, quien se centraba en el supuesto de sindicatos o partidos políticos sospechosos de ser puras estructuras-pantalla. Véase, al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas...», *op. cit.*, p. 322.

68 Pueden verse, en este sentido, verbigracia, RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J., «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 11; CÁRDENAS GÁLVEZ, J.D., «Los grupos de empresas ante el Derecho Penal», en *El control societario en los grupos de sociedades. Un enfoque práctico y multidisciplinar*, J.M. López Jiménez (Dir.), Bosch, Barcelona, 1.^a ed., 2017, pp. 286-287; VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Blanqueo, responsabilidad...», *op. cit.*, p. 436; SÁNCHEZ MELGAR, J., «Personas jurídicas...», *op. cit.*, p. 1; ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas...», *op. cit.*, p. 49; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El delito fiscal...», *op. cit.*, pp. 305 y 319-320; y ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales a entes colectivos», en *Las consecuencias jurídicas del delito*, L. Roca de Agapito (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.^a ed., 2022, pp. 224-225. Parece que sigue también esta línea la STS 154/2016, de 29 de febrero (FJ 11.º), la cual indica que «la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, *quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por*

consecuencias accesorias a la entidad requiere necesariamente la condena e imposición de una pena a la persona o personas físicas implicadas en el delito, lo cual podría ocasionar problemas en la práctica⁶⁹, debemos tener en cuenta que el primer apartado del art. 129 CP solo se remite a las penas contempladas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP, entre las que no se encuentra la disolución, recogida en su letra b)⁷⁰, que es precisamente la pena que se tendría que imponer a una sociedad pantalla que sirve de herramienta para cometer delitos y/o para dificultar su investigación⁷¹.

la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento» (cursiva añadida). Sin embargo, el Tribunal Supremo se refiere a la consecuencia accesoria de «disolución de la sociedad, asociación o fundación» que se preveía en la letra b) del art. 129.1 CP con anterioridad a la reforma del Código Penal del año 2010. Actualmente el art. 129.1 CP no recoge la disolución en el elenco de consecuencias accesorias.

69 Existe discrepancia doctrinal al respecto. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ TERUELO considera que la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, precisamente por ese carácter «accesorio» (dependiente de), requiere necesariamente la condena e imposición de una pena a los sujetos que han cometido el delito. En cambio, FARALDO CABANA afirma que ello no es imprescindible, puesto que las consecuencias accesorias pueden aplicarse cautelarmente. Véanse, con más detalle, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables...», *op. cit.*, p. 151; y FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad...», *op. cit.*, p. 88. Por otra parte, MARTÍN SAGRADO señala que «las consecuencias accesorias tan solo son aplicables para las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis. Las sociedades pantalla tienen personalidad jurídica, a pesar de que se las considere al margen del régimen de responsabilidad establecido en el art. 31 bis CP»; MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades...», *op. cit.*, p. 5. En similares términos se pronuncian, por ejemplo, MAZA MARTÍN, J. M., *Delincuencia electoral...*, *op. cit.*, p. 262; y FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema de determinación...*, *op. cit.*, p. 218. No obstante, debemos reiterar que respecto de algunos delitos como, por ejemplo, los relativos a la manipulación genética (art. 162 CP) o la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.2 CP), el art. 129 CP también se aplica a las personas jurídicas. Por tanto, no podemos basarnos en dicha premisa para rechazar el recurso al art. 129 CP para hacer frente a la delincuencia a través de sociedades pantalla.

70 Como se ha dicho, hasta el año 2010 el art. 129.1.b) CP sí que permitía imponer la disolución de la sociedad, asociación o fundación implicada en el delito como consecuencia accesoria.

71 En el último inciso del primer apartado del art. 129 CP se prevé que el juez o tribunal «podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita». No obstante, la imposición de esa consecuencia accesoria no permitiría disolver la sociedad pantalla. Es cierto que, como advierte FARALDO CABANA, cuando el tribunal estime que la persona jurídica ha sido utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales (como se ha explicado, en este caso la entidad sería «imputable» porque su actividad legal es simplemente menos relevante que la ilegal), conforme a la letra b) del art. 66 bis.2.^a CP, podrá imponer las penas previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP por un plazo superior a dos años. Entre estas penas se encuentra en la letra c) la «suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años». Ello es importante porque el art. 363.1, letras a) y c), de la Ley de Sociedades de Capital dispone que, entre otras causas, la sociedad de capital deberá disolverse «por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año» y «por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social», supuestos que concurrirían si a la sociedad de capital que ha sido utilizada como una mera fachada para el crimen se le impone una suspensión total de sus actividades con una duración superior a dos años. Transcurrido un año desde la condena, la sociedad de capital debería disolverse. Puede verse, al respecto, FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad...», *op. cit.*, p. 88. Sin embargo, a pesar

El tratamiento penal más adecuado para hacer frente a la criminalidad perpetrada a través de sociedades pantalla o de fachada es el decomiso, regulado en los arts. 127 y ss. CP⁷². Así lo apunta la Circular de la FGE 1/2016, de 22 de enero, cuando indica que, en el caso de las sociedades pantalla, «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» (p. 27). El primer apartado del art. 127 CP dispone que «toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, *medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado*, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar» (cursiva añadida). La sociedad pantalla, en la que toda o casi toda su estructura y actividad tiene una finalidad delictiva, puede considerarse un *medio* o *instrumento* para preparar o ejecutar el delito⁷³, por lo que puede ser objeto de decomiso⁷⁴. No se decomisaría su patrimonio, sino la propia sociedad. Sin poder explicar en este trabajo las distintas modalidades de decomiso que se regulan en el Código Penal⁷⁵, debemos poner de manifiesto que, como señala FERNÁNDEZ TERUELO⁷⁶, el enorme proceso expansivo que ha

de que de este modo podría obtenerse la disolución de la sociedad pantalla en aplicación del art. 129 CP, no podemos olvidar que, aunque pueda suceder en la mayoría de los casos, la entidad utilizada como mero instrumento para cometer delitos y/o para dificultar su investigación no tiene por qué ser necesariamente una sociedad de capital.

72 Como es lógico, se deberán realizar las investigaciones pertinentes para identificar a los sujetos que se sirven de la sociedad pantalla para cometer delitos y declarar su correspondiente responsabilidad penal.

73 Es necesario distinguir, como afirma ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «entre el *carácter formal* de una institución jurídica y el *carácter material* de la misma. Mientras el Derecho Mercantil es eminentemente formal, el Derecho Penal es eminentemente material. Porque si bien desde el punto de vista formal estas sociedades instrumentales existen para el Derecho Mercantil en la medida que cumplen con los requisitos formales, lo cierto es que para el Derecho Penal pueden concebirse como *instrumentos* en manos de personas físicas, como realmente lo son»; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Tratamiento jurídico penal...», *op. cit.*, p. 223.

74 Como señala MARTÍN SAGRADO, «no existe ningún obstáculo interpretativo que impida estimar que ese tipo de sociedades, por tener personalidad jurídica, puedan ser consideradas como un instrumento del ilícito penal. Aquellas son, al fin y al cabo, un medio del que se ha valido la persona física para preparar, ejecutar u ocultar el delito»; MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades...», *op. cit.*, p. 7.

75 Al respecto, pueden verse, por ejemplo, LEÓN ALAPONT, J., «Decomiso y responsabilidad penal de los partidos políticos», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 52, 2018, pp. 180 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables...», *op. cit.*, pp. 153 y ss.; y GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Las consecuencias accesorias», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, M. A. Boldova Pasamar y C. Alastuey Dobón (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2023, pp. 803 y ss.

76 FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables...», *op. cit.*, pp. 152-153. Además de este autor, consideran que el recurso a la figura del decomiso es la más adecuada para hacer frente a las sociedades pantalla, entre otros, MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades...», *op. cit.*, pp. 6-8; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas», en *Memento Penal 2016*, F. Molina Fernández (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 1.ª ed., 2015, p. 609; NEIRA PENA, A. M., «La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las

experimentado la figura del decomiso en las reformas de 2003, 2010 y, especialmente, 2015 permitirá conseguir resultados equivalentes a los derivados del propio régimen de RPPJ y su sanción más contundente (la disolución), puesto que las sucesivas reformas de esta institución han tenido precisamente como uno de sus principales objetivos hacer frente a la delincuencia económica y organizada y han traído consigo la introducción de múltiples modalidades de decomiso: decomiso sin condena, decomiso ampliado, decomiso por valor equivalente, supuestos de decomiso de bienes en poder de terceros, decomiso anticipado, decomiso en situaciones de depreciación de los bienes, etc.⁷⁷ Además, como indica el primer apartado del art. 127 octies CP, «a fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias». Por tanto, si durante la fase de instrucción se comprobara que la entidad implicada en el delito es realmente una sociedad pantalla, el Juez instructor podría proceder a su decomiso «cautelar» por tratarse de un mero instrumento del delito⁷⁸.

GALÁN MUÑOZ⁷⁹ afirma que «la responsabilidad penal de las sociedades pantalla y su concreta pena se determina atendiendo a lo dispuesto en las normas reguladoras de las asociaciones ilícitas y las organizaciones y grupos criminales o terroristas; unas reglas que establecen que dichas entidades, en caso de ser consideradas como tales tengan siempre y necesariamente que ser sancionadas con la pena de disolución, eso sí, tras un juicio con las debidas garantías que acredite dicha naturaleza, pudiéndose

personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica», en *Diario La Ley*, n.º 8736, 2016, pp. 2 y 7; GIL NOBAJAS, M. S., «Personas jurídicas...», *op. cit.*, p. 33; MAZA MARTÍN, J. M., *Delincuencia electoral...*, *op. cit.*, p. 262; ECHARRI CASI, F. J., «La problemática aplicación...», *op. cit.*, pp. 390-391; FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad...», *op. cit.*, pp. 87 y 90; y ECHEVERRÍA BERECIARTUA, E., *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2021, pp. 410 y ss.

77 En particular, respecto del decomiso sin condena, el primer apartado del art. 127 ter CP dispone que «el juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido». No obstante, su segundo apartado advierte que «el decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal».

78 Respecto de las ventajas y garantías procesales que aporta el recurso a la figura del comiso en estos casos, véanse, especialmente, MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades...», *op. cit.*, pp. 7-8; FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad...», *op. cit.*, pp. 86-87; y ECHEVERRÍA BERECIARTUA, E., *Las modalidades de responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 410 y ss.

79 GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites...*, *op. cit.*, pp. 251-252. Puede verse, con más detalle, GALÁN MUÑOZ, A., «¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 35, 2021, pp. 22 y ss.

aplicarles, solo después, además, cualquiera de las medidas accesorias del art. 129 CP, enumeradas en el art. 33.7 CP, por carecer ya de personalidad jurídica». Por su parte, MAYO CALDERÓN⁸⁰ considera que no es posible aplicar los arts. 31 bis y ss. CP a aquellas entidades que no tienen ninguna actividad legal. En estos casos en los que la sociedad es exclusivamente un instrumento para la comisión de la infracción penal lo que procede es castigar a las personas físicas por los delitos cometidos y disolver la entidad. Dado que no se puede disolver la persona jurídica acudiendo al art. 129 CP, «lo que procede es aplicar el delito de asociación ilícita (arts. 515, 517 y 520 CP) o el de pertenencia a organización criminal o grupo criminal (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater CP). Tal y como ha señalado una parte de la doctrina, respecto a estos delitos no es de aplicación la responsabilidad de las personas jurídicas prevista en los arts. 31 bis ss.»⁸¹. En efecto, si entendemos que las sociedades pantalla se caracterizan por «la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc.», y son utilizadas como una «herramienta del delito o para dificultar su investigación» –como dice la FGE–, nos enfrentamos al problema de delimitar estos supuestos de aquellos en que resultan aplicables los arts. 515 y ss. o 570 bis y ss. CP, relativos, respectivamente, a las asociaciones ilícitas y a las organizaciones y grupos criminales. Así, el art. 515.1.º CP indica que se consideran asociaciones ilícitas «las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión», y los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP señalan que a los efectos del Código Penal se entiende por organización criminal «la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos» y por grupo criminal «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos». De hecho, LEÓN ALAPONT⁸² estima que la definición de sociedades pantalla o de fachada (aquellas sociedades «sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios fines delictivos») que ofrece la Circular de la FGE 1/2016, de 22 de enero (p. 29), puede utilizarse para tildar de criminal a una organización (y poder disolverla) con arreglo a lo dispuesto en los arts. 570 bis

80 MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas”...», *op. cit.*, pp. 884-886.

81 Abogan también por el tratamiento penal de las sociedades pantalla como asociaciones ilícitas u organizaciones o grupos criminales, entre otros, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Tratamiento jurídico penal...», *op. cit.*, pp. 240 y ss.; LEÓN ALAPONT, J., «Personas jurídicas “imputables” e “inimputables” en el régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP: una breve divagación a raíz de la errática jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, n.º 10191, 2022, pp. 2-3; y CARRATALÁ VALERA, V. M., «¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha adoptado el legislador español? Análisis y toma de posición», en *Criminal Compliance Programs y Mapas de Riesgos*, A. Matallín Evangelio y A. Fernández Hernández (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2023, p. 164.

82 LEÓN ALAPONT, J., «El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2018, p. 27.

y ss. CP. Por consiguiente, creo que esta es también una vía viable para hacer frente a la criminalidad perpetrada a través de sociedades pantalla⁸³.

La respuesta de los tribunales a la cuestión de cuál es el tratamiento penal más adecuado para hacer frente a la delincuencia perpetrada a través de sociedades pantalla no ha sido uniforme. En la SAP de Málaga 133/2021, de 23 de abril (FJ 8.º), se acuerda el decomiso y la disolución de la entidad enjuiciada debido a que se estima que la misma es realmente una sociedad pantalla o de fachada (aunque, después, en su fallo solo se menciona la disolución). Así, se afirma que «ha resultado acreditado que la sociedad Transhara 2017 SL es una empresa instrumental que no operaba con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y por tanto fue creada para cometer el delito de blanqueo de capitales, figurando como administrador único Carlos María que ha podido ser enjuiciado en esta causa. En consecuencia, se acuerda el decomiso y disolución de la sociedad Transhara 2017 SL, de conformidad con el tenor del art. 301.5 y *ex* artículo 129 del C. Penal, deberá comunicarse su inexistencia al Registro Mercantil para la cancelación del asiento o inscripción correspondiente». Sin embargo, debemos tener en cuenta que el art. 301.5 CP dispone que «si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código» y, en realidad, la referida sociedad pantalla no constituye una *ganancia* obtenida por la comisión del delito, sino un *medio o instrumento* con el que se ha preparado o ejecutado el delito (art. 127.1 CP). Además, teniendo en cuenta que los hechos que dieron lugar a este procedimiento judicial son posteriores a la reforma del Código Penal del año 2010, tampoco se puede acudir al art. 129 CP para acordar la disolución de la entidad, ya que, como se ha dicho, este precepto solo se remite a las penas contempladas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP, entre las que no se encuentra la disolución, recogida en su letra b). En la SAP de Madrid 4/2022, de 12 de enero (AH 3.º y FJ 5.º), dictada con la conformidad de las partes, se acuerda también el decomiso y la disolución de las dos empresas enjuiciadas «*ex* artículo 129 del CP, al ser empresas pantalla o de fachada creadas para cometer el delito de blanqueo de capitales por el que se formula acusación y utilizadas como herramienta del delito». En su fallo se indica que «igualmente acordamos el comiso y disolución de las siguientes sociedades: Segarma del Levante SL y Segarma Peninsular SL (Distribuciones Rúpura SL). Declaramos su inexistencia como verdaderas personas jurídicas, así como sus bienes y cuentas corrientes y de las participaciones del acusado en dichas sociedades. Las sociedades, bienes e inmuebles decomisados se adjudicarán íntegramente al Estado. [...] Tras procederse a la disolución de la persona jurídica, comuníquese su inexistencia al Registro Mercantil para la cancelación del asiento o inscripción correspondiente». De nuevo, siendo los hechos enjuiciados posteriores a la reforma del Código Penal del año 2010, se acude al art. 129 CP para acordar la

83 En cuanto a la complicada delimitación del ámbito de aplicación de los arts. 31 bis y ss., 515 y ss. y 570 bis y ss. CP, véase, especialmente, LEÓN ALAPONT, J., «La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, 2017, pp. 22 y ss.

disolución de las sociedades pantalla, pese a que este precepto no se remite a la pena de disolución prevista en la letra b) del art. 33.7 CP. Por su parte, la SAN 17/2022, de 5 de septiembre (FJ 9.º), tras acordar el decomiso de la totalidad de los efectos intervenidos (art. 127 CP), señala que dado que las empresas implicadas en la operación delictiva «carecen de cualquier realidad jurídica habiendo sido constituido a los efectos de ocultar a quienes realizaban los delitos definidos deben considerarse herramientas del delito, por lo que comprobada su inexistencia real deberá comunicarse al registro mercantil para la cancelación de la inscripción correspondiente». En su fallo se acuerda, por tanto, la cancelación registral de dichas sociedades.

En la SAP de Madrid 19/2023, de 24 de enero (FJ 3.º), se advierte que no se pueden aplicar las consecuencias accesorias del art. 129 CP para disolver varias empresas consideradas sociedades pantalla o de fachada por hechos delictivos ocurridos con posterioridad a la reforma del Código Penal del año 2010. En este caso también se descarta la posibilidad de acordar el decomiso de las sociedades pantalla o meramente instrumentales. Así, se indica que «no parece procedente hablar del “decomiso de personas jurídicas”, aunque se trate de personas jurídicas meramente formales y sin un contenido material, a la vista de la extensión que atribuía a tal institución el artículo 127 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos (la propiciada por la aludida Ley Orgánica 5/2010), pues la aplicación del régimen del decomiso en tal caso implicaría una interpretación analógica *in malam partem* del referido precepto y, por tanto, prohibida, en la medida en que no parece posible entender que el decomiso de una persona jurídica, ni siquiera de naturaleza instrumental, se mantenga dentro del sentido literal posible del artículo 127 citado, máxime teniendo en cuenta que existe un precepto especial, como lo es el anteriormente aludido artículo 129 del Código Penal, que se refiere expresamente a delitos cometidos a través de empresas, con lo que una elemental interpretación sistemática excluiría del ámbito del artículo 127 del Código Penal el aludido “decomiso de personas jurídicas”». Sin embargo, en el momento en que ocurrieron los hechos enjuiciados el art. 127 CP permitía, al igual que ahora, que se puedan decomisar los «medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado» el delito doloso. Como se ha explicado, coincidiendo con la postura que mantiene un importante sector de la doctrina, creo que la sociedad pantalla, en la que toda o casi toda su estructura y actividad tiene una finalidad delictiva, puede considerarse un *medio* o *instrumento* para preparar o ejecutar el delito, por lo que puede ser objeto de decomiso. Se concluye en esta sentencia que «finalmente, tampoco la “declaración de inexistencia como verdadera persona jurídica”, solicitada por el Ministerio Fiscal, cuenta con cobertura legal en los artículos 127 y 129 antes referidos, siendo este último precepto en el que se apoya el Ministerio Público en orden a formular tales pretensiones». En consecuencia, en su fallo se dice que no ha lugar al decomiso y disolución de las sociedades ni a su declaración de inexistencia como verdaderas personas jurídicas.

En la SAP de las Islas Baleares 451/2023, de 26 de octubre (FJ 6.º), el tribunal opta por acudir al art. 129 CP para imponer a las sociedades pantalla o meramente

instrumentales que habían sido acusadas la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita:

«Teniendo en cuenta que las sociedades European Investment and Consulting Trust, S.L.U y Balearic Islands Investment, S.L. eran meros instrumentos de los que se servía la acusada para llevar a efecto el delito de estafa no se puede aplicar el art. 31 bis y, por tal causa, tampoco el art. 251 bis, norma especial que prevé la imposición de las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33. Así resulta de la información obtenida de la prueba personal practicada y, en particular, de las manifestaciones realizadas por la Inspectora jefe cuando dispuso que la mercantil Balearic Islands Investment, S.L. ni siquiera tenía trabajadores. Por lo tanto, ninguna de las mercantiles disponía de una organización diferenciada de la Sra. Teresa. Eran un mero instrumento, puesto que las acciones las llevaba directamente la acusada. Existía una confusión de las personalidades física y jurídica, el patrimonio de la acusada se hallaba confundido con el de las mercantiles, de modo que no puede sostenerse que éstas fueran entes diferenciados de su administrador. En consecuencia, al resultar de aplicación el art. 129.1 del Código Penal advertimos que dicho precepto no prevé como consecuencia accesoria la disolución de la sociedad que está recogida en la letra b) del artículo 33.7, sino únicamente las consecuencias accesorias previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 y, la prohibición de realizar cualquier actividad, aunque sea lícita. Por lo tanto, de conformidad con el principio de legalidad, en su vertiente de legalidad penal, proclamada en el art. 2.1 CP [...], al no hallarse legalmente prevista esta consecuencia no puede ser aplicada. Pero sí podemos aplicar las restantes consecuencias accesorias, incluida la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Porque éstas, sí son consecuencias legalmente previstas para el supuesto de autos. [...] Tomando en consideración las circunstancias profusamente analizadas en el cuerpo de la presente sentencia, consideramos procedente –una vez analizado el contenido de los actos defraudatorios realizados y el uso continuado y prolongado en el tiempo de la mercantil que la acusada ha venido realizando para consumir su propósito, no siendo la consecuencia que aplicamos de una gravedad superior a la inicialmente pretendida–, prohibir definitivamente a la mercantil European Investment and Consulting Trust, S.L.U llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita, debiendo librarse los despachos oportunos para la anotación de tal prohibición en el Registro Mercantil correspondiente».

Por su parte, la STS 534/2020, de 22 de octubre (FJ 4.º), opta por absolver a las sociedades pantalla enjuiciadas por considerarlas «inimputables». El Tribunal Supremo señala que «las empresas acusadas carecen de sustrato real, no consta actividad, infraestructura o patrimonio de las mismas, solo que fueron creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal urdido, utilizadas como instrumentos del delito y en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal, sin que conste de ningún modo que las personas jurídicas acusadas acabaran beneficiándose de la actividad delictiva del Sr. Serafín. [...] En el supuesto, no estamos ante una persona

jurídica que opera con normalidad en el mercado, ni ante sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, porque ello no ha quedado probado, o al menos no se explica ni se razona por la Sala, ni se puede deducir del relato fáctico, sino ante sociedades instrumentales, lo que las hace inimputables pues no consta que tengan otra actividad legal o ilegal, sino que son residuales, constituidas para cometer el hecho delictivo aquí enjuiciado». Por ello, los magistrados deciden absolver a las referidas sociedades de un delito de estafa continuada, condenándolas únicamente como responsables civiles subsidiarias, e indicando en el FJ 2.º de su segunda sentencia que «aunque resulta obvio qué declarada la inimputabilidad de las personas jurídicas, cumplido y agotado el encargo delictivo para el que fueron realmente constituidas las sociedades, su existencia en la práctica ha perdido ya sentido, lo cierto es que no procede acordar ninguna de las medidas previstas legalmente, al no haber sido solicitadas por las partes, sin perjuicio de lo que las mismas puedan interesar en el trámite de ejecución de sentencia». La SAP de Las Palmas 58/2020, de 27 de febrero (FJ 6.º), la SAP de las Islas Baleares 11/2021, de 22 de enero (FJ 2.º), y la SAP de A Coruña 122/2021, de 7 de junio (FJ 2.º), justifican la absolución de las empresas acusadas (si bien no como único argumento) por considerarlas sociedades pantalla o de fachada y, por ende, «inimputables». En el mismo sentido, la STSJ de Galicia 20/2022, de 10 de febrero (FJ 4.º), confirma la absolución de una empresa debido a que estima que se trata realmente de una sociedad pantalla, que debe estar excluida del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de RPPJ previsto en los arts. 31 bis y ss. CP. Por el contrario, como se ha dicho, aunque en la STS 154/2016, de 29 de febrero (FJ 11.º), los magistrados afirman que la entidad implicada era una sociedad pantalla, a la que no le podía resultar de aplicación el art. 31 bis CP, estiman que en aquel caso resultaba «procedente, por razones de utilidad, mantener la imposición de la pena de disolución, por otra parte de carácter esencialmente formal puesto que, cumplida y agotada la “misión” delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución».

Por último, como pone de manifiesto FARALDO CABANA⁸⁴, se debe advertir que la calificación de la persona jurídica implicada en el delito como sociedad pantalla y, por ende, «inimputable» ha de adoptarse de manera razonada, mediante una resolución motivada y jurídicamente fundada, que debe dictarse tras el necesario debate procesal contradictorio, lo cual «supone, en todo caso, dar entrada en el procedimiento a la persona jurídica para discutir su capacidad para ser parte. Solo después de ese debate, y tras escuchar al ente, se podrá determinar su “inimputabilidad”, que tendrá como consecuencia que sea tratado como un mero objeto, no como un sujeto de Derecho»⁸⁵. Como es lógico, cuando se inicia el procedimiento judicial

84 FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad...», *op. cit.*, p. 86.

85 Pueden verse también, en este sentido, entre otros, HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Personas jurídicas...», *op. cit.*, pp. 3 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A., Fundamentos y límites..., *op. cit.*, pp. 247 y ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La imputabilidad...», *op. cit.*, pp. 126 y ss.; NEIRA

en fase de instrucción será difícil que desde el primer momento el Juez instructor posea la información y la documentación necesaria para declarar que la persona jurídica implicada en el delito no debe ser enjuiciada conforme a los arts. 31 bis y ss. CP debido a que toda o prácticamente toda su estructura y actividad tiene una finalidad delictiva⁸⁶. La constatación de su supuesta «inimputabilidad» se deberá apoyar en un soporte probatorio suficiente, estar precedido por el pertinente debate procesal contradictorio, del que la entidad implicada tendrá derecho a formar parte, y plasmarse en una resolución motivada y jurídicamente fundada. En este sentido se había pronunciado el AAN de 19 de mayo de 2014 (Rec. 128/2014, FJ 6.º):

«Corresponde al juzgado instructor durante la instrucción del procedimiento determinar cuál ha de ser la situación y pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas incurso en el procedimiento y en su caso efectuar la imputación a que se refieren los arts. 118 y 119 de la LECrim. Para ello, resulta consustancial con las garantías básicas del procedimiento dar entrada, o permitir que esta se produzca si lo solicitan, a las personas jurídicas afectadas, en la forma prevista legalmente, a los efectos de que, dependiendo de las diferentes situaciones procesales que se produzcan puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa. En situaciones como la presente en la que el juzgado instructor parece haberse decantado de facto, sin motivación expresa excepto en la escasa e insuficiente forma ya vista, por la no imputación, deberá cuando menos permitirse a la persona jurídica afectada su personación en el procedimiento, no en el concepto de perjudicada o actor civil como solicita, sino para que pueda ejercitar adecuadamente su derecho de defensa una vez haya tenido suficiente acceso al resultado de la investigación y pueda instar lo que a su derecho convenga en su defensa, incluso para que se le impute formalmente llegado el caso»⁸⁷.

PENA, A. M. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «España», en *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*, N. Rodríguez García (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2021, p. 442; y ECHEVERRÍA BERECIARTUA, E., Las modalidades de responsabilidad..., *op. cit.*, pp. 404 y ss.

86 En este sentido, MARTÍN SAGRADO afirma que «en ocasiones no será tan nítido apreciar que nos encontramos ante una sociedad pantalla. La experiencia indica que hay supuestos en los que el atestado ya va acompañado de un amplio informe de investigación que refleja con claridad esa situación. Sin embargo, habrá otros en los que deberá desarrollarse una mínima investigación orientada a conocer el verdadero sentido con el que fue creada esa sociedad, incluso con carácter previo a la imputación. Esta fórmula no puede implicar una estrategia de retardo malicioso en la imputación que quebrantaría el principio de contradicción»; MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades...», *op. cit.*, p. 5.

87 La SAP de Madrid 19/2023, de 24 de enero (FJ 3.º), descarta la posibilidad de disolver varias sociedades pantalla o de fachada aplicando el art. 129 CP debido a que los hechos enjuiciados ocurren con posterioridad a la reforma del Código Penal del año 2010 y también rechaza acudir a la figura del decomiso del art. 127 CP, concluyendo que «finalmente, tampoco la “declaración de inexistencia como verdadera persona jurídica”, solicitada por el Ministerio Fiscal, cuenta con cobertura legal en los artículos 127 y 129 antes referidos, siendo este último precepto en el que se apoya el Ministerio Público en orden a formular tales pretensiones». Además, en cuanto a las garantías procesales, añade que «todo ello, sin dejar de resaltar la completa ausencia de audiencia de ninguna de las mercantiles respecto de las que el Ministerio Fiscal reclama la adopción de tales pronunciamientos, que no han sido llamadas al presente proceso en ningún momento, lo que no podemos dejar de resaltar, aunque

6. CONCLUSIONES

Aunque la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo discrepan al identificar el modelo de atribución de responsabilidad «penal» a las personas jurídicas escogido por el legislador (modelo de heterorresponsabilidad o modelo de autorresponsabilidad, respectivamente), llegan a la conclusión de que las sociedades pantalla o de fachada, que se caracterizan por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc., y cuya finalidad exclusiva o principal es servir de instrumento para la comisión de delitos, no deben ser condenadas con arreglo a lo dispuesto en los arts. 31 bis y ss. CP, a pesar de que desde un punto de vista estrictamente formal poseen personalidad jurídica. Esta es la postura que mantiene también un importante sector de la doctrina. No obstante, algunos autores consideran que esta interpretación no solo carece de base legal, sino que, además, se contradice con lo dispuesto en las letras b) del art. 66 bis.2.^a CP. En realidad, independientemente de que se estime que el Código Penal ha adoptado un modelo de autorresponsabilidad, de heterorresponsabilidad o mixto, una interpretación que intente dotar de coherencia a los arts. 31 bis y ss. CP nos lleva a excluir de su ámbito subjetivo de aplicación a las sociedades pantalla. Mayor facilidad encontramos para ello si partimos de la base de que el legislador español ha pretendido instaurar un modelo de autorresponsabilidad penal corporativa, ya que, conforme a este modelo, se reprocha a la entidad que no haya adoptado medidas adecuadas para prevenir o reducir significativamente el riesgo de que sus dirigentes o empleados cometan delitos en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, como es lógico, los integrantes de una sociedad que es utilizada como mero instrumento para delinquir no van a adoptar medida preventiva alguna para procurar evitar que se cometan infracciones penales en su seno.

A la misma conclusión llegamos si consideramos que en el Código Penal se ha establecido un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad, ya que, si atendemos a los

no ignoramos que tal circunstancia es algo a lo que, en el concreto caso por ella resuelto, no atribuyó relevancia la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2019 (STS n.º 108/2019, FD 7.º), antes citada, sin duda porque se entendió en ella que las mercantiles a las que se refería sí habían sido oídas con plenas garantías, en aquel proceso, a través de sus representantes legales y acusados. Entendemos que la sentencia que acabamos de citar se refirió a un supuesto muy concreto y que lo que en ella se resuelve, en relación a la ausencia de específica audiencia en el proceso, no resulta generalizable a todos los supuestos de sociedades que se califican como sociedades pantalla o instrumentales, de tal manera que no es posible afirmar –ni se afirma en la citada sentencia– que nunca sea necesario llamarlas expresamente al proceso, especialmente si se tiene en cuenta que la atribución de tal consideración como sociedades pantalla o instrumentales se realiza inicial y provisionalmente en el escrito o escritos de acusación, pero que ha de ser debidamente probada en el proceso judicial, dando la oportunidad de que dichas sociedades, así calificadas provisionalmente, puedan defenderse de esa calificación, evitando así que pueda generarse una situación de indefensión, que, como es sabido, se encuentra proscrita en el artículo 24 de la Constitución. [...] Muy probablemente, esa ausencia de audiencia en el proceso podría conducir a la imposibilidad de que tuviese reflejo en el Registro Mercantil una declaración de inexistencia de tales sociedades, como la solicitada por el Ministerio Público en pretendida aplicación de la doctrina de la simulación contractual y del levantamiento del velo de la persona jurídica».

«hechos de conexión» previstos en el primer apartado del art. 31 bis CP, podemos comprobar que muy difícilmente concurrirán cuando se trate de una sociedad pantalla, cuya finalidad exclusiva o principal es servir de instrumento para la comisión de delitos. En particular, creo que no puede concurrir el requisito de que la infracción penal haya sido cometida «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica, exigible tanto si se trata de la actuación de los directivos como de los empleados, debido a que en estos casos el delito no se comete en beneficio de la persona jurídica. La sociedad pantalla o meramente instrumental no va a obtener realmente beneficio alguno (directo o indirecto) por el delito cometido, ni se pretenderá que así sea, puesto que la creación de una sociedad pantalla no deja de ser un medio, un instrumento, para facilitar que ciertas personas físicas puedan cometer delitos en beneficio propio (y, en su caso, en beneficio de terceros, pero no de la sociedad pantalla) y/o para dificultar su investigación y el enjuiciamiento de los sujetos implicados.

La postura que aquí se mantiene debe ser compatible con todos los preceptos que dedica el Código Penal a regular el régimen de RPPJ, por lo que nos enfrentamos al importante escollo de solventar su aparente contradicción con lo dispuesto en las letras b) del art. 66 bis.2.^a CP, que permiten imponer por un plazo superior o con carácter permanente algunas de las penas cuando «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», entendiéndose que se está ante este último supuesto «siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Algunos autores consideran que la mayor relevancia de la actividad ilegal de la persona jurídica puede significar que la misma desarrolla cierta actividad legal, aunque sea menos relevante, pero también puede implicar que la entidad realiza exclusivamente actividades ilícitas. Sin embargo, estimo que es adecuada la explicación que proporciona el AAN de 19 de mayo de 2014, en el que se sostiene que habría que diferenciar aquellas personas jurídicas que se utilizan instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, cuando su actividad legal es menos relevante que su actividad ilegal, que quedan sujetas a este régimen de responsabilidad «penal», y, por exclusión, aquellas entidades o agrupaciones en las que su carácter instrumental exceda del referido, es decir, que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos. Estas últimas deben estar excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP.

Por otra parte, en el art. 31 quinquies.2 CP se establece una limitación penológica en el caso de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, pero que no se aplica cuando se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Aunque podría argumentarse que el último inciso del art. 31 quinquies.2 CP demuestra que las sociedades pantalla no están excluidas del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de RPPJ, debemos tener en cuenta que la cláusula contenida en dicho precepto se refiere exclusivamente a las sociedades mercantiles públicas

que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general y, por ende, no a cualquier clase de entidad en la que toda o casi toda su estructura y actividad tenga una finalidad delictiva. Es decir, no se abarcan todos los casos en los que podría estar involucrada una sociedad pantalla o meramente instrumental. Además, cabe añadir que la redacción de este precepto es muy criticable, ya que solamente prevé que la sociedad mercantil pública haya sido creada con la intención de evitar una eventual responsabilidad penal, pero no contempla la posibilidad de que dicha entidad haya sido constituida con propósitos lícitos, pero posteriormente se convierta en una sociedad que no es sino un mero instrumento para facilitar la comisión de delitos. Por consiguiente, se restringe considerablemente el campo de aplicación de esta cláusula, lo que dificulta que pueda llegar a tener alguna aplicación en la práctica.

El tratamiento penal más adecuado para hacer frente a la criminalidad perpetrada a través de sociedades pantalla o de fachada es el decomiso, regulado en los arts. 127 y ss. CP. La sociedad pantalla puede considerarse un *medio o instrumento* para preparar o ejecutar el delito, por lo que puede ser objeto de decomiso. No se decomisaría su patrimonio, sino la propia sociedad. Otra opción que también sería viable reside en acudir a los arts. 515 y ss. o 570 bis y ss. CP, relativos, respectivamente, a las asociaciones ilícitas y a las organizaciones y grupos criminales, teniendo en cuenta que si entendemos que las sociedades pantalla se caracterizan por «la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc.», y son utilizadas como una «herramienta del delito o para dificultar su investigación» –como dice la FGE–, difícilmente se podrán delimitar estos supuestos de aquellos en que resultan aplicables los referidos preceptos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 35, 2021.
- AGUILERA GORDILLO, R., *Manual de Compliance Penal en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2022.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinosa Ceballos (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2013.
- BANACLOCHE PALAO, J., «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 1.ª ed., 2018.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, 2013.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del delito*, C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche y M. A. Boldova Pasamar (Coords.), Comares, Granada, 2.ª ed., 2016.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022.
- CADENA SERRANO, F. A., «El estatuto penal de la persona jurídica», en *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, C. Gómez-Jara Díez (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2018.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 101, 2010.
- CÁRDENAS GÁLVEZ, J. D., «Los grupos de empresas ante el Derecho Penal», en *El control societario en los grupos de sociedades. Un enfoque práctico y multidisciplinar*, J.M. López Jiménez (Dir.), Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 2017.
- CARRATALÁ VALERA, V. M., «¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha adoptado el legislador español? Análisis y toma de posición», en *Criminal Compliance Programs y Mapas de Riesgos*, A. Matallín Evangelio y A. Fernández Hernández (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2023.
- CIGÜELA SOLA, J., «La inimputabilidad de las personas jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 2330/2020, de 22 de noviembre», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2021.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en *Revista Penal México*, n.º 5, 2013.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, F., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Delincuencia Económica*, D. Fernández Bermejo y C. Mallada Fernández (Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2018.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, La Ley, Madrid, 1.ª ed., 2018.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2012.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 5.ª ed., 2020.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», en *Memento*

- Penal 2011*, F. Molina Fernández (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 1.ª ed., 2010.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica», en *Memento Penal 2016*, F. Molina Fernández (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 1.ª ed., 2015.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas», en *Memento Penal 2016*, F. Molina Fernández (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 1.ª ed., 2015.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N. J. de la Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller, J. A. Lascuraín Sánchez y A. Nieto Martín, Dykinson, Madrid, 1.ª ed., 2018.
- ECHARRI CASI, F. J., «La problemática aplicación del artículo 129 Código Penal en la actualidad», en *Derecho Penal 2020*, E. Ortega Burgos (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2020.
- ECHEVERRIA BERECIARTUA, E., *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2021.
- FARALDO CABANA, P., «Sobre la irresponsabilidad penal de las sociedades instrumentales», en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, N. Rodríguez García y F. Rodríguez López (Eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2021.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, M. Bajo Fernández, B. J. Feijoo Sánchez y C. Gómez-Jara Díez, Civitas, Cizur Menor, 1.ª ed., 2012.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, M. Bajo Fernández, B. J. Feijoo Sánchez y C. Gómez-Jara Díez, Civitas, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Civitas, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *El delito fiscal en el Código Penal español*, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2021.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2020.

- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP. Respuesta penal a través del comiso», en *Cuestiones penales a debate*, P. Simón Castellano y A. Abadías Selma (Coords.), Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 2021.
- FUENTES OSORIO, J. L., *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 2023.
- FUENTES SORIANO, O., «Responsabilidad penal de la persona jurídica y *ne bis in idem*», en *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, J. L. Gómez Colomer (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019.
- GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16, 2011.
- GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2017.
- GALÁN MUÑOZ, A., «¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 35, 2021.
- GARCÍA ARÁN, M., «Art. 31 bis», en *Comentarios al Código Penal. Parte General*, J. Córdoba Roda y M. García Arán (Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 1.ª ed., 2011.
- GIL NOBAJAS, M. S., «Personas jurídicas *versus* entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 29, 2018.
- GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Civitas, Madrid, 1.ª ed., 2016.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2015.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1.ª ed., 2005.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, A. Jorge Barreiro (Coord.), Civitas, Madrid, 1.ª ed., 2005.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, J. Banacloche Palao, J.M. Zarzalejos Nieto y C. Gómez-Jara Díez, La Ley, Madrid, 1.ª ed., 2011.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8341, 2014.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 1.ª ed., 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2020.
- GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2014.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I., «Las consecuencias accesorias del art. 129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica», en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, J.M. Palma Herrera (Dir.), Dykinson, Madrid, 1.ª ed., 2014.
- GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016.
- GRACIA MARTÍN, L. y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Las consecuencias accesorias», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, M. A. Boldova Pasamar y C. Alastuey Dobón (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2023.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., «La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 43, 2017.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E., «Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales», en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 25, 2018.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E., «La aparente irresponsabilidad penal de las sociedades unipersonales», en *Cuestiones penales a debate*, P. Simón Castellano y A. Abadías Selma (Coords.), Bosch, Barcelona, 1.ª ed., 2021.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8368, 2014.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas y el principio de conservación y continuidad de la empresa», en *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*, S. Bacigalupo Saggese, B. J. Feijoo Sánchez y J. I. Echano Basaldúa (Coords.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1.ª ed., 2016.
- LEÓN ALAPONT, J., «La responsabilidad penal de los partidos políticos en España:

- ¿disfuncionalidad normativa?», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, 2017.
- LEÓN ALAPONT, J., «El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2018.
- LEÓN ALAPONT, J., «Decomiso y responsabilidad penal de los partidos políticos», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 52, 2018.
- LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019.
- LEÓN ALAPONT, J., «Personas jurídicas “imputables” e “inimputables” en el régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP: una breve divagación a raíz de la errática jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, n.º 10191, 2022.
- LEÓN ALAPONT, J., *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2023.
- LUZÓN CÁNOVAS, A., «Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 1.ª ed., 2018.
- MARTÍN SAGRADO, O., «El decomiso de las sociedades pantalla», en *Diario La Ley*, n.º 8768, 2016.
- MARTÍNEZ PARDO, V. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 26, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6.ª ed., 2022.
- MAYO CALDERÓN, B., «Las denominadas “penas” aplicables a las personas jurídicas», en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, M. A. Boldova Pasamar y C. Alastuey Dobón (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2023.
- MAZA MARTÍN, J. M., *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, La Ley, Madrid, 1.ª ed., 2018.
- MENDO ESTRELLA, A., «El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, 2017.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 10.ª ed., 2016.
- MORILLAS CUEVA, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anales de Derecho*, n.º 29, 2011.

- NEIRA PENA, A. M., «Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. Imputación, medidas cautelares y personas jurídicas meramente instrumentales», en *Ars Iuris Salmanticensis: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, Vol. 2, n.º 2, 2014.
- NEIRA PENA, A. M., *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, tesis doctoral (dirigida por A. J. Pérez-Cruz Martín y X.X. Ferreiro Baamonde), Universidade da Coruña, 2015.
- NEIRA PENA, A. M., «La aplicación jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones sobre la STS 154/2016, de 29 de febrero, primera sentencia de condena del TS frente a una persona jurídica», en *Diario La Ley*, n.º 8736, 2016.
- NEIRA PENA, A. M. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «España», en *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*, N. Rodríguez García (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2021.
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 1.ª ed., 2008.
- NIETO MARTÍN, A., «Ponencia», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, J. Dopico Gómez-Aller (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2012.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales», en *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, I. Ayala Gómez (Coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 1.ª ed., 2016.
- PALMA HERRERA, J. M., «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”», en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, J. M. Palma Herrera y R. Aguilera Gordillo, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2017.
- PÉREZ GONZÁLEZ, S., «Sobre la culpabilidad empresarial: notas para una coexistencia eficaz de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 40, 2020.
- PÉREZ MACHÍO, A. I., «Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, J. L. De la Cuesta Arzamendi (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2013.
- RAMÓN RIBAS, E., «Artículo 129», en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, G. Quintero Olivares (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 7.ª ed., 2016.
- ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, M. Ontiveros Alonso (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2014.

- ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales a entes colectivos», en *Las consecuencias jurídicas del delito*, L. Roca de Agapito (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2022.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2017.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 24, 2011.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., «Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación», en *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*, J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinosa Ceballos (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2013.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., «Personas jurídicas imputables e inimputables», en *Diario La Ley*, n.º 9849, 2021.
- SERRANO HOYO, G., «Programas de cumplimiento penal para la prevención del delito corporativo y decomiso de bienes y ganancias provenientes del mismo o de actividad delictiva previa propia o ajena a la persona jurídica», en *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, J. L. Gómez Colomer (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019.
- TUGUI, F. D., *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español. Un estudio teórico-práctico sobre el contenido y la aplicación del sistema de penas diseñado para las personas jurídicas*, Colex, A Coruña, 1.ª ed., 2022.
- URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 32, 2012.
- VELASCO NÚÑEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica (análisis de su jurisprudencia)*, Aranzadi, Cizur Menor, 1.ª ed., 2020.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, J. L. Gómez Colomer (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2019.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Retos de la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas reflexiones tras la STS 118/2020, de 12 de marzo», en *La Ley Compliance Penal*, n.º 2, 2020.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.ª ed., 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)», en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinosa Ceballos (Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 1.^a ed., 2015.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial», en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, L. Zúñiga Rodríguez (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1.^a ed., 2017.

El límite de responsabilidad (“límite de indemnización”) del porteador terrestre en el artículo 61.3 de la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías

The limit of liability (“limit of indemnity”) of the inland carrier in article 61.3 of the Law on the contract of carriage of goods by land

ESPERANZA PENDÓN PÉREZ

Contratada predoctoral de la Universidad de Cádiz. Programa de Doctorado en Derecho.

esperanza.pendon@uca.es

 <https://orcid.org/0009-0008-7826-4563>

Resumen: La limitación de la responsabilidad del porteador es una cuestión que goza de tradición en el ámbito de los transportes, nacionales e internacionales, no siempre completamente fundamentada. Nuestra reciente Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías ha dado entrada a esta figura en nuestro transporte nacional, siguiendo en general el ejemplo del Convenio de Ginebra de 1956, sobre transporte internacional de mercancías por carretera. Con ello, se logra la uniformidad en esta materia, considerando que en la actualidad el transporte por carretera nacional no precisa instituciones especiales frente al modelo de Ginebra. Sin embargo, la ley española introduce una novedad en ese régimen de responsabilidad, desconocida en la práctica, que ha suscitado algunos debates sobre su significado. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha analizado el artículo 61.3 de la ley, fijando los criterios para su interpretación. No obstante, y conociendo la oportunidad y la relevancia del criterio jurisprudencial, algunos de los argumentos empleados en la sentencia merecen una revisión crítica. Sobre todo, la sentencia merece una reflexión global que colme alguno de los extremos del precepto omitidos por la resolución judicial.

Recepción: 11/03/2024

Aceptación: 15/05/2024

Cómo citar este trabajo: PENDÓN PÉREZ, Esperanza, “El límite de responsabilidad (“límite de indemnización”) del porteador terrestre en el artículo 61.3 de la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 341-384, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.09>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 341-384

Abstract: *The limitation of the carrier’s liability is an issue that enjoys tradition in the field of national and international transport, not always fully founded. Our recent Law on the Contract of Carriage of Goods by Land has introduced this figure in our national transport, generally following the example of the 1956 Geneva Convention on International Carriage of Goods by Road. With this, uniformity is achieved in this matter, considering that at present the national road transport does not need special institutions compared to the Geneva model. However, the Spanish law introduces a novelty in this liability regime, unknown in practice, which has given rise to some debates on its meaning. A recent ruling of the Supreme Court has analyzed Article 61.3 of the law, establishing the criteria for its interpretation. However, and knowing the timeliness and relevance of the criteria and case law, some of the arguments used in the ruling deserve a critical review. Above all, the sentence deserves a global reflection that fills some of the extremes of the precept omitted by the judicial resolution.*

Palabras clave: transporte terrestre de mercancías, carta de porte, porteador terrestre, limitación de la responsabilidad, incremento del límite de la responsabilidad.

Keywords: *inland carriage of goods, waybill, inland carrier, limitation of liability, increase in the limit of the carrier’s liability.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO. 2. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD (O “DEL LÍMITE DE LA INDEMNIZACIÓN”) DEL PORTEADOR TERRESTRE. 2.1. La limitación de la responsabilidad en los transportes. Perspectiva general y Fundamento actual (la experiencia del transporte marítimo). 2.2. El régimen de la limitación de la responsabilidad en la LCTTM. 2.2.1. El régimen general. 2.2.2. La limitación (*quantum*) de la responsabilidad del porteador. 2.3. La “revisión” del régimen de responsabilidad del artículo 61 LCTTM. 2.4. La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre en los términos del artículo 61.3 LCTTM. 2.4.1. Introducción: estado actual de la cuestión. 2.4.2. La posición del Tribunal Supremo en relación con la “limitación de la indemnización” en el transporte terrestre. Fundamentos y crítica. 2.4.3. Propuesta de interpretación (y de revisión de la doctrina del Tribunal Supremo) del artículo 61.3 LCTTM. 3. A MODO DE RECOPIACIÓN Y CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

La limitación de la responsabilidad del porteador es una de las notas más características del Derecho de los transportes. Concebida inicialmente alrededor del transporte marítimo, el régimen de la limitación de la responsabilidad es en la actualidad un elemento esencial de la actividad del transporte y del régimen de actuación de los profesionales, tanto en la esfera nacional como en la internacional. Aunque sus fundamentos puedan encontrarse sometidos a una permanente revisión (incluso, su “denominación” misma –como se expondrá–, o su caracterización –como “privilegio” o como “beneficio”–), su mantenimiento se considera esencial para el correcto desarrollo de una actividad

que, encontrándose en la base misma del comercio, reclama uniformidad en su tratamiento internacional, certidumbre y estabilidad en su régimen profesional y una explotación en una forma eficiente para el comercio; todo ello, sin perjuicio de su adaptación a las novedades que impone la técnica y los nuevos modelos de contratos¹.

En el ámbito del transporte terrestre nacional de mercancías, la cuestión de la limitación de la responsabilidad ha conocido diversas perspectivas y regímenes desde el Código de comercio de 1829 hasta la actualidad, en los términos que dispone la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, *del contrato de transporte terrestre de mercancías* (LCTTM, en adelante)². En cada caso se ha tratado de adecuar el régimen del contrato y la realización del transporte a los contextos en los que se desarrolla dicha actividad profesional, las circunstancias técnicas que lo definen y lo condicionan, la indudable relevancia social y económica del transporte (que pone a disposición de los empresarios, y de los consumidores, materias primas y productos de consumo, cuya distribución permite) y, en general, a las exigencias del comercio mismo (nacional e internacional)³. En la actualidad, confluyen sobre el transporte normas de naturaleza

1 El estudio del régimen de la responsabilidad ha sido objeto de una extensísima aportación doctrinal, imposible de relacionar (o de seleccionar) en estas páginas; aunque pueden tomarse como referencias recientes, que recogen el devenir de la institución, en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *La limitación de la responsabilidad civil del naviero (análisis sistemático del derecho comparado y perspectivas de reforma del derecho español)*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Bilbao, 1996; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Studia Albornotiana, vol. LXXVII, Bolonia, 2001; PEINADO GARCIA, J. I., «Lección 36. El contrato de transporte terrestre» en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II* (dirs. MENÉNDEZ, A., ROJO, A.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 18.ª ed., 2020; BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. Contratos mercantiles. Derecho de los títulos-valores. Derecho concursal*, Tecnos, Madrid 19.ª ed., 2012. MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Régimen de responsabilidad del porteador: fundamento, supuestos y causas de exoneración», en *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, número 6, 2010, páginas 255-273.

2 Publicada en el BOE núm. 273, de 12 de noviembre; enlace permanente es el siguiente: <https://www.BOE.es/eli/es/l/2009/11/11/15/con>.

3 El Código de Comercio de 1829 contemplaba, por ejemplo, la posibilidad del abandono de los géneros en favor del porteador (artículo 227 del C. de c. de 1829: «No habiendo plazo prefijado para la entrega de los efectos, tendrá el porteador la obligación de conducirlos en el primer viaje que haga al punto donde debe entregarlos; y no haciéndolo, serán de su cargo los perjuicios que se ocasionen por la demora»). El abandono de los efectos transportados pasaría igualmente al Código de 1885 (con el siguiente tenor: artículo 371 «En los casos de retraso por culpa del porteador, a que se refieren los artículos precedentes, el consignatario podrá dejar por cuenta de aquél los efectos transportados, comunicándose por escrito antes de la llegada de los mismos al punto de su destino. Cuando tuviere lugar este abandono, el porteador satisfará el total importe de los efectos como si se hubieren perdido o extraviado. No verificándose el abandono, la indemnización de daños y perjuicios por los retrasos no podrá exceder del precio corriente que los efectos transportados tendrían en el día y lugar en que debían entregarse; observándose esto mismo en todos los demás casos en que esta indemnización sea debida»). Ello significaría ofrecer «al destinatario la posibilidad de equiparar los efectos del incumplimiento provisional de la prestación de transporte a los del incumplimiento definitivo, a diferencia de lo que acontece en el régimen vigente en el Derecho civil donde la mora, salvo supuestos excepcionales, no supone un incumplimiento definitivo de la prestación» (cfr. MARTÍN CASTRO, M. P., «La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre de mercancías», *Derecho de los negocios*, año n.º 9, n.º 97, 1998, pág. 49). Otras leyes posteriores, en el ámbito que les resulta

administrativa (la ordenación de la actividad⁴) y “especiales” del Derecho privado (la propia LCTTM, en el ámbito del contrato de transporte terrestre nacional) junto a las más generales que, como Derecho común, contempla el Código Civil (arts. 1.601 a 1.603 C.c.). La complejidad que caracteriza la actuación del profesional de esta actividad mercantil (el empresario del transporte, *porteador*) reclama un tratamiento “cualificado” en varios frentes. La normativa mercantil le proporciona al porteador ese estatuto especial (un régimen del contrato de transporte “propio”, adecuado a cada uno de los “medios” en los que desarrolla su actividad)⁵, sobre la

propio, han establecido igualmente especialidades en relación con los servicios de transporte; así, por todas, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de *Ordenación de los Transportes Terrestres*, y su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*, fijaron límites de responsabilidad del porteador (por ejemplo, en el texto original del Reglamento, hoy derogado, se establecía «1. Salvo que expresamente se pacten unas cuantías o condiciones diferentes, la responsabilidad de los transportistas de mercancías por los daños, pérdidas o averías que sufran éstas o por los retrasos en su entrega, estará limitada como máximo a la cantidad de 450 pesetas por kilogramo»).

4 *Vid.* Ley 16/1987, de 30 de julio, de *Ordenación de los Transportes Terrestres* (BOE núm. 182, de 31 de julio), desarrollada en numerosas disposiciones de diverso rango (*vid.* *Código del Transporte de Mercancías por Carretera*, preparado por la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; disponible en la siguiente dirección web:

https://www.BOE.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=327&modo=2¬a=0&tab=2).

5 Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse las siguientes normas, nacionales e internacionales, sobre la materia, en cada uno de los medios (y, en su caso, modos) en los que se desarrolle la operación de transporte. Normas que, en todos los casos (siguiendo el modelo consagrado para el transporte marítimo de mercancías), contienen preceptos específicos que limitan la responsabilidad del porteador:

En el ámbito del contrato de transporte terrestre internacional, el denominado CMR 1956 (Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956), cuyo Instrumento de Adhesión de España se publicó en el BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1974. La abreviatura del Convenio obedece a su denominación en francés: *Convention en Matière Routier* (*Convention relative au contrat de transport international de Marchandises par Route*).

En el contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril, el Convenio Internacional relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), hecho en Berna el 9 de mayo de 1980 (cuyo Instrumento de ratificación se publicó en el BOE núm. 16, de 18 de enero de 1986) y sus apéndices [Apéndice A-Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV) y Apéndice B-Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (CIM)].

En el ámbito del transporte aéreo nacional, la Ley 48/1960, de 21 de julio, *sobre Navegación Aérea*, publicada en el BOE núm. 176, de 23 de julio (véase su artículo 119). En el ámbito del transporte aéreo internacional, el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, de 1999 (Convenio de Montreal de 1999), cuyo Instrumento de ratificación se publicó en el BOE núm. 122, de 20 de mayo (véanse sus artículos 21 y 22).

En el ámbito del transporte marítimo internacional, en los términos de los artículos 277 (“Régimen de responsabilidad”) y siguientes de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de *Navegación Marítima* (BOE núm. 180, de 25 de julio: LNM, en adelante), se aplican los límites previstos en el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 25 de agosto de 1924 (Convenio de Bruselas de 1924, en adelante), publicado en la *Gaceta de Madrid* de 31 de julio de 1930 (modificado por los Protocolos de 1968 y de 1979, y cuyo Instrumento de Ratificación es de fecha de 16 de noviembre de 1981, publicados en el BOE núm. 36, de 11 de febrero de 1984).

En relación con “otras formas de transporte”, debe citarse el denominado “transporte multimodal”, que carece de normativa internacional en vigor, pero que toma como referencia el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, Ginebra, 24 de mayo

base del cumplimiento de los requisitos administrativos (de ordenación de la actividad) exigibles.

En ese marco normativo de las “formas” de transporte, uno de los elementos más característicos es la denominada “limitación de la responsabilidad” del porteador (en fechas más recientes, se prefiere la expresión “limitación de la deuda indemnizatoria”) resultado de su actuación “defectuosa” (incumplimiento de sus obligaciones contractuales). Frente al criterio tradicional, quizás esta nueva perspectiva de referencia a la limitación de la indemnización pudiera considerarse más correcta en términos estrictamente jurídicos y desde la perspectiva de los sistemas del *civil law*. Aunque, igualmente, no cabe duda de que rompe el criterio uniforme internacional, también consolidado en la práctica, de los textos internacionales y del Derecho comparado. Por nuestra parte, consideramos que ese cambio de “nomenclatura” no es necesario en nuestro sistema (nuestros textos legales y convencionales mantienen la denominación “clásica”) y nos aparta innecesariamente de la uniformidad internacional y de otros textos legales más recientes⁶.

En general, la doctrina considera que la normativa común contenida en el Código Civil no contempla reglas adecuadas a las necesidades del tráfico mercantil (de ahí la existencia misma de un Código de comercio, Derecho especial frente al Derecho común, y la propia normativa mercantil)⁷; en particular, en relación con los supuestos típicos y especiales de incumplimiento y de responsabilidad contractual del empresario de los transportes (pérdida, avería y retraso); sin perjuicio de que sí podrían ser útiles las normas civiles para parte de los “supuestos generales” de incumplimiento contractual⁸ (no así en relación, por ejemplo, con la medida de la diligencia

de 1980 (véase su artículo 18).

6 *Vid.* en este sentido, los artículos 282 y 283 de la Ley de Navegación Marítima que siguen optando por la expresión “limitación de la responsabilidad” del porteador.

7 *Vid.*, por todos, OLIVENCIA, M., «La autonomía del Derecho mercantil. La Constitución y el Derecho mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho mercantil», en *Derecho Mercantil. Vol. 1.º. Concepto y fuentes del Derecho mercantil. La empresa y el empresario. El empresario individual* (coords. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.ª ed., 2013, págs. 67-86.

8 Así lo reconocía expresamente el Preámbulo del Anteproyecto de Ley del Contrato de Transporte Terrestre (posteriormente, corregido y eliminada la referencia en la versión final de la Ley), cuya Memoria Justificativa exponía que «[...] sólo se han regulado los casos típicos de responsabilidad: Pérdida, avería y retraso, tal como hace el Convenio CMR (art. 44). Los demás incumplimientos del contrato de transporte quedan sometidos al régimen general del Código Civil. Merece destacarse el tercer apartado del artículo 44, ya que convierte en Derecho positivo uno de los principios generales de la normativa del transporte, también contenido en el Convenio CMR. En efecto, imputa al porteador los actos y omisiones de sus auxiliares, tanto dependientes como independientes». Cfr. *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año LXI, Suplemento al núm. 2041, de 15 de julio de 2007, sobre el Anteproyecto de Ley del Contrato de Transporte Terrestre, pág. 18.

La cuestión del incumplimiento contractual viene recogida en nuestro Código Civil en los artículos 1.101 y siguientes. Dispone el precepto primeramente citado, que «quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas». Coordinando el precepto con el resto de los que regulan el contrato (y las obligaciones), resulta que las partes deben cumplir con lo estipulado (art. 1258 C.c.), y que el incumplimiento del contrato (ya

profesional)⁹. Con estos “antecedentes”, la LCTTM dispone un “nuevo” sistema de responsabilidad del porteador (y de su régimen de limitación) que trae su origen *quasi* directo del CMR 1956, como reconoce la propia LCTTM en su Preámbulo¹⁰ y la jurisprudencia¹¹.

Varias sentencias se han pronunciado sobre el sistema de responsabilidad en la LCTTM (su artículo 61), aunque el número 3 del precepto seguía pendiente de un pronunciamiento detallado, que se ha producido por virtud de la STS 335/2020. La sentencia supone, en cierta medida, el “cierre” (provisional, en tanto en cuanto no se consolide la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia) de la interpretación jurisprudencial del régimen legal de la limitación de la responsabilidad del porteador; en particular, de los requisitos para su modificación por acuerdo entre las partes (porteador y cargador) en el ámbito del artículo 61.3 LCTTM¹². Ello justifica la relevancia del estudio que merece la sentencia pues, aunque no fija doctrina en

sea por dolo, ya sea por culpa) conlleva la indemnización de daños y perjuicios. Lo que explica la sucesión de especialidades previstas por los textos mercantiles en relación con el incumplimiento del porteador y las circunstancias de su responsabilidad contractual, en particular, en relación con su limitación.

9 En este sentido *Vid.*, por todos DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional», en *Derecho Mercantil*. Vol. 8.º. Transportes mercantiles, (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.ª ed., 2013, págs. 239-318; MARTÍN CASTRO, M. P., «La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre de mercancías», *Op. cit.*, págs. 35-58. También nuestra jurisprudencia asume estos principios: «Los límites [de responsabilidad] constituyen una excepción al principio general de nuestro Derecho Civil, según el cual el deudor debe indemnizar todo el daño causado (art. 1106 CC), que se entiende justificado por las consideraciones que hemos expresado en el fundamento anterior» (FD 4.º, número 1, STS 335/2020, de 12 de febrero de 2020; ECLI:ES:TS:2020:335; Id Cendoj: 28079119912020100002; STS 335/2020, en adelante).

10 En su punto II expresa: «En cuanto al modelo de política legislativa que se ha tenido en cuenta a la hora de redactar la ley, puede decirse que la misma adapta, en lo sustancial, el Derecho del contrato de transporte terrestre español al modelo que suponen los convenios internacionales en la materia, básicamente al Convenio de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) y a las Reglas Uniformes CIM/1999, siguiendo así el camino antes trazado por otros países europeos. La consideración que subyace a esta decisión es sin duda alguna la de reconocer que no resultan tan distintos, en el momento actual, el transporte internacional y el puramente interno, al que van destinados los preceptos de la presente ley»; aunque advirtiendo que ello no supone una ruptura con la tradición nacional, y reconociendo que el régimen internacional no agota todos los extremos que requiere la regulación del transporte terrestre. En el número III del mismo Preámbulo señala que «Una vez más, la influencia de los textos internacionales, fundamentalmente del CMR, se deja sentir muy profundamente en los preceptos dedicados a la responsabilidad del porteador por pérdidas, averías o retraso. Y es que, ciertamente, no se aprecian razones de peso para regular en términos muy distintos la responsabilidad del porteador en el ámbito internacional y en el nacional. Así, se acoge el mismo régimen de causas de exoneración, con la ya clásica distinción entre causas privilegiadas y ordinarias en atención a la existencia o no de facilidades probatorias».

11 *Vid.*, en este sentido, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 3710/2015, de 09 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3710; Id Cendoj: 28079110012015100447).

12 Como expresamente reconoce el propio Tribunal Supremo: «En su oposición al recurso de casación, la parte recurrida solicita su inadmisión, por falta de interés casacional. Sin embargo, dicha pretensión no puede ser atendida, desde el mismo momento que no existe jurisprudencia de esta sala sobre la cuestión jurídica controvertida, ni hemos interpretado todavía el art. 61.3 LCTTM» (F.D. 2.º, número 3, STS 335/2020).

sentido estricto, es obvio que define una línea argumental que, en general, asumirá en otras sentencias posteriores (y podrá conducir las decisiones de otras instancias ‘menores’ más adelante). La reflexión crítica sobre el dictado de la sentencia es necesaria, por tanto, para identificar posibles incorrecciones y aciertos en que se puede haber incurrido; o, en todo caso, y si procede, para plantear una revisión crítica del fallo del Tribunal Supremo. Así lo ha entendido la doctrina especializada, que ha considerado que la sentencia es merecedora de tales comentarios¹³.

2. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD (O “LÍMITE DE LA INDEMNIZACIÓN”) DEL PORTEADOR TERRESTRE

2.1. La limitación de la responsabilidad en los transportes. Perspectiva general y Fundamento actual (la experiencia del transporte marítimo)

Es el ámbito marítimo el primero en el que se contempla un régimen de responsabilidad limitado para el porteador; hasta el punto que generalmente se considera que uno de los elementos propios y definitorios del “ordenamiento marítimo”, que lo especializa (y, con ello, lo diferencia y separa de los demás), «es el principio reconocido universalmente, de la limitación de la responsabilidad del naviero»¹⁴. Es el medio marítimo, lógicamente, el ámbito en el que podría plantearse este principio, por las circunstancias peligrosas en las que se ha desarrollado tradicionalmente la navegación marítima (los denominados “riesgos de la navegación”, afrontando los marinos una verdadera “aventura marítima”) y porque el buque desarrolla su actividad de forma “autárquica”, fuera del control directo de su naviero quien, sin embargo, asumía las obligaciones (y la responsabilidad) derivada de la explotación comercial del buque y de la actuación del capitán y de la tripulación. Por ello, desde la Edad Media se considera al buque “un patrimonio separado” del resto de su “propietario”, y se limitaba la responsabilidad máxima del comerciante marítimo al propio buque (la denominada “fortuna de mar”, que supuso el denominado “abandono del buque” en favor de los acreedores del naviero). De forma paralela, el desarrollo del seguro (que, igualmente, trae sus orígenes del ámbito del comercio marítimo)¹⁵ permitió la

13 En este sentido, y desde una perspectiva jurídica y profesional, dando noticia sobre su relevancia, la sentencia ha sido comentada, entre otros, por DÍAZ MORENO, A., «Sentencia del Tribunal Supremo 99/2020: limitación legal de la responsabilidad del porteador terrestre y excepciones convencionales (art. 61 LCTTM)», disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/03/STS-99-2020-limitaci%C3%B3n-legal-de-la-responsabilidad-1.pdf>; también, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3 LCTTM», *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, n.º 25, 2020, págs. 51-77.

14 Cfr. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 3.ª edición, 2015, pág. 340.

15 *Vid.* por todos PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., ROMERO MATUTE, B., «Los seguros marítimos y aéreos», en *Derecho Mercantil*. Vol. 9.º. *Los contratos de seguro*, (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz

cobertura, en condiciones ventajosas, de la responsabilidad del porteador marítimo; de modo que unas primas adecuadas a la realidad del tráfico marítimo suponen, a la vez, un flete más reducido (y una flota más competitiva). En definitiva, buena parte del origen del comercio marítimo (que sigue siendo el mayoritario en los tiempos actuales)¹⁶ responde a la evolución conjunta de la limitación de la responsabilidad del porteador marítimo en el transporte y la paralela cobertura de los daños por el seguro, en el medio marítimo.

En cierta medida, sin embargo, esos principios son objeto de revisión en el momento actual, en la medida en que han sido superados por la evolución técnica y las condiciones del transporte marítimo: ha disminuido el riesgo en las operaciones marítimas (buques más seguros), y durante la navegación el naviero puede continuar ejerciendo, de hecho, un control casi directo e inmediato sobre la explotación del buque. De ahí que, revisada la clásica autarquía de la explotación del buque, el fundamento inicial de la limitación de la responsabilidad se encuentre igualmente bajo revisión; lo que no ha impedido que esta “institución” y sus principios se extiendan a otras formas de transporte y de operaciones, sobre la base de argumentos similares¹⁷. En el ámbito específico del transporte marítimo de mercancías, estrechamente conectado con el que se analiza, tras una larga evolución, la limitación de la responsabilidad del porteador marítimo quedó definida en el Convenio de Bruselas de 1924 (modificado por los Protocolos de 1968 y de 1979), como expresamente contempla la vigente Ley 14/2014, de 24 de julio, *de Navegación Marítima*¹⁸; y se ha fijado en la suma de 2 Derechos Especiales de Giro por kilogramo de mercancía (perdida o dañada) o 666,67 Derechos Especiales de Giro por bulto (unidad de manipulación

Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.^a ed., 2013, págs. 317 y ss.

16 *Vid.* UNCTAD, *Informe sobre el Transporte Marítimo 2023* (disponible en <https://unctad.org/es/publication/examen-del-transporte-maritimo-2023>), donde se indica que el transporte marítimo supone el 80% del volumen del comercio mundial.

17 Otros supuestos de limitación de responsabilidad propios del Derecho marítimo, cuyo estudio exceden de este trabajo son, por ejemplo, los que quedan bajo el ámbito de aplicación del Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976 (Instrumento de ratificación en *BOE* núm. 310, de 27 de diciembre de 1986), modificado por el Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo, 1976, hecho en Londres el 2 de mayo de 1996 (*Instrumento de adhesión* en *BOE* núm. 50, de 28 de febrero de 2005); normativa internacional a la que se remite expresamente la LNM, arts. 396 y ss. (en particular, art. 392 LNM).

18 Publicada en el *BOE* núm. 180, de 25 de julio, cuyo artículo 277 (“Régimen de responsabilidad”), en el ámbito de la responsabilidad del porteador por pérdida, daños o retraso en la entrega de la mercancía, dispone que «1. El porteador es responsable de todo daño o pérdida de las mercancías, así como del retraso en su entrega, causados mientras se encontraban bajo su custodia, de acuerdo con las disposiciones previstas en esta sección, las cuales se aplicarán imperativamente a todo contrato de transporte marítimo. [...] 2. Los contratos de transporte marítimo de mercancías, nacional o internacional, en régimen de conocimiento de embarque y la responsabilidad del porteador, se regirán por el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte y esta ley».

de la mercancía)¹⁹. Este es el ejemplo claramente seguido por el legislador nacional (y por los modelos internacionales²⁰) en relación con el transporte en sentido estricto.

Si los riesgos inherentes a la realización del transporte, en los términos expuestos, son la primera y fundamental causa del “reconocimiento” de la limitación de la responsabilidad, sobre la base de esos “principios” la doctrina ha ido identificando otros fundamentos, que permiten definir y justificar este “privilegio” de los porteadores y que, en buena medida, derivan de él (o de la experiencia que supone el transporte marítimo). Así, en el transporte aéreo se considera que «dicho límite constituye una compensación al estricto régimen de responsabilidad al que se encuentra sometido el porteador aéreo»²¹; argumento que, a la luz del régimen legal del contrato de transporte terrestre, quizás no sea oportuno reclamar como “similar”. No obstante, recuérdese que, nuevamente, en el ámbito del transporte marítimo, el “equilibrio” de intereses que logró el Convenio de Bruselas de 1924²² o, en otras palabras, la “contraprestación” al “beneficio” de la limitación de la responsabilidad que se reconoce al naviero era, precisamente, la imposición de obligaciones en relación con el transporte: asumía el porteador la prestación del transporte en mejores condiciones para los cargadores y destinatarios; sancionando su incumplimiento con la pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad²³. Se consiguió con ello excluir la práctica, muy consolidada en la época, de pactar (en realidad, imponer) cláusulas de exoneración de responsabilidad, abusivas, que beneficiaban al porteador en perjuicio del cargador. En definitiva, el convenio expresaba un “acuerdo” que imponía

19 El Derecho Especial de Giro (*Special Drawing Right*) es, simplificadaamente, la “moneda” (un activo de reserva internacional) creada por el Fondo Monetario Internacional (FMI), que se basa en una cesta de cinco monedas (el dólar de EE.UU., el euro, el renminbi chino, el yen japonés y la libra esterlina), cada una en una proporción dada, que proporciona una media sumamente estable para las operaciones internacionales propias del FMI. *Vid.* más información en: <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/14/51/Special-Drawing-Right-SDR>.

20 *Vid.*, en este sentido, el artículo 4.5^o.d) del Convenio de Bruselas de 1924, el artículo 23 («Conversión de las unidades monetarias») del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, Montreal, 1999 (Convenio de Montreal), el artículo 26 («Unidad de cuenta») del Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo) o el artículo 59.3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, Nueva York, 2008 (Reglas de Rotterdam). Todos estos convenios internacionales contemplan, en sus artículos respectivos, el Derecho Especial de Giro como moneda o unidad de cuenta.

21 Cfr. MARTÍN CASTRO, M.P., «La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre de mercancías», *Op. cit.*, pág. 37.

22 “Equilibrio” logrado en medio de una compleja situación mundial, que afectaba en particular al transporte marítimo de mercancías, y que justificó la elaboración de diversas leyes nacionales. Entre las más conocidas, la *Harter Act* en Norteamérica, las denominada “Reglas de La Haya de 1921” y, finalmente, el citado Convenio de Bruselas.

23 El artículo 4.º.5 del Convenio de Bruselas de 1924, modificado en este punto por el Protocolo de 1968, dispone que «e) Ni el porteador ni el buque tendrán derecho a beneficiarse de la limitación de responsabilidad establecida en este párrafo si se demuestra que los daños se deben a una acción u omisión del porteador que ha tenido lugar, ya con intención de provocar daños, ya temerariamente y a sabiendas de que probablemente se producirían daños».

la limitación de la autonomía de la voluntad contractual del porteador (*freedom of contract*) a cambio del citado privilegio; de ahí el carácter imperativo del Convenio de Bruselas de 1924²⁴.

Sobre la base de estos dos argumentos principales, la doctrina ha propuesto otros fundamentos del régimen excepcional que significa la limitación de la responsabilidad. Así, se ha afirmado que también podría considerarse que, desde una perspectiva puramente contractual, el porteador, «como mero deudor de una prestación de entrega de las mercancías al destinatario, responde de forma rigurosa de los daños causados a la mercancía durante el transporte, conforme a una configuración cuasi objetiva [...]. Por ello, no es de extrañar que para compensar dicha exigente responsabilidad responda de manera limitada de tales perjuicios, a fin de que la regulación del contrato de transporte terrestre resulte más equilibrada entre las partes»²⁵. Sin embargo, y al margen de que la prestación del porteador no sólo es la entrega (corrección: el traslado) de la mercancía sino, al mismo tiempo, también su custodia, cabría cuestionarse por qué la actuación profesional y diligente del porteador debería “recompensarse” con esa limitación de responsabilidad que, sin embargo, no se contempla para otros empresarios (por ejemplo, y entre otros, el de depósitos, contrato que se encuentra presente, por la custodia, en el contrato de transporte)²⁶.

Igualmente, parece que en ocasiones se ha simplificado la perspectiva económica del contrato de transporte, cuando se afirma que «desde una óptica estrictamente económica, no parece razonable que el porteador deba responder por el importe íntegro del valor de los daños causados a dichas mercancías, cuando la percepción que recibe por llevar a cabo dicho desplazamiento es la misma, independientemente del valor de la mercancía transportada»²⁷. Esta reflexión no parece atender adecuadamente al hecho de que el cargador puede declarar el valor de las mercancías (siendo entonces ese importe el que determina la responsabilidad del porteador; esta posibilidad,

24 *Vid.*, por todos, PADILLA GONZÁLEZ, R., PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., «El contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque», en *Derecho Mercantil. Vol. 8.º. Transportes mercantiles*, (coords. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.^a ed., 2013, págs. 401 y ss.

25 Cfr. EMPARANZA SOBEJANO, A., «Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3 LCTTM», *Op. cit.*, pág. 54.

26 Supuestos relativamente recientes (así, la limitación de responsabilidad contemplada en el artículo 8.º de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en relación con la vivienda habitual del deudor) constituyen auténticas excepciones, económicas (apoyo al “emprendimiento”) y sociales (por tratarse de la vivienda habitual), extravagantes en un sistema de Derecho privado, de las que no puede extraerse conclusiones válidas aplicables al régimen general de la actividad comercial. Igualmente, cuando se establecen límites o cantidades de referencia en operaciones con consumidores, de marcado carácter tuitivo (y en exclusiva protección de éstos): los fundamentos están en este caso también muy alejados de la prestación de servicios empresariales y comerciales (ámbito propio del Derecho mercantil).

27 Cfr. EMPARANZA SOBEJANO, A., «Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3 LCTTM», *Op. cit.*, pág. 54.

prevista en otros transportes²⁸, se contempla igualmente en la LCTTM, artículo 61.1²⁹). Tampoco parece tomar en consideración la cuestión previa de que el sistema de tarifas (que supone la aplicación por igual de precios del transporte a todos los cargadores que se encuentren en un “rango” de peso, volumen, etc.) es diseñado, precisamente, por el porteador, en el seno de su propia organización empresarial (calculando costes y beneficios de su propia explotación empresarial, de la que como comerciante y titular de la empresa hace su “modo de vida”); y no parece que deba “beneficiarse” de sus propias decisiones organizativas profesionales, pues en eso (en el riesgo de su propia actividad) se encuentra la esencia del concepto y la condición de empresario mercantil.

Estrechamente relacionadas con las reflexiones anteriores, se afirma que, desconociendo con frecuencia el porteador el valor (y la naturaleza misma) de las cosas que transporta, «no parece justificable que el porteador deba responder de los daños causados a las mercancías de forma íntegra, de acuerdo a su valor, cuando lo ignora y carece, por tanto, de los datos necesarios para poder asegurarla debidamente o, en su caso, rehusar su envío, si su valor resultara especialmente alto»³⁰. Aunque es cierto que, como se ha apuntado más arriba, el cargador puede declarar (y probar, por los medios que estén a su alcance; por ejemplo, la factura) el valor de la mercancía (ajustando entonces el porteador el precio del transporte), también lo es que en el modelo actual de transporte se estandarizan los envíos y los paquetes, siendo imposible en la práctica verificar los extremos de la mercancía que se transporta (a pesar de que es una obligación del porteador verificar sus condiciones). Piénsese en el uso de cajas modelo o bultos “uniformes” (envíos de empresas de paquetería, incluidas las que realizan su propia distribución, por ejemplo; o del servicio oficial de Correos) o, en ámbitos de mayor volumen de actividad, en el uso del contenedor (cuyo contenido, en efecto, suele ignorarse –a pesar de la *packing list*, meramente informativa–, salvo en los transportes “especiales”, como los contenedores refrigerados). Uniformar tarifas, rutas, precios, condiciones, envíos... parece ser la mejor forma de realizar el transporte en estos momentos, que garantizaría una “paridad de tratamiento” en la rápida liquidación de los daños³¹; sin perjuicio de que ocasionalmente las partes

28 Para el transporte marítimo, a modo de ejemplo, en el artículo 248.1.3.º LNM («Menciones obligatorias del conocimiento de embarque. [...] Si lo hubiera solicitado el cargador, se incluirá el valor que tuvieren [...]») y en el artículo 282.1 LNM («La responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías transportadas estará limitada, salvo que en el conocimiento de embarque se haya declarado el valor real de tales mercancías [...]»), siendo una exigencia del citado Convenio de Bruselas de 1924, artículo 4.º, número 5).

29 El primer apartado del artículo 61 LCTTM («Declaración de valor y de interés especial en la entrega») dispone «1. El cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el valor de las mercancías, que sustituirá al límite de indemnización previsto siempre que sea superior a él».

30 Cfr. EMPARANZA SOBEJANO, A., «Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3 LCTTM», *Op. cit.*, pág. 55.

31 *Vid.* MARTÍN CASTRO, M. P., «La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre de mercancías», *Op. cit.*, pág. 37.

acuerden otros extremos en transportes que requieran un régimen especial.

Estas reflexiones, con los matices que en cada caso se quiera, confluyen en el aseguramiento de la responsabilidad del porteador (seguro de responsabilidad civil) y, por extensión, en la de los daños que sufra las mercancías (seguro de mercancías o de transportes) y el perjuicio que experimente el destinatario. Siendo posible calcular *a priori* la eventual responsabilidad que derive de la prestación del transporte, será posible calcular el importe de su aseguramiento (previendo el empresario su coste en la gestión de su negocio y, con ello, en las tarifas que debe cobrar a sus clientes); mientras que el perjuicio que sufra el destinatario de la mercancía podrá resarcirse en los términos de su cobertura. El seguro de responsabilidad civil y el seguro de transportes (mercancías) son, por tanto, elementos esenciales en la prestación del transporte.

En cualquier caso, la cuestión de la limitación de la responsabilidad del porteador, aún cuestionada y revisada en algunos de sus extremos, sigue siendo una figura esencial del régimen de los transportes y, por extensión, «del tráfico económico, como un principio general, constituyendo el principio contrario (el de responsabilidad universal) una excepción»³².

2.2. El régimen de la limitación de la responsabilidad en la LCTTM

El análisis del régimen de la limitación de la responsabilidad del porteador terrestre requiere la brevísima referencia a sus obligaciones principales y, junto a estas, la de los supuestos de incumplimiento. Nos referimos solamente al ámbito de la responsabilidad contractual, en los términos en que la contempla, con su régimen especial, la LCTTM (*lex specialis* en relación con el Código de Comercio). A su vez, la propia LCTTM establece un régimen especial frente a las normas generales de la responsabilidad contractual en determinados supuestos, como advierte el número 2 del artículo 47 LCTTM (“Supuestos de responsabilidad”)³³.

Dentro de estos términos, las obligaciones básicas del porteador son las de 1) trasladar las cosas desde el lugar en que las recibió hasta el destino pactado, entregándolas al destinatario previsto (transporte, en sentido estricto); 2) guardar y conservar las mercancías objeto del transporte (custodia).³⁴ Las prestaciones “típicas” del por-

32 Cfr. MARTÍN CASTRO, M. P., «La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre de mercancías», *Op. cit.*, pág. 37.

33 El apartado segundo del artículo 47 LCTTM («Supuestos de responsabilidad») dispone que «A falta de regulación específica, el incumplimiento por el porteador de otras obligaciones derivadas del contrato de transporte se regirá por las normas generales de la responsabilidad contractual».

34 Así lo contempla expresamente la LCTTM, en su artículo 28 (cuya rúbrica es, precisamente, «custodia y transporte»), en los siguientes términos: «1. El porteador está obligado a guardar y conservar las mercancías objeto de transporte desde que las recibe en origen hasta que las entrega en destino, de conformidad con lo estipulado en el contrato y las disposiciones de esta ley. 2. El porteador asume la obligación de conducir a destino las mercancías objeto de transporte para su entrega al

teador permiten delimitar los supuestos más frecuentes y relevantes, en el sistema de los transportes, de incumplimiento del porteador, que el *legislador* ha decidido contemplar en preceptos específicos.

2.2.1. El régimen general

El régimen de la “responsabilidad del porteador” terrestre se regula, bajo esa misma rúbrica, en el Capítulo V LCTTM, arts. 46 a 63. El primero de esos preceptos dispone, en su número 1, que «Las disposiciones de este capítulo tienen carácter imperativo»; *sancionando* de hecho con la nulidad («serán ineficaces y se tendrán por no puestas») las estipulaciones contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen legal de la responsabilidad en beneficio del porteador (art. 46.2 LCTTM).

Sin embargo, la propia LCTTM prevé la posibilidad de que, por acuerdo de las partes, pueda “agravarse” la responsabilidad del porteador, “relajando” la protección que supone el beneficio de la limitación de la responsabilidad (artículo 57 LCTTM). Precisamente, el objeto de estas páginas es el análisis del precepto que contempla tal posibilidad: el artículo 61 LCTTM prevé tres formas distintas de incrementar (o alterar) el régimen de la responsabilidad del porteador, elevando el límite de la indemnización. Lo que implica que el alcance de la *imperatividad* del artículo 46 LCTTM debe interpretarse sólo en el sentido de excluir las “mejoras” (la disminución) de la responsabilidad del porteador en su beneficio³⁵; en definitiva, limitar al marco legal la posibilidad de “pactar” (o de imponer el porteador) cláusulas de exoneración o de reducción de su propia responsabilidad, y no a las que supongan su “incremento” (mejora de la posición del contratante “débil”). Esta posición es, igualmente, común en la jurisprudencia³⁶.

destinatario».

El propio precepto, y en menor medida otros distribuidos en la Ley, establece otras obligaciones, si bien en general deben considerarse complementarias o accesorias de las indicadas; así, en el mismo artículo se prevé que «Salvo que se hubiese pactado un itinerario concreto, el porteador habrá de conducir las mercancías por la ruta más adecuada atendiendo a las circunstancias de la operación y a las características de las mercancías. 3. El porteador también se obliga a cumplir las demás prestaciones complementarias o accesorias que haya asumido con motivo u ocasión del transporte, en los términos y condiciones pactados en el contrato». En el mismo sentido *Vid.*, por todos, DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional», *Op. cit.*, pág. 292-293.

35 *Vid.*, por todos, DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional», *Op. cit.*, págs. 293 y 294, quien se fundamenta, además, en la redacción original del texto, tal y como figura en el Anteproyecto de la Ley. En efecto, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se advertía que «En primer lugar, se ha atribuido carácter imperativo a las normas sobre la responsabilidad del porteador (art. 43). Se trata, sin embargo, de una imperatividad de mínimos, a diferencia del Convenio CMR, pues se permite que el porteador asuma una responsabilidad más agravada»; y añadía expresamente al número 2 del artículo 43 (cuyo mandato se corresponde con el actual artículo 46) que «No obstante, el porteador podrá asumir una responsabilidad superior y unas obligaciones más amplias que las previstas en este capítulo».

36 *Vid.*, por todas, la STS 335/2020, que en su FD 4.º, número 2 declara que «Respecto de la regla general de imperatividad en la regulación de la responsabilidad del porteador que establece el art. 46 LCTTM, se hace una excepción, en favor de la autonomía contractual de las partes, mediante la

Así, el incumplimiento de la obligación de custodia, cuyo régimen deriva de la responsabilidad que asume el porteador *ex recepto* (devolución en destino en el mismo estado en que recibió las mercancías, según expresa la carta de porte)³⁷, se contempla en el artículo 47.1 LCTTM, que dispone que «El porteador responderá de la pérdida total o parcial de las mercancías, así como de las averías que sufran, desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino». Mientras que para el cumplimiento puntual (ejecución de la prestación de transporte en el tiempo pactado) del contrato, el mismo precepto dispone, en su segunda frase, que «Asimismo, el porteador responderá de los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte conforme a lo previsto en esta ley». Pudiendo ser responsable el porteador simultáneamente por ambos conceptos, como prevé el artículo 57 LCTTM³⁸. Nótese el paralelismo entre esta regulación (y en la *ratio* que justifica la norma) y la solución que, en el ámbito marítimo, ya era conocida³⁹, y que ha sido incorporada recientemente a nuestra LNM⁴⁰.

El régimen de responsabilidad así definido, aparentemente *objetivo* en sus planteamientos, no prescinde en realidad de una valoración *subjetiva*, pues la Ley contempla entre las denominadas *causas ordinarias* (o *generales*) de exoneración del transportista (art. 48 LCTTM) la prueba de que «la pérdida, la avería o el retraso han sido ocasionados por culpa del cargador o del destinatario, por una instrucción de éstos no motivada por una acción negligente del porteador, por vicio propio de las mercancías o por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir». La ley, además, contempla en su artículo 49 diversas presunciones (*iuris tantum*) de exoneración (*causas privilegiadas*, porque exigen su reconocimiento expreso en la Ley y sólo en esta traen su fundamento), siempre con la referencia de

posibilidad de pactar en el contrato cantidades máximas distintas a las que resultan de aplicar las fórmulas legales de cálculo, según previene el art. 61 LCTTM [...].»

37 *Vid.* el artículo 34 LCTTM («Estado de las mercancías en el momento de entrega al destinatario»: «1. La mercancía transportada deberá ser entregada al destinatario en el mismo estado en que se hallaba al ser recibida por el porteador, sin pérdida ni menoscabo alguno, atendiendo a las condiciones y a la descripción de la misma que resultan de la carta de porte». El artículo 1.601 C.c., fiel a la época en la que se redactó, dispone que «Los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones que respecto a los posaderos se determinan en los artículos 1.783 y 1.784».

38 El artículo 57 LCCTM dispone lo siguiente «En caso de concurrencia de indemnizaciones por varios de estos conceptos, el importe total a satisfacer por el porteador no superará la suma debida en caso de pérdida total de las mercancías».

39 *Vid.* MARTÍN CASTRO, M. P., «Aproximación al estudio de la nueva disciplina del retraso consagrada en la ley de navegación marítima», en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil: la reforma europea del derecho de sociedades y del Derecho concursal* (coord. Puy Fernández, M. G.), Madrid, Marcial Pons, 1ª edición, 2018, págs. 281-300.

40 Así, el régimen de la responsabilidad del porteador marítimo previsto en los artículos 277 y ss. LNM. En particular, el artículo 280 LNM define el retraso en la entrega; y en esos términos el artículo 283 LNM regula la limitación de la responsabilidad correspondiente. Similares reglas encontramos en las Reglas de Hamburgo, en particular en el artículo 6. Igualmente, en el transporte ferroviario (artículo 33.4 COTIF), entre otros textos internacionales.

la actuación del cargador (en los embalajes, la carga, los acuerdos alcanzados con el porteador, etc.) o de circunstancias referidas a la naturaleza misma de las mercancías que se transportan; circunstancias que, por lo tanto, no obedecen en exclusiva a la actuación (y, en su caso, al incumplimiento) del porteador⁴¹. En todo caso, deberá probarse tanto la causa de exoneración que se alega como la relación de causalidad con el daño que experimente la mercancía o con el retraso que sufra el transporte.

2.2.2. La limitación (*quantum*) de la responsabilidad del porteador

Sobre las bases expuestas, el artículo 57 LCTTM establece los límites de la responsabilidad del porteador. La Ley utiliza la expresión más “clásica” (limitación de la responsabilidad), que encuentra sus orígenes (como se ha señalado) en el Derecho marítimo y ha sido generalmente aceptada por la doctrina, nacional e internacional. Figura así, por ejemplo, en los diversos convenios internacionales a los que se ha hecho referencia más arriba, por lo que goza de indudable tradición. No obstante, la expresión no implica un pronunciamiento sobre la naturaleza de la institución, sino la mera descripción de su “resultado”: aplicando el criterio legal, existe un importe máximo que el porteador deberá abonar al destinatario (o a quien proceda). Por lo que, frente a la expresión de

41 *Vid.* más ampliamente DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional», *Op. cit.*, págs. 295 y 296, que expone dos diferencias fundamentales entre los dos preceptos: la primera, que el ámbito de aplicación del artículo 49 LCTTM se restringe a los daños y averías (no se aplican, por tanto, al retraso); la segunda, en relación con la carga de la prueba, pues mientras que el artículo 49 LCTTM establece una presunción *iuris tantum* (la mera constatación del hecho, junto con la existencia del daño, permite reclamar la exoneración), en el ámbito del artículo 48 LCTTM se deberá probar la relación de causalidad entre el daño y la circunstancia alegada.

En este sentido, *vid.* por todas la SAP de Tarragona 1672/2020, de 1 de diciembre de 2020: «El vigente sistema de responsabilidad previsto en la Ley 15/2009, de transportes terrestre por carretera, establece un límite a la indemnización por pérdida o avería que no puede exceder de un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de la mercancía perdida o dañada (art. 5), pudiendo valerse de las causas de exoneración que establece el art. 48, las que el porteador debe probar, así como de las presunciones de exoneración a que se refiere el art. 49.

Sin embargo, conforme al art. 62 LCTTM, la limitación de responsabilidad del porteador no opera cuando el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción. Se trata de una norma de carácter imperativo, y las partes no pueden excluir, limitar o invertir la carga de la prueba, como el propio precepto señala. Por otra parte, los contratantes pueden pactar, contra el pago de un suplemento del precio consignado en la carta de porte, el aumento del límite de indemnización, lo que permite obtener un resarcimiento adicional, así como declarar en la misma el montante de un interés especial en la entrega de la mercancía para casos de pérdida, avería o retraso (art. 61 LCTTM).

4. Las consecuencias que derivan del incumplimiento contractual del que ocasiona el daño exigen, como en todo régimen de responsabilidad, de la actuación ilícita, del resultado perjudicial para el cargador y de la necesaria relación de causalidad. El art. 62 de la Ley supone la aplicación de un régimen de agravación de la responsabilidad al contrato de transporte incumplido o defectuosamente cumplido (STS 382/2015, de 9 julio y 399/2015, de 10 julio). Ello al margen de la responsabilidad que, con carácter general, tiene el porteador por el incumplimiento de otras obligaciones derivadas del contrato de transporte que se regirá por las normas generales de la responsabilidad contractual (art. 47 LCTTM)».

“responsabilidad universal” se formula la de “responsabilidad limitada” (referido no al “concepto”, calificación del incumplimiento, sino al *quantum*, importe con el que debe indemnizarse). Recientemente, la doctrina ha reflexionado sobre esta cuestión⁴², reconociendo que, en efecto, se trata de limitar el importe de la indemnización. No obstante, la expresión “tradicional” ni se contrapone a esa precisión ni cuestiona ni “llama a engaño” sobre su significado, definido con precisión durante décadas y uniforme e internacionalmente aceptados en el mundo⁴³.

El límite de esos importes se establece en el artículo 57 LCTTM; mientras que el artículo 62 LCTTM dispone los supuestos de la “pérdida del beneficio de limitación” de la responsabilidad⁴⁴. Nótese a estos efectos, por tanto, cómo la Ley, más reciente que los textos internacionales cuya referencia acoge, mantiene la terminología más clásica sobre esta *institución*. En efecto, quizás en los ordenamientos del *civil law*, particularmente el español, la referencia a la “limitación del importe de la indemnización” pudiese considerarse más precisa; pero sobre la base de la certidumbre que aporta la tradición no puede considerarse “incorrecta” la expresión de la limitación de la responsabilidad. Por ello, quizás la precisión pueda resultar útil a efectos de operaciones internas (o domésticas), sin perjuicio de que la “limitación de la responsabilidad” ni sea engañosa ni produzca confusión, dada su sólida implantación. Sin embargo, desde luego, cuando se trate de operaciones internacionales, en todo caso, la referencia más correcta será la de “limitación de la responsabilidad”, no sólo porque es la consagrada en todos los convenios internacionales (incluso el CMR del que trae causa la propia LCTTM), sino porque es igualmente la asentada en los ordenamientos comparados, más fácilmente aprehensible por los ordenamientos del *common law* y la que se recoge en los documentos que elabora la práctica internacional, los profesionales y las organizaciones internacionales⁴⁵.

42 *Vid.* por todos MARTÍN CASTRO, M. P., «La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre de mercancías», *Op. cit.*, pág. 36.

43 Más recientemente, alguna jurisprudencia parece hacer suya esta distinción, prefiriendo (sin un fundamento jurídico preciso) la expresión “límite de la indemnización”. Así, la STS 335/2020, en su Fundamento de Derecho tercero, número 4, concluye que «En sentido estricto, los límites cuantitativos son limitaciones de la deuda indemnizatoria y no una limitación de la responsabilidad del porteador». La sentencia continúa, en el mismo sitio, sintetizando los criterios legales requeridos para aplicar este beneficio al porteador: «Para que se apliquen tales límites, previamente el porteador debe ser declarado responsable, ya sea por pérdida, daño, retraso, falta de entrega, entrega errónea o entrega de la mercancía de manera diferente a lo pactado. Una vez declarada la responsabilidad, debe valorarse el daño causado. Y, por último, se establecerá la condena a indemnizar hasta el límite máximo que resulte tras la aplicación de las reglas de limitación de responsabilidad establecidas por la legislación internacional o nacional aplicable; o, su menor valor, si no alcanza tales límites».

44 Dispone el artículo que «No se aplicarán las normas del presente capítulo que excluyan o limiten la responsabilidad del porteador o que inviertan la carga de la prueba, cuando el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción».

45 En páginas anteriores ya se ha hecho referencia a algunos convenios internacionales y la opción que en ellos se acoge; otros textos internacionales, de diversa naturaleza, mantienen el mismo criterio:

Excluido el análisis del artículo 62 LCTTM por exceder del objeto de esta investigación, procede ahora referirnos a las cantidades contempladas como importes indemnizatorios. En concreto, el artículo 57 LCTTM establece el límite máximo del precio del transporte para la indemnización por los perjuicios derivados de retraso (art. 57.2 LCTTM)⁴⁶; mientras que para la indemnización por pérdida o avería, el límite máximo se establece por referencia al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada; no pudiendo superar un tercio de dicho indicador (art. 57.1 LCTTM)⁴⁷.

El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice creado por Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, *para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía*⁴⁸, concebido para establecer los umbrales de referencia para la concesión de ayudas, subvenciones o el subsidio de desempleo⁴⁹, entre otros casos. Su finalidad era la de sustituir al Salario Mínimo Interprofesional (que quedaría limitado al ámbito laboral), indicador tradicionalmente empleado para el cálculo de las cantidades de esas ayudas públicas. Su importe se actualiza anualmente, en la Ley de Presupuestos; por lo que su “vigencia” es anual⁵⁰. En la actualidad, la Disposición adicional nonagésima («Determinación del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) para 2023») de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, *de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023*⁵¹, ha incrementado la cuantía del IPREM diario, que queda fijado en 20 euros/día⁵².

en el ámbito específico del transporte, *Vid.*, por todos, la *Disposición relativa a la unidad de cuenta y disposiciones para el ajuste de la limitación de la responsabilidad en convenios internacionales sobre transportes y responsabilidad* (1982) Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 y correcciones (A/37/17 y Corr.1 y 2), párr. 63 Anuario de la CNUDMI, vol. XIII: 1982, primera parte, sección A, párr. 63; o, en un ámbito genérico, en los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2016 (Principio 5.2.3).

46 El segundo apartado del artículo 57 LCTTM dispone: «La indemnización por los perjuicios derivados de retraso no excederá del precio del transporte».

47 El primer apartado del artículo 57 LCTTM dispone: «La indemnización por pérdida o avería no podrá exceder de un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada».

48 Publicado en el *BOE* núm. 154, de 26 de junio.

49 La página *web* (véase más detalles en <https://www.iprem.com.es/>) hace referencia a becas, colegios, guarderías, justicia gratuita.

50 El artículo 2.º de la norma («Establecimiento de un indicador público de renta de efectos múltiples») establece los extremos básicos de este índice: «1. Para que pueda utilizarse como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos, y pueda sustituir en esta función al salario mínimo interprofesional, se crea el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). 2. Anualmente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se determinará la cuantía del citado indicador teniendo en cuenta, al menos, la previsión u objetivo de inflación utilizados en ella. Con anterioridad a la aprobación del proyecto de Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno consultará a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la cuantía del IPREM».

51 Publicada en el *BOE* núm. 308, de 24 de diciembre de 2022.

52 La norma fija, además, los importes mensual (600 euros) y anual (7.200 euros) del IPREM, aunque estos importes no son relevantes en materia de transporte.

Nótese que la elección por el legislador español de ese “extraño” índice (concebido para fines muy diversos de los propios de la actividad mercantil, privada por su propia naturaleza y ajeno a cualquier otro contrato o actividad empresarial) supuso un alejamiento, deliberado, de los modelos internacionales, tantas veces reclamados; en particular, el CMR 1956. En efecto, aunque la versión original del CMR 1956 establecía el límite de la indemnización en francos/oro (en la forma que contemplaba el artículo 23 del Convenio en su versión original), la modificación operada por el artículo 2.º del Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978⁵³ fijó la indemnización en 8,33 Derechos Especiales de Giro por kilogramo de mercancía. Este es, precisamente, el importe que contemplaba el Anteproyecto de la Ley (en su artículo 54)⁵⁴, que finalmente fue excluido, desplazando una unidad de cuenta ampliamente conocida en el tráfico internacional (como se ha visto, está presente en todos los convenios internacionales, incluidos los que se han reformado desde la década de los sesenta del s. XX) por uno desconocido en la práctica internacional, de “corte doméstico” y ajeno (en su concepción misma y en su aplicación) a la actividad mercantil. Supone un exceso del intervencionismo de corte administrativo en una actividad mercantil y privada que se aparta incluso de la propia tradición de ordenación administrativa de la actividad⁵⁵.

En cualquier caso, siempre que no proceda la aplicación del art. 62 LCTTM –pérdida del beneficio de la limitación-, o que no se haya pactado, en los términos del artículo 61 LCTTM, unos importes distintos (como hemos señalado, elevando su cuantía), el régimen *legal* de limitación de la responsabilidad del transportista por

53 Instrumento de ratificación de 23 de septiembre de 1982, *BOE* núm. 303, de 18 de diciembre de 1982.

54 Puede consultarse el Anteproyecto en la siguiente dirección:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2335108.pdf>

55 La orden actual, la Orden FOM/1882/2012, de 1 de agosto, por la que se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera, dictada en aplicación de la LCTTM, acoge (no podía ser de otra manera) la referencia IMPREM. Esta Orden es, en buena medida, la “actualización” de la Orden de 25 abril de 1997, por la que se establecen las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera. Sin necesidad de analizar ahora los evidentes excesos de la Orden, esencialmente coincidentes en las dos “versiones”, cabe recordar que la Orden de 1997 hacía referencia a un importe fijo (450 pesetas por kilogramo) o, bien, a un índice conocido y asentado (aunque igualmente extravagante) como era el Salario Mínimo Interprofesional. La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres contemplaba en su artículo 23.1 (tras la modificación que supuso la Ley 29/2003, de 8 de octubre, *sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, por la que se modifica, parcialmente, la Ley 16/1987 de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres*) un límite de responsabilidad de 4,5 euros por kilogramo.

El cambio de criterio ha sido favorablemente acogido por algún sector doctrinal (*Vid.* por todos PETIT LAVALL, M. V., «Límites de la indemnización», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Terrestre (Dirs. Duque Domínguez, J.F., y Martínez Sanz, F., coords. Emparanza Sobejano, A. y Petit Lavall, M. V.), Cizur Menor, Thomson Reuters, 1ª edición, 2010, págs. 683 y ss.), sobre la base de la revisión anual que procura. No obstante, nada impediría que cualquier otro criterio adoptado (incluso partiendo de una cantidad fija) fuera revisado con arreglo a cualquier índice que se considerara oportuno (habitualmente, el IPC).

la pérdida o la avería de las mercancías transportadas no podrá superar los 6,667 euros/kg durante el año 2023.

Como se ha señalado, los importes fijados por la Ley son los máximos que deberá abonar el porteador, en su caso; y, salvo en el supuesto de retraso, se calculan sobre la base del peso de la mercancía. En relación con esta cuestión, téngase en cuenta que el límite de la responsabilidad se calcula sobre el peso *bruto* de la mercancía (así lo establece expresamente el artículo 57.1 LCTTM). El peso relevante se estima conjuntamente sobre la base de la mercancía misma y el embalaje que la protege y facilita su manipulación (almacenamiento, entrega, transporte, estiba y desestiba; concepto distinto del “envase”, referido generalmente a la forma de presentación del producto, a los efectos de su distribución), así como cualquier medio necesario para su acondicionamiento, que haya sido procurado por el cargador. El concepto de bulto, entendido *grosso modo* como la forma de presentación y agrupación de la mercancía en condiciones adecuadas para el transporte de que se trate y, por ello, como *unidad* de carga y manipulación es, pues, el concepto básico, como tradicionalmente lo ha sido en el ámbito del transporte marítimo. El embalaje es la forma en la que el cargador (eventualmente, el vendedor; en su caso, el expedidor) presenta la mercancía y la entrega al porteador, de forma que éste pueda transportarla y custodiarla adecuadamente, permitiendo su manipulación con seguridad en el marco de las operaciones propias de un transporte terrestre. El embalaje debe ser adecuado y suficiente para que, según las instrucciones que le formule el cargador (identificación y etiquetado de los bultos, debidamente marcados; precauciones en su manipulación y en su apilamiento; declaración de fragilidad de la mercancía o, si procede, de su condición de peligrosa; en su caso, naturaleza de la mercancía que contiene, etc.) “resista” el transporte y proteja la mercancía⁵⁶.

La “utilidad” del concepto del bulto (en particular, su consideración como referencia para el cálculo de la limitación de la responsabilidad en función del peso de la mercancía y su embalaje) fue definida en esos términos en la práctica del transporte marítimo internacional e incorporada en tales extremos en la legislación nacional (la Ley de Navegación Marítima, entre otros, artículos 257 y 258 –en relación con la comprobación del estado de la mercancía– y 282 –en sede de limitación de la responsabilidad–) y la normativa internacional correspondiente (el citado Convenio de Bruselas de 1924⁵⁷). También en otros textos de manifiesta relevancia para el Derecho

56 Obviamente, el contenedor supone un nuevo modelo en el transporte terrestre de mercancías, cuyo estudio excede ampliamente de la oportunidad de estas páginas. Aunque debe recordarse que, junto al contenedor, subsisten todo género de embalajes adecuados a la naturaleza de la mercancía y que, a su vez, resultan apropiados y condicionados a los requisitos especiales del vehículo de transporte: transportes refrigerados, paquetería general, transporte de productos perecederos, etc.

57 Recuérdese que el artículo 4.5.a) del Convenio de Bruselas de 1924 incluye igualmente el peso bruto de las mercancías (con el embalaje) para apreciar el peso de la mercancía: «Salvo que la naturaleza y valor de las mercancías hayan sido declaradas por el cargador con anterioridad al embarque y así conste en el conocimiento, ni el porteador, ni el buque serán, en ningún caso, responsables de la pérdida o daño de las mercancías o con ellas relacionadas por una suma superior a 666,67 unidades

mercantil y el comercio internacional se ha acogido esta concepción “amplia” de la mercancía como, por ejemplo, en la Convención de Viena de 1980 (Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 1980); en este sentido, véase su artículo 35⁵⁸. En un sentido similar, en cuanto “embalaje” y medio para agrupar y apilar mercancías para su transporte, el contenedor se encuentra expresamente recogido en la LCTTM⁵⁹, como previamente había sido recogido en el citado Convenio de Bruselas de 1924⁶⁰.

Sobre estas bases, el límite de la responsabilidad del porteador terrestre (salvo, como se ha indicado, en el caso del retraso, *ex art.* 56 LCTTM, «Indemnización por retraso») se calcula sobre el peso bruto de la mercancía y por la aplicación de los artículos 52 («Indemnización por pérdidas»), 53 («Indemnización por averías») y 55 («Valor de las mercancías») LCTTM; con las precisiones que supone el artículo 54 LCTTM («Supuestos de equiparación a pérdida total»). Sobre el importe resultante se aplicará el máximo indemnizatorio legalmente previsto, que correspondería abonar al porteador⁶¹.

Como se indicaba antes, el contrato de seguro juega un papel destacado en el “funcionamiento” de la limitación de la responsabilidad, pues el “perjuicio” de las partes que exceda de la aplicación de ese límite podrá resarcirse con cargo

de cuenta por bulto o unidad, o a dos unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, aplicándose el límite más elevado».

58 El artículo 35.2.d) de la Convención de Viena de 1980 dispone que: «Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas». Para un análisis más detallado de la conformidad, *vid.* PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., *La compraventa CIF*, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 306 y ss. Puede verse el texto del Convenio, junto con toda la información relevante sobre el mismo (desde los antecedentes y los *travaux préparatoires* hasta su estado actual de ratificaciones y, en particular, la recopilación de laudos, sentencias y bibliografía relevante –sistema CLOUT–) en la página oficial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI): https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg.

59 Cuyo artículo 47.1, párrafo segundo, dispone que «A estos efectos, se considerarán también como mercancías los contenedores, bandejas de carga u otros medios similares de agrupación de mercancías utilizados en el transporte cuando hubiesen sido aportados por el cargador».

60 El artículo 1.º, número 3, del Protocolo de 1968, modificativo del Convenio de Bruselas de 1924 dispone que: «c) si con el fin de agrupar las mercancías se utilizaren contenedores, bandejas de carga u otros medios de transporte similares, cualquier bulto o unidad que se hubiere enumerado en el conocimiento de embarque como incluido dentro de dicho medio de transporte se considerara como un bulto o una unidad a efectos del presente párrafo. Fuera del caso citado, será el contenedor, bandeja o medio similar de transporte lo que se considerará como bulto o una unidad».

61 Lógicamente, como se ha señalado más arriba, se espera que a través del contrato de seguro las partes recuperen el daño experimentado. En el caso del porteador, recuperará la indemnización satisfecha a través de su propio seguro de responsabilidad civil. En el caso del cargador, el exceso del valor de la mercancía (o del perjuicio sufrido) que exceda del valor del límite de la indemnización, mediante el seguro de mercancías (transporte) que debiera haber contratado con su propia aseguradora. *Vid.* artículos 54 y ss. de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de *Contrato de Seguro*, que regulan el seguro en el contrato de transporte terrestre de mercancías.

al seguro. De esta manera, se reparten los “daños” de las operaciones de transporte entre una comunidad de interesados (los porteadores, en el ámbito de su propio seguro; los cargadores, en el del seguro de mercancías) que permite la distribución de los costes y que, por ello, el precio del transporte permanezca “asequible” en el ámbito del comercio nacional. Éste es, en la actualidad, probablemente, el fundamento último del mantenimiento del régimen de la limitación de la responsabilidad del porteador: el interés objeto del comercio, nacional e internacional, que requiere unos precios de transporte “asumibles” por el mercado. Aunque incluso esta consideración estaría sujeta a una crítica: explicar el por qué porteadores y cargadores diligentes debieran correr con los gastos que genere una actuación menos “profesional” y ejecutadas con menor diligencia (comodidad de intereses)⁶².

2.3. La “revisión” del régimen de la responsabilidad del artículo 61 LCTTM

Los límites de la responsabilidad del porteador han sido los expuestos, en líneas generales, en las páginas anteriores, destacando el carácter imperativo de las normas (*ex* artículo 46 LCTTM⁶³). Además, la Ley contempla la posibilidad de la alteración convencional del régimen legal en el artículo 61 LCTTM, que prevé tres supuestos. Sin perjuicio de que se expongan brevemente los fundamentos de los dos primeros, nuestro análisis se centra en el número 3 del artículo.

Primero. El número 1 del artículo 61 LCTTM contempla la denominada “cláusula de declaración de valor de las partes” (esa denominación es parte de la rúbrica del artículo que se comenta)⁶⁴, que permitiría “elevar” *de facto* el “límite de la responsabilidad” del porteador con arreglo al valor declarado de la mercancía. Naturalmente, este incremento del límite legal de la responsabilidad del transportista sólo se refiere a los supuestos de pérdidas o averías (a continuación, en el número 2 del mismo artículo, se contempla un incremento de la responsabilidad ligado expresamente a pérdidas, averías y retraso) de la mercancía, de modo similar a como sucede en el ámbito internacional. Esa declaración de valor debe ir recogida en el documento probatorio por excelencia del contrato de transporte: la carta de porte (artículos 10 y 10 bis⁶⁵ LCTTM).

62 *Vid.* por todos PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., ROMERO MATUTE, B., «Los seguros marítimos y aéreos», *Op. cit.*, págs. 317 y ss.

63 El artículo 46 («Carácter imperativo») dispone: «1. Las disposiciones de este capítulo tienen carácter imperativo. 2. Las cláusulas contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador previsto en esta ley, serán ineficaces y se tendrán por no puestas».

64 Los términos literales del apartado primero del artículo 61 LCTTM («Declaración de valor y de interés especial en la entrega») son los siguientes: «1. El cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el valor de las mercancías, que sustituirá al límite de indemnización previsto siempre que sea superior a él».

65 Téngase en cuenta que por el Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, *de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas*

El mandato trae su origen “lejano” en el transporte marítimo (es una de las menciones recogidas en todos los modelos de conocimiento de embarque que deriva del “modelo” de documento y contrato concebido por el Convenio de Bruselas de 1924)⁶⁶ y, más directamente, en el CMR 1956⁶⁷; es igualmente una previsión habitual en la normativa especial de los medios de transportes que se han ido citando en las páginas anteriores.

Previamente, al regular el contenido de la carta de porte, el artículo 10 LCTTM, ya contempla esta mención como parte de su contenido. El referido precepto dispone, en su número 1 que «1. Cualquiera de las partes del contrato podrá exigir a la otra que se extienda una carta de porte que incluirá las siguientes menciones [...] m) En su caso, declaración de valor de las mercancías o de interés especial en la entrega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61»⁶⁸. La carta de porte es el documento “habitual” del contrato de transporte terrestre, que las partes pueden compelerse recíprocamente a rellenar y al que la normativa reconoce una especial relevancia (véase, entre otros, el artículo 14 LCTTM); pero no es un documento *per se* necesario para la existencia del contrato de transporte, puesto que el contrato es consensual⁶⁹:

de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural, se añadió el artículo 10 bis para la carta de porte en los contratos celebrados con el porteador efectivo.

66 El artículo 4.º, número 5, párrafo 4 del Convenio de Bruselas de 1924 establecía que «Por acuerdo entre el transportador, capitán o agente del transportador y el cargador, podrá ser determinada una suma máxima diferente de la establecida en este párrafo, siempre que ese máximo convencional no sea inferior a la cifra arriba mencionada». Por su parte, el Protocolo modificativo del Convenio, de 1968 (Reglas La Haya-Visby), en vigor en España, precisa (en su artículo 1.º, modificando el texto original del Convenio) que «a) a menos que el cargador haya declarado la naturaleza y valor de las mercancías con anterioridad al embarque de las mismas y que esta declaración se haya insertado en el conocimiento [...]» y, además, que «g) podrán fijarse, mediante convenio entre el porteador, el capitán o el agente del porteador y el cargador, cuantías máximas distintas de las mencionadas en el apartado a) de este párrafo, con tal de que ningún importe máximo convencional así fijado sea inferior al importe máximo correspondiente mencionado en dicho párrafo». *Vid.*, por todos, la *box* «Shipper’s declared value» en el anverso del CONLINEBILL 2016.

67 Cuyo artículo 24 dispone: «El remitente puede declarar en la carta de porte, contra el pago de una sobreprima a convenir entre las partes, un valor de la mercancía superior al límite establecido en el párrafo 3 del artículo 23, y en este caso esta suma sustituirá aquel límite». Sobre el mismo *Vid.*, con más detalle SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. J., *El contrato de transporte internacional*. CMR, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 229 y ss.; igualmente, el modelo de carta de porte adoptado por la Unión Internacional del Transporte por Carretera (IRU) permite, en su casilla 19 («Estipulaciones particulares/Special agreements») insertar, entre otras declaraciones, la del de valor de la mercancía (o la de interés especial en su entrega).

68 *Vid.*, además la Orden FOM/1882/2012, de 1 de agosto, por la que se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera (BOE núm. 214, de 5 de septiembre), de naturaleza administrativa, pero de general seguimiento por los profesionales del sector de los transportes terrestres, pese a su “bajo” rango normativo y a ser una norma de ordenación de la actividad económica (Derecho público), que deriva de la ya citada LOTT y su reglamento de desarrollo.

69 *Vid.*, por todos, DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional», *Op. cit.*, págs. 292-293; y PADILLA GONZÁLEZ, R., PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. y CLAVERO TERNERO, M. F., «El contrato de transporte», en *Derecho Mercantil. Vol. 8.º Transportes mercantiles*, (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.ª ed., 2013, págs. 27-60. En

se perfecciona por el encuentro de voluntades entre las partes. De hecho, como es sabido, con frecuencia no se emite.

Recuérdese que el artículo 61 LCTTM dispone que la declaración de valor conste en la carta de porte. Sin embargo, la carta de porte puede no existir, lo que dificulta (o imposibilitaría, según la posición que se adopte), bien el acuerdo, bien su plasmación. El carácter voluntario (“no necesario”, dada la consensualidad del contrato) de la carta de porte permite plantear la posibilidad de que no se haga constar en el propio documento el valor de la mercancía, sino en otro separado (bien se adjunte a la carta de porte, bien no, aunque conste en la documentación de la operación). Esta posibilidad ha sido valorada por la doctrina⁷⁰, considerando que, aunque de *lege ferenda* parece razonable permitir esa declaración en un documento separado, parece más aconsejable, *lege lata*, mantener el aparente criterio literal de la ley⁷¹. Por su parte, la jurisprudencia, basándose en la interpretación literal del artículo 61.1 LCTTM, parece inclinada a exigir en todo caso esa mención expresamente en la carta de porte⁷² y sólo en la carta de porte (pronunciamiento que, quizás, se haya

relación con esta cuestión, la Sentencia núm. 327/2018, del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, de 14 de noviembre de 2018 resuelve, a propósito de un tema de responsabilidad del transportista, un supuesto en el que no se había emitido carta de porte (lo cual sucede incluso en operaciones de transporte internacional de mercancías, sometidos al CMR), por lo que no pudo hacerse constar la declaración que (en paralelo) prevé el artículo 61 LCTTM: «Por su parte, el artículo 24 del Convenio CMR (en términos parecidos el artículo 61 de la Ley de contrato de transporte terrestre de mercancías) prevé que el cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el valor de las mercancías, en cuyo caso este sustituirá al límite de indemnización previsto siempre que sea superior a él. En el caso de autos no se hizo tal declaración, pues ni siquiera fue emitida la carta de porte, por lo que es de aplicación la limitación de la indemnización prevenida en la ley. Ahora bien, tanto la prevista en el art.23 del Convenio CMR como la prevista en el artículo 57 de la Ley 15/2009 de 11 de noviembre parten para su cálculo del peso bruto de mercancía y en el caso que nos ocupa no consta ese dato. En consecuencia, se estima oportuno condenar a las demandadas al pago de la cantidad resultante tras aplicar el límite de responsabilidad contenido en el artículo 23 del Convenio CMR (8,33 DEG por el peso bruto de la mercancía), una vez que el actor declare el peso».

70 Vid. por todos MARTÍNEZ SANZ, F., «Declaración de valor y de interés especial en la entrega» en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, (Dir. Duque Domínguez J. F., y Martínez Sanz F., coords. Emparanza Sobejano A. y Petit Lavall M. V.), Cizur Menor, Thomson Reuters, 1ª edición, 2010, págs. 721 y 722.

71 El mismo criterio, en el ámbito del transporte internacional por carretera, se mantiene en CLAVERO TERNERO, M.F., «El transporte internacional de mercancías por carretera: la interpretación del Convenio CMR por el Tribunal Supremo», en *Derecho Uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad* (coord. Madrid Parra A.), Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1ª edición, 1998, págs. 268 y 269. No obstante, la sentencia tomada como base por el autor para exponer su postura parece centrada en el análisis de la carta de porte como expresión del contrato, obviando el análisis del contrato y de sus extremos al margen de aquél documento; por lo tanto, es posible que la sentencia se refiera a una situación concreta cuyas conclusiones no cabría extrapolar necesariamente a otros ámbitos: en realidad, el pronunciamiento no excluye que otro documento, con valor contractual, complemente la carta de porte, pues se refiere solo a un informe pericial, posterior y externo al contrato y que, por su propia naturaleza (redactado por un terceto, actuando en su condición profesional) no fue acordado por las partes.

72 Así, en la STS 335/2020 (por todas) se afirma en relación con el artículo 61 LCTTM que «En sus dos primeros apartados, se permite que los contratantes puedan pactar, contra el pago de un

hecho sin los matices que requeriría la cuestión). En efecto, más allá de la naturaleza de la carta de porte (como se ha señalado más arriba, excluida ya su condición de título-valor), es obvio que las relaciones (y las excepciones) causales son oponibles entre las partes. La constancia de una declaración expresa en la carta de porte cobraba especial relevancia en los supuestos de los títulos-valores, en los que como consecuencia del juego de los principios de literalidad y autonomía la posición el tercero (el destinatario) adquirente de buena fe queda definida en los términos del título; todo ello, además, sin perjuicio de que la literalidad por remisión permitiera reclamar en la carta de porte condiciones que ésta no recoge expresamente. En esos casos, *a priori*, la falta de esta mención excluye de su conocimiento y reclamo por el destinatario; pero no por el cargador, que podría hacer valer frente al porteador, en todo caso, el régimen causal. Con mayor motivo, no siendo la carta de porte un título-valor, sino sólo la expresión (medio de prueba) del contrato de transporte, la causalidad de la relación se superpondría al tenor del documento: los extremos del contrato existen más allá de los términos de la carta de porte. Desde luego es así en las relaciones originales, cargador y porteador, por razón de la causalidad misma (el contrato figura en un documento *ad hoc*); aunque también en las relaciones del segundo con el destinatario: no sería admisible que, por ejemplo, si el porteador ha comunicado formalmente al destinatario (una vez que deviene parte del contrato; o incluso como compromiso previo) un incremento de su responsabilidad (adquiriendo una obligación contractual extracartular), ésta “se anule” por no hacerse constar en la carta de porte. Aún más: si no se emite carta de porte, pero el contrato contempla expresamente esa (cualquier) estipulación, ¿cuál sería el criterio para declararla inválida (cuando la LCTTM permite ese incremento de la responsabilidad del porteador)?

Por otra parte, cuando el artículo 61.1 LCTTM contempla la posibilidad de esta mención «contra el pago de un suplemento del precio del transporte» parecería exigir necesariamente ese incremento del porte. Si bien lógicamente ello debiera ser así (incrementada la responsabilidad del porteador, en los términos vistos, parece natural que el porteador preste sus servicios a cambio de una “remuneración” más elevada y específica, adecuada al coste extra que asume y revisando la tarifa estándar),

suplemento del precio consignado en la carta de porte, el aumento del límite de indemnización, lo que permite obtener un resarcimiento adicional, así como declarar en el indicado documento el montante de un interés especial en la entrega de la mercancía para casos de pérdida, avería o retraso (art. 61 LCTTM). En concreto, el precepto transcrito permite unos pactos cartulares (en el sentido de que deben incorporarse necesariamente a la carta de porte), que recogen las denominadas declaraciones de valor (apartado 1º) y de interés (apartado 2º)» (FD 4.º, número 3). Asimismo, afirma: «Tanto el CMR (art. 24) como la LCTTM (art. 61.1, en relación con el art. 10.1.m) exigen que, para que esta declaración de valor tenga eficacia sustitutiva del límite de responsabilidad, se haya incorporado a la carta de porte, convirtiéndose así en un elemento accidental del contrato (sentencia de esta sala 486/1989, de 20 de junio, respecto del art. 24 CMR), y que el cargador abone, como contraprestación de la eventualidad que contrata, un plus del precio que abona por el transporte. Dado que el porteador se convierte en una suerte de garante de la mercancía porteada, ve compensado el mayor riesgo que asume con un aumento del precio» (cfr. FD 5º, número 2).

no parece que sea estrictamente necesario esa elevación del precio del transporte⁷³. No puede imponer la ley este tipo de obligaciones al porteador (ni, desde luego, al cargador) que, atendiendo a su propio negocio, debería poder decidir, por ejemplo, si mejora las condiciones de los clientes incrementando su responsabilidad sin incrementar el precio de la operación; se trataría de criterios de oportunidad comercial, por ejemplo.

En este sentido, la LCTTM recoge entre las menciones “posibles” de la carta de porte («La carta de porte podrá contener cualquier otra mención que sea convenida por las partes en el contrato [...]») la del «d) El valor declarado de la mercancía y la suma que representa el interés especial en la entrega». Esta mención, a primera vista, no es más que una innecesaria reiteración (quizás, un error del legislador, pues no se contenía esta previsión en el Anteproyecto de Ley) del artículo 10.1.m) de la propia Ley. La interpretación (constatando, desde luego, la mera reiteración) no es sólo que las partes puedan pactar, o no, ese agravamiento de la responsabilidad del porteador, sino también que pueden optar por llevarlo a la carta de porte o hacerlo en un documento separado (se adjunte o no a la carta de porte); por ejemplo, en unas condiciones generales o tarifas *ad hoc* que se adjunten al contrato o se remitan a cualquiera de las partes por cualquier medio (piénsese en un intercambio de correos electrónicos, o en la publicación de esas condiciones en la página *web* del porteador, a las que se remita la carta de porte –una especie de “literalidad por remisión”–). Como se ha indicado más arriba, no parece que la jurisprudencia esté inclinada a mantener esta interpretación, sino que parece permanecer más fiel al tenor literal de la Ley. Para ello, toma como base la experiencia (y la propia doctrina jurisprudencial) a propósito del Convenio CMR 1956. El modelo de carta de porte aprobado por IRU⁷⁴ tiene reservado un espacio para esta declaración; y generalmente se insiste en la necesidad de que conste expresamente en la carta de porte el acuerdo alcanzado entre las partes; excluyendo el pacto puramente verbal⁷⁵. Pero, partiendo de esta premisa, cabe igualmente plantearse la oportunidad de que un eventual pacto se hiciera constar en un documento separado que integre el contrato de transporte. En efecto, la carta de porte no es el contrato de transporte (no agota necesariamente el contenido contractual del contrato de transporte), sino solo un elemento probatorio (“privilegiado”) del contrato; que, por tanto, podría integrarse por otras declaraciones, tanto documentales como, incluso, verbales (obviamente, en este último caso, la cuestión de la prueba se convierte en un obstáculo generalmente insuperable)⁷⁶.

73 En este sentido, *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ SANZ, F., «Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *Op. cit.*, págs. 721 y 722.

74 *International Road Transport Union* (Organización internacional para el transporte por carretera); su página web es <https://www.iru.org/>.

75 *Vid.*, por todos, SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, *Op. cit.*, págs. 230 a 232, y la jurisprudencia y doctrina allí recogidas.

76 Admite la posibilidad de la declaración de valor al margen de la carta de porte GÓRRIZ, C., *La responsabilidad...*, *Op. cit.*, págs. 710 y ss.

Probablemente, la aplicación real de estas reflexiones sea, incluso, residual en la práctica. No obstante, a nivel conceptual son relevantes, porque suponen definir con la máxima precisión aspectos esenciales del contrato de transporte, del “funcionamiento” de la carta de porte y, en particular, determinados extremos acerca del pacto modificativo del régimen de responsabilidad del porteador.

En un mercado netamente competitivo como es el marítimo, el Convenio de Bruselas de 1924 exige la mención expresa de esa declaración de valor en el conocimiento de embarque, documento que, por ser un título-valor (y representativo de la mercancía; véase artículo 251 LNM), debe expresar en su literalidad todo el contenido contractual cuando haya circulado y se encuentre en manos de un tercero de buena fe. Pero, incluso en este ámbito, la posibilidad de incorporación por remisión en los conocimientos de embarque es un hecho universalmente aceptado (piénsese en la cláusula de incorporación de los conocimientos de embarque emitidos en virtud de una póliza de fletamento)⁷⁷. Sin perjuicio de la relevancia que las prácticas alrededor del conocimiento de embarque ejercen en la configuración de otros documentos del transporte, es obvio que no disfruta de esa naturaleza de título-valor la actual carta de porte⁷⁸ (aunque, como se ha señalado más arriba, sí parecía serlo bajo la vigencia del Código de comercio). De la misma manera, el citado Convenio de Bruselas de 1924 no exige expresamente el incremento del flete, aunque se acordara una declaración de valor de la mercancía cuya consecuencia fuera, de hecho, el incremento del límite de la responsabilidad del porteador (por mucho que sea una exigencia lógica).

Segundo. El artículo 61 LCTTM, en su número 2, regula la denominada “declaración de especial interés en la entrega de la mercancía”, con los siguientes términos: «2. Igualmente, el cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el montante de un interés especial en la entrega de las mercancías, para los casos de pérdida, avería o retraso en la entrega. La declaración permitirá reclamar, con independencia de la indemnización ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios que pruebe el titular de las mercancías hasta el importe del interés especial declarado». Se trata en este caso de atender no al valor de la mercancía y el daño emergente, en sentido estricto, sino a otros daños o perjuicios indirectos y al lucro cesante⁷⁹. A modo de ejemplo, y

77 *Vid.*, por todas, la cláusula 1 (en el reverso) del conocimiento de embarque CONGENBILL 2022 (emitido en virtud de póliza de fletamento, *to be used with charter parties*) que reclama la aplicación del contrato de fletamento (póliza GENCON 2022) a la relación entre el adquirente del conocimiento de embarque (*consignee*) y el porteador. Sobre el particular, *Vid.*, por todos, ARROYO, I., *Relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque: la cláusula de incorporación*, La Editorial vizcaína, Bilbao, 1977.

78 Téngase en cuenta que, para todos los ámbitos del transporte, se está evaluando la posibilidad de que la carta de porte sea un título negociable en los términos del futuro convenio de UNCITRAL sobre Documentos de Carga Negociables. El estado actual de los trabajos realizados se puede consultar en el siguiente enlace: https://uncitral.un.org/es/working_groups/6/negotiablecargodocuments.

79 En este sentido, por todos, *Vid.* DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional», *Op. cit.*, pág. 298. En un sentido similar, MARTÍNEZ SANZ, F., «Declaración de valor y de

sobre la base de la práctica y la experiencia internacional, se proponen los siguientes ejemplos: pérdida de mercado, ruptura de un contrato porque el destinatario no pueda revender la mercancía en las condiciones previstas (quizás sea excepcional), inmovilización de material averiado durante el transporte, destrucción de otras mercancías, disminución de producción, nuevos gastos financieros, etc.⁸⁰

Sobre el precepto deben hacerse dos reflexiones. La primera, que al igual que para el caso anterior del artículo 61.1 LCTTM, la literalidad del artículo conduciría a la doctrina a considerar que la cláusula debe figurar necesariamente en la carta de porte. La jurisprudencia también se ha pronunciado expresamente en este sentido (nuevamente, quizá, sin los matices que requeriría la cuestión); y así, en la STS 335/2020 (por todas) se afirma en relación con el artículo 61.2 que el acuerdo entre las partes previsto en el artículo 61.2 LCTTM es, necesariamente, cartular⁸¹. A cuyos efectos, nuevamente, el modelo de carta de porte internacional de IRU contempla una casilla específica para las declaraciones y acuerdos que las partes deseen incorporar a la carta de porte. Sin embargo, consideramos que, en los términos expuestos, podría ser en un documento distinto de la carta de porte⁸². La segunda, que también en este caso la indemnización de estos daños puede sumarse a cualquier otra que sea legalmente aplicable. En relación con la posible acumulación de ambas declaraciones, se han analizado los distintos supuestos en el ámbito del transporte internacional y la aplicación del Convenio CMR 1956⁸³; concluyendo igualmente con su admisibilidad.

Tercero. Por último, el art. 61.3 LCTTM dispone que «3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, las partes del contrato de transporte podrán acordar el aumento del límite de indemnización previsto en el artículo 57.1. El acuerdo dará derecho al porteador a reclamar un suplemento del porte, a convenir entre las partes». El precepto carece de antecedente “equivalente” en el Convenio CMR 1956, por lo que la experiencia acumulada en relación con el texto y la práctica internacional

interés especial en la entrega», *Op. cit.*, págs. 722-727. Por su parte, la STS 335/2020 expone que la previsión del art. 61.2 LCTTM «supone añadir a la indemnización ordinaria, resultado de cuantificar económicamente los daños directos causados a la mercancía, el resarcimiento de otros perjuicios que las partes han convenido y cuantificado en el contrato, para el supuesto de pérdida, avería o de retraso. Y ello, porque el perjuicio que la pérdida, avería o retraso en la entrega de la cosa transportada le suponga al remitente (pérdida de mercado, depreciación, resolución contractual, etc.), en ocasiones, puede ser mayor que el propio valor que aquella tenga» FD 5.º, núm. 3.

80 *Vid.* SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. J., *El contrato de transporte internacional. CMR, Op. cit.*, pág. 233.

81 *Vid.* la STS 335/2020, FD 4.º, número 3: «La declaración de interés («interés especial en la entrega», en la terminología del CMR) tiene una finalidad distinta de la declaración de valor, ya que permite el aumento o la disminución del alcance de los perjuicios que van a ser resarcidos, aunque exige idénticos requisitos (plasmación en la carta de porte y pago del sobrepago) que la declaración de valor». En el mismo sentido, MARTÍNEZ SANZ, F., «Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *Op. cit.*, pág. 723.

82 Los argumentos ya expuestos pueden traerse nuevamente aquí.

83 *Vid.* SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. J., *El contrato de transporte internacional. CMR, Op. cit.*, págs. 236 y 237.

(tantas veces reclamados en la propia ley, por la doctrina y por la jurisprudencia) reporta si acaso una utilidad limitada, sólo en determinadas cuestiones que podrían conducir la interpretación de la norma española, en la forma en que se propondrá a continuación.

2.4. La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre en los términos del artículo 61.3 LCTTM.

2.4.1. Introducción: estado actual de la cuestión

Como se ha apuntado el mandato del número 3 del artículo 61 LCTTM supone una novedad en nuestro Ordenamiento: no parece que la doctrina anterior a la ley vigente planteara la oportunidad de una previsión semejante; careciendo, además, del “soporte conceptual” que podría procurar un precepto equivalente en el CMR 1956⁸⁴. Tampoco el debate parlamentario arroja luz sobre los fundamentos del precepto: la previsión ya aparecía, con su tenor literal actual (salvo la corrección que supone el número del artículo) en el Anteproyecto de la Ley⁸⁵. En general, la doctrina⁸⁶ tampoco había realizado comentarios extensos sobre el precepto; en parte, porque hasta ahora no se habían producido casos en la práctica que hubieran exigido una toma de postura, más allá del tenor literal del mandato (ni bajo la normativa anterior se había señalado “laguna” alguna en este sentido); en parte, quizás, porque parece que contempla un supuesto de difícil aplicación práctica, no estando los extremos de su mandato claramente definidos. Hasta ahora, su aplicación parece que sólo ha

84 En algunos textos internacionales “vinculados” al transporte marítimo, como el transporte multimodal, se contempla la posibilidad de incrementar el límite de la responsabilidad en beneficio de la parte débil contratante, el cargador. La fórmula habitual es la declaración del valor de la mercancía (suponiendo éste el límite máximo). Sin embargo, en ocasiones, se han propuesto criterios más flexibles, por ejemplo, el del artículo 18.6 del Convenio de Las Naciones Unidas Sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, que dispone que «El operador de transporte multimodal y el expedidor podrán pactar en el documento de transporte multimodal límites de responsabilidad superiores a los establecidos en los párrafos 1, 3 y 4 de este artículo». No obstante, las especialidades que caracterizan este tipo de transporte (el carácter internacional de la operación, el origen convencional, la flexibilidad del precepto, que permitiría su adaptación por la práctica a los ordenamientos nacionales, etc.) frente al transporte terrestre nacional (parcialmente sometido a la ordenación de la actividad, regulado por ley, etc.) hace que quizás no sea muy oportuno fijar en esos antecedentes el criterio legal.

85 La argumentación que justificaba el régimen del (actual) artículo 61 del texto se formulaba, en términos estrictamente descriptivos, para todo el precepto; y no aclara ni el fundamento ni el objetivo que se pretendía con la nueva regulación, formulando sólo reflexiones generales dando cuenta de la novedad: «El Convenio CMR inspira igualmente el régimen de las circunstancias que excluyen el beneficio de la limitación de la indemnización. No obstante, se han introducido ciertas previsiones adicionales con el objetivo de resolver algunos extremos discutibles. Así, decae el límite general de indemnización en caso de declaración de valor o de declaración de interés especial en la entrega. En el mismo precepto (art. 58) se ha previsto también la posibilidad de aumentar los límites de indemnización».

86 Entre otros, encontramos referencias al apartado tercero del artículo 61 en PEINADO GARCIA, J. I., «Lección 36. El contrato de transporte terrestre», *Op. cit.*, pág. RB-7.11; si bien no se realiza ninguna propuesta sobre el importe máximo de la indemnización.

sido objeto de un pronunciamiento judicial, por virtud de Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2020⁸⁷. Disponemos por primera vez, por tanto, de una interpretación “sólida” que, aun sin crear doctrina jurisprudencial, está destinada a dirigir la interpretación y la aplicación del artículo 61.3 LCCTM⁸⁸. La sentencia del Tribunal Supremo, además, permitiría “cerrar” los extremos de la aplicación del régimen de la responsabilidad del porteador terrestre al amparo de la LCTTM.

Este es, pues, el momento adecuado para analizar el fallo, reflexionar sobre sus extremos y proponer, en su caso, la revisión crítica de las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal; ofreciendo argumentos que puedan contribuir a su revisión o a su consolidación.

La STS 335/2020 resolvió acerca de una operación de transporte de mercancía por carretera (unos aerogeneradores, de elevado valor) en el que la carga se perdió totalmente. El contrato de transporte, celebrado entre las sociedades GEOL (actuando en condición de *cargador*) y MEGABIAGA, S. L. (actuando como *porteador*; no obstante, en el contrato se le denomina *proveedor*) el transporte por carretera de unos aerogeneradores, cuyo valor se estimó en 698.847 euros. El contrato contemplaba un régimen de responsabilidad “riguroso” que, a la postre, elevaba la responsabilidad del porteador no sólo hasta el límite que supondría el valor de la mercancía, sino además cualquier otra pérdida que pudiera experimentar el cargador⁸⁹; lo que, en definitiva, podría suponer una responsabilidad ilimitada (que, sin embargo, *de facto*, siempre quedaría incluida en el “tramo” que supone la concurrencia de los números 1 y 2 del artículo 61 LCTTM). El exceso de velocidad provocó un accidente, con la consiguiente destrucción de la mercancía (una estructura metálica de 70 Tns.). El cargador, que había contratado un seguro para el transporte de la mercancía, fue indemnizado por su compañía aseguradora (RSA) con 698.847 euros. La aseguradora

87 No ha habido desde entonces nuevos pronunciamientos sobre el artículo 61.3 LCCTM que consoliden o revisen la posición jurisprudencial adoptada, sin perjuicio de que reclamen algunos de los argumentos expuestos en sus fundamentos jurídicos; con este límite, se citarán algunas nuevas sentencias.

88 Unas reflexiones iniciales sobre la sentencia pueden verse en EMPARANZA SOBEJANO, A., «Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3 LCTTM», *Op. cit.*, págs. 51-77.

89 La cláusula 5.^a del contrato celebrado establecía lo siguiente:
 «El proveedor garantiza a GEOL que los servicios se prestarán conforme a la normativa vigente de aplicación, así como conforme a las especificaciones o instrucciones que GEOL le haya transmitido. El proveedor indemnizará a GEOL de toda pérdida, responsabilidad económica o multa derivada directamente de un incumplimiento de la normativa legal vigente por parte del personal del proveedor o por el personal de sus subcontratas que ejecuten los servicios.
 Asimismo, el proveedor será responsable de todas las pérdidas o daños que se produzcan en los bienes entregados por GEOL para su transporte por Megabiaga.
 Con el fin de tener cubiertas todas las responsabilidades que se deriven frente a GEOL y frente a cualquier tercero de la ejecución de los servicios objeto del presente contrato, el proveedor tiene concertada, en vigor y mantendrá durante toda la vigencia del contrato, una póliza de responsabilidad civil que cubra los riesgos detallados en la presente cláusula, por un importe mínimo de 2.000.000 €».

se subrogó en los derechos de su asegurado (en los términos del artículo 43 LCS⁹⁰), reclamando la suma satisfecha por el siniestro al porteador y a su aseguradora (la compañía REALE), sobre la base del seguro de responsabilidad civil del porteador. Las compañías aseguradoras alcanzaron un acuerdo (una “transacción” homologada judicialmente), en cuya virtud REALE abonó a RSA una parte del importe de la indemnización satisfecha (300.000 euros). Mientras, RSA (demandante) continuó la tramitación contra MEGABIAGA, S. L. y su aseguradora (demandados), por el importe restante hasta el total de la indemnización ya satisfecha.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao estimó en parte la demanda, y ante la falta de prueba efectiva sobre el importe económico del daño, lo cifró en los 300.000 euros ya recibidos por la demandante. En segunda instancia, la Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación interpuesto por RSA, condenó al porteador a abonar a la demandante 398.847 euros (más los intereses legales), considerando que, en los términos de lo preceptuado en la LCTTM, en particular, en su artículo 61.3, no cabía aplicar ningún límite de responsabilidad en favor del transportista (se alcanzaba con ello, el importe inicialmente satisfecho a GEOL en concepto de indemnización). MEGABIAGA, S. L. interpuso recurso de casación (no es relevante en este contexto el “paralelo”, por infracción procesal), alegando que la sentencia de la Audiencia Provincial había interpretado incorrectamente la estipulación contractual sobre la responsabilidad del porteador, en el sentido de que supondría atribuir a la recurrente la responsabilidad ilimitada por los daños en la carga cuyo transporte asumiera.

El recurso fue estimado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, dictando Sentencia con fecha 12 de febrero del 2020. El tribunal Supremo consideró que la referida cláusula no se correspondía con las exigencias del artículo 61.3 LCTTM, por lo que debían aplicarse los límites de responsabilidad “generales” del artículo 57 LCTTM. Resultando entonces una reducción que la cantidad que debía abonar la porteadora ascendería a 125.499,52 euros.

La autoridad que supone la sentencia indicada justifica que la exposición que sigue a continuación tome como base el expositivo de la resolución. No obstante, conviene insistir en la aparente inoportunidad del artículo 61.3 LCCTM; llama la atención, incluso, su ubicación. En efecto, no se ha expresado en ningún texto previo a la Ley la novedad que en nuestro Ordenamiento supone el “nuevo mandato”: ni se expone justificación clara de sus fines ni oportunidad del mandato; ni siquiera, por referencia a otros antecedentes, o ejemplos en el Derecho comparado⁹¹. Resulta igualmente

90 El párrafo primero de dicho precepto dispone: «El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización».

91 Similar es la reflexión crítica que realiza el Tribunal Supremo: «La génesis legislativa del precepto no arroja ninguna luz que facilite su interpretación. En el anteproyecto de ley, que fue preparado por una sección especial de la Comisión General de Codificación, ya aparecía la norma, numerada como art. 58.3 y, con el mismo texto, pasó a ser el art. 61.3 del proyecto de ley finalmente aprobado.

extraño que la rúbrica del precepto (“Declaración de valor y de interés especial en la entrega”) haga referencia a los mandatos de los números 1 y 2 del artículo 61 LCTTM, y obvie toda referencia al número 3; un “añadido” que no cuadra en el sistema. Como se expondrá a continuación, existen profundas diferencias, en el fondo y en la forma (esto es, en la *ratio* y en los fundamentos), entre los dos primeros números del artículo y el tercero (y el Tribunal Supremo destaca en su sentencia algunas de esas diferencias). En definitiva, el mandato del artículo 61.3 LCTTM parece extraño en el sistema de la responsabilidad del transportista terrestre y, a pesar de su novedad (cuestiona en cierta medida el régimen imperativo de la Ley, en relación con la limitación de la responsabilidad del porteador), no ha sido objeto de suficiente reflexión crítica.

Para la revisión crítica de la sentencia se seguirá un esquema similar al seguido en las páginas anteriores, ya que en parte es el mismo asumido en la argumentación de nuestro Alto Tribunal (reflexión sobre los fundamentos de la limitación de la responsabilidad del porteador y las “excepciones” que suponen los supuestos de limitación convencional de la misma), hasta llegar a fijar el sentido y los requisitos de aplicación el artículo 61.3 LCTTM.

2.4.2. La posición del Tribunal Supremo en relación con la “limitación de la indemnización” en el transporte terrestre. Fundamentos y crítica

La limitación de la responsabilidad. Fundamentos

Comienza la STS 335/2020 por recordar que, en materia de transportes, se ha impuesto el modelo de limitación de la responsabilidad del porteador o transportista por los daños que se produzcan en la mercancía objeto del transporte, «para lograr un equilibrio entre los intereses concurrentes en la operación de transporte». Un sistema que, como se ha expuesto en las páginas anteriores, tanto a nivel nacional como internacional, en general toma como referencia el peso de la mercancía dañada⁹² y el derecho especial de giro como unidad de cuenta (véanse nuestras reflexiones en las páginas anteriores).

Reflexiona el Tribunal Supremo sobre los fundamentos de este régimen especial de responsabilidad que, en definitiva, supone una suerte de “privilegio” en favor de determinados empresarios; y comienza por “descartar” otras alternativas posibles. Buena parte de los argumentos esgrimidos coinciden con los expuestos (y criticados) en las páginas anteriores; por lo que cabe, en relación con los mismos, similares

El Preámbulo de la Ley no contiene ninguna referencia específica a esta norma, sino que, más bien al contrario, da por hecho que el régimen de responsabilidad es similar al del CMR [...].»

92 «En la actualidad, tanto en los tratados internacionales, como en la mayoría de las normativas nacionales, entre ellas la española, se ha instaurado un sistema de limitación que pretende fijar una cantidad razonable de indemnización, según un criterio que suele ser el del peso de la carga» (FD 3.^o).

reflexiones (que no siempre serán reproducidas nuevamente; centrándonos sólo en algunas que consideremos de mayor relevancia).

Así, afirma el Tribunal Supremo que «Desde las primeras legislaciones internacionales en materia de transportes, se viene considerando que el endurecimiento de las responsabilidades de los transportistas no supone necesariamente una mayor protección de los usuarios de los servicios, ya que la eficacia de tales regímenes de responsabilidad deviene inútil en caso de insolvencia del porteador» (FD 3.º). Lo cierto es que la cuestión de la “insolvencia” del porteador (se trataría frecuentemente, además, de una insolvencia con perfiles de internacionalidad) ha sido muy escasamente utilizada como argumento en favor de la limitación de la responsabilidad por la doctrina; y, en todo caso, tratándose de un ámbito nacional el que se estudia (la LCTTM se aplica sólo bajo la jurisdicción española y para operaciones de transporte que se desarrollen dentro del territorio nacional, pues en otro caso resultaría directamente aplicable el Convenio CMR 1956, que carece de un precepto similar al que se analiza), la eventualidad de la insolvencia (internacional) del porteador no parece que sea un argumento reseñable. Además, cabe preguntarse por qué “la protección de los usuarios” de este servicio de transporte (terrestre; la cuestión no parece haberse planteado en el ámbito del Derecho marítimo, origen “natural” del régimen de la limitación de la responsabilidad del porteador) requiere mejor tratamiento que los que merecen los usuarios de otros servicios empresariales (un régimen “especial” en atención a la “prevención” de la insolvencia). Cabe recordar que en el transporte mercantil de mercancías la mayor parte de las operaciones (no nos referimos a la totalidad, por dejar espacio al posible debate, en todo caso excepcional: así, parcialmente, el servicio de paquetería) son de naturaleza mercantil en sentido estricto; esto es, no sólo desde la perspectiva del porteador, sino también del cargador. La atención de los derechos de las partes debe realizarse en el ámbito “especial” (mercantil) profesional; que no parece que justifique este trato distinto. La limitación de la responsabilidad supone, en última instancia, “cargar” los costes del riesgo de la explotación mercantil del transporte sobre las compañías de seguro (esto es, a través de esas compañías, en la comunidad de riesgo que forman los usuarios de los servicios de transporte)⁹³. No se entiende bien entonces por qué ciertas actividades mercantiles se beneficiarían de estas reflexiones sobre la insolvencia, dejando al margen de ese “beneficio” otras operaciones y contratos mercantiles.

Consideramos, como se ha expuesto antes, que no parece que sea “la economía del contrato” la que justifique este régimen cualificado del porteador, sino más bien el

93 Argumento que, igualmente, asume el Tribunal Supremo: «Asimismo, la fijación de un límite preciso y apriorístico de indemnización facilita enormemente la valoración del riesgo que corre el porteador y, derivativamente, el cálculo de la prima del seguro. De este modo, la limitación de responsabilidad del porteador constituye una fórmula de reparto de los riesgos de la operación entre las partes que produce efectos beneficiosos en la economía del contrato, tanto desde la perspectiva del transporte en sí, como de su aseguramiento» (FD 3.º, número 3). Sobre esta cuestión ya hemos expuesto nuestra opinión en las páginas anteriores.

interés del comercio (nacional e internacional), cuya realización efectiva requiere de medios de transporte eficaces y con precios ajustados.

Los requisitos que, según el Tribunal Supremo, exigiría el artículo 61.3 para su correcta aplicación

Tales requisitos, integrados con los “antecedentes y fundamentos” expuestos, se sintetizarían en la siguiente reflexión: «Para que la cláusula que refleje el pacto previsto en el art. 61.3 LCTTM sea válida, debe contener: (i) una mención concreta al aumento de la responsabilidad; y (ii) correlativamente, una previsión expresa y concreta sobre el aumento del precio del transporte. A lo que no es óbice que también se pacte que el porteador deba contratar un seguro de transporte, para quedar cubierto ante esta contingencia, pues queda a su cargo. E, indudablemente, el aumento del riesgo conllevará una elevación en el importe de la prima, lo que, por lo menos desde el punto de vista de los costes iniciales, agrava todavía más su posición contractual» (FD 7.º, número 1, párrafo segundo STS 335/2020). Siendo esta la posición de nuestro Alto Tribunal, consideramos que merece algunas reflexiones.

La (correcta) delimitación de la figura (acerca de su denominación)

Mejores consideraciones merecen, a nuestro juicio, las reflexiones en la sentencia a propósito de la “denominación” y la descripción de la “institución” que se analiza y el “procedimiento” o pasos de su estimación. Ya señalábamos más arriba cómo recientemente parecía preferirse la expresión “limitación de la deuda indemnizatoria” antes que “limitación de la responsabilidad”. Y así, concluye el Alto Tribunal que «En sentido estricto, los límites cuantitativos son limitaciones de la deuda indemnizatoria y no una limitación de la responsabilidad del porteador. Para que se apliquen tales límites, previamente el porteador debe ser declarado responsable, ya sea por pérdida, daño, retraso, falta de entrega, entrega errónea o entrega de la mercancía de manera diferente a lo pactado. Una vez declarada la responsabilidad, debe valorarse el daño causado. Y, por último, se establecerá la condena a indemnizar hasta el límite máximo que resulte tras la aplicación de las reglas de limitación de responsabilidad establecidas por la legislación internacional o nacional aplicable; o, su menor valor, si no alcanza tales límites» (FD 3.º, número 4). En realidad, tanto una como otra expresión son correctas; y en ambos casos, conducen al mismo resultado: la limitación de la responsabilidad marca el límite de la indemnización, y un límite de indemnización supone, a efectos prácticos, la limitación de la responsabilidad. En uno y otro caso las partes del contrato saben cuál es la cantidad “recuperable”, ajustan su propia actividad a esas expectativas y “cargan” sobre el seguro (y los asegurados) el coste global del transporte.

Sin embargo, la expresión “limitación de la responsabilidad” forma parte de los términos técnicos, legales (en Derecho nacional y comparado), convencionales (véanse

los convenios o internacionales citados en las páginas anteriores) y profesionales (los modelos documentales consagrados por la práctica, universalmente aceptados). Por todo ello, nos parece más adecuado conservar la terminología original; apartando una pretendida “innovación conceptual” que, en realidad, no aporta nada (la pretendida precisión conceptual no aporta mejora alguna en el régimen de la limitación de responsabilidad o su aplicación) más allá de diversidad de terminología (nacional e internacional).

La finalidad del acuerdo

En relación con el precepto que se analiza, advierte el Tribunal Supremo que «En todo caso, lo que el art. 61.3 LCTTM permite es un aumento del límite indemnizatorio, pero no su supresión. Es decir, lo que no cabe es pactar una responsabilidad ilimitada del transportista, sino que deberá ser un aumento cuantificado, que dará derecho al sobreprecio» (FD 6.º, número 3). En esta ocasión, el uso de las palabras dificulta la interpretación.

La formalización del acuerdo

La primera cuestión que merece reflexión separada en estas páginas es la de la formalización del acuerdo de modificación del límite indemnizatorio entre las partes. Mientras que en los apartados 1 y 2 del artículo 61 LCTTM la Ley parece requerir que se documente en la carta de porte (a pesar de las dudas que al respecto hemos manifestado, siendo otra interpretación posible y, probablemente, adecuada), en el número 3 se omite expresamente esa exigencia. Lo que lleva al Tribunal Supremo a concluir que, frente a los números anteriores, «[...] el tercer apartado recoge una facultad de pacto extracartular (en cuanto que no tiene que figurar en la carta de porte), por el que las partes pueden acordar superar los límites indemnizatorios previstos en el art. 57.1 LCTTM contra un aumento en el precio del transporte». Coordina adecuadamente esta opción con otros preceptos de la LCTTM, en particular su artículo 10 porque, como advierte el Alto Tribunal, «el art. 10.1 m) LCTTM únicamente se refiere a la inclusión en dicho documento de las declaraciones de valor de las mercancías o de interés especial en la entrega, pero no al pacto de aumento del límite de indemnización previsto en el artículo 61.1».

Si se tiene presente el artículo 61 LCTTM, al completo, llama la atención su contenido “heterogéneo”, a pesar del nexo que supone las causas para la revisión de la limitación de la responsabilidad del porteador. Más allá de que su rúbrica no coincida plenamente con los mandatos que enumera (contempla los números 1 y 2, faltado uno de los supuestos que contiene, precisamente, el 3), se producen otras “discordancias” en su contenido; así, la forma de la “documentación” o expresión del acuerdo. Si en los números 1 y 2 (dos causas tradicionales, “nominadas” y “típicas” de limitación de la responsabilidad del porteador) parecería exigir la constancia del acuerdo en la carta

de porte, en el número 3 se añade una excepción más, nueva y “desconocida”, que podría pactarse fuera de la carta de porte e, incluso, en forma oral. En efecto, como recuerda el propio Tribunal Supremo, continuando su reflexión sobre este tema, «en atención al carácter consensual del contrato de transporte y a la posibilidad de prueba de su contenido por otros medios, es perfectamente posible que se pruebe su existencia y efectos sin atender a la carta de porte». En realidad, esta apreciación significaría admitir la posibilidad de que tanto la declaración de valor como la de interés especial en la entrega pudieran constar en cualquier forma, porque la carta de porte carece en la actualidad (la perdió en la práctica hace décadas) de condición de título-valor (lo que excluye el reclamo al valor de la literalidad, propio del ámbito de tales títulos)⁹⁴. En otro caso, el tratamiento absolutamente dispar de las tres situaciones, en relación con la prueba y documentación del acuerdo entre las partes, resulta difícilmente explicable. Sin embargo, como se señalaba más arriba, parece que los tribunales se han quedado en una interpretación excesivamente literal (quizás, forzada) de los preceptos; y la doctrina tiende a inclinarse en esa misma dirección, aunque no sin plantear algunas dudas⁹⁵.

El incremento del precio del transporte

También se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre el significado del precepto en relación con el “sobreprecio” que contempla, como “contraprestación”, en el sentido de que «si lo que se concede al porteador es un derecho para exigir el suplemento, pero no erige el mismo en un requisito de validez del propio pacto; o, por el contrario, dado el modo imperativo del verbo («dará»), el aumento del límite de responsabilidad deberá ir acompañado, en todo caso, de un aumento del precio, que compense la asunción de un mayor riesgo» (FD 6.º, número 4); concluyendo con que el correspondiente acuerdo «debe ir acompañado en todo caso de un aumento del precio»⁹⁶. Aunque, en buena lógica, el funcionamiento del mercado (ejercicio

94 Bajo la vigencia del Código de comercio era defendible (no sin ciertas posturas en contra) la naturaleza de la carta de porte como título-valor, aunque no se utilizara como tal desde décadas antes de la promulgación de la LCCTM. La literalidad de la carta de porte, entonces, reclamaba la aplicación de un riguroso régimen jurídico (la frase, técnica a la vez que coloquial, de que “lo que no está en el título, no está en el mundo”; *Vid.*, más ampliamente PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., «La carta de porte y la representación de las mercancías transportadas», en *El transporte terrestre nacional e internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, págs. 211 a 289). En la actualidad estas reflexiones carecen de relevancia, pues aunque la carta de porte es un título cualificado en el esquema de la LCCTM (en especial, a los efectos de su eficacia probatoria), puede (y suele) faltar en los transportes terrestres; estando además excluida del régimen de los títulos-valores. Sobre el particular *Vid.* más ampliamente DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional», *Op. cit.*, pág. 269.

95 MARTÍNEZ SANZ, F., «Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *Op. cit.*, págs. 717 y ss.

96 Los fundamentos de esta opción tampoco son, a mi entender, concluyentes: «Si atendemos a la finalidad de una mejor distribución de riesgos que beneficie la economía del contrato, a que hemos hecho antes referencia, no parece lógico incrementar el riesgo de una parte sin contraprestación alguna. Sobre todo, en casos de desequilibrio contractual entre grandes cargadores, que pueden

de la actividad empresarial) impondría este criterio, también es cierto que la decisión sobre la fijación y la revisión del precio se encuentra en el marco de la política comercial de cada empresario, buscando la mejor forma de organizar su negocio y la competencia frente a otros empresarios, tratando de ofrecer mejores condiciones para captar y satisfacer a su clientela. El coste que supone la contratación de un seguro en condiciones (primas y coberturas) más elevadas quizás sea asumible por el incremento de operaciones que, además, en no todos los casos significará un incremento significativo de la responsabilidad (atendiendo a la mercancía efectivamente transportada).

En el caso que se resuelve en la sentencia, la cláusula en la que se basan las pretensiones de la demandante no se estipula *ad hoc* (un acuerdo negociado en forma separada, de conformidad con las circunstancias reales del contrato), sino que viene establecido de forma general (a modo de condiciones generales) para todos los clientes. El empresario puede haber hecho su propia valoración, ofreciendo condiciones rigurosas de su propia responsabilidad que signifique mejorar su posición (su oferta) frente a otros competidores; incluso, puede que las tarifas se hayan adecuado a la realidad de ese modelo (siendo uniformes para todos los cargamentos), resultando atractivas para la clientela, porque una subida de precio “menor” quizás sea atrayente cuando se garantiza (por el rigor de la responsabilidad que se asume) una mejor prestación del transporte.

2.4.3. Propuesta de interpretación (y de revisión de la doctrina del Tribunal Supremo) del artículo 61.3 LCTTM

La STS 335/2020 realiza una profunda reflexión del precepto contenido en el artículo 61.3 LCTTM, buscando su sistemática con el resto del artículo (que regula los acuerdos entre las partes para elevar el límite de la responsabilidad del porteador terrestre por encima del legalmente previsto, en forma general) y con el régimen general de la responsabilidad del porteador terrestre. Mientras que, para la interpretación de otros extremos de la responsabilidad del porteador, nuestro tribunal contaba, bien con la experiencia del Convenio CMR 1956, bien con antecedentes legales en nuestro ordenamiento (y los consiguientes estudios doctrinales), para el artículo 61.3 LCTTM ha debido hacer una reflexión completa *ex novo*.

En las páginas anteriores se ha expuesto el criterio jurisprudencial, ya fijado (aunque susceptible de revisión en el futuro, llegado el caso), sobre la interpretación

imponer sus condiciones, y pequeños o medianos transportistas.

En consecuencia, si interpretamos el art. 61.3 LCTTM a la luz de los arts. 1256 y 1258 CC y 57 CCom, y en sintonía con los otros dos párrafos del mismo precepto y con las previsiones del CMR (cuyo valor inspirador en esta materia reconoce expresamente el preámbulo de la LCTTM, como ya hemos visto), parece más adecuado considerar que el aumento de la responsabilidad -mediante la superación convencional de los límites legalmente previstos- debe ir acompañado en todo caso de un aumento del precio, a fin de no alterar la economía del contrato y no desnaturalizar el sentido de las excepciones a las limitaciones de responsabilidad» (FD 6.º, número 5).

y la aplicación del referido precepto. Por nuestra parte, hemos expuesto nuestras dudas acerca de algunos de los extremos del pronunciamiento, que quizás pudieran servir para plantear una revisión de esta primera “doctrina” jurisprudencial. Consideramos, sin embargo, que (al margen de las dudas apuntadas) el Alto Tribunal no ha cerrado todos los extremos que requiere la correcta comprensión del artículo 61.3 LCTTM. En efecto, al menos, falta la *ratio* del precepto. Esto es, el fundamento o la justificación de la necesidad de un “tercer supuesto” (sin “antecedentes” en la normativa que “se incorpora”; sin mención en la rúbrica del artículo; con requisitos de forma tan diversos de los anteriores; entre otros extremos) de modificación del régimen de la limitación de la responsabilidad del porteador. No se conocen exigencia de la práctica ni ensayos del modelo. Y, si se considera que basta con la voluntad del “legislador” de incorporarlo a la Ley, siendo legítimo el procedimiento, queda por determinar su ámbito de aplicación preciso, en relación con el *quantum* hasta el que puede extenderse.

zQueda por resolver cuál sería el importe máximo que las partes pudieran pactar por aplicación del artículo 61.3 LCTTM y las “fórmulas” o criterios objetivos para su estimación; todo ello, so pena de desvirtuar el régimen de responsabilidad de la LCTTM. No puede ser, obviamente, ninguno de los expuestos, pues supondría una reiteración de criterios y mandatos. La fijación del máximo debe ser inicialmente libre, según el acuerdo que alcancen las partes.

Ahora bien, no tendría sentido que el importe de la indemnización que se acordara fuera inferior al que procura el artículo 61.1 LCTTM (referido al valor de la mercancía), pues para eso bastaría con declarar un valor menor del que realmente tienen la mercancía (recuérdese que, en la práctica, con frecuencia no suele declararse el valor de la mercancía). Para ello no haría falta un mandato específico. El “suelo natural” del artículo 61.3 LCTTM sería, entonces, el importe que se dedujera del artículo 61.1 LCTTM.

Por otra parte, el artículo 61.2 LCTTM fija el máximo del perjuicio que puede “lícitamente” (y, en todo caso, probándolo) experimentar y reclamar el destinatario de la mercancía: los daños indirectos y el lucro cesante. Ese es el importe máximo de referencia, salvo que admitiéramos que pudiera pretenderse un “enriquecimiento ilícito” o, al menos, “indebido”, que no podría fundamentarse ni en el valor de la operación (el de las mercancías) ni en el de los negocios (o expectativas) que dependieran de las mismas y de su transporte (esto es, operaciones posteriores –reventa, distribución, etc.- que se hubieran perjudicado como consecuencia de la actuación del porteador).

A priori, por tanto, el pacto previsto en el artículo 61.3 LCTTM debería establecer un nuevo límite de indemnización entre esos dos extremos.

No obstante, cabe además la posibilidad de considerar que el artículo 61.3 LCTTM contempla, en realidad, un “sistema de sanción”, a modo de cláusula penal, que permitiera superar ese importe máximo sin atender a criterios estrictamente

negociales (incardinados en la concreta operación de transporte). En este caso, sin embargo, se rompería una “constante” en los criterios anteriores: la prueba del daño efectivamente sufrido y, por ello, la “causa” para pedir el importe concreto de la indemnización. De ahí que algunos autores consideren que el límite podría fijarse por acuerdo entre las partes, pero su exigibilidad sólo se produciría hasta el importe correspondiente al daño que se pudiera probar⁹⁷. Esta postura se basaría en la remisión que hace el artículo 61.1 LCTTM al artículo 57.1 del mismo texto legal; lo que supondría la expresión de la voluntad de someter el precepto al régimen general de la responsabilidad del porteador. El problema de esta interpretación es que el artículo 61 LCTTM es, precisamente, una excepción al régimen general de la responsabilidad limitada del porteador terrestre, por lo que difícilmente cabe considerar que el “confuso” artículo 61.3 quiera a la vez, apartarse y seguir el régimen general. Surge, además, el problema de extender (consideramos que no es oportuno) una especialidad del artículo 61.1 LCTTM al resto de los supuestos regulados en el mismo precepto (números 2 y 3), cuyos postulados y fines difieren bastante entre sí.

Sobre estas bases, podrían adoptarse dos posturas en relación con límite máximo indemnizatorio que permitiera el artículo 61.3 LCTTM. 1) Si se considera que el daño resarcible debe ser probado, el mandato desenvolvería su eficacia entre el mínimo y el máximo que fijan los números 1 y 2 del artículo 61 LCTTM. Esta posición encontraría además un apoyo extra en el hecho de que el artículo 57.1 LCTTM (al que se remite, ahora sí, expresamente, el artículo 61.3 LCTTM) no contempla el retraso en la entrega de la mercancía en destino; por lo que el límite del artículo 61.2 LCTTM (daños indirectos, que pudieran ser probados) en relación con el retraso marcaría el máximo indemnizatorio. 2) Si se considera que el precepto serviría para fijar una especie de cláusula penal, se permitiría superar cualquier máximo legal (en particular, el del artículo 61.2 LCTTM), porque la finalidad sancionatoria se superpondría sobre la resarcitoria (que devendría “irrelevante” para el cálculo del importe): no habría que probar más que el daño (no su importe) y se tolerarían importes que no fueran manifiestamente desproporcionados (equidad: sometidos, por tanto, a la tutela de los tribunales, llegado el caso). Esta segunda opción parece difícil de concebir en un sistema intensamente regulado, ordenado por disposiciones administrativas y tradicionalmente ligado a las tarifas muy uniformes, por razón de su celeridad misma.

En todo caso, téngase en cuenta que el acuerdo del artículo 61.3 LCTTM podría en teoría coexistir con los otros dos, cada uno atendiendo a su propia razón de ser. En estos casos, probablemente más teóricos que reales en la práctica de los transportes, la cantidad a satisfacer por el porteador sería difícil de justificar, pues alguna se basa en datos objetivos (artículo 57 LCTTM); otras en la prueba del daño (artículo 61.1 y 61.2 LCTTM); mientras que la concurrencia de los tres supuestos

97 Vid. EMPARANZA SOBEJANO, A., «Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3 LCTTM», *Op. cit.*, pág. 64; siguiendo a MARTÍNEZ SANZ, F. «Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *Op. cit.*, pág. 729.

conllevaría añadir una cantidad estimada, sin base de cálculo alguno (ni siquiera, una gradación de las sanciones, salvo que, por ejemplo, se reclamara expresamente un porcentaje sobre la base del precio del contrato, el valor de la mercancía o cualquier otro criterio).

3. A MODO DE RECOPIACIÓN Y CONCLUSIONES

La limitación de la responsabilidad del porteador (en sus términos más clásicos) o la limitación de la indemnización (en su formulación más actual; quizás, innecesaria) es una “institución” básica en el Derecho de los transportes, cuyo origen se encuentra en el Derecho (del transporte) marítimo. La oportunidad de su mantenimiento actual no parece cuestionarse, aunque sí deben revisarse sus fundamentos a la luz de la nueva realidad (técnica, legislativa y, sobre todo, comercial) del siglo XXI. Parece que algunos de los fundamentos que justificaban esta figura en el siglo XIX no se encuentran presentes, al menos con la misma intensidad, en los momentos actuales o al menos requieren de alguna aclaración complementaria. Un ejemplo, por todos, sería el riesgo propio de la navegación a vela, que si bien conformó el régimen (la navegación misma) hasta finales del s. XIX, no es significativa en la actualidad; también, las cuestiones técnicas –por ejemplo, el uso del contenedor para la protección y la manipulación de la mercancía– reclaman una perspectiva corregida; por último, la evolución del seguro reclama igualmente una revisión de esos fundamentos antiguos. Ideas que son trasplantables, *mutatis mutandis*, al transporte terrestre. Quizá, parte de las dudas que suscita este privilegiado régimen de responsabilidad del porteador puedan superarse si se impulsa esa reflexión. En la actualidad, parece mayoritaria (en la doctrina, la jurisprudencia y los profesionales) la posición acerca de la necesidad de la limitación de la responsabilidad del empresario de los transportes, sea cual sea el medio (marítimo, terrestre, aéreo o multimodal) en el que se realiza y sea cual sea el “objeto” del transporte (mercancías, en este trabajo; pero igualmente personas y equipajes). Todos los textos legales, nacionales e internacionales, así como el Derecho comparado, acogen esta figura con notable coincidencia, derivada de los convenios internacionales. Precisamente, a la luz de estas consideraciones, la reforma que ha supuesto la LCTTM en esta materia acoge (como en el resto de su articulado) la experiencia del Convenio CMR 1956. Sin embargo, recuérdese que el mandato del artículo 61.3 LCTTM no encuentra precedente en ninguno de esos textos previos.

Los fundamentos de la limitación de la responsabilidad del porteador se encuentran esencialmente en las necesidades del propio comercio, que requiere un transporte (base del comercio, el aprovisionamiento y la distribución) eficaz a un precio asequible, suficientemente uniforme en su perspectiva internacional. Ese objetivo no es alcanzable por sí solo, sino que requiere el compromiso de las comunidades de riesgo de porteadores y de cargadores/destinatarios; la contribución del seguro (de

responsabilidad civil y mercancías, respectivamente) permite repartir el riesgo (los costes) de los daños que sufra la mercancía entre los interesados, contribuyendo decisivamente al mantenimiento del sistema actual del transporte. El equilibrio parece suficientemente sólido en la actualidad, lo que ha liberado a la institución de la limitación de la responsabilidad del porteador, en buena medida, de debates sobre su mantenimiento.

La LCTTM ha revisado e incorporado a la normativa del transporte nacional (entre otras) las novedades más relevantes en materia de limitación de responsabilidad derivadas de la experiencia internacional (el CMR de 1956). En el ámbito de nuestro estudio, responde a esta decisión los mandatos del artículo 61.1 (declaración del valor de la mercancía) y 61.2 (declaración de un interés especial en la entrega de la mercancía). Superando el código del siglo XIX y las leyes administrativas, la LCTTM contienen un régimen revisado y actual de la responsabilidad del porteador terrestre (artículo 57 y siguientes LCTTM) correctamente alineado con la protección de los intereses del destinatario (o el cargador, en su caso). Curiosamente, nuestra ley se ha alejado del modo de cálculo del correspondiente importe, recurriendo a un índice de referencia (el IPREM) desconocido en el tráfico internacional (frente al Derecho Especial de Giro) y el nacional (quizás hubiera sido más fácil apostar por el euro, en cualquier forma –cantidad fija o porcentual- corregido por el IPC).

Por otra parte, el mandato del artículo 61.3 LCTTM es una “adición” al sistema de limitación de responsabilidad del porteador terrestre que carece de “antecedentes” en el CMR 1956. No se ha expuesto justificación suficiente sobre su oportunidad y *ratio*. Por ello, su interpretación suscita dudas, a la espera de una posición jurisprudencial consolidada que contribuya a precisar su mandato. La STS 335/2020 ha sido la primera que se ha dictado específicamente sobre esta materia, fijando las claves de su interpretación. Reafirmando una vez más la oportunidad de la figura de la limitación de la responsabilidad, y situando el artículo 61.3 LCTTM en el centro de esos fundamentos y coordinándolo con el resto del sistema (en particular, con los artículos 61.1 y 61.2 LCTTM, ya analizado en otras sentencias y conocidos por la práctica profesional), la sentencia fija los extremos más relevantes del mandato del precepto. Así, el citado artículo permite que un acuerdo entre las partes, cuya validez no exige su constancia en la carta de porte, pueda elevar el límite legal de la responsabilidad del porteador (más allá del artículo 57 y concordantes LCTTM y de las especialidades de los números 1 y 2 del artículo 61 LCTTM) contra (aparentemente) el pago de un “sobrepago”. La voluntad de las partes desplaza el mandato legal, para aumentar la responsabilidad del porteador en beneficio de los intereses del destinatario/cargador.

Si la sentencia ofrece la ventaja de aclarar el sentido de un precepto que podría suscitar debate doctrinal, creemos que no resuelve todos los extremos del artículo 61.3 LCTTM y que, además, asume ciertos postulados que pueden ser revisables. Por ello, la sentencia merece una valoración crítica. En este sentido, la revisión de los fundamentos de la limitación de la responsabilidad de porteador terrestre debe

reconducirse al interés del comercio, al interés de los empresarios y a la cobertura que proporciona el seguro. Igualmente, hemos manifestado dudas sobre la necesidad, en todo caso y como exigencia legal, del “sobreprecio” del transporte. Todo ello, porque que la sentencia no permite fijar los límites económicos de la “revisión” (incremento) de la responsabilidad legal de la LCTTM; esto es, si por esta vía se puede superar el límite de los daños directos e, incluso, los indirectos (artículo 61.1 y 61.2 LCTTM).

En definitiva, la doctrina jurisprudencial no resuelve satisfactoriamente el problema de la ubicación precisa del artículo 61.3 LCTT en el sistema de la limitación de la responsabilidad del porteador terrestre. Por ello, carecemos de criterios claros sobre el límite (si es que existe) hasta el cual las partes podrían pactar un incremento de los límites legalmente previstos, incluso los “negociados”. Al respecto, pueden mantenerse dos posiciones. La primera, la más respetuosa con el sistema global de la limitación de la responsabilidad, supone asumir que los daños directos e indirectos que puedan probarse suponen los límites propios que las partes pueden negociar (y, con ello, elevar la responsabilidad legal del portador). Se evitarían así situaciones cercanas al enriquecimiento injusto y se parte de unos límites que toman como referencia el propio mandato legal. La segunda, considerar que el artículo 61.3 LCTTM legitima la negociación de una especie de “cláusula penal” que sancione el cumplimiento defectuoso (por ejemplo, en caso de retraso) o el incumplimiento (que ocasione daños extraordinarios al destinatario de la mercancía) del porteador. Siendo en este caso el límite indemnizatorio el que se considere legítimo en cada operación. Lo que supone, al mismo tiempo, considerar que el recurso a esta posibilidad legal sería excepcional en la práctica, tanto como el contrato en el que las partes pudieran pactarlo expresamente y se justificara esta especialidad.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 3.^a ed., 2015.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., *Relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque: la cláusula de incorporación*, La Editorial Vizcaína, Bilbao, 1977.
- BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. Contratos mercantiles. Derecho de los títulos-valores. Derecho concursal.*, Tecnos, Madrid 19.^a ed., 2012.
- CLAVERO TERNERO, M. F., «El transporte internacional de mercancías por carretera: la interpretación del Convenio CMR por el Tribunal Supremo», en *Derecho Uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad* (coord. Madrid Parra A.), Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1.^a ed., 1998.
- DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre nacional», en *Derecho*

Mercantil. Vol. 8.º Transportes mercantiles, (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.ª ed., 2013.

DÍAZ MORENO, A., «Sentencia del Tribunal Supremo 99/2020: limitación legal de la responsabilidad del porteador terrestre y excepciones convencionales (art. 61 LCTTM)», <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/03/STS-99-2020-limitaci%C3%B3n-legal-de-la-responsabilidad-1.pdf>.

EMPARANZA SOBEJANO, A., «Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3 LCTTM», *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, n.º 25, 2020.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *La limitación de la responsabilidad civil del naviero (análisis sistemático del derecho comparado y perspectivas de reforma del derecho español)*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Bilbao, 1996.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Studia Albornotiana, vol. LXXVII, Bolonia, 2001.

MARTÍN CASTRO, M. P., «La limitación de la responsabilidad del porteador terrestre de mercancías», *Derecho de los negocios*, año n.º 9, n.º 97, 1998.

MARTÍN CASTRO, M. P., «Aproximación al estudio de la nueva disciplina del retraso consagra en la ley de navegación marítima», en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil: la reforma europea del derecho de sociedades y del Derecho concursal* (coord. Puy Fernández, M.G.), Madrid, Marcial Pons, 1ª ed., 2018.

MARTÍNEZ SANZ, F., «Declaración de valor y de interés especial en la entrega» en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, (Dir. Duque Domínguez J.F., y Martínez Sanz F., coords. Emparanza Sobejano A. y Petit Lavall M.V.), Cizur Menor, Thomson Reuters, 1.ª ed., 2010.

OLIVENCIA, M., «La autonomía del Derecho mercantil. La Constitución y el Derecho mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho mercantil», en *Derecho Mercantil. Vol. 1.º Concept y fuentes del Derecho mercantil. La empresa y el empresario. El empresario individual* (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.ª ed., 2013.

PADILLA GONZÁLEZ, R., PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., «El contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque», en *Derecho Mercantil. Vol. 8.º Transportes mercantiles*, (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.ª ed., 2013.

PADILLA GONZÁLEZ, R., PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. y CLAVERO TERNERO, M. F., «El contrato de transporte», en *Derecho Mercantil. Vol. 8.º Transportes mercantiles*, (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.ª ed., 2013.

- PEINADO GARCÍA, J. I., «Lección 36. El contrato de transporte terrestre» en *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II* (dirs. MENÉNDEZ, A., ROJO, A.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 18.^a ed., 2020.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., ROMERO MATUTE, B., «Los seguros marítimos y aéreos», en *Derecho Mercantil. Vol. 9.º. Los contratos de seguro*, (coords. Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A.), Madrid, Marcial Pons, 15.^a ed., 2013.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., «La carta de porte y la representación de las mercancías transportadas», en *El transporte terrestre nacional e internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., *La compraventa CIF*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- PETIT LAVALL, M. V., «Límites de la indemnización», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 1.^a ed., 2010.
- SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Principios de derecho mercantil. Tomo II.*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur menor, 2019
- SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, Tecnos, Madrid, 1996.

ANÁLISIS

Patent portfolios and Patent Assertion Entities: antitrust issues and future perspective under the Unified Patent Court

PIETRO CAPPABIANCA

PhD Candidate in People, Business and Markets Law
University of Naples Federico II (Italy)

pietro.cappabianca@unina.it

 <https://orcid.org/0009-0008-3483-7526>

Abstract: Protecting research has always been a relevant issue in order to foster innovation, especially in the pharmaceutical field. Intellectual property rights protection plays a main role in the current economy since it allows companies to monetize efforts and investments in research and development through the patent system. However, in the past years antitrust authorities found themselves in front of a tangled question: the strategic use of patents in order to unlawfully prolong the protection time and, by so doing, to exclude competitors from the market. The strategic use of patent portfolios and the rapid growth of Patent Assertion Entities represent a significant antitrust issue which needs to be investigated, especially following the Agreement on unitary patent and Unified Patent Court and the related deep changes in the European patent system in order to verify if such Agreement can be a useful tool against strategic and anti-competitive conducts.

Keywords: patents, antitrust, patent pool, R&D, competition, patent assertion entities.

Recepción: 31/01/2024

Aceptación: 27/02/2024

Cómo citar este trabajo: CAPPABIANCA, Pietro, “Patent portfolios and Patent Assertion Entities: antitrust issues and future perspective under the Unified Patent Court”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 387-408, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.10>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, pp. 387-408

Summary: 1. ABUSE OF LAW AND PATENT MISUSE DOCTRINE. HISTORICAL BACKGROUND. 2. PATENT PORTFOLIOS: ANTITRUST ISSUES AND SOLUTIONS. THE ROLE OF PATENT POOLING AGREEMENTS. 3. PATENT ASSERTION ENTITIES IN THE EU LAW. 4. UNIFIED PATENT COURT AND ITS IMPACT ON ANTITRUST EVALUATION OF PAES. 5. CONCLUSION. 6. BIBLIOGRAPHY.

1. ABUSE OF LAW AND PATENT MISUSE DOCTRINE. HISTORICAL BACKGROUND

Patent portfolios and multiplication of patent assertion entities (PAEs) are two topics intertwined both with the general theory of law and with antitrust law.

A careful analysis allows to state that said tools have an undeniable relevance for technological innovation¹ and scientific research since they appear to be monetization instruments for intellectual property rights.

At the same time, they can be wrongfully and unlawfully applied and, by so doing, they could result in an abuse of patent laws. Before examining the aforementioned instruments and their respective relevance and issues, it seems preliminarily necessary to investigate the theory of the abuse of law and of the abuse of patent law, in order to explore the main features and to understand if the latter is a mere specification of the former or whether it constitutes an autonomous figure.

The abuse of law is a general principle of the Italian and European law system² and it was the object of a wide scientific and jurisprudential discussion which led, through the years, to the extension of its scope of application.

From the general theory point of view, the main regulatory reference was found to be the Article 833 of the Italian Civil Code, which establishes the prohibition of emulative acts and, in the European legal framework, in the Article 54 of the Charter of Nice³. With a systematic interpretation, such prohibition was not exclusively referred to the property right but also to all the subjective rights with a patrimonial content⁴, including the patent protection of innovations, with the

1 See ENCAOUA, D., GUELLEC, D., MARTÍNEZ, C., *Sistemas de patentes para fomentar la innovación: lecciones de análisis económico* (https://www.researchgate.net/publication/241760570_Sistemas_de_patentes_para_fomentar_la_innovacion_Lecciones_de_analisis_economico consulta: 21/3/2024).

2 Even though there are opposing opinions in the scientific literature. For instance, PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2013, p. 75-173.

3 Such article, which incorporates the provision of the Article 17 ECHR, states forth that the provisions of the Charter cannot be interpreted as if they allow activities or acts that undermine rights or freedoms granted by the same Charter or that impose stricter limitations than the ones included in the Charter.

4 CASCIONE, C. M., art. 833 c.c., in *Codice civile commentato (a cura di G. Bonillini, M. Confortini, C. Granelli)*, p. 3, (www.onelegale.it, consulta: 29.1.2024).

aim of identifying and sanctioning abusive and not-predetermined conducts⁵ to be identified with a case-by-case approach and with an interpretation of the law that takes into account the evolution of market strategies and technologies. Such conducts were indeed detected and sanctioned by antitrust authorities mainly –but not only– in the pharmaceutical market where originator industries –the ones that firstly commercialize new medicines– unlawfully attempt to extend and prolong the patent protection. The most common examples of such strategies comprehend the strategic use of Supplementary Protection Certificate or filing a divisional patent request to obstruct or delay the economic activity of generic medicine producers, aiming to the so-called patent evergreening⁶. This practice represents a use of the patent which completely diverges from its legal ratio which is certainly to exclude the entry of new competitors on the market or, by any means, to create an obstacle to their economic activities. However, such aim can only be pursued by using the objective superiority of a product and not by artificially closing the market with a strategic use of a right recognized by the legal framework and, by so doing, violating the principle of a competition based on the merits⁷.

In accordance with this consideration, the American juridical literature elaborated the patent misuse doctrine, with the purpose of analyzing and managing the unlawful utilization of patent protection.

The patent misuse doctrine was born as a direct derivation of the unclean hands principle⁸, according to which whoever takes legal action in order to protect his own right, shall not have his request granted in case any wrong doing is ascertained⁹. In different terms, said doctrine is an exception to the ordinary right of a patent holder to request (and obtain) injunctions towards infringers. The legal

5 SCUFFI, M., *Brevetti essenziali, abuso e condizioni FRAND, Il societario-focus 24th of January 2018*, p. 3.

6 Recently, the European Commission started an investigation on the Israeli pharmaceutical industry TEVA for misused patent procedures. In the official statement, it is stated that «after the original, basic patent expired, Teva artificially extended glatiramer acetate's basic patent protection by filing and withdrawing secondary patent applications, thereby forcing its competitors to file new lengthy legal challenges each time. This scheme is sometimes referred to as the "divisionals game". This is because the strategy implies filing so-called "divisional patents" which are patents derived from an earlier secondary patent and whose subject matter is already contained in the earlier patent. This artificially prolongs legal uncertainty to the benefit of the patent holder, and can effectively block or delay entry of generic or generic-like medicines» available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_6062. In the scientific literature, COLANGELO M., *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo AstraZeneca*, *Giurisprudenza commerciale*, 4, 2013, p. 585; ZAGATO L., *TRIPs e diritti umani*, *AIDA*, 1, 2014, p. 252-253.

7 On such principle LIBERTINI, M., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, *Rivista di orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2018, p. 11-12.

8 GIAMPAOLINO, C. F., *Misuse degli IP rights*, *AIDA*, 2013, p. 243.

9 MARZANO, P., *Diritto d'autore ed antitrust tra mercati concorrenziali e network economies*, *Rivista del diritto d'autore*, 1998, p. 431-432.

basis of such limitation is a use of the intellectual property right (IP right) contrary to the public interest¹⁰.

In light of this reconstruction, the judicial authority that finds an abuse of the patent right may have the discretionary power to deny compensatory damage or injunctive relief, factually suspending the patent's beneficial effects until the abusive conduct is eliminated¹¹.

The first application of the patent misuse doctrine goes back to the *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.* case¹² where the owner of a company carried out a tying¹³ conduct by subordinating the grant of a license to the use of a product coming from a subsidiary company of the same owner. However, it remains unclear if the decision was based on antitrust law principles or on public policy objectives related to the patent issue and this is not the right context to analyze such debate, especially considering that the Supreme Court itself did not take a position.

That should demonstrate, according to a certain reconstruction, that the patent misuse doctrine should be considered to be outside competition law and the related means of protection¹⁴. It was noted that the US Supreme Court actually established the patent misuse doctrine in order to prevent an abusive use of patent law, without the need to prove a negative effect on the competition since patents cannot be properly considered a property right but a privilege granted in order to foster technological innovation¹⁵.

The following legislative measures for market protection in the USA, indeed, seem to confirm the convergence between antitrust law objectives and public policy aims (despite the yet relevant differences in purposes), especially if one takes into account the § 271 of Patent Act –dealing with patent infringement– and the Patent misuse reform Act of 1988, aimed to provide a rational guide for the application of the patent misuse doctrine, avoiding excessive and unnecessary limitation of IP rights.

The last legislative act, for instance, gave space to a new and different evaluation of lawfulness of some conducts, including tying conducts, until then considered a *per se* patent misuse and, moreover, negatively considered by the antitrust authority¹⁶.

10 BRINSON, J. D., *Patent misuse: time for a change*, in *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 16, 2, 1990, p. 357.

11 LIM, D., *Patent misuse and antitrust: rebirth or false dawn?*, in *Michigan Telecommunication And Technology Law Review*, 20, 2, 2014, p. 309.

12 *Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger Co.* 314 U. S. 488, 1942, but also *Motion Pictures Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502, 1917.

13 Other forms of patent misuse were found in post-expiration royalties and in price-fix arrangements. *Va. Panel Corp. V. MAC Panel Co.*, 133 F.3d 860, 869 (Fed. Circ. 1997).

14 MAFFEI, T. F. *The patent misuse doctrine: a balance of patent rights and the public interest*, *Boston College Law Review*, 11, 1, 1969, p. 52.

15 LIM, D., *Op. cit.*, p. 318.

16 BURCHFIEL, K. J., *Patent misuse and antitrust reform: "Blessed be the tie?"*, *Harvard Journal of Law*

Such conclusion was based on the fact that, whenever the tying product was patented, it was unnecessary to demonstrate that its owner had a relevant market power, automatically inferable from the impossibility for the buyer to get the product anywhere else. Consequently, subordinating the availability of a patented product to the purchase of a different one resulted, according to the prevailing opinion, in a *per se* violation of antitrust law. Said automatism has been eliminated by the Patent misuse reform Act.

The IP right owner cannot be accused of patent misuse when he ties a patented product to another one, unless it can be demonstrated that such owner has a relevant market power for the patented product which can be taken into account for competition purposes. By so doing, the market power presumption in the evaluation of tying conducts was definitively abandoned.

Through the Patent misuse reform Act, the American legislator adopted a rule-of-reason based approach, requesting a case-by-case analysis in order to evaluate the presence of a IP right misuse.

So depicted, the patent misuse doctrine seems to be comparable to the abuse of law notion as developed by the Italian Supreme Court according to which there are four requisites to be fulfilled in order to evaluate the abuse of law: the ownership of a subjective right; the possibility that such right is asserted in many and not pre-determined ways; the assertion of such right, despite being respectful of the legal framework, with despicable ways; the fact that, due to the assertion of said right there is an unjustified disproportion between the advantages for owner of the right and the sacrifice requested to the counterpart¹⁷.

Nonetheless, these two notions remain different, even though it is not possible to omit the structural and functional similarities. Both reconstructions appear to be referred to an unlawful use of a right granted by the legal framework. However, the misuse doctrine does not require an emulative act, as in an act aimed at provoking a damage to the counterpart with no beneficial purpose to pursue, since, in fact, it constitutes a conduct with a positive effect for the owner himself. It is not to be ignored that apposing obstacles or removing economic competitors is deeply rooted in the competition itself, especially if enacted with a tool like a patent, naturally exclusionary¹⁸.

The objection that could be raised is that, from a formal point of view, there could not be a direct emulative act but the case of an indirect one cannot be excluded. In other words, while pursuing an advantage, the owner, by abusing of his own IP right, could indirectly cause a damage to the counterpart even though he could assert his right in different ways.

& Technology, 4, 1991, p. 1.

17 Italian Supreme Court, 3rd civil section, 18th of September 2009, n. 20106.

18 GHIDINI, G., CAVANI, G., PISERÀ, P. F., *Il caso Pfizer*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2015, p. 1578.

Independently of the assimilation of the patent misuse doctrine to the abuse of law, it emerges that in order to sanction an abuse of patent law the mere presence of a market power is not sufficient, but it is necessary to think of the protectable expectation of each citizen not to see a twisted use of a right recognized by the legal framework¹⁹.

The following paragraphs will deal with two fields where hypotheses of twisted use of patent right were detected: the patent portfolios and the Patent Assertion Entities (PAEs).

2. PATENT PORTFOLIOS: ANTITRUST ISSUES AND SOLUTIONS. THE ROLE OF PATENT POOLING AGREEMENTS

As for patent portfolios, it is to be stressed that the actual patent value, and the deriving market power, can be better understood if one considers them aggregated in a portfolio.

The so-called patent portfolios consist in an aggregation of relatable patentable invention under a joint control. Although the patent portfolios theory does not consider relevant the amount of patents aggregated in a single portfolio, such quantity does not seem to be completely insignificant. As for mutually related patents, the higher the number of aggregated patents, the higher the market power that their owner will be able to exert.

The advantages deriving from such tool are clear. First of all, there will be a bargaining power growth of the economic agent owning such portfolio when negotiating a cross-license agreement²⁰. Another beneficial effect that can be achieved is a reduction of litigation costs and of all the expenses necessary to obtain a license. Moreover, the global patent portfolio value could be used to explain what was defined as race to patent considering that the single patent economic value may be negligible or, sometimes, even negative²¹.

The main feature of patent portfolios is the relatedness since they are typically focused on a specific technological field unlike, for example, corporate stock portfolios where the feature of diversification is strongly advised and aimed at²².

19 GHIDINI, G., CAVANI, G., PISERÀ, P. F., *Op. cit.*, p. 1593.

20 For an analysis of cross-licensing agreements in Spain see SANCHEZ GARCÍA, L., *El fenómeno cross-licensing en el derecho español de patentes*, *Revista de Direito Brasileira*, 8, 2018, p. 141-154.

21 COLANGELO, G., *Il mercato dell'innovazione. Brevetti, Standard e Antitrust*, Giuffrè, Milano, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 14.

22 PARCHOMOVSKY, G., WAGNER, R. P., *Patent portfolios*, *University of Pennsylvania Law Review*, 154, 1, 2005, p. 30.

At the same time, there may be anti-competitive effects deriving from a incautious use of such instrument. Such danger pushed a certain doctrine to equate patent portfolios to securities and, by so doing, subjecting all transactions concerning patent portfolios to financial markets rules guaranteeing transparency, openness and efficiency²³.

The patent portfolios proliferation leads to a hold up risk, to the obstruction to innovation in the form of royalty stacking, and to the use of patent protection as a financial leverage.

The royalty stacking phenomenon happens whenever the development of a product requires, from the downstream producer, the utilization of more than one patented invention and, consequently, the royalties to be paid in order to use such inventions need to be calculated stacking all the royalties owed for licensing the patented inventions in order to commercialize his own product without risking an infringement action and with an amplifying effect on the total amount²⁴.

In the technological field for smartphone production the potential request for royalties can equate, or even exceed the cost of the single device features²⁵.

Therefore, there is the actual risk of an imposition of excessive prices and that could interfere with a correct and equal competition on the market by artificially excluding other competitors and, as a consequence, such risk justifies an intervention of the antitrust authorities.

Such considerations let understand all the issues related to strategic patenting conducts in respect of which, apart from antitrust authorities' intervention, other solutions have been presented, such as cross-licensing agreements, an in-depth study on the role of collective rights organizations, which allow a more efficient solution to the resource's fragmentation²⁶ and, particularly, patent pools.

With patent pooling agreements, IP rights owners appoint a third party, structured as a consortium with a common administrator, with the duty to manage said IP rights in order to negotiate them on the market with only one common license pooling the given patent portfolio²⁷.

23 RISCH, M., *Patent portfolios as securities*, in 63 *Duke Law Journal*, 89, 2013, p. 154.

24 GALETOVIC, A., GUPTA, K., *Royalty stacking and Standard Essential Patents: theory and evidence from the World Mobile Wireless Industry*, 2 (https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/clbe/events/innovation/documents/galetovic_royalty_stacking_060416_gg.pdf, consulta: 15/1/2024).

25 ARMSTRONG, A., MUELLER, J. J., SYRETT, T. D., *The Smartphone Royalty Stack: Surveying Royalty Demands for the Components Within Modern Smartphones*, 2014, 69 (in <https://ssrn.com/abstract=2443848>, consulta 15/1/2024).

26 MERGES, R. P., *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, *California Law Review*, 84, 1996, p. 1293.

27 COLANGELO, G., *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, *Quaderni di AIDA*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 123-124.

On one side, there is a significant reduction of transaction costs since the administrator will have to sign only one agreement with the counterparties –creating a one-stop-shopping²⁸– and royalties ratio is previously established by the parties or, in case of disagreement, by an impartial arbitrator²⁹.

On the other side, the license agreement costs can be rationalized³⁰ and, consequently, potential litigation on royalties ratio can be reduced.

Nevertheless, by deferring to a third and independent party the decision on which patents shall be included in the pool, potential licensees can be reinsured on the actual essentiality of patents for the production on invention in the downstream market. Such benefits were even recognized by the US Patent and Trademark Office, with particular regard to biotechnological field where, moreover, there is a peculiar situation for consumers in general since, otherwise, there could be a limitation to the access to technologies often essential in order to protect the right to health³¹.

At the same time, there is a part of the literature which stresses the negative outcomes of patent pooling agreements³².

Patent stacking activity –especially with mutually competing patents– to be negotiated with a single license, may end in a price-fixing cartel with anti-competitive effects³³.

Another risk related to patent pooling agreements is the use of the grant-back clause, according to which the licensee agrees to let the licensor use the implementations made by the licensee himself to the patented technology. In this first form, such clause does not seem to be unlawful but, on a more careful analysis, it may turn to have anti-competitive effects if referred to improvements not related to the patented technology given under license³⁴.

28 US Department of Justice, Federal Trade Commission, *Antitrust enforcement and Intellectual property rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007, p. 65.

29 LAYNE-FARRAR, A., LLOBET, G., *To Join Or Not To Join: Examining Patent Pool Participation and Rent Sharing Rules*, *International Journal of Industrial Organization*, 29, 2011, p. 294.

30 COLANGELO, G., *Il mercato dell'innovazione, cit.*, p. 87-88.

31 US Patent and Trademark Office, *Patent pools: a solution to the problem of accessing in biotechnologies patents?*, available at <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/dapp/opla/patentpool.pdf>. About *patent pools* as an instrument to foster the access to life-saver drugs BURRONE, E., GOTHAM, D., GREY, A., DE JOONCHEERE, K., MAGRINI, N., MARTEI, Y. M., GORE, C., KIENY, M. P., *Patent pooling to increase access to essential medicines*, in *Bulletin of World Health Organization*, 97, 2019, p. 575-577.

32 COLANGELO, G., *Gli accordi di patent pooling: un'analisi comparata della regolamentazione anti-trust*, *Il diritto industriale*, 1, 2009, p. 58.

33 NELSON, P. B., *Patent pools: An Economic assessment of Current Law and Policy*, *Rutgers Law Journal*, 38, 2007, p. 539.

34 US Department of Justice, Federal Trade Commission, *Antitrust enforcement and Intellectual property rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007, p. 80.

The abovementioned arguments show both pro and anti-competitive effects and require the evaluation of patent pools based on a case-by-case analysis and on the effects that the single operation may have on the market, taking into account the content of the agreement and the aim pursued with such contract.

The technological pool relevance in the current market is also underlined by the European Commission Guidelines on technology transfer agreements³⁵, published in 2014. In the evaluation of a patent pool pro and anti-competitive effects, the Commission shall take into account multiple factors, among which, for instance, the openness of the procedure to create a pool³⁶ or, still, the nature of technologies conferred to a pool. In this second case, there shall be a distinction between substitutive technologies –which would allow higher royalties as a remuneration since the licensees will not face the rivalry between such technologies– and complementary technologies where establishing excessively high royalties would end in a decrease in demand for the aforementioned technologies³⁷.

3. PATENT ASSERTION ENTITIES IN THE EU LAW

As for the use of patent protection as a financial leverage, the reference is to the so-called Patent Assertion Entities (PAEs), those juridical subjects that do not produce goods to sell on the market but purchase, manage and assert patent portfolios³⁸.

It is necessary to better analyze this tool in order to understand risks and benefits for the competition on the European market and then to consider the impact of the institution of the Unified Patent Court on their activity.

Patent Assertion Entities are a species of the genre Non-Practicing Entities (NPEs), or juridical subjects which own patents but do not produce goods or services. The NPEs notion is wide and it includes different entities, from universities to bankrupt companies³⁹.

Moreover, PAEs do not represent a unitary phenomenon. In fact, they can be divided in different categories. There is the distinction between “pure PAEs” and “hybrid PAEs”. In the first case, PAEs acquire patents from different sources and generate

35 Communication from the Commission, *Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements* (2014/c 89/03), available at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328(01)).

36 *Ibid.*, point 249.

37 *Ibid.*, point 253.

38 In brief, PAE acquires patents [...] from research companies, operating companies, or individual inventors and monetizes those patents by collecting royalties from anyone it finds practicing one of the patents without a license». WRIGHT, J. D., GINSBURG, D. H., Patent assertion entities and antitrust: a competition cure for a litigation disease?, *Antitrust Law Journal*, 79, 2, 2014, p. 501.

39 RISCH, M., Patent troll myths, *Sethon Hall Law Review*, 42, 2010, p. 457.

revenues by asserting the descending rights. In the second case, instead, patents are acquired from still operating undertakings with which a commercial relationship is kept in the phase following the acquisition, generally through agreements that include sharing revenues and, sometimes, PAEs commitment to target competitor undertakings in the downstream market in case of legal action⁴⁰.

The analysis of pro and anti-competitive effects of such legal entities demands a preliminary consideration.

Deciding to license a patented technology to third parties is a prerogative of the IP right owner. Consequently, to entrust the management of licensing patented inventions to a different subject cannot be considered a *per se* unlawful activity. Nonetheless, such activity was investigated by US antitrust authority because of both its impact on patent litigation⁴¹ and of the possibility to use antitrust law in order to repress abusive conducts⁴² that could interfere with innovation and technology development.

So, it is clear what the consequences of that phenomenon on the patent system are even though, at least currently, it seems to have lighter impact on the EU than on the USA⁴³. Nonetheless, it is to be stressed that such patents aggregation system may have pro-competitive effects. First of all, by centralizing patent management in only one entity, an economy of scale and of experience can be created, guaranteeing an adequate valorization of such intangible assets⁴⁴. PAEs, indeed, can have a beneficial effect on market liquidity, fostering investments in research and development⁴⁵ since they provide potential investors with protection and capitalization tools for IP rights⁴⁶ and, at the same time, they are an opportunity for universities, small and medium enterprises and other research entities giving them the chance to monetize

⁴⁰ SCOTT MORTON, F. C., SHAPIRO, C., *Strategic patent acquisitions*, *Antitrust Law Journal*, 2, 2014, p. 463-499.

⁴¹ COTROPIA, C. A., KESAN, J. P., SCHWARTS, D. L., *Unpacking Patent Assertion Entities*, in *Minnesota Law Review*, 2, 99, 2014, p. 655.

⁴² It is sufficient to think that the America Invents Act of 2011 tried to put an obstacle to the creation of new PAEs with a modification of procedural rules for patent litigation. In particular, the most incisive intervention concerned joinders. PAEs were forced to begin many different trials if they intended to file a complaint for patent infringement towards a plurality of parties mutually independent.

⁴³ Sokol D., *Patent Assertion Entities in Europe*, 2015 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2689350 consulta: 15/12/2023). For the reasons concerning the different impact on EU and US economy FABBIO, P., *La proporzionalità dell'inibitoria per violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, *Diritto industriale*, 2, 2021, p. 79.

⁴⁴ MORO VISCONTI, R., *Le Royalty Companies*, *Il diritto industriale*, 5, 2011, p. 413.

⁴⁵ As for the importance of research and development in pharmaceutical market see United States Court of Appeal, Third Circuit, 11th of July 1980, *Eli Lilly & Company v. Premo Pharmaceutical Laboratories Inc.*

⁴⁶ THUMM, N., *The good, the bad and the ugly-the future of patent assertion entities in Europe*, *Technology Analysis & Strategic Management*, 30, 9, 2018, p. 1047.

their IP rights⁴⁷. Furthermore, PAEs show chances of procedural facilitation for said subjects (especially for small and medium enterprises) providing them with help to face potential patent litigation. That is because the business model adopted by many PAEs is based on activities aimed to improve intellectual property assets value and, by so doing, fostering incentives to innovate⁴⁸.

On the other hand, negative opinions on PAEs were raised.

PAEs detractors did not hesitate to define such entities as «patent trolls»⁴⁹ since they could be a «harmful predator»⁵⁰ leading to the risk of speculative activities, such as the preclusion of access to new technologies due to extremely high licensing costs, disproportionate if compared to the real technology value.

Furthermore, PAEs are subjected to less limits than undertakings operating on the market when it comes to patent monetization and, for this reason, they could be further inclined to more aggressive procedural and negotiation strategies since they do not have a product to protect and, consequently, they would not be exposed to counterclaims risk⁵¹.

In addition, PAEs would not be exposed to the reputational risk bound to procedural litigiousness which, on the contrary, undertakings must take into account, especially in a long-period perspective for commercial agreements, and that would make them desirable to patent owners as instruments of monetization⁵².

Although the PAEs phenomenon is relatively more recent in Europe than in the USA, it has shown to have a relevant impact, as demonstrated by empirical studies carried out on German and British patent system⁵³.

Consequently, due to this reason and to the potential of PAEs' anti-competitive effects, it is necessary to investigate if, and to what extent, an antitrust authority intervention can limit such negative effects, adhering to a point of view that does not *a priori* close to PAEs in light of the positive externalities on the patent market.

47 For an analysis of IP rights enforcement see VENEGAS, V. B., *Intellectual property rights, enforcement costs and EU competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 11, 2023, p. 38-56.

48 *European Economics, Patent Assertion Entities in Europe*; Eds: Nikolaus Thumm, Garry Gabison (Joint Research Centre), EUR 28145 E, p. 37.

49 LUMAN III, J. F., DODSON, C. L., *No longer a myth, the emergence of the patent troll: stifling innovation, increasing litigation and extorting billions*, *Intellectual Property & Technology Law Journal*, 18, 5, 2006, p. 12-16.

50 NIKOLIC, I., *Are patent assertion entities a threat to Europe?*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, 2019, p. 477.

51 SCOTT MORTON, F. C., SHAPIRO, C., *op. cit.*, p. 487.

52 POPOFSKY, M. S., *Patent Assertion Entities and Antitrust: Operating Company Patent Transfers*, 2013, 4 (www.antitrustsource.com, last seen 29/1/2024).

53 LOVE, B. J., *Patent assertion entities in Europe*, in *Patent assertion entities and competition policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 104.

First of all, one must remember that CJEU is firmly convinced that the right to exclusive economic utilization of the invention does not allocate the owner outside the antitrust law scope of application⁵⁴ if the conducts carried out by the owner himself, even though lawful for another legal field, may have negative externalities on competition and on the market. In more than one occasion, it was necessary to refer to the Court of Justice in order to end anti-competitive conducts concerning IP rights⁵⁵.

There would be no reason not to use EU law in order to let PAEs operate in a regulated way. EU law has, indeed, at least abstractly, three instruments to face anti-competitive effects by PAEs.

Firstly, the provision by Article 101 TFEU⁵⁶ is to be considered. Licensing agreements made by PAEs, especially if considered in the “pure” form (with no connection with the companies they purchased patents from), do not have more restrictive effects than other agreements of the same species concluded by other market operators. On the contrary, because of the fact that that such PAEs are not in direct competition with the licensees, it is less likely that such agreements contain provisions restricting competition such as the ones included in Regulation (EU) 316/2014 (Technology Transfer Block Exemption Regulation, TTBER). More precisely, the Article 4 TTBER provides that the exemption to the application of Art. 101, first paragraph, for technology transfer agreements does not apply to cases where undertakings –in a direct competition relationship– sign an agreement which contains clauses regarding, for example, market partition or the restriction for one of the parties to determine prices when selling products to third parties.

If, on one side, it is true that license agreements made by a pure PAE are not *ex se* able to restrict the competition, it is equally true that, in order to correctly evaluate them, it is necessary to investigate the single case in order to verify if such agreements violate TTBER provisions and if they may benefit from the exemption provided by Article 101, third paragraph TFEU.

As for the Article 102 TFEU, this might be relevant to fight another anti-competitive feature of PAEs’ activity. More specifically, since PAEs are not exposed to counter-claims risk –because they do not have an actual interest to the defense of the IP right– there is the risk that they might use their privileged position to impose an

54 Court of Justice of European Union, case C-457/10 P, *AstraZeneca c. Commissione UE*, 2012, par. 62.

55 As instance, CJEU, joint cases C-241/91 e C-242/91, *RTE and ITP v. Commission* (c.d. Magill); CGUE, case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co.* On the latter case, in the scientific literature, see COLANGELO, G., *Il caso IMS, Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2004, p. 407-412.

56 Article 101 prohibits as incompatible with internal market all agreements between undertakings, decision by association of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, exception made for the provision of the third paragraph.

excessively high royalty rate to use their patents. The issue arises when alternative technologies are not available on the market. In such case it is necessary to scrutinize such conducts under the Article 102 TFEU in order to evaluate its reasonableness as an abuse of dominant position.

However, the procedure provided by Article 102 TFEU can be used only when a market operator is found to be in a dominant position but the mere detention of an IP right (and of its exclusive utilization right) does not automatically imply a dominant position, as firmly stated by CJEU⁵⁷.

Furthermore, there is a fundamental distinction when it comes to royalties' reasonableness between a standard essential patent (SEP) or an ordinary patent.

In case of non-essential patents, investigating if the royalty rate is reasonable or not may be irrelevant because the freedom of contract would prevail. Said freedom includes even the power to exclude competitors from the access to the patented technology or, if it is decided to license such invention, to demand the amount considered suitable⁵⁸.

On the contrary, in case of SEPs, the issue requires a more careful approach, especially if they are encumbered with a fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) commitment which revolves around the reasonableness of the licensing conditions.

SEPs are patents whose technology is essential to the production of devices that must be compliant to commonly approved operative technical standards. Such standards may be the result of the usual industrial procedures (*de facto* standards) or of the law provision (*de jure* standards)⁵⁹. Therefore, since the owner of such patent is able to condition –even abusively– the access to market, the solution adopted at European level is to impose to SEPs owners to commit themselves irrevocably towards Standard Setting Organizations (SSOs), whose role is to provide the needed coordination to pursue the necessary interoperability in the industrial field, the reduction of transaction cost and the implementation of international trade⁶⁰.

In light of that, policies concerning IP rights adopted by such organizations push SEPs owners to disclose each patent considered essential to the production of a certain technology and to license such patents at FRAND conditions⁶¹.

57 TURNER, J. D. C., *Intellectual property and EU competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 126.

58 GERADIN, D., *Patent Assertion Entities and EU competition law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 15, 2-3, 2020, p. 216.

59 SCUFFI, M., *op. cit.*, p. 6.

60 SPULBER, D. F., *Standard Setting Organization and Standard Essential Patents: voting and markets*, *The Economic Journal*, 129, 2018, p. 1478.

61 GHIDINI, G., TRABUCCO, G., *Il calcolo dei diritti di licenza in regime FRAND: tre criteri concorrenziali di ragionevolezza*, in *Rivista di orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2017, p. 3-4; GERADIN, D., *Standardization and technological innovation: some reflection on ex-ante licensing, FRAND and the proper means to reward innovators*, *Tilec Discussion Papers*, 17, 2006, p. 4-5.

If a SEP is transferred to a PAE, one of the first strategies carried out in order to obtain unreasonable royalties⁶² may be to ignore the FRAND commitment of the original owner. As a different entity, PAE could consider itself not bound by the original commitment.

Such issue was solved both on an institutional level, thanks to the European Commission intervention, and on a policy level within the single SSOs.

More specifically, the Commission established that even in case of a SEP transferring, the new owner is still bound by the FRAND commitment pertaining the previous owner since, otherwise, the SSOs' pro-competitive effects would be deleted⁶³. On a regulatory level, such issue was dealt with by IPR policies provided by SSOs.

For instance, Article 6.1 of the European Telecommunications Standard Institute (ETSI) policy states that, in case of transferring of a SEP encumbered with a FRAND commitment, the latter will automatically be transferred as well.

In order to correctly define the scope of application of Article 102 TFEU, one must not fall in the temptation of automatically equating the ownership of a SEP to the situation of dominant position. More in detail, given that the two situations do not necessarily coincide, according to a part of the literature, there are two circumstances to be considered before measuring the market power conferred by a SEP and, if necessary, applying Article 102. On the one hand, the essentiality of the standard will need to be proven by demonstrating that the compatibility of a product with a certain technology is a necessary condition in order to place it on the market or it can be competitive on it; on the other hand, proof should be given that the IP right is really necessary to implement a certain standard⁶⁴.

Conclusively, as for the third tool from the European law, according to what is provided in terms of concentrations between undertakings for the application of Regulation (EU) 2004/139, it is necessary that such undertakings reach the EU threshold (Article 1, third paragraph and Article 2). In other words, it is about verifying if patent portfolios acquisition may fall under the scope of application of Regulation (EU) 2004/139 depending on whether it can create a significant risk of market distortion. However, it is very hard for a PAE to fall under the application of such discipline because generally they place themselves under the threshold of application of the aforementioned Regulation. Currently, the Commission does not

62 DEWATRIPONT, M., LEGROS, P., 'Essential' patents, FRAND royalties and technological standards, *The Journal of Industrial Economy*, 4, 2013, p. 914.

63 *Commission welcomes IPRCom's public FRAND declaration*, 12th of December 2009, Memo/09/549 in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_549 where it is written that «The unrestricted access to the underlying proprietary technology on FRAND terms for all third parties safeguards the pro-competitive economic effects of standard setting. Such effects could be eliminated if, as a result of a transfer of patents essential to a standard, the FRAND commitment would no longer apply».

64 AREZZO, E., *Brevetti essenziali, dominanza e abuso nel settore delle information & communication technologies*, *Giurisprudenza commerciale*, 5, 2019, p. 926.

appear to have received notification of such transactions⁶⁵. That does not exclude that said transactions may be investigated in light of the Member States' internal rules concerning concentrations.

4. UNIFIED PATENT COURT AND ITS IMPACT ON ANTITRUST EVALUATION OF PAES

The 1st of June 2023 the Agreement on a Unified Patent Court (UPC)⁶⁶ came into force and both the Court and the unitary effects patent were put into operation. The UPC consists in a supra-national court whose competence is to deal with European patents validity and infringement issues for the adhering States (currently, seventeen of the Member States signed the agreement).

Scientific literature shared a positive opinion on the benefits deriving from the unification of patents and its jurisdictional protection on the European area both for reducing costs and easing jurisdictional protection. With a single action it will be possible to file and obtain protective remedies with effectiveness extended to all the adhering States⁶⁷.

At the same time, such situation could hide problematic points. It was highlighted that the patent and Court unitarity could be the base to facilitate abusive conducts from PAEs. More specifically, the foreseen risk is that such entities could exploit, with antitrust consequences, some procedural rules to gain an anti-competitive advantage and, by so doing, undermining the «European patent ecosystem»⁶⁸. For example, the focus was put on the dangerous impact that strategic behaviors may have on complex products' markets, meaning the products obtained by assembling and combining more than one feature, all of which protected by a patent. Indeed, the possibility that a PAE may automatically obtain an injunctive relief for an alleged infringement even of only one patent –protecting, for example, a trivial feature of the invention– may result in a paralysis of the productive system, with the following financial loss and, secondly, it would grant an artificial leverage power based not on objective superiority reasons but merely on the threat of judicial actions⁶⁹.

65 GERADIN, D., *op. cit.*, p. 211-212.

66 Agreement on a Unified Patent Court 2013/C 175/01 available at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:42013A0620\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:42013A0620(01)).

67 GALLI, C., *Il tribunale europeo dei brevetti e il brevetto unitario tra opportunità, nuove sfide e occasioni mancate*, *Il diritto industriale*, 3, 2023, p. 174.

68 *Intellectual Property to Innovate, Promoting a robust, balanced and flexible European patent ecosystem to prevent abusive patent practices of patent assertion entities*, 4th of April 2017, p.1-2.

69 *Ibid.*, p. 3. On strategic use of judicial action and its consequences see MUSELLI, A., *Brevetti essenziali e antitrust: false FRAND or true enemy?* *Commento alle decisioni Motorola e Samsung*, in *Concorrenza e Mercato*, 1, 2015, p. 525-532.

Upon more careful examination, the less significant spread of PAEs on European market was due to the fragmentation of Member States' patent markets. In other words, said fragmentation implied that the patent enforcement from a PAE required to start a different trial for each State where the IP right was to be protected.

Market fragmentation is an issue that will no longer involve the Member States adhering to the Agreement on the unitary patent which will allow, from now on, to involve only one Court for patent protection. PAEs will benefit from such situation too.

Reading the Agreement allows to spot mechanisms that may be sufficient to avoid anti-competitive risks from PAEs activity and that revolve around a strengthening of judicial discretion.

First of all, a general principle is expressed in Article 42 that states that the Court shall ensure an equitable application of substantial and procedural rules as not to create a damage to competition.

Article 62, at the first paragraph states that the Court may grant injunctions against the alleged infringer intended to prevent any imminent infringement –or to suspend any ongoing violations– of the IP right or, at least, allow its continuation under the lodging of an appropriate guarantee intended to ensure the compensation of the right holder.

It can be deduced that the grant of such injunctions is not automatic but it is subordinated to Court discretion⁷⁰. The second paragraph of Article 62 highlights the Court's discretion to consider the parties' interests and potential damages deriving from granting (or refusing to grant) an injunctive relief. Such provision is further completed by the fourth paragraph of the same Article where it is said that the plaintiff must provide reasonable proof of the ownership of the IP right and the effectivity of its violation.

Finally, the analogous application of the Article 60 parr. fifth to ninth, included in paragraph fifth, stresses the importance of the adversarial principle when an injunctive relief is issued *inaudita altera parte* for emergency reasons. In the aforementioned case, upon the defendant's request –who has the right to be informed about the issuance of the injunction– a re-examination procedure could be initiated and the defendant will be able to exercise their right to be heard. At the end of the procedure, the Court may adopt a decision which confirms, revokes or modifies the injunctive relief.

In order to provide a further instrument to prevent strategic behaviors by PAEs, Article 68 gives rule about damage compensation. The Agreement incorporates a principle of "damage indifference" (very similarly to what happens in the Italian legal framework). It states that the damaged who is granted compensation must be placed in the same condition they would be if the unlawful conduct did not happen.

70 By so doing, the European legislator followed the same path of Directive 2004/28/CE (Article 11).

At the first paragraph of Article 68 there is a prohibition of punitive damages. The choice is appreciated because one of the reasons why the US legal system fostered PAEs' strategic behaviors is the higher quantity of money granted as a damage compensation in patent litigation, decided, moreover, by juries that are not composed by patent experts⁷¹.

The third paragraph of Article 68 provides two alternative quantification criteria. Principally, damage will be quantified by taking into account both the negative consequences deriving from the infringement, including the lost income of the damaged party, and the unlawful benefits for the infringer. In the Court evaluation other elements could be taken in consideration, such as, for example, the moral damage caused (letter a). Alternatively, the Court could opt for a lump sum criterium which, however, should comprehend the amount that the infringer should have paid if he had tried to obtain a license to use the patented product (letter b).

Such last criterium, although it seems to aim to a procedural simplification if the letter a) solution is not easily practicable, has at least two critical sides.

Letter b) allows the use of a lump sum criterium in all the appropriate cases. Precisely since it is a secondary way to be used in exceptional cases, it would have been appropriate to provide an at least illustrative list of applications of such criteria. Secondly, the reference to the amount that should have been due to obtain a license is generic and recalls the issue of the fair quantification of licensing fees, especially when dealing with standard essential patents⁷² and it will surely require an evaluation made by a third party for an equitable and fair quantification.

In conclusion, the system provided by the Agreements certainly gives useful tools to fight strategic behaviors from PAEs. At the moment, however, it is still too early to evaluate the impact of such reform on PAEs activity and only a further analysis of patent litigation on medium-long term will give a more accurate answer on the system's capacity to react to anti-competitive conducts by such entities.

5. CONCLUSION

In light of the abovementioned arguments, it is possible to affirm that tools like patent portfolios and PAEs should be investigated with a broad and case-by-case point of view. It would be excessively limiting to prevent PAEs from operating in the European market since, as it was showed above, they can have positive externalities, especially for small and medium enterprises and research centers as ways to monetize intellectual property rights.

⁷¹ NIKOLIC, I., *op. cit.*, p. 482.

⁷² OSTI, C., Il caso Huawei: ancora sul diritto della concorrenza come clausola generale del diritto civile, in *Rivista di Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1, 2017, p. 11-13.

However, European and Member States' authorities shall take into account the anti-competitive consequences that PAEs could bring, especially considering the limited reputational risk they would face. Nonetheless, it has been showed that European legal framework has valuable tools to prevent PAEs from using their position to create anti-competitive effects by taking advantages of the market fragmentation.

In particular, the entry into force of the Agreement on Unified Patent Court (UPC), as one of the pillars of the cooperation between Member States for establishing a unitary patent discipline, with its provisions can provide a way to prevent strategic behaviors with a strengthening of judicial discretion that will allow judges composing the UPC –with effects on the adhering Member States– to evaluate all the circumstances of the cases presented adequately considering the peculiarities of the situation. As such, any other argument shall wait the rulings of the UPC in order to evaluate the effects of the Agreement on the market.

6. BIBLIOGRAPHY

- AREZZO, E., *Brevetti essenziali, dominanza e abuso nel settore delle information & communication technologies*, *Giurisprudenza commerciale*, 5, 2019.
- ARMSTRONG, A., MUELLER, J.J., SYRETT, T.D., *The Smartphone Royalty Stack: Surveying Royalty Demands for the Components Within Modern Smartphones*, 2014, 69 (in <https://ssrn.com/abstract=2443848>, consulta 15.1.2024).
- BRINSON, J. D., *Patent misuse: time for a change*, in *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 16, 2, 1990.
- BURCHFIEL, K. J., *Patent misuse and antitrust reform: "Blessed be the tie?"*, *Harvard Journal of Law & Technology*, 4, 1991.
- BURRONE, E., GOTHAM, D., GREY, A., DE JOONCHEERE, K., MAGRINI, N., MARTEI, Y. M., GORE, C., KIENY, M. P., *Patent pooling to increase access to essential medicines*, in *Bulletin of World Health Organization*, 97, 2019.
- CASCIONE, C. M., *Art. 833 c.c.*, in *Codice civile commentato (a cura di G. Bonillini, M. Confortini, C. Granelli)*, p. 3, (www.onelegale.it, consulta: 29.1.2024).
- COLANGELO M., *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo AstraZeneca*, *Giurisprudenza commerciale*, 4, 2013.
- COLANGELO, G., *Gli accordi di patent pooling: un'analisi comparata della regolamentazione antitrust*, *Il diritto industriale*, 1, 2009.
- COLANGELO, G., *Il caso IMS*, *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2004.
- COLANGELO, G., *Il mercato dell'innovazione. Brevetti, Standard e Antitrust*, Milano, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 2016.

- COLANGELO, G., *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, *Quaderni di AIDA*, Milano, 2008.
- COTROPIA, C. A., KESAN, J. P., SCHWARTS, D. L., *Unpacking Patent Assertion Entities*, in *Minnesota Law Review*, 2, 99, 2014.
- DEWATRIPONT, M., LEGROS, P., 'Essential' patents, FRAND royalties and technological standards, *The Journal of Industrial Economy*, 4, 2013.
- FABBIO, P., *La proporzionalità dell'inibitoria per violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, *Diritto industriale*, 2, 2021.
- GALETOVIC, A., GUPTA, K., *Royalty stacking and Standard Essential Patents: theory and evidence from the World Mobile Wireless Industry*, 2 (https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/clbe/events/innovation/documents/galetovic_royalty_stacking_060416_gg.pdf, consulta: 15.1.2024).
- GALLI, C., *Il tribunale europeo dei brevetti e il brevetto unitario tra opportunità, nuove sfide e occasioni mancate*, *Il diritto industriale*, 3, 2023.
- GERADIN, D., *Patent Assertion Entities and EU competition law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 15, 2-3, 2020.
- GERADIN, D., *Standardization and technological innovation: some reflection on ex-ante licensing*, *FRAND and the proper means to reward innovators*, *Tilec Discussion Papers*, 17, 2006.
- GHIDINI, G., CAVANI, G., PISERÀ, P. F., *Il caso Pfizer*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2015.
- GHIDINI, G., TRABUCCO, G., *Il calcolo dei diritti di licenza in regime FRAND: tre criteri pro-concorrenziali di ragionevolezza*, in *Rivista di orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2017.
- GIAMPAOLINO, C. F., *Misuse degli IP rights*, *AIDA*, 2013.
- LAYNE-FARRAR, A., LLOBET, G., *To Join Or Not To Join: Examining Patent Pool Participation and Rent Sharing Rules*, *International Journal of Industrial Organization*, 29, 2011.
- LIBERTINI, M., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, *Rivista di orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2018.
- LIM, D., *Patent misuse and antitrust: rebirth or false dawn?*, in *Michigan Telecommunication And Technology Law Review*, 20, 2, 2014.
- LOVE, B. J., *Patent assertion entities in Europe*, in *Patent assertion entities and competition policy*, Cambridge, 2017, p. 104.
- LUMAN III, J. F., DODSON, C. L., *No longer a myth, the emergence of the patent troll: stifling innovation, increasing litigation and extorting billions*, *Intellectual Property & Technology Law Journal*, 18, 5, 2006.

- MAFFEI, T. F. *The patent misuse doctrine: a balance of patent rights and the public interest*, *Boston College Law Review*, 11, 1, 1969.
- MARZANO, P., *Diritto d'autore ed antitrust tra mercati concorrenziali e network economies*, *Rivista del diritto d'autore*, 1998.
- MERGES, R. P., *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, *California Law Review*, 84, 1996.
- MORO VISCONTI, R., *Le Royalty Companies*, *Il diritto industriale*, 5, 2011.
- MUSELLI, A., *Brevetti essenziali e antitrust: false FRAND or true enemy? Commento alle decisioni Motorola e Samsung*, in *Concorrenza e Mercato*, 1, 2015.
- NELSON, P. B., *Patent pools: An Economic assessment of Current Law and Policy*, *Rutgers Law Journal*, 38, 2007.
- NIKOLIC, I., *Are patent assertion entities a threat to Europe?*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 19, 6, 2019.
- OSTI, C., *Il caso Huawei: ancora sul diritto della concorrenza come clausola generale del diritto civile*, in *Rivista di Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1, 2017.
- PARCHOMOVSKY, G., WAGNER, R. P., *Patent portfolios*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 154, 1, 2005.
- PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2013.
- POPOFSKY, M. S., *Patent Assertion Entities and Antitrust: Operating Company Patent Transfers*, 2013, 4 (www.antitrustsource.com, last seen 29/1/2024).
- RISCH, M., *Patent portfolios as securities*, in *63 Duke Law Journal*, 89, 2013.
- RISCH, M., *Patent troll myths*, *Sethon Hall Law Review*, 42, 2010.
- SANCHEZ GARCÍA, L., *El fenómeno cross-licensing en el derecho español de patentes*, *Revista de Direito Brasileira*, 8, 2018.
- SCOTT MORTON, F. C., SHAPIRO, C., *Strategic patent acquisitions*, *Antitrust Law Journal*, 2, 2014.
- SCUFFI, M., *Brevetti essenziali, abuso e condizioni FRAND*, *Il societario-focus 24th of January 2018*.
- SOKOL D., *Patent Assertion Entities in Europe*, 2015 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2689350 consulta: 15/12/2023).
- SPULBER, D. F., *Standard Setting Organization and Standard Essential Patents: voting and markets*, *The Economic Journal*, 129, 2018.
- THUMM, N., *The good, the bad and the ugly – the future of patent assertion entities in Europe*, *Technology Analysis & Strategic Management*, 30, 9, 2018.
- TURNER, J. D. C., *Intellectual property and EU competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

VENEGAS, V. B., *Intellectual property rights, enforcement costs and EU competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 11, 2023.

WRIGHT, J. D., GINSBURG, D. H., *Patent assertion entities and antitrust: a competition cure for a litigation disease?*, *Antitrust Law Journal*, 79, 2, 2014.

ZAGATO L., *TRIPs e diritti umani*, *AIDA*, 1, 2014.

Género, salud y prisión: especial referencia a mujeres de etnia gitana

Gender, health and imprisonment: focus on Roma women

MARÍA DEL MAR MARTÍN ARAGÓN

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal

Universidad de Cádiz (España)

mariadelmar.martin@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0002-3873-3889>

Resumen: España, a pesar de tener una de las mayores tasas de encarcelamiento en Europa, tiene una población penitenciaria femenina minoritaria y discriminada. Las prisiones, diseñadas para hombres, no consideran las necesidades específicas de las mujeres, relegándolas a espacios secundarios. Esta situación se agrava para las mujeres que cumplen condena con sus hijos, un subgrupo aún más minoritario. Solo existen cuatro unidades de madres (en Barcelona, Sevilla, Valencia y Aranjuez) y cuatro unidades externas (en Fontcalent, Sevilla, Madrid y Mallorca). Esta dispersión geográfica dificulta el mantenimiento de relaciones sociales, esenciales para la reinserción, y afecta negativamente a los menores, alejándolos de su entorno familiar. Estudios recientes destacan la necesidad de mejorar las condiciones de estas mujeres, especialmente a través de programas que aborden problemas comunes como la depresión y la ansiedad. Este trabajo analiza las características de las mujeres encarceladas, con especial atención a las de etnia gitana, y cómo el sistema penitenciario maneja su situación. Utilizando una metodología mixta, se realizó una revisión bibliográfica

Recepción: 27/03/2024

Aceptación: 20/05/2024

Cómo citar este trabajo: MARTÍN ARAGÓN, María del Mar, "Género, salud y prisión: especial referencia a mujeres de etnia gitana", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 409-428, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.11>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 409-428

para la parte teórica y se analizaron datos empíricos de mujeres gitanas encarceladas en el sur de España, parte de un proyecto de investigación más amplio*. Se concluye que las madres encarceladas enfrentan problemas específicos relacionados con su maternidad, que el sistema penitenciario trata principalmente con medicación en lugar de programas de apoyo psicológico. El tamaño reducido del grupo estudiado impide generalizar los resultados, considerándose este análisis como exploratorio.

Abstract: *Spain has one of the highest imprisonment rates in Europe, yet women remain a minority in its prison population, leading to significant inequality. Prisons are designed for men, relegating women to secondary spaces. This issue worsens for incarcerated mothers with children. These mothers, a minority within a minority, lack dedicated prisons. Spain has only four dedicated wings (in Barcelona, Seville, Valencia, and Aranjuez) and four external facilities (in Fontcalent, Seville, Madrid, and Mallorca) for them. This geographic dispersion hinders maintaining social relationships, crucial for rehabilitation, and negatively impacts children, who are removed from their family environment to live in hostile institutions. Recent studies have highlighted the need to improve conditions for incarcerated mothers, particularly through programs addressing issues like depression and anxiety. This report examines the challenges faced by imprisoned women, focusing on Roma women, and how the penitentiary system handles these situations. Using a mixed methodology, the theoretical part includes a literature review, while the empirical part involves an exploratory analysis of incarcerated Roma women in two prisons in southern Spain**.*

The findings indicate that incarcerated mothers face specific challenges related to motherhood, with the penitentiary system primarily resorting to medication rather than psychological support programs. The small sample size limits the generalizability of the results, making this an exploratory analysis that sets the stage for further research.

Palabras clave: género, prisión, salud, mujeres, maternidad, etnia gitana.

Keywords: *gender, prison, health, women, motherhood, Roma.*

Sumario: 1. MUJER Y SALUD PENITENCIARIA: LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE DE GÉNERO. 2. LA TRIPLE SITUACIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER DE ETNIA GITANA ENCARCELADA. 3. REGULACIÓN DE LA SALUD Y LA MATERNIDAD EN LA NORMATIVA PENITENCIARIA. 4. UN ANÁLISIS EXPLORATORIO DE MUJERES DE ETNIA GITANA PRIVADAS DE LIBERTAD EN EL SUR DE ESPAÑA. 4.1. Las vidas de las personas privadas de libertad como un tema de estudio sensible. 4.2. El estudio. 4.3. Metodología. 4.4. Resultados y discusión. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

* Proyecto I+D “Igualdad y Derecho Penal: el género y la nacionalidad como factores primarios de discriminación DER2010-19781”.

**Project I+D “Igualdad y Derecho Penal: el género y la nacionalidad como factores primarios de discriminación DER2010-19781”.

1. MUJER Y SALUD PENITENCIARIA: LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE DE GÉNERO

La salud es un derecho fundamental considerado “indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos”¹. Es importante señalar que este derecho se reconoce a todas las personas con independencia de su situación legal. La privación de libertad no implica la pérdida de otros derechos más allá de los específicamente establecidos por la sentencia condenatoria. De acuerdo con lo establecido Naciones Unidas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (las Reglas Nelson Mandela), quien cumplen pena privative de libertad en una prisión deben tener la misma asistencia sanitaria que la comunidad general². Por su parte, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes establece que no proporcionar asistencia sanitaria adecuada a las personas internas puede “conducir rápidamente a situaciones que entran en el ámbito de aplicación del término trato inhumano y degradante”³.

El Dr. Hans Henri P. Kluge, Director de la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, reconoce, destacando la importancia de la salud en prisión que “el encarcelamiento nunca debería ser sinónimo de una condena a una peor salud”⁴. Además, la salud materna concebida como “la salud de las mujeres durante el embarazo, el parto y el posparto” (World Health Organization) es también un derecho humano. De hecho la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su art. 12 establece que los “Estados Parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parte, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Si concretamos este escenario, el hecho de que las mujeres encarceladas tienen necesidades concretas basadas en el género, ha sido reconocido por las Naciones Unidas en 2010 en sus Reglas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (más conocidas como Reglas de Bangkok). Centrándonos en cuestiones relacionadas con la salud, la Regla General 6 se refiere a

1 OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, 2000, fecha de consulta en <https://www.refworld.org/docid/4538838do.html>.

2 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, 2015, fecha de consulta en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-book.pdf.

3 COUNCIL OF EUROPE, «European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT) [about page]», 2022, fecha de consulta en <https://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt>.

4 WORLD HEALTH ORGANIZATION. EUROPEAN REGION, *Status report on prison health in the WHO European Region 2022*, World Health Organization. European Region, Copenhagen, 2023, p. 8.

los Servicios de atención de salud y el apartado b) incluye provisiones denominadas “atención de salud orientada expresamente a la mujer”. Esto supone un elemento clave en el reconocimiento y visibilización de la importancia del género en el diseño de una correcta política sanitaria penitenciaria. En lo que se refiere a la salud mental, uno de los principales problemas de las madres encarceladas, las Regla 12 del apartado c) prevé la existencia de programas “amplios de salud y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género”.

La maternidad también se aborda de forma específica en estas reglas. Así en la Regla 15 del apartado e) al tratar los programas de tratamiento de deshabituación de sustancias, hace referencia a la necesidad de tener en cuenta las necesidades concretas de las mujeres embarazadas y con niños. Esta disposición es crucial, ya que destaca la idea de que no todas las personas drogodependientes deben ser tratadas de la misma forma, sino teniendo en cuenta sus características y factores personales, y en este reconocimiento, la maternidad juega un papel fundamental. A pesar de que la Regla 18 establece que las mujeres encarceladas deben tener acceso a servicios sanitarios preventivos al igual que las mujeres que no están cumpliendo condena, la Organización Mundial de la Salud⁵ descubrió que un tercio de los Estados miembros no cumplía esta medida.

Sin embargo, la realidad, hablando en términos generales, es que el sistema sanitario penitenciario no cumple con los requisitos de calidad que exigen los sistemas sanitarios generales. Al menos, según el Informe sobre la situación de la sanidad penitenciaria en la Región Europea de la OMS 2022 las personas encarceladas pueden ser concebidas como un grupo vulnerable cuando se habla de salud, no sólo porque presentan las tasas más altas de prevalencia de enfermedades (en concreto de afecciones psiquiátricas) y sus resultados son peores que los de la población general, sino en general porque el suicidio es la principal causa de mortalidad de las personas encarceladas en el mundo⁶. Es importante destacar aquí que las mujeres encarceladas tienen más probabilidades de suicidarse que los hombres, pero el hecho de ser madre parece ser un factor de protección, a menos que los hijos estén separados de ellas⁷.

En las Reglas Mandela, la atención sanitaria se entiende en un sentido amplio, que incluye no solo la salud física, sino también la mental⁸. Esto es crucial para nuestro estudio, ya que uno de los principales problemas de salud de las madres encarceladas está relacionado con condiciones de salud mental como la depresión

5 WORLD HEALTH ORGANIZATION. EUROPEAN REGION, *Status report on prison health in the WHO European Region 2022*, *Op. cit.*

6 WORLD HEALTH ORGANIZATION. EUROPEAN REGION, *Status report on prison health in the WHO European Region 2022*, *Op. cit.*

7 CORSTON, J., *The Corston report: a report by Baroness Jean Corston of a review of women with particular vulnerabilities in the criminal justice system*, Home Office, London, 2007.

8 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, *Op. cit.*

o la ansiedad. En este sentido, muchas de ellas sufren trastorno de estrés postraumático y trastorno relacionado con sustancias, a menudo correlacionados con una historia de victimización previa⁹.

Las mujeres encarceladas presentan, en términos generales, más problemas de salud que los hombres, tales como: “condiciones de salud crónicas y complejas derivadas de vidas de pobreza, consumo de drogas, violencia familiar, agresiones sexuales, embarazo adolescente, malnutrición y atención sanitaria deficiente [...] mayor prevalencia de tuberculosis, hepatitis, toxemia, anemia, hipertensión, diabetes y obesidad”¹⁰. En este mismo sentido, BALLESTEROS PENA y ALMEDA SAMARANCH, apuntaban, ya en 2015, al incremento de los problemas de salud física y psíquica de las mujeres que cumplían pena de prisión, cifrando la discapacidad en torno al 7% y la enfermedad mental en el 8%, no sin bien señalando que “algunos indicios nos llevan a pensar que estas cifras se sitúan por debajo de la incidencia real [...]”¹¹. Tampoco podemos obviar, que tal y como señala CARLEN, estas mujeres tienen más probabilidades de haber sufrido abusos (tanto sexuales como físicos) que los hombres¹². La maternidad y todo el contexto que la rodea, “crea una capa adicional de necesidades de servicios de salud para las mujeres encarceladas en comparación con la población masculina encarcelada”¹³. Esta situación afecta a muchas áreas como la dieta, el ejercicio y la salud mental entre otras, por lo que la maternidad será una característica a tener en cuenta a la hora de diseñar un plan de salud para madres encarceladas.

Teniendo en cuenta esta visión general, es evidente que las mujeres encarceladas, especialmente las madres con hijos, sí necesitan medidas específicas para el cuidado de su salud prestando especial atención a “la salud reproductiva, las enfermedades mentales, los problemas de consumo de sustancias y los abusos físicos y sexuales”¹⁴.

9 ZLOTNICK, C., «Pottraumatic stress disorder (PTSD), PTSD comorbidity, and childhood abuse among incarcerated women», *Journal of Nervous and Mental Disease*, vol. 185, 1997.

10 WORLD HEALTH ORGANIZATION. REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Women's health in prison_ correctin g gender inequity in prison health*, World Health Organization. Regional Office for Europe, Copenhagen, 2009, fecha de consulta en <https://apps.who.int/iris/handle/10665/349844>.

11 BALLESTEROS PENA. A.; ALMEDA SAMARANCH, E., «Políticas de igualdad en las cárceles del siglo XXI. Avances, retrocesos y retos en la práctica del encarcelamiento femenino», *Praxis socio-lógica*, 19, 2015, p. 176.

12 CARLEN, P. «Women's imprisonment: an introduction to the Bangkok Rules», *Revista Crítica Penal y Poder*, 3, 2012, p. 151.

13 M. J. PAYNTER; E. SNELGROVE-CLARKE, «Breastfeeding in public” for incarcerated women: the baby-friendly steps», *International Breastfeeding Journal*, vol. 14, 1, 2019, p. 2.

14 WORLD HEALTH ORGANIZATION. REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Women's health in prison_ correctin g gender inequity in prison health*, cit., p. 20.

2. INTERSECCIONALIDAD Y ENCARCELAMIENTO: LA EXPERIENCIA DE LAS MUJERES DE ETNIA GITANA ENCARCELADAS

Aunque la comunidad gitana es un grupo étnico minoritario en España, unas 730.100 personas¹⁵ lo que representa en torno al 1,57% de la población, la tasa de mujeres gitanas encarceladas es muy elevada, en torno al 13,87% según el Defensor del Pueblo¹⁶ o 4 de cada 10 según el *Libro Blanco sobre la atención sanitaria a personas con trastornos mentales graves en centros penitenciarios en España*¹⁷. Si comparamos esta tasa con la tasa general de mujeres, podemos apreciar cómo este grupo minoritario está sobrerrepresentado en el sistema penitenciario. Efectivamente, el derecho y el sistema penal realizan una selección de determinados colectivos cuyas conductas son criminalizadas. Esta selección afecta a los colectivos y personas más débiles y vulnerables, dentro de los cuales podemos encontrar a la mujer gitana.

Las madres que cumplen condena cargan con una doble criminalización basada en ser mujer y delincuente. Sin embargo, muchas de ellas se “reivindican como buenas madres frente a la etiqueta institucional de malas madres y, de esta forma, se autoafirman frente a la definición hegemónica de mujer y madre”¹⁸. En este sentido ALMEDA SAMARANCH señala que la mujer delincuente sufre un doble castigo: por su “desviación criminal” como autora de un delito, y por su “desviación social”, basada en la infracción de sus deberes y obligaciones que la sociedad espera de ella por el mero hecho de ser mujer¹⁹. Pero las madres gitanas tienen que enfrentarse a un escenario discriminatorio mucho más complejo: ser mujer, delincuente y pertenecer a una etnia fuertemente estigmatizada. Hablamos así de interseccionalidad, para referirnos a esta suerte de sumatorio de discriminaciones, en donde el foco se sitúa en las conexiones existentes entre sistemas concretos de poder²⁰. Estas relaciones de poder deben ser analizadas no solo desde sus intersecciones, sino también a través de los ámbitos de poder, los cuales proporcionan un contexto adecuado para examinar estas dinámicas²¹.

15 UNIÓN PUEBLO ROMANÍ, «Población gitana española».

16 DEFENSOR DEL PUEBLO, *Defensor del Pueblo. Informe Anual 2023*, Madrid, 2024, p. 358

17 CALCEDO BARBA, A.; ANTÓN BASANTA, J.; PAZ RUIZ, S., *Libro Blanco sobre la atención sanitaria a personas con trastornos mentales graves en centros penitenciarios en España*, Barcelona y Madrid, 2023, p. 99.

18 DE MIGUEL CALVO, E. «Presunción de agencia. Una bolsa de saberes de mujeres ante el castigo penitenciario», *Gazeta de Antropología*, 2024, pp. 1-13.

19 ALMEDA SAMARANCH, E., «Pasado y presente de las cárceles femeninas en España», *Sociológica: Revista de pensamiento social*, vol. 6, 2005.

20 P. H. COLLINS; K. A. D. SILVA; M. C. A. GOMES, «Intersectionality, epistemic oppression and resistance: an interview with Patricia Hill Collins», *Trabalhos em Linguística Aplicada*, vol. 60, 1, 2021, p. 328.

21 HILL COLLINS, P.; BILGE, S., *Intersectionality (Key concepts 2nd edition)*, Polity Press, Cambridge.

En la comunidad gitana, la familia está fuertemente jerarquizada, y las mujeres están sometidas al poder de los hombres (padres, hermanos y luego maridos). Esta situación de subordinación es el reflejo de una desigualdad de género manifiesta, que se perpetúa generación tras generación. En los grupos de discusión afirmaron que son las mujeres (abuelas, madres, tías) las que enseñan a las niñas este patrón de comportamiento: “Las niñas aprenden de nosotras y así se lo enseñamos” (Grupo de discusión del Centro Penitenciario Puerto III). Esta aceptación de su subordinación coexiste con el papel crucial que desempeñan en el sustento económico de la familia, hasta el punto de ser consideradas responsables del bienestar familiar “Buscarme un trabajo para ganarme la vida” (Grupos de discusión de Algeciras y Alcalá de Guadaíra). En definitiva, el papel que desempeña la mujer en la comunidad gitana es uno de los principales símbolos de esta etnia y se le asigna ser “cuidadora y transmisora de valores y cultura y también ser la responsable de la armonía familiar”²². Esto nos muestra cómo la “desviación social” de ser delincuente es más fuerte para las mujeres gitanas. Esta marginación adicional podría explicarse porque “son percibidas por la sociedad mayoritaria como responsables de su situación de pobreza [...] y por su comunidad, son reconocidas y se sienten coherentes con las expectativas puestas en ellas y que han asumido como correctas”²³.

El Informe presentado por el Centro Europeo de Derechos de los Gitanos en 2004 al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), se refería a las mujeres gitanas en España utilizando el término discriminación interseccional, lo que significa que “el racismo, el patriarcado, las desventajas económicas y otros factores contribuyen a crear diferentes capas de desigualdades que estructuran la posición de la mujer”²⁴. Además se añadía que “el género, en combinación con otros estereotipos raciales, crea una barrera específica para las mujeres romaníes”²⁵.

Existen graves y fuertes estereotipos en torno a la cultura y la población gitana en España, lo que es una realidad en la actualidad, “existe un racismo histórico y profundamente arraigado en la sociedad española contra la población gitana que se (re) produce dinámicamente en los tiempos actuales”²⁶. La comunidad gitana tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en una encuesta realizada en 2011 por RED2RED para el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. A la pregunta de qué percepción creían que la sociedad tenía de ellos, respondieron sentirse asociados con “ladrones” (17,4%), “vagos” (13,8%), “traficantes de droga” (11,8%), y “malas

22 FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Guía de Intervención social con población gitana desde la perspectiva de género*, 2012, p. 11.

23 P. VILLALBA, «La promoción de la mujer gitana desde una perspectiva de género», *Gitanos: Pensamiento y Cultura*, vol. 5, 2000, p. 21.

24 EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTER, «Discrimination against women in Spain», p. 7, nota 17.

25 EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTER, *Discrimination against women in Spain*, 2004, p. 16.

26 MARTÍN PALOMO, T., «Mujeres gitanas y sistema penal», *La ventana*, vol. 15, 2002, pp. 152-153.

personas” (10,8%)²⁷. Yendo más allá, en el mismo estudio “las mujeres gitanas (y subsaharianas) mostraron, en general, mayores niveles de discriminación por razón de etnia”, concretamente un 86% frente al 68% de los hombres²⁸ (Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011, p. 108).

Todo esto se agrava cuando añadimos el cumplimiento de una pena de prisión. El encarcelamiento supone un nuevo factor que añadir a su punto de partida. No es nuevo que las personas que han cumplido condena puedan ser fuertemente discriminadas, pero en el caso de las mujeres gitanas este aspecto de su vida “no sólo no contribuye a borrar su proceso previo de exclusión, sino que, por el contrario, en la mayoría de los casos, lo agrava al multiplicar las problemáticas personales y sociales que finalmente conducen a la reincidencia en la actividad delictiva”²⁹. Una encuesta realizada en 2005 por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) preguntaba sobre la idea de barrio con diferentes personas. Los resultados mostraron que uniendo las opciones “molestar mucho” y “molestar bastante”, “la población que despertaba mayores niveles de rechazo era la comunidad gitana seguida de los exconvictos”³⁰.

Todos estos factores contribuyen a crear la situación de exclusión social a la que se enfrenta esta comunidad en la actualidad. De hecho, la Fundación FOESSA concluyó en un Informe de 2008 que la comunidad gitana es el grupo étnico minoritario español que presenta mayores niveles de exclusión social severa, añadiendo al mismo tiempo que 6 de cada 10 familias gitanas son “pobres excluidas”³¹.

El hecho de centrarnos en las mujeres gitanas permite a este estudio abordar la cuestión desde un punto de vista estructural, simbólico y relacional, para poner de relieve cómo viven las mujeres encarceladas no privilegiadas su cumplimiento de la pena y su experiencia con el sistema de justicia penal (de hecho, una de las preguntas de la encuesta se refería a si se sentían discriminadas por ser gitanas en prisión y en los tribunales). Pretendemos exponer la base real del sistema para poner de relieve que esta cuestión rebasa los límites de la justicia penal y abarca necesariamente una perspectiva más amplia de respuesta social. Porque limitar el derecho a la maternidad podría entenderse como una forma de violencia institucional contra las mujeres en general y contra las mujeres gitanas en particular, mujeres de una etnia estigmatizada en el Sur del Norte Global.

27 Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas*, Madrid, 2011, p. 41.

28 *Ibid.*, p. 108.

29 IGAREDA GONZÁLEZ, N., «Mujeres, integración y prisión», *Boletín Criminológico*, vol. 12, 86, 2006, p. 2.

30 M. LAPARRA NAVARRO, *Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la Encuesta del CIS a Hogares de Población Gitana*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, p. 218.

31 FUNDACIÓN FOESSA, FOMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE SOCIOLOGÍA APLICADA, *VI Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2008*, Madrid, 2008, pp. 11-12.

3. REGULACIÓN DE LA SALUD Y LA MATERNIDAD EN LA NORMATIVA PENITENCIARIA

España tiene una de las tasas de encarcelamiento más altas de Europa. Sin embargo, las mujeres siguen siendo minoría (7,2% según los últimos datos oficiales) dentro del conjunto de la población reclusa, lo que configura una situación de desigualdad flagrante en el ámbito penitenciario. Este escenario minoritario es similar en cifras a la media de la Unión Europea que se encuentra en torno al 5%³², oscilando entre el porcentaje más alto de un 9,5% en Chipre y el más bajo de 1,2% en Albania³³. Los espacios de reclusión y detención están diseñados para los hombres, las mujeres sólo reciben lo que sobra, y los espacios se conciben y desarrollan bajo parámetros masculinos. En este sentido, la regulación legal de la feminidad se limita a tan sólo 6 artículos en toda la legislación penitenciaria española, y la mayoría de ellos están relacionados con la protección de las madres encarceladas o de los hijos e hijas con ellas. Así, en materia sanitaria se establece que existirían instalaciones sanitarias con instrumental obstétrico y un servicio periódico de un ginecólogo y cuando sea necesario, de un pediatra (artículo 38.1 LOGP, artículos 209.1.2 y 213.1 RP). También existe una disposición relativa al compromiso de entregar un paquete de productos de higiene femenina (artículo 38.4 LOGP y artículo 222 RP).

Esto nos da una idea de la imagen general. Las mujeres siempre han sido un pequeño porcentaje de la población reclusa, por lo que el sistema penitenciario y sus instalaciones han sido desarrollados por hombres y para hombres. En los últimos 30 años en España se han implantado lo que se ha llamado “cárceles modelo” que se supone que son neutrales en cuanto al género, pero la realidad es que no hay igualdad. A menudo se sitúa a las mujeres en un solo pabellón juntas sin ningún criterio para su división (delinquentes primarias junto con reincidentes, etc.). Se constata la desorganización de los espacios femeninos de condena como antiguas pequeñas prisiones o pequeños pabellones de nuevos centros³⁴.

Según los últimos datos oficiales, casi el 80% de las mujeres internas son madres. La maternidad dentro de los muros de una prisión no es un tema fácil ni para las internas ni para la institución. El primer debate en torno a ello es el límite de edad para que los hijos permanezcan en la prisión con sus madres. Aunque inicialmente la normativa española establecía los seis años como la edad hasta la que se permitía a los niños permanecer con sus madres en prisión, a medida que diversos estudios psicológicos demostraban que a partir de los tres años los niños pueden tener memoria, el límite de edad se cambió a los tres (artículo 17 RP). Sin embargo, mantener a los niños con sus madres en prisión no es una respuesta automática, tiene que ser

32 M. F. AEBI; E. COCCO; L. MOLNAR, *Prisons and Prisoners in Europe 2022: Key Findings of the SPACE I survey*, Council of Europe, 2022, p. 8.

33 *Ibid.*

34 DEL VAL CID, C., VIEDMA ROJAS, A., *Condenadas a la desigualdad. Sistema de indicadores de discriminación penitenciaria*, Icaria, Madrid, 2012.

probado por las instituciones sociales que cualquiera que sea la decisión (mantener al niño o no) se hace para buscar “el interés superior del menor”. A pesar de la difícil situación de los niños en prisión, los múltiples beneficios para las madres también redundarían en el bienestar de los niños, ya que “una madre más feliz y mentalmente estable podría muy bien resultar en niños más bien adaptados”³⁵. En este sentido, JUANATEY DORADO señala que la idea de romper el vínculo entre el niño y su madre podría no ser tan positiva como parece, ya que “el contexto va a ser el mismo y [...] podría ser más traumático pasar por un proceso de separación y mantener un horario de visitas a una institución penitenciaria”³⁶

Otra cuestión importante es cómo y dónde se supone que cumplen estas mujeres su condena. Al tratarse de un colectivo minoritario especial (dentro de una minoría), no existen prisiones específicas para ellas. En España solo existen 4 unidades de madres (Wad Ras en Barcelona, Alcalá de Guadaíra en Sevilla, Valencia y Aranjuez) y 4 unidades externas de madres (Fontcalent, Sevilla, Madrid y Mallorca). Esta dispersión geográfica complica el mantenimiento de las relaciones sociales, punto clave para el proceso de reinserción social. En este sentido, el Quaker Council for European Affairs³⁷ señala cómo las investigaciones han demostrado la importancia de los lazos familiares, sobre todo en el caso de las madres, a la hora de reducir las posibilidades de reincidencia durante la excarcelación. Por el contrario, las mujeres que se encuentran lejos de sus familias tienen más posibilidades de reincidir, ya que es más probable que acaben regresando a la única fuente de apoyo que conocen que no es otra que la prisión³⁸. La separación geográfica implica, en numerosas ocasiones, dificultades e incluso falta de comunicación con la familia, especialmente con los hijos. Esto está estrechamente relacionado con la salud mental y podría considerarse como una forma de opresión y castigo especial para las madres que cumplen condena³⁹. La falta de instalaciones en torno a la geografía española es un problema importante al que podría enfrentarse el sistema y está relacionado con la infrarrepresentación de la mujer en el sistema penitenciario. Provoca que las internas y los menores reciban menos visitas y pierdan el contacto familiar en el sentido más amplio del término. Los contactos familiares y tener un fuerte apoyo social es básico cuando quieren pedir un permiso o una salida.

Si tenemos en cuenta que las madres que cumplen condena con sus hijos representan una minoría dentro de una minoría no es difícil imaginar toda la discriminación

35 JBARA, A. E., «The Price They Pay: Protecting the Mother-Child Relationship Through the Use of Prison Nurseries and Residential Parenting Programs», *Indiana Law Journal*, vol. 87, 4, 2012, p. 1831.

36 JUANATEY DORADO, C., «Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-10, 2018, p. 7.

37 QUAKER COUNCIL FOR EUROPEAN AFFAIRS, *Women in prison: a review of the conditions in Member States of the Council of Europe*, Quaker Council for European Affairs, Brussels, 2007.

38 KIM, J., «In -Prison Day Care: A Correctional Alternative for Women Offenders», *Cardozo Women's Law Journal*, vol. 7, 221, 2001.

39 MANGIA, A., «Mothers Behind Bars: Breaking the Paradigm of Prisoners».

que estamos describiendo. Así pues, nos encontramos con que este colectivo puede enfrentarse no sólo a su proceso de encarcelamiento, sino a otro de discriminación por razón de género por parte del sistema. El espacio físico que ocupan es improvisado, con menor inversión económica y mal acomodado dentro de las macrocárceles masculinas⁴⁰. Así, podemos concluir junto con varias investigaciones⁴¹ que las prisiones españolas en términos generales muestran una falta de adaptación a experiencias cruciales femeninas como el embarazo y la maternidad.

4. UN ANÁLISIS EXPLORATORIO DE MUJERES DE ETNIA GITANA PRIVADAS DE LIBERTAD EN EL SUR DE ESPAÑA

4.1. Las vidas de las personas privadas de libertad como un tema de estudio sensible

Analizar y estudiar a un grupo de personas privadas de libertad, su vida en prisión y las circunstancias que les rodean supone adentrarse en cuestiones especialmente personales e íntimas. Si además hay que considerar temas como los roles de género y la etnia, tenemos todos los ingredientes para considerar una investigación como tema sensible.

Un tema sensible podría definirse de acuerdo con RENZETTI y LEE como “aquél que plantea potencialmente para los implicados una amenaza sustancial, cuya aparición hace problemática para el investigador y/o investigado la recogida, tenencia y/o difusión de los datos de la investigación”⁴². En este mismo sentido, entendemos que todas las cuestiones derivadas de la criminalidad y la experiencia del encarcelamiento se incluyen en esta idea de tema sensible ya que estos autores establecieron la desviación y el control social son uno de los cuatro grandes contextos en los que se podrían dividir los temas sensibles. Esto también está estrechamente relacionado con lo que DE LAINE definió como regiones traseras “espacio privado, donde tienen lugar actividades personales y sólo participan iniciados”⁴³. Guardar varios aspectos de la vida en prisión puede ser de crucial importancia para los reclusos, ya que contar demasiado podría significar exponerse a sanciones o represalias no sólo por parte de sus entornos, sino también de la institución penitenciaria.

40 HERRERA MORENO, M., MAPELLI CAFFARENA, B., SORDI STOCK, B., «La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 33, 2013.

41 CERVELLÓ DONDERIS, V., «Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género», *Revista General de Derecho Penal*, 5, 2006; HERRERA MORENO M., y otros, «La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?», cit.

42 RENZETTI, C., LEE, R., *Researching Sensitive Topics*, Sage, Londres, 1993, p. 5.

43 DE LAINE, M., *Fieldwork, participation and practice: ethics and dilemmas in qualitative research*, SAGE, London ; Thousand Oaks, Calif, 2000, p. 67.

4.2. El estudio

Los datos que nutren este estudio proceden de grupos de discusión y encuestas realizadas dentro del proyecto más amplio “Igualdad y Derecho Penal: género y nacionalidad como principales factores de discriminación” (Proyecto I+D 2010-1978 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación) durante el año 2014. De las 164 mujeres encuestadas para el conjunto del proyecto, 31 se consideraban gitanas, 6 de ellas condenadas por delitos violentos (5 por delitos contra la propiedad y 1 por lesiones). Se realizaron encuestas y grupos de discusión para obtener información relevante en dos centros penitenciarios, en Algeciras y en Alcalá de Guadaíra. Esta visión de conjunto nos permite valorar la debilidad de la regulación y de la vida real de las internas y plantear la necesidad de mejora en el sistema penitenciario general femenino.

4.3. Metodología

Este tema sensible y las características del grupo de estudio determinaron que la metodología utilizada para nuestra investigación en prisión tuviera en cuenta varios aspectos importantes, ya que como personas externas “podemos representar una amenaza de riesgo para los actores que temen ser expuestos y sancionados”⁴⁴. En ese sentido, las herramientas para recoger la información aseguraron: el anonimato (no pedimos nombres en las encuestas y en los grupos de discusión les pedimos que eligieran un apodo), la confidencialidad y la privacidad.

El cuestionario se distribuyó entre las internas y constaba de 75 preguntas. Y éste era precisamente uno de sus puntos débiles, era demasiado largo para ellas. Aunque la mayoría completó la encuesta, expresaron que fue “agotador” realizarlo. En cuanto a cuestiones de salud específicas, encontramos: la pregunta 17 sobre el abuso de sustancias, la pregunta 18 sobre el tratamiento del abuso de sustancias y la pregunta 19 sobre el consumo de medicamentos. Sin embargo, para tener una visión general que contextualice y ofrezca una perspectiva más amplia y rica sobre esta narrativa de mujeres encarceladas, hemos incluido en los resultados y en la discusión otros aspectos que nos parecen esenciales para analizar la maternidad encarcelada en su conjunto en toda su dimensión.

Los grupos de discusión se llevaron a cabo una vez analizados los cuestionarios, de manera que pudimos averiguar qué tipo de preguntas debíamos hacer para profundizar en cuestiones concretas. El resultado fue una grabación de 1 hora, 12 minutos y 23 segundos en Algeciras y 59 minutos y 59 segundos en Alcalá de Guadaíra. Cabe señalar aquí que en ambos casos necesitamos pedir un permiso especial para introducir las grabadoras en la prisión.

La muestra (31) para ambas herramientas estaba compuesta por mujeres que se

⁴⁴ *Ibid.*

autoidentificaban como gitanas. El grupo de discusión de Alcalá de Guadaíra estaba formado inicialmente por 6 internas, una moderadora y un moderador, y más tarde se incorporaría una séptima interna. En el grupo de Algeciras se comienza con 5 internas y una moderadora y posteriormente se incorporan otra interna y un moderador. Algunas de ellas eran originalmente gitanas y otras se sentían así por haberse casado con un hombre gitano.

4.4. Resultados y discusión

Delitos cometidos y condena: Al igual que el resto de la población reclusa femenina en España, las mujeres gitanas han cometido en la mayoría de los casos, delitos contra la salud pública (tráfico de drogas) y en menor proporción contra el patrimonio. En cuanto a la duración de la pena, casi la mitad de las participantes –48,4%– recibieron condenas de prisión entre 1 y 5 años y el 19,4% entre 5 y 10 años.

Maternidad y salud mental: La edad media de estas 31 mujeres era de 35 años, siendo la más joven de 24 años y la mayor de 54 años. El 77,4% eran madres y el 25,8% tenían un solo hijo. La edad media para ser madre por primera vez era de 18 años. Sin embargo, es importante destacar que el 46,4% de las internas declaró haber tenido su primer hijo entre los 14 y los 16 años. Esto corrobora lo dicho anteriormente acerca de que su rol como mujeres y madres comienza a una edad muy temprana. El hecho de que la mayoría de ellas sólo tuviera 1 hijo parece estar más relacionado con su encarcelamiento que con un cambio en sus pautas culturales. Cuando llegan a prisión, sus hijos pasan al cuidado de algún familiar (los padres de las internas 19,4% y sus maridos 16,1%). Dejar a sus hijos con otras personas, aunque fueran de la familia, era percibido como un abandono desde su punto de vista, creando en ellas sentimientos de culpa. De hecho, la mayoría coincidió en la idea de que el aspecto más difícil de ser madre estando en prisión era dejar atrás a sus hijos: “La familia siempre es lo primero”, “la familia es bastante importante” (Grupo de discusión del Centro Penitenciario de Alcalá de Guadaíra), “dormir con ellos, ducharlos, comer con ellos” (Grupo de discusión del Centro Penitenciario de Algeciras). En el mismo sentido, el estudio desarrollado por HERRERA MORENO et al. concluye que la principal fuente de preocupación para las mujeres encarceladas son sus hijos⁴⁵. En este mismo sentido apunta CARLEN al señalar que una de las principales dimensiones de la diferencia culturales de las mujeres encarceladas reside en que en tanto que la mujer sigue siendo en la actualidad la encargada de la crianza, aquellas madres que están encarceladas se sienten más culpables que los padres y sienten miedo de perder a sus hijos e hijas⁴⁶.

La culpabilidad fue un sentimiento común a ambos grupos de discusión en función de su papel como sostén de la familia. Consideran que sus hijos y nietos sufren las

45 HERRERA MORENO, M. y otros, «La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?», cit.

46 CARLEN, P. «Women's imprisonment: an introduction to the Bangkok Rules», cit., p. 151.

consecuencias del abandono debido a su encarcelamiento. Su encarcelamiento es vivido en sus códigos éticos como una dejación de sus deberes como garantes del bienestar de los hijos: “Están enfermos, están malitos, entonces te quedas aquí preocupada por ellos y dándole vueltas a la cabeza” (Grupo de discusión del Centro Penitenciario de Alcalá de Guadaíra). Este sentimiento de culpabilidad va más allá, por lo que la mayoría de ellas declararon sentirse más preocupadas por sus hijos y familiares que por ellas mismas: “Pienso más en ellos porque son los que lo están pasando muy mal” (Grupo de discusión del Centro Penitenciario de Alcalá de Guadaíra); “Mis hijos, yo soy la responsable de que estén pasando por esto” (Grupo de discusión del Centro Penitenciario de Algeciras); “Mamá, ¿por qué estás aquí? Esto es lo peor que puedo soportar” (Grupo de discusión del Penitenciario de Algeciras). Es fácil apreciar aquí el papel de madres y abuelas abnegadas, para las que lo más importante es su familia siendo ellas mismas la última persona de la que preocuparse. En este sentido, siguen protegiendo a su familia mientras están en prisión, evitando que sus hijos las visiten, ya que no quieren que los niños estén cerca de un centro penitenciario siendo tan jóvenes.

El sentimiento de culpa relacionado con su papel de apoyo a la familia también se ha detectado en estudios anteriores. Así, en la investigación del EQUIPO BARAÑÍ, descubrieron que estas mujeres vivían su reclusión con altos niveles de impotencia al no poder resolver los asuntos familiares como estaban acostumbradas⁴⁷. En este sentido, consideran insignificante su privación de libertad en comparación con el dolor de las persona que habitualmente están “bajo su protección” y que quedan “desamparadas” con su encarcelamiento. YAGÜE OLMOS llega a la misma conclusión en su trabajo al destacar cómo sienten “la culpa, la angustia y la incertidumbre por sus responsabilidades familiares fuera [...] al entender que están desatendiendo sus obligaciones familiares”⁴⁸. También POEHLMANN descubrió que cerca del 70% de las madres encarceladas en su estudio se sentían ansiosas y culpables⁴⁹. Según TUERK y LOPER este sentimiento podría “verse agravado por la infantilización que [las madres] experimentan dentro del sistema de justicia penal”⁵⁰. Sin embargo, este rasgo estereotipado de la cultura gitana está experimentando importantes cambios, ya que “algunas mujeres gitanas toman conciencia de su situación y se rebelan, por lo que surgen escenarios como la vida en solitario y los matrimonios mixtos entre mujeres gitanas y hombres no gitanos”⁵¹.

47 G. EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*, Metyel, Madrid, 2001.

48 YAGÜE OLMOS, C., *Madres en prisión. Historia de las cárceles de Mujeres a través de su versión material*, Comares, Granada, 2006, p. 7.

49 POEHLMANN, J., «Incarcerated Mothers’ Contact With Children, Perceived Family Relationships, and Depressive Symptoms.», *Journal of Family Psychology*, vol. 19, 3, 2005.

50 TUERK, E.H., LOPER, A.B., «Contact Between Incarcerated Mothers and Their Children: Assessing Parenting Stress», *Journal of Offender Rehabilitation*, vol. 43, 1, 2006, p. 28.

51 YBARRA, M.L., ESPELAGE, D. L., MITCHELL, K. J., «Differentiating youth who are bullied from other victims of peer-aggression: the importance of differential power and repetition», *Journal*

En cualquier caso, maternidad y salud mental están estrechamente relacionadas, al igual que en la vida fuera de prisión pero con algunos factores de estrés adicionales como la falta de autoridad, los retos de restablecer una relación con los hijos⁵² o las dificultades para contactar con ellos mientras están separadas. En este último sentido, las investigaciones han destacado numerosos beneficios, tanto emocionales como cognitivos para los hijos⁵³ y cómo las madres que pueden ver o comunicarse con sus hijos muestran una mejor salud mental que las madres que no mantienen una relación con sus hijos⁵⁴.

Medicalización: Encontramos que 9 mujeres de 31, lo que representa un 29%, declararon estar bajo algún tipo de medicación en la actualidad. Concretamente 3 de ellas tomaban tranquilizantes para dormir, 1 de ellas estaba bajo tratamiento para la tiroides, 2 tomaban medicación para la tensión arterial, 2 tomaban medicación para la diabetes, 1 de ellas tomaba medicación para el colesterol, 1 de ellas tomaba medicación para la leucemia, 1 de ellas tomaba tratamiento con metadona y, por último, 1 de ellas tomaba medicación para afecciones cardíacas (nótese que se trataba de una pregunta multirrespuesta, por lo que podría haber algunas mujeres tomando más de un tipo de medicación). Pero hay que añadir 4 mujeres que declararon tener antecedentes de abuso de sustancias en relación con los tranquilizantes para dormir. Esto implicaría que casi el 42% de las mujeres estuvieran bajo medicación, supervisada o, lo que es peor, no supervisada. Estas cifras coinciden con los resultados encontrados por HERRERA MORENO et al.⁵⁵ respecto a que el 55% de las mujeres encuestadas tomaban medicación, principalmente tranquilizantes para dormir.

Antecedentes de abuso de sustancias: El 32,3% de estas mujeres reconoce algún tipo de abuso de sustancias en el presente, siendo la situación más común (19,4%) abusar de varias sustancias. Sin embargo, sólo el 6,5% de ellas, recibía tratamiento por esta condición aunque el 25,9% considera que la influencia de las drogas tuvo “mucho” o “bastante” que ver con la comisión del delito. Sin embargo, debemos leer estas cifras con cuidado. Concluir que las mujeres no están dispuestas a solucionar sus problemas de salud sería un resultado simplista dado sin ningún contexto. Para esta comunidad, las mujeres con problemas de abuso de sustancias no están bien vistas, por lo que a veces les resulta difícil reconocer el problema y hacerlo público, y lamentablemente mantener algo privado dentro de los muros de la prisión está más allá de la idea de imposible.

of Adolescent Health, 2014, p. 29.

52 TUERK, E.H., LOPER, A.B., «Contact Between Incarcerated Mothers and Their Children», cit.

53 JBARA, A. E. , «The Price They Pay: Protecting the Mother-Child Relationship Through the Use of Prison Nurseries and Residential Parenting Programs», cit.

54 POEHLMANN, J., «Incarcerated Mothers' Contact With Children, Perceived Family Relationships, and Depressive Symptoms.», cit.; Tuerk, E. H., Loper, A. B., «Contact Between Incarcerated Mothers and Their Children», cit.

55 HERRERA MORENO, M. y otros, «La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?», cit.

5. CONCLUSIONES

El aumento del encarcelamiento de mujeres en todo el mundo es una realidad que los estados deben afrontar teniendo en cuenta que esto tiene un alto impacto en las experiencias reproductivas y de salud⁵⁶. La maternidad en prisión no es solo un reto para el sistema penitenciario español, sino principalmente para las madres encarceladas. Significa que tienen que lidiar y luchar no solo con su situación de encarcelamiento, sino también con su maternidad dentro y/o fuera de la prisión. No importa lo larga que sea la condena, la madre siempre estará presente y especialmente preocupada por lo que ocurre fuera de esos muros, la familia que dejaron atrás. El sistema penitenciario español realmente necesita una revisión de cómo condena a las madres, especialmente en términos de extensión geográfica y diseño arquitectónico para la maternidad.

Centrándonos en las mujeres gitanas encarceladas, según las investigaciones previas, la literatura y nuestro análisis exploratorio, podemos concluir que son un grupo especialmente vulnerable debido a su situación de pobreza, exclusión social, falta de formación, subempleo y fuerte discriminación. Teniendo en cuenta todos los factores analizados anteriormente coincidimos con NAREDO MOLERO: “El sistema penal no opera para devolverlas a su lugar en el sistema de relaciones de género, sino al espacio de clase del que nunca debieron intentar salir”⁵⁷.

Hemos (re)descubierto que la maternidad no se detiene en los muros de las cárceles. Va más allá. Por muy duras que sean las condiciones en la prisión, la familia y los hijos son lo primero para las madres que cumplen condena, tanto las que tienen a sus bebés con ellas como las que los tienen fuera. Fomentar una relación sana entre las madres encarceladas y sus hijos debería ser uno de los principales objetivos del sistema penitenciario para que el género realmente cuente en las políticas penitenciarias y para “ayudar a feminizar el paradigma de preso”⁵⁸. La maternidad en prisión es un factor extra de ansiedad y estrés, como afirman PAÍNO DE QUESADA et al. “Cumplir condena es por sí mismo un factor que potencia la ansiedad, por lo que si ésta se asocia a la vivencia de la maternidad sería obviamente más probable el desarrollo de sintomatología ansiógena”⁵⁹. Así pues, mejorar la calidad de las condiciones de cumplimiento de las madres aumentaría definitivamente su salud mental y, como derecho fundamental, las

56 PAYNTER, M. J., SNELGROVE-CLARKE, E., «“Breastfeeding in public” for incarcerated women», cit.

57 NAREDO MOLERO, N., «¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas», en *Delitos y fronteras: mujeres extranjeras en prisión*, Complutense, Madrid, 2005, pp. 68-69.

58 MANGIA, A., «Mothers Behind Bars_ Breaking the Paradigm of Prisoners.pdf», *DePaul Journal of Women, Gender and the Law*, vol. 5, 1, 2015, p. 36.

59 PAÍNO DE QUESADA, S. G., MURO DE ARAÚJO E GAMA, A. P., RODRÍGUEZ DÍAZ, F. J., «Niveles de ansiedad de madres en la cárcel. Centro Penitenciario de Odemira (Portugal)», *Boletín Criminológico*, vol. 10, 77, 2004, p. 4.

políticas penitenciarias no pueden dejar de lado esta cuestión como un problema secundario a abordar.

No quisiéramos terminar este capítulo sin destacar los efectos devastadores que el encarcelamiento tiene sobre estas mujeres. Según MUSTOFA et al. el impacto del encarcelamiento es más fuerte para las mujeres “como indicativo de sesgos de género más amplios que hacen vulnerables a las mujeres y a sus hijos”⁶⁰. Así, tuvimos el testimonio de Emi, que después de 9 meses en prisión se sentía mareada y fatigada cuando se subía a un coche, o el de Conca cuyo primer permiso fue algo frustrante ya que no pudo utilizar cubiertos de metal porque en comparación con los de plástico que le proporcionaron en prisión, le parecían demasiado pesados, o el de Saray que se sentía tan molesta por los ruidos habituales de un atasco de tráfico. Así que estas mujeres vuelven a su ansiada libertad, sin saber cómo actuar y reaccionar, han olvidado cómo desenvolverse en las situaciones cotidianas: los muros siguen ahí, aunque invisibles.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AEBI, M. F.; COCCO, E.; MOLNAR, L., *Prisons and Prisoners in Europe 2022: Key Findings of the SPACE I survey*, Council of Europe, 2022.
- ALMEDA SAMARANCH, E., «Pasado y presente de las cárceles femeninas en España», *Sociológica: Revista de pensamiento social*, vol. 6, 2005, pp. 75-106.
- BALLESTEROS PENA, A.; ALMEDA SAMARANCH, E., «Políticas de igualdad en las cárceles del siglo XXI. Avances, retrocesos y retos en la práctica del encarcelamiento femenino», *Praxis sociológica*, n.º 19, 2015, pp. 161-186.
- CALCEDO BARBA, A.; ANTÓN BASANTA, J.; PAZ RUIZ, *Libro Blanco sobre la atención sanitaria a personas con trastornos mentales graves en centros penitenciarios en España*, Barcelona y Madrid, 2023, en <https://irp.cdn-website.com/57cc745d/files/uploaded/Libro%20Blanco%20A4%20Versio-nFinal%20Junio2023.pdf>.
- CARLEN, P., «Women’s imprisonment: an introduction to the Bangkok Rules», *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 3, 2012, pp. 148-157.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., «Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 5, 2006.
- COLLINS, P. H.; SILVA, K. A. D.; GOMES, M. C. A., «Intersectionality, epistemic oppression and resistance: an interview with Patricia Hill Collins», *Trabalhos em Linguística Aplicada*, vol. 60, n.º 1, 2021, pp. 328-337.

60 MUSTOFA, M., WEST, B. S., SRI SUPADMI, M., SARI, H., «Challenges to mothering while incarcerated: preliminary study of two women’s prisons in Java, Indonesia», *International Journal of Prisoner Health*, vol. 15, 1, 2019, p. 38.

- CORSTON, J., *The Corston report: a report by Baroness Jean Corston of a review of women with particular vulnerabilities in the criminal justice system*, Home Office, London, 2007.
- COUNCIL OF EUROPE, «European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT) [about page]», 2022, en <https://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt>.
- DE LAINE, M., *Fieldwork, participation and practice: ethics and dilemmas in qualitative research*, SAGE, London; Thousand Oaks, Calif, 2000.
- DE MIGUEL CALVO, E., «Presunción de agencia. Una bolsa de saberes de mujeres ante el castigo penitenciario», *Gazeta de Antropología*, 2024, pp. 1-13.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Defensor del Pueblo. Informe Anual 2023*, Madrid, 2024, https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo_Informe-anual-2023.pdf.
- DEL VAL CID, C.; VIEDMA ROJAS, A., *Condenadas a la desigualdad. Sistema de indicadores de discriminación penitenciaria*, Icaria, Madrid, 2012.
- EQUIPO BARAÑÍ, G., *Mujeres gitanas y sistema penal*, Metyel, Madrid, 2001.
- EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTER, «Discrimination against women in Spain», en <http://www.errc.org/roma-rights-journal/discrimination-against-romani-women-in-spain>.
- EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTER, *Discrimination against women in Spain*, 2004.
- FUNDACIÓN FOESSA, FOMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE SOCIOLOGÍA APLICADA, *VI Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2008*, Madrid, 2008.
- FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Guía de Intervención social con población gitana desde la perspectiva de género*, 2012.
- HERRERA MORENO, M.; MAPELLI CAFFARENA, B.; SORDI STOCK, B., «La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género?», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 33, 2013, pp. 59-95.
- HILL COLLINS, P.; BILGE, S., *Intersectionality (Key concepts 2nd edition)*, Polity Press, Cambridge, 2020.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., «Mujeres, integración y prisión», *Boletín Criminológico*, vol. 12, n.º 86, 2006, pp. 1-4.
- JBARA, A. E., «The Price They Pay: Protecting the Mother-Child Relationship Through the Use of Prison Nurseries and Residential Parenting Programs», *Indiana Law Journal*, vol. 87, n.º 4, 2012, pp. 1825-1845.
- JUANATEY DORADO, «Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-10, 2018, pp. 1-32.

- KIM, J., «In -Prison Day Care: A Correctional Alternative for Women Offenders», *Cardozo Women's Law Journal*, vol. 7, n.º 221, 2001, pp. 224-225.
- LAPARRA NAVARRO, M., *Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la Encuesta del CIS a Hogares de Población Gitana*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011.
- MANGIA, A., «Mothers Behind Bars: Breaking the Paradigm of Prisoners», *DePaul Journal of Women, Gender and the Law*, vol. 5, n.º 1, 2015, pp. 1-37.
- MARTÍN PALOMO, T., «Mujeres gitanas y sistema penal», *La ventana*, vol. 15, 2002, pp. 149-173.
- MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas*, Madrid, 2011.
- MUSTOFA, M.; WEST, B. S.; SRI SUPADMI, M.; SARI, H., «Challenges to mothering while incarcerated: preliminary study of two women's prisons in Java, Indonesia», *International Journal of Prisoner Health*, vol. 15, n.º 1, 2019, pp. 37-45.
- NAREDO MOLERO, «¿Qué nos enseñan las reclusas? La criminalización de la pobreza desde la situación de las reclusas extranjeras y gitanas», en *Delitos y fronteras: mujeres extranjeras en prisión*, Complutense, Madrid, 2005, pp. 67-94.
- OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, 2000, en <https://www.refworld.org/docid/4538838do.html>.
- PAÍNO DE QUESADA, S. G.; MURO DE ARAÚJO E GAMA, A. P.; RODRÍGUEZ DÍAZ, F. J., «Niveles de ansiedad de madres en la cárcel. Centro Penitenciario de Odemira (Portugal)», *Boletín Criminológico*, vol. 10, n.º 77, 2004, pp. 1-4.
- PAYNTER, M. J.; SNELGROVE-CLARKE, E., «“Breastfeeding in public” for incarcerated women: the baby-friendly steps», *International Breastfeeding Journal*, vol. 14, n.º 1, 2019, p. 16.
- POEHLMANN, J., «Incarcerated Mothers' Contact With Children, Perceived Family Relationships, and Depressive Symptoms.», *Journal of Family Psychology*, vol. 19, n.º 3, 2005, pp. 350-357.
- QUAKER COUNCIL FOR EUROPEAN AFFAIRS, *Women in prison: a review of the conditions in Member States of the Council of Europe*, Quaker Council for European Affairs, Brussels, 2007.
- RENZETTI, C.; LEE, R., *Researching Sensitive Topics*, Sage, Londres, 1993.
- TUERK, E. H.; LOPER, A. B., «Contact Between Incarcerated Mothers and Their

- Children: Assessing Parenting Stress», *Journal of Offender Rehabilitation*, vol. 43, n.º 1, 2006, pp. 23-43.
- UNIÓN PUEBLO ROMANÍ, «Población gitana española», fecha de consulta en <https://unionromani.org/2022/05/03/poblacion-gitana-espanola/>.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, 2015, en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-book.pdf.
- VILLALBA, P., «La promoción de la mujer gitana desde una perspectiva de género», *Gitanos: Pensamiento y Cultura*, vol. 5, 2000, pp. 20-26.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, «Maternal health», en https://www.who.int/health-topics/maternal-health#tab=tab_1.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. EUROPEAN REGION, *Status report on prison health in the WHO European Region 2022*, World Health Organization. European Region, Copenhagen, 2023.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Women's health in prison_ correctin g gender inequity in prison health*, World Health Organization. Regional Office for Europe, Copenhagen, 2009, en <https://apps.who.int/iris/handle/10665/349844>.
- YAGÜE OLMOS, C., *Madres en prisión. Historia de las cárceles de Mujeres a través de su versión material*, Comares, Granada, 2006.
- YBARRA, M. L.; ESPELAGE, D. L.; MITCHELL, K. J., «Differentiating youth who are bullied from other victims of peer-aggression: the importance of differential power and repetition», *Journal of Adolescent Health*, 2014.
- ZLOTNICK, C., «Pottraumatic stress disorder (PTSD), PTSD comorbidity, and childhood abuse among incarcerated women», *Journal of Nervous and Mental Disease*, vol. 185, 1997, pp. 761-763.

CRÓNICAS

Legalidad del requisito de publicación en revista científica previa al depósito de Tesis Doctorales: implicaciones para la educación inclusiva

Legality of the requirement for publication in scientific journals prior to the deposit of Doctoral Theses: implications for inclusive education

PABLO HERRANZ-HERNÁNDEZ

Profesor Asociado

Universidad Autónoma de Madrid (España)

pablo.herranz@uam.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8580-4857>

Resumen: En el contexto de la obtención del título de Doctor en España, se genera controversia sobre la necesidad de publicación previa para depositar tesis doctorales. Esta crónica examina críticamente esta práctica, evaluando su congruencia con la legislación y sus implicaciones para la autonomía académica y derechos de los doctorandos. Se destacan desafíos legales y reflexiones académicas, especialmente en la vulnerabilidad del doctorando y la interferencia en la autonomía institucional. La imposición de criterios externos plantea cuestionamientos sobre la conformidad con la legislación y la necesidad de preservar la integridad del proceso académico. Se insta a las instituciones a reflexionar, ajustar políticas y asegurar alineación con los principios de la normativa doctoral. Esta crónica busca contribuir al debate sobre la legalidad y relevancia de la publicación previa, promoviendo diálogo constructivo y transparencia en evaluaciones.

Abstract: *In the context of obtaining a Ph.D. in Spain, controversy arises regarding the requirement of prior publication for doctoral thesis submission. This article critically examines this practice, assessing its conformity with legislation and its implications for*

Recepción: 19/03/2024

Aceptación: 26/03/2024

Cómo citar este trabajo: HERRANZ-HERNÁNDEZ, Pablo, “Legalidad del requisito de publicación en revista científica previa al depósito de Tesis Doctorales: implicaciones para la educación inclusiva”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 9, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 431-438, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i9.i2>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 9, enero-junio, 2024, pp. 431-438

academic autonomy and doctoral rights. Legal challenges and academic reflections are highlighted, especially regarding the vulnerability of the doctoral candidate and institutional autonomy interference. Imposing external criteria raises questions about compliance with legislation and the need to preserve the integrity of the academic process. Institutions are urged to reflect, adjust policies, and ensure alignment with doctoral regulations. This chronicle aims to contribute to the debate on the legality and relevance of prior publication, fostering constructive dialogue and transparency in evaluations.

Palabras Clave: autonomía académica, evaluación académica, doctorando, legislación universitaria, requisitos de calidad, vulnerabilidad estudiantil, educación inclusiva.

Keywords: *academic autonomy, academic evaluation, doctoral candidates, quality requirements, student vulnerability, university legislation, inclusive education.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. FUNDAMENTOS LEGALES Y NORMATIVOS. 3. DELIMITACIÓN DEL FENÓMENO EN CUESTIÓN. 4. DESAFÍOS A LA AUTONOMÍA ACADÉMICA. 5. VULNERABILIDAD DEL DOCTORANDO. 6. NULIDAD Y ANULACIÓN DEL REQUISITO. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En el entramado normativo que regula el proceso de obtención del título de Doctor en España, surge una polémica que ha pasado desapercibida en muchos círculos académicos: el requisito de publicación previa como condición para el depósito de tesis doctorales. Este fenómeno, que ha cobrado fuerza en diversos programas académicos, plantea interrogantes sobre su congruencia con la legislación vigente y sus implicaciones para la autonomía académica y los derechos de los doctorandos. Esta crónica analiza sintéticamente esta controvertida práctica para arrojar luz sobre sus posibles implicaciones legales y sus efectos en la comunidad académica.

2. FUNDAMENTOS LEGALES Y NORMATIVOS

Para comprender la raíz de esta controversia, es esencial remontarse a las bases legales que rigen los estudios de Doctorado en España. El artículo 9.4 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, establece claramente que los estudios de Doctorado buscan la adquisición de competencias y habilidades relacionadas con la investigación en diversos campos del conocimiento. El artículo 2.6 del Real Decreto 99/2011 detalla que la Comisión Académica de cada programa es la entidad responsable de supervisar y evaluar la calidad del programa, así como

de autorizar la presentación de tesis doctorales.

La controversia surge cuando algunas instituciones académicas imponen como requisito para el depósito de la tesis la publicación previa en revistas científicas, a menudo con la condición adicional de estar indexadas en Scopus o JCR. Esta práctica plantea preguntas acerca de su conformidad con los principios fundamentales establecidos en la legislación vigente.

3. DELIMITACIÓN DEL FENÓMENO EN CUESTIÓN

Este requerimiento tiene diferentes manifestaciones, puede variar entre Universidades e, incluso, entre los Programas de Doctorado de una misma Universidad. Así, pueden encontrarse Programas que no exigen el requisito, algunos que simplemente establecen la necesidad de haber enviado un manuscrito a alguna publicación científica (sin que necesariamente haya sido aceptado, el envío sería suficiente), las que requieren envío y aceptación en cualquier revista científica, hasta las que además añaden que la revista en cuestión indexe en determinada base de datos y cuartil.

No todos son igualmente cuestionables. De hecho, el requisito que se somete a examen en esta crónica es, precisamente, el que establece la necesidad de haber publicado en una revista científica parte de la investigación desarrollada en la tesis doctoral. El requerimiento de un simple envío de manuscritos no plantea ninguna cuestión, como tampoco lo hace la inexistencia de ese tipo de requisitos “de calidad”.

Como ejemplo cercano, el artículo 24.5 del Reglamento UCA/CG12/2023, de 29 de septiembre, de Doctorado de la Universidad de Cádiz establece que, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el control de calidad del programa de doctorado, con carácter general la autorización para el depósito estará supeditada a que la tesis reúna alguno de entre tres indicios de calidad. El primero citado es “la obtención de resultados publicados en, al menos, una revista de difusión internacional con índice de impacto incluida en el Journal Citation Reports. En aquellas áreas en las que no sea aplicable este criterio, se atenderá a la equivalencia que permitan los criterios establecidos por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora para los campos científicos de que se trate” (los otros dos criterios son la mención doctorado internacional o industrial).

Este presupuesto, aparentemente orientado a asegurar la calidad de las investigaciones, plantea una serie de cuestionamientos en relación con la autonomía académica y la conformidad con el resto de la legislación vigente. Se establece una conexión directa entre la calidad de la investigación y la publicación en revistas de difusión internacional, apuntando a una relación que puede resultar problemática desde el punto de vista legal.

4. DESAFÍOS A LA AUTONOMÍA ACADÉMICA

Uno de los aspectos más destacados en este debate es el desafío que esta práctica impone a la autonomía académica de las instituciones. El artículo 11 del Real Decreto 99/2011 subraya la responsabilidad de las universidades en la evaluación y seguimiento de los doctorandos a través de la Escuela de Doctorado o la unidad correspondiente. La imposición de criterios externos, como la necesidad de publicación en revistas indexadas, puede interpretarse como una interferencia en la capacidad de las instituciones para evaluar de manera independiente la calidad de las investigaciones y determinar la idoneidad para la obtención del título de Doctor.

Este desafío a la autonomía académica plantea preguntas fundamentales sobre la capacidad de las universidades para establecer sus propios criterios de evaluación y supervisión de los programas de Doctorado. La inclusión de requisitos externos ligados a intereses empresariales desconocidos y no necesariamente congruentes con el objetivo de los estudios de Doctorado puede no solo limitar la libertad de las instituciones, sino también conducir a la homogeneización de los criterios de evaluación, pasando por alto las características particulares de cada programa y área de conocimiento.

5. VULNERABILIDAD DEL DOCTORANDO

La imposición del requisito de publicación previa en revistas científicas no solo afecta a la autonomía académica, sino que también coloca al doctorando en una posición vulnerable. La calidad de su investigación y, por ende, su acceso al título de Doctor, quedan subordinados al juicio de editores y revisores de revistas científicas. Estos actores, cuya titulación y adecuación académica son desconocidas para el doctorando, adquieren un papel decisivo en el destino académico del estudiante.

El doctorando se enfrenta a un escenario donde sus esfuerzos de investigación, evaluados durante el proceso de admisión al programa y en las sucesivas evaluaciones anuales, pueden quedar anulados por decisiones editoriales externas. Además, la falta de un recurso administrativo efectivo frente a estas decisiones añade una capa de incertidumbre y falta de transparencia al proceso, dejando al doctorando indefenso ante posibles decisiones arbitrarias o sesgadas y que, de nuevo, no tienen por qué coincidir con los criterios que establece la ley para acceder al título de Doctor o Doctora.

El requisito de publicación tampoco es coherente con un modelo de evaluación que entronque con los principios de inclusión educativa, como son la participación y el aprendizaje de todos los alumnos. Pues la evaluación no debe perseguir la comparación o clasificación de los alumnos, sino la identificación de las ayudas requeridas para facilitar su proceso educativo (Duk y Blanco, 2012; Murillo y Duk, 2012).

Además, los plazos que se toman las revistas, máxime habida cuenta de que impiden

mandar a otras revistas el mismo manuscrito durante el proceso, muchas veces son muy largos, mientras que los plazos que establecen las universidades para que el doctorando pueda leer la tesis no son tan largos y no permiten que el doctorando tenga una mínima garantía de llegar a tiempo. Aun suponiendo que se pudiera admitir –lo cual es cuestionable– que las revistas tengan que erigirse en quien determine, en gran medida, la idoneidad o no de un doctorando para ser doctor, los plazos estarían perjudicando al alumnado al no posibilitarle llegar a tiempo, si este no tiene la fortuna de acertar con una revista cuyos plazos sean cortos o de que le acepten el artículo a la primera.

6. NULIDAD Y ANULACIÓN DEL REQUISITO

El artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que “serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior”.

En este contexto, la exigencia de publicación en revistas científicas como condición para el depósito de la tesis, al parecer contraviniendo principios fundamentales del Real Decreto 99/2011, se presenta como una práctica potencialmente nula desde el punto de vista legal.

La legislación establece claramente que la evaluación de la calidad de la investigación y la idoneidad para la obtención del título de Doctor recae en las autoridades académicas, representadas por la Comisión Académica de cada programa. La imposición de criterios externos, especialmente cuando estos son determinados por entidades ajenas a la institución académica, plantea interrogantes sobre la validez de los requisitos adicionales y su compatibilidad con la normativa de superior jerarquía normativa.

En este sentido, y aun excediendo el propósito de esta crónica, cabe finalizar recordando que el recurso contencioso-administrativo constituye quizá el principal remedio judicial contra reglamentos inválidos, ofreciendo tres vías procedimentales. Por un lado, con la nulidad de pleno derecho, que la Administración puede declarar de oficio (artículo 102.2 LRJAP) o, que si es solicitada por un particular sin respuesta favorable, podría desembocar en un proceso contencioso-administrativo sin prescripción temporal. Por otro, el recurso contencioso-administrativo ordinario ofrece dos modalidades, según establece el artículo 26 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA): acciones directas contra el reglamento o impugnación de la norma reglamentaria durante un recurso contra un acto de aplicación. Ambos recursos son independientes, pero en el recurso indirecto, se impugna un acto de aplicación, alegando su nulidad por la ilegalidad del reglamento subyacente. El tribunal competente puede declarar la validez o nulidad

simultáneamente (art. 27.2 LJCA) o plantear una “cuestión de ilegalidad” al tribunal adecuado (art. 27.1 LJCA), sin afectar el litigio original (Muñoz, 2015).

7. CONCLUSIONES

En esta crónica, se ha analizado sucintamente la controversia en torno al requisito de publicación previa como condición para el depósito de tesis doctorales en programas académicos en España. Poniendo como muestra más cercana el Reglamento UCA/CG12/2023 de la Universidad de Cádiz, se han evidenciado los posibles desafíos a la autonomía académica y la vulnerabilidad del doctorando ante decisiones editoriales externas.

La imposición de criterios externos para la obtención del título de Doctor plantea preguntas sobre la conformidad con la legislación vigente y la necesidad de preservar la integridad del proceso académico. En este contexto, se hace un llamado a la reflexión por parte de las instituciones académicas, con el objetivo de revisar y ajustar sus políticas de evaluación, asegurando que estén alineadas con los principios establecidos en la normativa que regula los estudios de Doctorado en España.

En última instancia, se espera que esta crónica contribuya al debate en torno a la legalidad y pertinencia del requisito de publicación previa, promoviendo un diálogo constructivo entre las autoridades académicas, los profesores, los doctorandos y la comunidad científica en general. La transparencia y la equidad en los procesos de evaluación son fundamentales para garantizar la integridad del sistema educativo y la justicia en la obtención de títulos académicos. Asimismo, se espera que esta crónica aporte su grano de arena a la inclusión educativa, al considerar que esta última ha de concebirse, según Verdugo y Parrilla (2009), no reductible a un discurso o ley puntual, sino como un proceso de revisión y cambio constante en aras de una progresiva mejora.

8. BIBLIOGRAFÍA

DUK, C. Y BLANCO, R. (2012) Documento de Estudio curso de formación “Estrategias de Diversificación de la Enseñanza”. Ministerio de Educación de Chile.

Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

MURILLO, F. J., Y DUK, C. (2012). Una evaluación inclusiva para una educación

inclusiva. *Revista latinoamericana de educación inclusiva*, 6(1), 11-13. <https://www.rinace.net/rlei/numeros/vol6-num1/editorial.pdf>

MUÑOZ, S. (2015). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. Tomo VII: El Reglamento. Boletín Oficial del Estado.

Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado.

Reglamento UCA/CG12/2023, de 29 de septiembre, de Doctorado de la Universidad de Cádiz

VERDUGO, M. Á., & PARRILLA, Á. (2009). Presentación. Aportaciones actuales a la educación inclusiva. *Revista de educación*, 349, 15-22.

