Revista Jurídica
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
2018
nº37

TRIBUNA DE OPINIÓN

Beatriz CORREDOR SIERRA: «El alquiler residencial estable como forma prioritaria de acceso a la vivienda en el contexto postcrisis»

LECCIÓN

Francisco J. LAPORTA SAN MIGUEL: «Los confines del derecho: una invitación al debate»

HOMENAJE A D. AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

Rafael GARESSE ALARCÓN; Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA; Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO; Ricardo ALONSO SOTO; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO; Francisco J. LAPORTA SAN MIGUEL; Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ

ARTÍCULOS

Geraldine BETHENCOURT-RODRÍGUEZ: «Concurso de acreedores y venta de unidad productiva: análisis de los límites a la exoneración de responsabilidad»

Guillermo CORDERO, Lluis ORRIOLS y Eftichia TEPEROGLOU: «Syriza, M5S and Podemos: The Three Champions of the Angry Southern European Voter»

Héctor FERNÁNDEZ GAONA: «El perfil de "familia ideal" bajo el régimen de guarda compartida»

Jesús GARCÍA CÁCERES: «Sobre la corrupción en los negocios: análisis del artículo 286 bis 1 y 2 CP»

Ferdinando MAZZARELLA: «Para una historia de la administración italiana. Del Estado liberal al Estado fascista»

Daniel MÉNDEZ GALLO: «Los actos neutrales y el delito de blanqueo de capitales»

Pedro Fernando SABANDO SEQUÍ: «Los Curie y la propiedad intelectual»

PREMIO JÓVENES INVESTIGADORES

Alejandro AYALA GONZÁLEZ: «La participación empresarial en crímenes internacionales: una propuesta para ampliar el ámbito subjetivo del Estatuto de Roma»

Eduardo AYALA GONZÁLEZ: «Luces y sombras del copago en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia»

Elena BEL GONZÁLEZ: «La ignorancia deliberada en el Derecho penal español»

Ayoze CORUJO HERNÁNDEZ: «Análisis del voto a Coalición Canaria: ¿nacionalismo, insularismo o clientelismo?»

Francisco Salvador DE LA FUENTE CARDONA: «Proporcionalidad penal: a propósito de la desobediencia leve y de la falta de respeto y consideración debida a la autoridad»

Jaime DELGADO GARCÍA-POMAREDA: «Estudio comparativo de las últimas reformas en torno a la figura de la compensación equitativa por copia privada en España y el Reino Unido»

Malembe DUMONT COPERO: «Cuando lo subalterno no habla, sino que es simbólicamente representado: el ejemplo de la mujer refugiada siria»

Alicia DURÁN ARROYO: «El nuevo reglamento de protección de datos personales. Análisis de su eficacia en la determinación de su ámbito territorial y los remedios en caso de tratamiento ilícito»

Marina REBOLLO RODRÍGUEZ: «La rescindibilidad en el concurso de las operaciones de escisión de sociedades»

Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por *wrongful birth*»

ISSN: 1575-720-X

Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

Nº 37 | 2018-I

Consejo de Redacción:

Directora: Dña. Marta Flores Segura (Área de Derecho Mercantil. UAM)
Subdirector: D. Héctor Domínguez Benito (Área de Historia del Derecho. UAM)
Secretaria académica: Dña. Marina Mínguez Rosique (Área de Derecho Penal. UAM)
Secretario económico: D. Félix Daniel Martínez Laguna (Área de Derecho Financiero y Tributario. UAM)

Redactores:

D. Javier Antón Merino (Departamento de Derecho público. UBU)
D. Gonzalo Javier Basso (Área de Derecho penal. UAM)
D. Gonzalo Gabriel Carranza (Área de Derecho constitucional. UAM)
D. David Casassas Marqués (Área de Filosofía del Derecho. UAB)
Dña. María Camila Correa Flórez (Área de Derecho penal. Universidad de Los Andes-Colombia)
D. Héctor Domínguez Benito (Área de Historia del Derecho. UAM)
Dña. Ester Farnós Amorós (Área de Derecho civil. UPF)
D. Carlos Fernández Esquer (Departamento de Ciencia política y Relaciones Internacionales. UAM)
D. Juan Ferrer (Área de Historia del Derecho. Universidad Nacional de Córdoba-Argentina)
Dña. Marta Flores Segura (Área de Derecho mercantil. UAM)
D. David García Bartolomé (Área de Derecho procesal. UAM)
D. Pedro García Fuente (Área de Derecho internacional público. UAM)
Dña. Cristina Herranz Muelas (Departamento de Ciencia política y Relaciones Internacionales. UAM)
Dña. Rebeca Herrero Morant (Área de Derecho mercantil. UAM)
Dña. Mariona Llobet Anglí (Área de Derecho penal. UPF)
D. Pedro Luis López Herráiz (Área de Historia del Derecho. UAM)
D. Antonio Manuel Luque Reina (Área de Historia del Derecho. UAM)
D. Félix Daniel Martínez Laguna (Área de Derecho financiero y tributario. UAM)
Dña. Gemma María Minero Alejandre (Área de Derecho civil. UAM)
Dña. Marina Mínguez Rosique (Área de Derecho penal. UAM)
D. Aitor Navarro Ibarrola (Área de Derecho financiero y tributario. UC3M)
Dña. Alexia Pato (Área de Derecho internacional privado. EBS Universität-Alemania)
D. Leopoldo Puente Rodríguez (Área de Derecho penal. UAM)
D. José Rama Caamaño (Departamento de Ciencia política y Relaciones Internacionales. UAM)
D. Daniel Rodríguez Horcajo (Área de Derecho penal. UAM)
D. Salvador Ruiz Pino (Área de Derecho romano. ICADE)
D. Edgar Alejandro Ruvalcaba Gómez (Departamento de Ciencia política y Relaciones Internacionales. UAM)
D. Víctor Sánchez del Olmo (Área de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. UC3M)
D. Pedro Sánchez Pérez (Área de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. UAM)

Consejo asesor:

D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho, UAM)
Dña. Pilar Domínguez Lozano (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico, UAM)
Dña. Cristina Izquierdo Sans (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, UAM)
Dña. Elena García Guitián (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, UAM)
D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público, UAM)
D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano, UAM)
D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso- Chile. Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson
ISSN: 1575-720-X

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

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

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

Colaboran:

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID

Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid

Dykinson, S. L.

Portada: creatura
Logotipo: L.F. Hurtado Alarcon

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.
e-mail: revista.juridica@uam.es
http://www.uam.es/rjuam
Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.
Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es http://www.dykinson.com

ISSN: 1575-720-X
Depósito Legal: M-39772-1999
Maquetación: Germán Balaguer - german.balaguer@gmail.com

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

ÍNDICE

Tribuna de opinión

Beatriz CORREDOR SIERRA: «El alquiler residencial estable como forma prioritaria de acceso a la vivienda en el contexto postcrisis» 9

Lección

Francisco J. LAPORTA SAN MIGUEL: «Los confines del derecho: una invitación al debate» 21

Homenaje a D. Aurelio Menéndez Menéndez

Rafael GARESSE ALARCÓN: «Homenaje al Profesor D. Aurelio Menéndez» 47
Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA: «*In memoriam* Aurelio Menéndez» 51
Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «El joven Aurelio» 55
Ricardo ALONSO SOTO: «Recuerdo del Profesor Aurelio Menéndez» 61
Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO: «Mi relación personal con Aurelio» 67
Francisco J. LAPORTA SAN MIGUEL: «Palabras para Aurelio Menéndez» 71
Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ: «Recuerdo de Aurelio Menéndez» 77

Artículos

Geraldine BETHENCOURT-RODRÍGUEZ: «Concurso de acreedores y venta de unidad productiva: análisis de los límites a la exoneración de responsabilidad» 85
Guillermo CORDERO, Lluis ORRIOLS y Eftichia TEPEROGLOU: «Syriza, M5S and Podemos: The Three Champions of the Angry Southern European Voter» 105

Héctor FERNÁNDEZ GAONA: «El perfil de "familia ideal" bajo el régimen de guarda compartida» 133
Jesús GARCÍA CÁCERES: «Sobre la corrupción en los negocios: análisis del artículo 286 bis 1 y 2 CP» 161
Ferdinando MAZZARELLA: «Para una historia de la administración italiana. Del Estado liberal al Estado fascista» 185
Daniel MÉNDEZ GALLO: «Los actos neutrales y el delito de blanqueo de capitales» 209
Pedro Fernando SABANDO SEQUÍ: «Los Curie y la propiedad intelectual» 233

Premio jóvenes investigadores

Alejandro AYALA GONZÁLEZ: «La participación empresarial en crímenes internacionales: una propuesta para ampliar el ámbito subjetivo del Estatuto de Roma» 253
Eduardo AYALA GONZÁLEZ: «Luces y sombras del copago en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia» 281
Elena BEL GONZÁLEZ: «La ignorancia deliberada en el Derecho penal español» 307
Ayoze CORUJO HERNÁNDEZ: «Análisis del voto a Coalición Canaria: ¿nacionalismo, insularismo o clientelismo?» 329
Francisco Salvador DE LA FUENTE CARDONA: «Proporcionalidad penal: a propósito de la desobediencia leve y de la falta de respeto y consideración debida a la autoridad» 347
Jaime DELGADO GARCÍA-POMAREDA: «Estudio comparativo de las últimas reformas en torno a la figura de la compensación equitativa por copia privada en España y el Reino Unido» 365
Malembe DUMONT COPERO: «Cuando lo subalterno no habla, sino que es simbólicamente representado: el ejemplo de la mujer refugiada siria» 391
Alicia DURÁN ARROYO: «El nuevo reglamento de protección de datos personales. Análisis de su eficacia en la determinación de su ámbito territorial y los remedios en caso de tratamiento ilícito» 415
Marina REBOLLO RODRÍGUEZ: «La rescindibilidad en el concurso de las operaciones de escisión de sociedades» 441
Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por *wrongful birth*» 465

Normas de presentación de originales 487

TRIBUNA DE OPINIÓN

EL ALQUILER RESIDENCIAL ESTABLE COMO FORMA PRIORITARIA DE ACCESO A LA VIVIENDA EN EL CONTEXTO POSTCRISIS

Beatriz Corredor Sierra*

El derecho a la vivienda como derecho constitucional está vinculado a la inexcusable cobertura de una necesidad básica del ser humano, como es poder disfrutar vida digna, segura y libre, en la que pueda desarrollarse en los ámbitos personal, familiar y social. Su vulneración pone en peligro, además, otros bienes y derechos protegidos, como la integridad física y mental, la vida privada y familiar, la educación, la salud e incluso la inviolabilidad del domicilio y el derecho de propiedad. La Constitución española lo proclama en su artículo 47, ubicado en el Título I, *De los derechos y deberes fundamentales*, Capítulo III, *De los principios rectores de la política social y económica;* este encuadre sistemático tiene como consecuencia jurídica que el derecho a la vivienda sea, en su naturaleza, *un derecho de carácter prestacional,* un principio inspirador de la política legislativa: obliga a los poderes públicos al desarrollo de prestaciones administrativas que proporcionen al ciudadano las condiciones necesarias para poder acceder a una vivienda, pero no obliga al Estado a proporcionar un alojamiento gratuito a aquellos que carezcan de ella.

La emergencia social derivada de la falta de vivienda asequible para amplias capas de la población y, muy especialmente, para los jóvenes, es una de las principales secuelas que ha dejado en España la crisis económica y financiera. Los principales retos a los que se enfrenta hoy nuestro país en política de vivienda son:

- Los miles de adultos jóvenes, de 18 a 35 años, que aún viven con sus padres, o que se ven obligados a compartir alojamiento, o que son expulsados del centro de las ciudades hacia las áreas periféricas, por las crecientes dificultades para acceder a

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, premio AlumniUAM 2017. Registradora de la propiedad. Exministra de Vivienda. Secretaria federal de Ordenación Territorial y Políticas Públicas de Vivienda del Partido Socialista Obrero Español.

una vivienda asequible, en propiedad o en alquiler. El acceso a la vivienda supone un capitulo indispensable para el tránsito a una vida adulta autónoma; si desde el año 2000 se venía adelantando la edad media de emancipación en nuestro país, con la crisis hemos sufrido un importante retroceso, situándose hoy en más de 29 años, es decir, por encima de la media de países europeos de nuestro entorno.

- Un alto porcentaje de familias deben dedicar más de la mitad de sus ingresos, o casi la totalidad de los subsidios por desempleo o de las prestaciones sociales, contributivas o no, a pagar los costes de su vivienda, incluyendo la renta o hipoteca, mantenimiento, calefacción y electricidad, lo que contribuye al incremento de la desigualdad y de la pobreza y a la probabilidad de la pérdida de sus viviendas por impagos.
- Aunque la tasa de desempleo bajó desde el 26,1% de 2013 hasta el 15,6% en el cuarto trimestre de 2017, dicha tasa resulta bastante más elevada para los hogares jóvenes, situándose en torno al 36,6% de promedio para los menores de 30 años.
- El parque de vivienda pública disponible no alcanza a cubrir la demanda social de alojamiento, por la falta de apoyo presupuestario y el impacto de la privatización y venta de buena parte de los patrimonios municipales de vivienda pública existentes. En España, el parque público de vivienda social en alquiler no llega al 2%, mientras que en otros países europeos es muy superior; así, Holanda tiene el 32%, Austria un 23%, Dinamarca un 19%, Reino Unido y Suecia un 18%.

Tras la crisis económica financiera, las posibilidades de acceso a la vivienda de la población española en edad de emanciparse, y el necesario reequilibrio del mercado inmobiliario, descansan en buena medida en el fomento del alquiler. El último dato disponible es el de la Encuesta de Condiciones de Vida del INE, según la cual, casi el 23% de la población vivía en 2015 en régimen de arrendamiento, incluyendo en dicho porcentaje el 12,7% que alquila sus viviendas a precio de mercado y el 9,1% que lo hace en régimen de arrendamiento protegido o alojamiento gratuito. España, también en este indicador, se sitúa aún a gran distancia de otros países de nuestro entorno, como Alemania, con el 47,5%, Austria, con un 44,3% de inquilinos, Dinamarca, con el 37,3%, o Reino Unido, con el 36,5%. Somos, además, uno de los estados con el porcentaje de propietarios más elevado de la Unión Europea, el 78,2%, solo por detrás de los antiguos países del Este.

Este incremento de la opción por el alquiler ha discurrido en paralelo a las dificultades económicas aún persistentes, especialmente la destrucción de empleo, la precariedad de las nuevas contrataciones y la restricción del crédito. De la Encuesta de Condiciones de Vida del INE de 2013 se dedujo que en España viven de alquiler los hogares más jóvenes y con menores niveles de ingresos, así como los de un solo miembro y los inmigrantes. Dichos datos revelan que el alquiler en España resulta ser una forma trascendente de acceso a la vivienda para las personas y familias con niveles de ingresos reducidos, a la que acuden sobre todo los hogares con nuevos empleos.

Los precios de la vivienda y las rentas de los alquileres han subido de forma significativa en la fase de recuperación de la economía y del mercado de vivienda, entre los años 2014 y 2017 (un 18-20%), mientras que los salarios apenas han aumentado en este periodo. El salario medio por persona ocupada creció a un ritmo medio anual del 0,4%; eso significa que el esfuerzo medio de acceso a una vivienda de alquiler se sitúa en el 38,5% en 2017, es decir, por encima del límite recomendado del 30% de la renta familiar disponible.

Y en el caso de los salarios más reducidos, entre el 20 y el 30% por debajo del salario medio, (unos 1.100 euros/mes), el esfuerzo de acceso a la vivienda en alquiler ha crecido desde el 56,3% de los ingresos en 2013 hasta el 65,6% en 2017. Por tanto, alrededor del 40% de los asalariados, en especial los que perciben los sueldos más reducidos, no solo no pueden acceder a una vivienda en propiedad, por su escasa solvencia, sino que tampoco pueden acceder a una vivienda en el mercado de alquiler privado.

La precariedad del acceso a las viviendas de alquiler viene a confirmarse por el número de lanzamientos judiciales derivados de impagos de alquileres, que han continuado creciendo, alcanzando en los tres primeros trimestres de 2017 el 58% del total de lanzamientos, más de 35.000 anuales, por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la LAU.

Es pronto para saber si este crecimiento en el número de hogares que optan por el alquiler como forma de acceso a la tenencia de una vivienda se trata de un cambio de carácter estructural o simplemente un movimiento coyuntural, pero sí es un buen momento para repasar las medidas adoptadas en las últimas legislaturas y apuntar los puntos débiles que aún se detectan para avanzar hacia el necesario reequilibrio del mercado inmobiliario.

Es cierto que en nuestro país existía desde hace tiempo un consenso general sobre la necesidad de aumentar la oferta de viviendas destinadas al mercado de alquiler residencial estable. Con esta finalidad, se han venido adoptando en la última década medidas normativas, administrativas, presupuestarias y fiscales. Las Administraciones Públicas, dentro de su ámbito competencial, gozan de diferentes herramientas para tratar de garantizar la efectividad del derecho a la vivienda. Cabe citar entre ellos:

- Los Presupuestos Generales del Estado.
- La legislación estatal sobre suelo y rehabilitación (Real Decreto legislativo 2/2008 de 20 de junio, siendo actualmente ley vigente el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que refunde el RDL 2/2008 con la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas[1]).

[1] La Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de diciembre, determina la anulación de ciertos preceptos del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra determinados artículos de la Ley 8/2013 sobre Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas. Aunque en el momento de dictarse la Sentencia dichos preceptos ya no se encontraban en vigor al haber sido derogada la LRRR en virtud de la entrada en vigor del TRLSRU,

- Para desarrollar el mercado arrendaticio de viviendas también se considera fundamental su profesionalización, con agentes de mayor tamaño y un alto nivel de competencia, frente a la atomización secular del mercado español, tradicionalmente en manos de particulares. En este ámbito cabe citar, entre otras iniciativas, la regulación de las Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (Socimis), que inspiradas en los REIT anglosajones, se introdujeron en el ordenamiento español en 2009, mejorándose su fiscalidad en 2013. Ya son más de una treintena las Socimis cotizadas, aunque no todas ellas, tengan como negocio el arrendamiento de viviendas. Quizás el siguiente paso sería avanzar en medidas que estimularan la inversión de estos fondos en activos destinados al alquiler residencial. Buena parte de este auge se puede atribuir a la mejora de la fiscalidad que grava los ingresos procedentes del arrendamiento de viviendas, ya sea el régimen general para particulares que quieren destinar sus ahorros a viviendas en alquiler, o los regímenes especiales en el Impuesto de Sociedades. Todo ello, junto a la menor rentabilidad que otros activos ofrecen a inversores y ahorradores, puede estar contribuyendo al mayor apetito inversor por el mercado de alquiler.

- La legislación sobre arrendamientos urbanos, Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, reformada en varias ocasiones en los últimos años, y en la que vamos a centrar el análisis de esta breve nota.

- La Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, supuso la primera reforma de la regulación sobre arrendamientos urbanos desde la entrada en vigor de la Ley 29/94, y tuvo como principales innovaciones jurídicas ampliar los supuestos en que no procede la prórroga obligatoria del contrato, extendiéndolos a aquellos casos en que el arrendador tenga necesidad de ocupar la vivienda para sus familiares en primer grado, –es decir, para los padres y los hijos o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial-, siempre que así se haya hecho constar expresamente en el contrato, para evitar fraudes y preservar la necesaria seguridad jurídica. La Ley 19/2009 modifica diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el propósito de *mejorar y agilizar los procesos de desahucio*, salvaguardando en todo caso los derechos y garantías que protegen al inquilino de buena fe. Así, por ejemplo, se someten al mismo régimen jurídico los procesos de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas y los procesos de desahucio por expiración legal o contractual del plazo del arrendamiento.

Se amplía también el ámbito del *juicio verbal* para que puedan sustanciarse por este procedimiento las reclamaciones de rentas derivadas del arrendamiento cuando no se

el Tribunal Constitucional extiende su enjuiciamiento a los preceptos de este último equivalentes a los de la LRRR que constituían el objeto del recurso.

acumulan al desahucio, lo que permite salvar, en su caso, la relación arrendaticia, algo que hasta ahora se dificultaba porque el propietario acreedor de rentas o cantidades debidas se veía obligado a acumular su reclamación a la del desahucio si quería acudir al juicio verbal, más sencillo y rápido que el juicio ordinario. Igualmente, cuando las reclamaciones de rentas o de cantidades debidas accedan al *proceso monitorio* y se formule oposición por el arrendatario, la resolución definitiva seguirá los trámites del juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía. Además, en varios supuestos se reducen plazos y se eliminan trámites no sustanciales que hasta ahora dilataban en exceso la conclusión del proceso.

- La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de vivienda, pretende flexibilizar el aún rígido mercado del alquiler, disminuyendo la duración mínima de los contratos, y realizando un giro hacia el propietario con el fin de que incentivar la salida al mercado de alquiler de propiedades inmovilizadas. Sus principales modificaciones son:
  - la referencia a la legislación autonómica en materia de turismo en cuanto a la cesión temporal de uso de viviendas;
  - la libertad de pacto en arrendamientos urbanos;
  - 3 años de duración mínima y renovación por 1 año más;
  - la posibilidad de renuncia del arrendatario a los 6 meses de contrato, con 1 mes de preaviso;
  - la reducción a 10 días del plazo de desahucio ante impagos del alquiler si el inquilino no presenta alegaciones ante el juez;
  - la posibilidad de que el propietario reclame la vivienda para sí, transcurrido un año, en caso de necesitarla, aunque no lo hayan expresado las partes en el momento de celebrar contrato;
  - y, por último, la necesidad de la inscripción en el Registro del contrato de arrendamiento para su oponibilidad a terceros en casos de enajenación o resolución derecho arrendador aunque sea en los 3 primeros años.

Esta Ley, que se aplica a los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor, fue modificada por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española en cuanto a la referencia de la subida anual de la renta al IPC, que será de aplicación exclusivamente a los contratos que se perfeccionen con posterioridad a su entrada en vigor.

En paralelo, es ineludible hacer frente a otro de los fenómenos de reciente aparición en determinadas zonas de gran afluencia turística, y que supone mezclar el uso residencial con el destino de la vivienda como inversión. Los alquileres turísticos, que están afectando especialmente a zonas centrales de Madrid y Barcelona –y también a países de nuestro entorno–, pueden acabar convirtiendo barrios residenciales con ambiente vecinal –comercio de proximidad, servicios públicos cercanos, convivencia en los espacios públicos,

relaciones personales– en «parques temáticos del turismo». En las zonas más saturadas de los centros urbanos se están generando problemas de convivencia, alarmas de seguridad e incomodidad en el seno de las comunidades de propietarios, que terminan desplazando a la población tradicional a otras áreas de la ciudad por el doble motivo de una excesiva oferta de ocio –especialmente nocturna– y la inevitable subida de precios derivada de los alquileres de corta estancia o por días, ya que los propietarios están trasladando de forma masiva al ámbito turístico la oferta de viviendas antes disponible para alquiler residencial estable. Como consecuencia de todo ello, se está reduciendo la oferta de alquileres residenciales y se están tensionando al alza los precios de los contratos, una vez se produce su vencimiento, como consecuencia de la reducción del plazo de prórroga forzosa introducido por la Ley 4/2013. Y todo ello unido a la pérdida de identidad de estos barrios consolidados, por la masiva implantación de franquicias de todo orden –comercial, hostelería–. Sobre este fenómeno, conocido como «gentrificación», vienen alertando urbanistas y sociólogos de reconocida experiencia internacional.

Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda y urbanismo, y en el ámbito turístico, el Estado no puede mantenerse al margen de la realidad del sector inmobiliario español y, en especial, de la situación del mercado de la vivienda en régimen de alquiler en España. Para hacer frente a estos fenómenos, el Grupo Socialista presentó el pasado mes de marzo en el Congreso de los Diputados una Proposición De Ley De Medidas de Fomento del Alquiler Estable de Vivienda[2], con la finalidad de incrementar la oferta asequible de vivienda en alquiler, –facilitando el acceso a la vivienda con un esfuerzo razonable respecto de los niveles de ingresos–, diferenciarla debidamente de otros usos residenciales distintos de la vivienda habitual o permanente que ahora compiten con ella en una espiral inflacionista peligrosa, y fomentar la creación de un parque estable de vivienda dotacional o social destinado a facilitar el disfrute de una vivienda digna y adecuada a quienes no pueden procurársela en el mercado libre, al igual que ocurre en los países europeos de nuestro entorno. Esta PPL modifica la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a lo siguiente:

- En primer lugar, se deslinda mejor el objeto de la Ley, centrado en el arrendamiento de vivienda habitual o permanente, deslindando claramente dicho alquiler de otros negocios jurídicos como el alquiler de temporada, vacacional o turístico que, sin perjuicio de su licitud, no están derechamente dirigidos a satisfacer el derecho a la vivienda. Alquiler turístico será considerado no solo los que se comercializan por canales de oferta turística, sino también los calificables como turísticos por su corta duración –el límite se establece en 15 días– o por los servicios que prestan, análogos a los hoteleros[3].

[2] Disponible en <http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-237-1.PDF#page=1>.

[3] La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, queda modificada de la siguiente manera:

- En segundo lugar, se restablece un mayor equilibrio entre las posiciones de arrendador y arrendatario de vivienda habitual, y se salvaguarda la necesaria estabilidad posesoria del inquilino para que pueda disfrutar efectivamente de sus derechos. Con tal fin, se restablece la estabilidad temporal razonable del alquiler de vivienda habitual en la duración contractual, volviendo al plazo de prórroga forzosa de 5 años, y al de prórroga tácita por tres años más; plazo que llevaba más de dos décadas rigiendo de forma pacífica.

- Por análogas razones, se deroga la regla introducida en 2013 según la cual los derechos del arrendatario eran oponibles al tercero adquirente de buena fe solo cuando estuvieran inscritos registralmente pues, aunque la medida pudiera tener una intencionalidad protectora, ha conducido al resultado justamente contrario, pues el hecho cierto es que un lustro después sigue sin inscribirse la gran mayoría de los arrendamientos.

- También retorna al IPC como índice de actualización anual de los precios, frente al sistema actual, que remite a una negociación desigual entre propietario y arrendatario del indicador a utilizar.

- El arrendador tendrá la facultad de no proceder a la prórroga obligatoria del contrato cuando alegue la necesidad de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial, siempre que esa facultad se haga constar en el contrato, de forma expresa, al tiempo de su celebración.

- El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Uno. El apartado 2 del artículo 3 queda redactado de la siguiente manera:

«2. En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, en los que no se facilite a los arrendatarios servicios de ningún tipo y con duración superior a quince días y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren.

Los arrendamientos celebrados por tiempo inferior a quince días en los que se faciliten servicios a los arrendatarios tendrán consideración análoga a las cesiones reguladas en la letra e) del artículo 5 de la presente Ley, aunque no reúnan los requisitos preceptuados en dicho punto».

Dos. La letra e) del artículo 5 queda redactada de la siguiente manera:

«e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, con independencia del canal o sistemas de promoción por los que se anuncie, siempre que ofrezca servicios similares a los prestados por los establecimientos hoteleros, a tenor de los requisitos que se establezcan en cada caso por la autoridad administrativa competente».

- Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años,
- Además, mantiene un mes de fianza obligatoria, pero se limitan las fianzas o avales adicionales que el arrendatario tiene que prestar en el momento de formalizar el alquiler de la vivienda; limitación que es mayor cuanto menor sea el alquiler, de modo que se beneficia más a los inquilinos con menor poder adquisitivo.

Además, la Proposición de Ley referida modifica el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana para reforzar el desarrollo legislativo de la vinculación constitucional expresa entre suelo y vivienda, profundizando en la senda que abrió la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo cuando vinculó la calificación del suelo residencial a la efectividad del derecho a la vivienda y estableció a su servicio una reserva básica de suelo residencial para vivienda sometida a algún régimen de protección pública. A tal efecto, la Ley habilita ahora a diferenciar el uso de vivienda habitual o permanente de otros usos residenciales en la calificación del suelo y contempla dos tipologías distintas, la de vivienda dotacional y la de vivienda social, con las que se puede dar cumplimiento o incrementar la reserva antes mencionada, en el bien entendido de que el suelo para la vivienda dotacional es objeto de cesión obligatoria y gratuita dentro de los suelos destinados a dotaciones públicas y equipamientos sociales.

Se modifica también la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al objeto de evitar la desprotección de las familias que deban ser objeto de lanzamiento judicial por haber recaído la resolución pertinente en el procedimiento correspondiente, disponiéndose que cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de habitantes de primera vivienda, se dará traslado de dicha resolución a los servicios sociales competentes.

Finalmente, se articulan un conjunto de reformas fiscales dirigidas a incentivar la puesta en alquiler de viviendas, especialmente mediante la implantación de beneficios fiscales destinados al arrendador y al arrendatario. Estos incentivos deben recaer sobre la renta derivada del alquiler en función de la condición de arrendador o arrendatario, mediante la modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Los beneficios fiscales a los arrendadores se hacen depender de que la renta establecida no supere el importe máximo establecido por la Administración competente en función de la zona en la que se ubique la vivienda, de que se efectúen obras en la vivienda que mejoren su eficiencia energética y de la edad y los ingresos del arrendatario.

Asimismo, es adecuado implantar estímulos en la tributación del patrimonio del arrendador mediante la introducción de deducciones para viviendas arrendadas en la Ley 19/1991,

de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio Por último, se prevé la necesaria vinculación entre el arrendamiento y la rehabilitación de los edificios e inmuebles, extendiendo la aplicación del tipo de gravamen reducido del 10% en el IVA previsto para la realización de obras en la vivienda habitual a las obras en la vivienda arrendada.

Junto a todo ello, quedaría pendiente una revisión en profundidad de la legislación estatal que pudiera delimitar bien el ámbito competencial y regulatorio en materia de cesión temporal de uso de viviendas, es decir, de los llamados *alquileres turísticos*, a fin de ampliar la oferta de viviendas destinadas al mercado de alquiler residencial y, como derivada económico-social, poder coadyuvar a una mayor estabilidad de las rentas. Simplemente dejaremos apuntadas algunas de las modificaciones legislativas que podrían proponerse con tal finalidad: Ley de Propiedad Horizontal, texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley de Seguridad; Ley reguladora de haciendas locales y ley de bases de régimen local: tributación local; Ley y Reglamento Hipotecarios.

LECCIÓN

LOS CONFINES DEL DERECHO: UNA INVITACIÓN AL DEBATE[*]

THE CONFINES OF LAW: AN INVITATION TO DEBATE

Francisco J. Laporta San Miguel[**]

Resumen: Las mutaciones que está experimentando en los últimos cuarenta años la realidad humana, ambiental, económica y tecnológica constituyen un desafío para el orden jurídico. Problemas como la evolución y distribución de la población humana, los movimientos migratorios, las nuevas tecnologías de la información y la hiperconectividad que implican, el cambio climático, y la economía financiera, junto a otros semejantes a ellos, demandan una regulación para la que el autor no está seguro de que estemos preparados. Y pretender abordarlos con soluciones meramente verbales, como la apelación a palabras como *networks* resulta engañoso e ineficaz. El autor invita a los estudiosos del derecho a que sugieran posibles vías de solución a esa demanda de regulación.
Palabras clave: Problemas jurídicos nuevos. Cambios sociales, globalización, nuevas tecnologías, regulación, *networks*, nuevo derecho.

Abstract: The mutations that human, environmental, economic and technological realities are undergoing in the last forty years are a new challenge for legal orders. Problems such as the growth and distribution of human population, migration movements, new technologies of communication and the hyperconnectivity they imply, climate change and financial economies, and others similar in their structural features, demand a regulation the author is not sure we are prepared to implement. The claim to face them with merely verbal solutions, such as the appeal to words like *networks,* becomes deceptive and misleading. The author invites legal scholars to suggest some possible paths to the solution of these new needs of regulation.
Keywords: New legal problems, social changes, globalization, new technologies, *networks*, new law.

Sumario: I. ALGUNOS PROBLEMAS. 1. La evolución de la población humana; 2. La distribución de la población humana: un mundo de inmensos suburbios; 3. Los movimientos migratorios; 4. El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información; 5. El problema del cambio climático; 6. El dominio de la economía financiera; II. ¿SOLUCIONES? 1. ¿Networks? Una solución verbal; 2. De vuelta al derecho, pero ¿a qué derecho? Invitación al debate; III. BIBLIOGRAFÍA.

---

[*] Fecha de recepción: 17 de marzo de 2018.
Fecha de aceptación: 16 de abril de 2018.

[**] Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: francisco.laporta@uam.es.

Voy a hacer unas reflexiones informales sobre algunas incógnitas que me salen al paso desde hace un tiempo acerca del alcance y los límites del derecho en los tiempos que corren[1]. Más que un discurso lineal y argumentado quisiera sugerir un conjunto de ideas para discutir o valorar. Y dejar al lector una invitación a pensar en los interrogantes. El punto de partida es la tensión a que está hoy sometido el orden jurídico como consecuencia del crecimiento inusitado y el rápido cambio de las propiedades de la realidad humana, social y científica que trata de regular. Introducir estas preocupaciones en el campo de visión de los estudiantes de derecho me parece de una necesidad perentoria, dado el predominante enfoque hacia el derecho doméstico que está vigente todavía en los programas de nuestras Facultades.

No quisiera hacer el papel de profeta apocalíptico, pero estoy convencido de que esa realidad que nos está saliendo al paso tampoco permite complacencias. Quizás no haya que percibir su decurso como una *tragedia*, es decir, como algo que conduzca ineluctablemente a un final desastroso (en las tragedias los héroes aparecen en escena en el primer acto abocados a morir necesariamente en el último), pero desde luego vivimos una realidad muy *dramática*, pues se ciernen sobre ella muchos peligros, aunque puede que en el último momento logremos evitarlos (o puede que no). El futuro está siempre abierto, pero eso significa que también puede ser catastrófico. Y me parece indudable que se dan en este momento un conjunto de rasgos en nuestra realidad que pueden actuar como concausas para producir una situación extrema, incluso desde el punto de vista de la supervivencia de los componentes básicos de nuestra cultura; y creo ver que el orden jurídico, tal y como lo concebimos hoy, parece incapaz de hacer frente a esos rasgos. La realidad está tensando de tal modo las cuadernas de ese orden que no se puede excluir la catástrofe. Y no se advierte ningún sustitutivo eficaz para detenerla.

Para empezar, las incógnitas se presentan hoy de un modo nuevo como consecuencia de la dimensión y la complejidad que ha adquirido la realidad humana. Los desarrollos multiformes e inesperados de esa realidad desafían nuestras viejas certidumbres. Y muchos de ellos se generan además como resultado de problemas de acción colectiva, es decir como resultado de multitud de acciones individuales no coordinadas que producen efectos que no podemos ni prever ni controlar fáctica o normativamente. Y algunos son efectos perversos. Por si eso fuera poco, muchos de los desafíos que enfrentamos comportan profundos conflictos de intereses entre los actores que han de responder a ellos, lo que determina que se busquen más las soluciones no cooperativas que las cooperativas. Eso va contra la racionalidad a largo plazo y puede poner en peligro sus consejos. Desde la Ilustración se nos transmitió la idea optimista de que la razón era astuta y se infiltraba inadvertidamente por entre los sucesos de la historia para producir los mejores resultados; ahora estamos aprendiendo que también es astuta la irracionalidad y ello no invita precisamente al opti-

[1] Estas reflexiones mías tienen su origen remoto en unas discusiones tenidas en Finlandia, en el *Tampere Club*, en 2002, en forma de ideas preliminares sobre el futuro de la democracia: LAPORTA, F.J., «Some Preliminary Reflections on the Future of Democracy», en BUCHANAN, J. y O'DONELL, G. (eds.), *The Future of Democracy: Essays of the Tampere Club*, Tampere (Kustannus Oy Aamulehti), 2003.

mismo. Todo lo contrario. Y cuando la inteligencia es pesimista, el llamado optimismo de la voluntad – tan común en estas cuestiones – no es más que una actitud pueril. Pero vamos a ver por encima algunos, solo algunos, de esos nuevos fenómenos.

I. ALGUNOS PROBLEMAS

1. La evolución de la población humana

Se atribuye a Augusto Comte la frase «La demografía es el destino». Nunca ha podido ser afirmado esto con más razón que ahora. Los demógrafos nos informan que en 1950 la población humana era de 2.525 millones de habitantes, y en el 2015 se ha alcanzado la cifra de 7.349 millones. Se ha multiplicado, pues, por 2,9, es decir, casi se ha triplicado, en poco más de sesenta años[2]. Los cálculos aproximados para el año 2050 se cifran en unos 9.500 millones de seres humanos sobre la tierra. Se conjetura por algunos más pesimistas que una combinación del incremento de la natalidad, por pequeño que sea, y del descenso de la mortalidad y el alargamiento de la vida debidos a los adelantos médicos, situará la cifra de población a finales del siglo en el entorno de los once mil millones de habitantes, si es que no los supera. No hay que ser muy malthusiano para pensar en el grado de presión que una población así ejerce sobre los recursos alimentarios y de agua potable del planeta. «Vivir en nuestro minúsculo planeta azul en su precaria condición presente y tener que sustentar una población global que pronto alcanzará los nueve mil millones» –ha escrito Helga Nowotny, expresidenta del *European Research Council*– «no puede hacerse sin moverse dinámicamente pero también con delicadeza en el vértice de la incertidumbre […] nadie sabe si la competencia unida de los individuos y sus formas de organizar la vida colectiva serán suficientes para asumir lo que ha de venir y cuándo ha de venir»[3]. Pero detener ese incremento y caminar hacia lo que se ha llamado la «transición demográfica», demanda un conjunto de medidas económicas, culturales y sociales que van mucho más allá de cualquier decisión privada de las familias[4]. La pregunta es si tenemos las pautas regulatorias necesarias para adoptar ese conjunto de medidas. Si no las tenemos, muy bien puede pasar que, al lado del crecimiento demográfico, el índice relativo de pobreza, que ahora parece irse mitigando, no podrá vencerse y crecerá. Y azotará, naturalmente, a los segmentos de población más castigados de la humanidad. Es decir, se mantendrá o crecerá en términos

[2] Tomo los datos demográficos de un demógrafo de prestigio: LIVI BACCI, M., *Historia mínima de la población mundial*, Barcelona (Crítica), 2009; y el más asequible y actual LIVI BACCI, M., *Un largo viaje. Historia del mundo y sus habitantes en 12 etapas*, Barcelona (Pasado y presente), 2016. Más pesimista aún que él se muestra SARTORI, G., en *La tierra explota. Superpoblación y desarrollo*, Madrid (Suma de Letras), 2005.

[3] NOWOTNY, H., *The Cunning of Uncertainty*, Cambridge (Polity Press) 2016, pp. 162-163.

[4] Un planteamiento no pesimista pero tampoco complaciente puede hallarse en SACHS, J., *Common Wealth. Economics for a Crowded Plantet*, Londres (Penguin Books), 2008, pp. 159 y ss. Se llama transición demográfica al complejo proceso de detención del crecimiento de la población y estabilización de la tasa de sustitución. Está muy bien descrito en ese libro.

de pura y simple hambre, «malnutrición estructural», «inseguridad alimentaria», o como quiera que lo llamemos[5]. En este, como en tantos otros casos, los llamados objetivos del milenio de las Naciones Unidas no están yendo todo lo bien que se esperaba. Y así, en efecto, según cálculos del Banco Mundial, el número de personas que sobreviven con 1,25 dólares diarios o menos es actualmente de mil cuatrocientos millones. Ello generará importantes problemas de alimentación y sostenimiento. A su lado, el envejecimiento paulatino de la población incrementará exponencialmente las situaciones de dependencia y la demanda de servicios de salud, y exigirá soluciones para afrontarla, que han de ser al mismo tiempo prestaciones económicas y prestaciones personales. Todas ellas con un coste económico cierto. No hemos de descartar, desde luego, que, como método terrible de equilibrio demográfico, hagan también su entrada en escena otros dos jinetes del apocalipsis: la peste, en forma de nuevas pandemias, y la guerra, hoy con un alcance universal.

Comoquiera que el control demográfico y el desarrollo económico parecen ir de la mano, y que la virtud de la caridad –o solidaridad– ha mostrado hasta ahora alarmantes debilidades[6], para afrontar estas cuestiones, si es que creemos que deben afrontarse, es necesario articular un conjunto de medidas de redistribución, estímulo y empleo que no sean únicamente voluntaristas y retóricas. Hasta hace unos años sabíamos que el hambre en el mundo era un efecto de nuestras acciones u omisiones individuales, y no del destino o de la naturaleza, y que, si no se la seguía sometiendo a excesivas presiones, la producción de la agricultura e incluso las lesivas pesquerías actuales bastaban para alimentar esa población creciente[7]. Hoy no es tan claro. Pero en todo caso, eso exigiría que nuestras acciones al respecto no fueran espontáneas sino coordinadas y debidas, es decir, que estuvieran normadas, que estuvieran respaldadas por alguna dosis de vinculatoriedad, es decir, sería necesario recurrir al derecho o a un orden parecido al derecho. Por su parte, la distribución de los alimentos producidos necesita también de una articulación regulada, es decir, también de un orden normativo. En cuanto a las situaciones crecientes de dependencia, se necesitarán igualmente normas de organización, financiación y servicios para solucionarlas mediante el derecho. Pero ¿tenemos ese derecho? ¿Podemos tenerlo? ¿Hay a la vista algún sucedáneo de ese orden normativo?

2. La distribución de la población humana: un mundo de inmensos suburbios

No será solo la dimensión meramente cuantitativa de la población o su envejecimiento lo que suponga un desafío para la regulación jurídica; también es importante tener en cuenta

[5] Sobre los diferentes tipos de hambre y su conceptualización, cf. CAPARRÓS, M., *El hambre*, Barcelona (Anagrama), 2016, p. 485.

[6] Las limitaciones de la ayuda humanitaria son evidentes: el famoso 0,7 por ciento del PIB destinado a paliar la malnutrición nunca se ha logrado, y las ONGs pugnan heroicamente con la impotencia y los peligros en medios sociales a veces muy agresivos.

[7] Me remito al clásico estudio de SEN, A., *Poverty and Famine. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford (Clarendon Press), 1981. Pero no sé si hoy, casi cuarenta años después, puede mantenerse todavía esa afirmación.

el modo en que esa gigantesca población de más de nueve mil millones de seres humanos se asiente y distribuya en el territorio. Y todos los pronósticos apuntan a que una enorme proporción (se habla a veces hasta del 90%) se concentrará en aglomeraciones urbanas, y gran parte de ella en grandes ciudades, conurbaciones sin límites, megalópolis, metápolis (ciudades de ciudades), o como queramos llamarlas. La ciudades han podido ser consideradas como el medio en el que la comunicación intensa entre inteligencias y el intercambio constante de información hacen avanzar la cultura y la ciencia[8], pero estamos sumidos en un proceso al parecer imparable de destrucción de la vieja idea de ciudad[9] y su sustitución por megalópolis sin límites, compuestas en casi todos sus cinturones por inmensos suburbios y *slums* idénticos a sí mismos en los que los habitantes se hacinan faltos de las condiciones higiénicas mínimas y sin agua potable[10]. Dejando a un lado la inquietante posibilidad de las grandes pandemias por el intenso contacto humano directo en un medio tan insano[11], que planteará sin duda desafíos jurídico-políticos de gran alcance, lo cierto es que tanto los optimistas como los pesimistas están de acuerdo en una cosa: no solo la salud, sino la seguridad ciudadana más elemental es imposible de garantizar en esas enormes concentraciones urbanas con los medios presentes del derecho. Las exigencias de regulación, prevención y vigilancia que la mera paz exterior demanda en el interior de esas grandes ciudades desestructuradas y espontáneas no son capaces de alcanzarse con los instrumentos policiales y penales ordinarios[12]. La complejidad del fenómeno y lo intrincado de sus posibles remedios jurídicos hacen que sea ilusorio suponer que esa realidad pueda ser sometida al imperio del derecho tal y como lo conocemos hoy. Solo hace un siglo, en 1916, Adolfo Posada escribía entre nosotros el primer gran libro sobre la ciudad moderna y su articulación jurídica[13]; hoy se lee, pese a su aliento innovador de entonces, y su correcto enfoque, como un libro sobre la ciudad del pasado. El derecho no puede alcanzar hoy, con sus medios comunes, al interior del suburbio sin límites en constante expansión. La triste constatación de que la desigualdad y la miseria habitan en ellos, y ni siquiera los cuerpos de policía pueden ingresar en esos espacios sociales sin derecho, nos la suministra hoy, por ejemplo, la necesidad de recurrir al ejército y las fuerzas armadas para reducir la resistencia interna de las favelas de Rio de Janeiro. Saldándose ello además con un fracaso. En este tema, en efecto, el derecho está fracasando, y su solución parcial de alentar la aparición de burbujas de seguridad privada en los barrios opulentos de esas ciudades, o renunciar al control de los suburbios, no es más

[8] Una referencia accesible es GLAESER, E., *El triunfo de las ciudades*, Madrid (Taurus), 2011.

[9] Remito a AGULLES, J., *La destrucción de la ciudad*, Madrid (Catarata), 2017.

[10] Un libro de referencia, DAVIS, M., *Planet of Slums*, Londres (Verso), 2006.

[11] Las pandemias en esas condiciones serán especialmente destructivas, pero pueden no tener su origen en poblaciones deprimidas; de hecho, se propagan inicialmente por la tupida red de transportes internacionales: aeropuertos, puertos, etc.

[12] Sobre esto remito a CURBET, J., *El rey desnudo. La gobernabilidad de la seguridad ciudadana*, Barcelona (UOC), 2009. Sobre si utilizar el derecho policial y penal para abordar el delito sin atacar sus causas y orígenes, ver GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford (Oxford University Press), 2001.

[13] POSADA, A., *El régimen municipal de la ciudad moderna*, 3ª ed., Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1927.

que la confesión de ese fracaso. La cantidad y la intensidad de las interacciones humanas en las grandes megalópolis es una realidad que supera a los procedimientos policiales y penales de control, enclenques y lentos, de que disponemos hoy.

3. Los movimientos migratorios

Después están, los correspondientes, intensos e imparables, movimientos migratorios. No hay nada nuevo que descubrir aquí y ahora. Lo vemos todos los días en los informativos y los medios. También vemos la torpe impotencia de tantos países y tantas organizaciones internacionales para afrontarlos. A los efectos que aquí quiero destacar, es indiferente que las oleadas de migrantes sean consecuencia de situaciones de guerra, regímenes sanguinarios, grandes hambrunas o estados de pobreza crónica. Tomaremos como base general la noción de migración que designa el movimiento de personas a través de las fronteras, tanto por elección propia como forzadas por circunstancias económicas o políticas[14]. No es un hecho nuevo; los siglos XIX y XX fueron siglos de grandes migraciones. Pero se ha multiplicado en los últimos años: el movimiento acelerado de gentes cruzando las fronteras políticas, aparece con una intensidad inédita demandando soluciones a un mundo jurídico todavía anclado en la territorialidad y las fronteras. Sabemos que hasta el presente la inmigración ha sido un importante factor de dinamismo y prosperidad económica en el largo plazo, pero las poblaciones y los gobiernos están paralizados por la inmediatez, la intensidad y la urgencia del problema. En este tema, como en tantos otros, la miopía es un mal común de nuestra toma cotidiana de decisiones: lo hacemos enfocando a lo inmediato, donde creemos ver mejor, y lo que vemos nos llena de alarma, pero olvidamos la mirada de lejos, hacia el futuro, que es donde la emigración muestra su cara más positiva.

Pero veamos esa realidad más en detalle. Esos flujos de migraciones incesantes ponen sobre la mesa actual del derecho algunos problemas de fondo, que con frecuencia arrojan soluciones contradictorias. En primer lugar, parecen demandar una soberanía nacional más fuerte. Para desarrollar cualquier política migratoria exitosa y aceptable, los estados (o las organizaciones de estados del tipo Unión Europea) tienen que tener competencias efectivas sobre la aceptación o rechazo, total o selectivo, de los flujos de inmigrantes. Dejarlo todo a la mera porosidad de las fronteras o a la aceptación sin control de los flujos hará inviables la recepción, la regulación y sobre todo la protección de los individuos. Y ello pide, naturalmente, un reforzamiento de la soberanía interior. En segundo lugar, y esta es la paradoja, ponen de manifiesto la necesidad de una «gobernanza» internacional más efectiva, que se

[14] La literatura al respecto es inabarcable. Por razones de simplicidad en el planteamiento sigo aquí a JORDAN, B. y DÜVELL, F., *Migration. The Boundaries of Equality and Justice*, Cambridge (Polity), 2003. Sobre las aporías y complejidades de su regulación jurídica, cfr. REMIRO BROTONS, A. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (eds)., «Movimientos migratorios y derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2003. En nuestro país, Javier De Lucas, Catedrático de la Universidad de Valencia, ha estudiado exhaustivamente a lo largo de gran parte de su obra este problema social, jurídico y político, pero sobre todo humano.

expresaría en todo caso a través de algo parecido a normas jurídicas supraestatales, de las que carecemos, y que pudieran llegar a exigir hasta la intervención externa en los territorios que son origen de grandes flujos migratorios para paliar sus causas (lo que es tanto como decir, la puesta en cuestión del principio de no intervención en las relaciones internacionales). En tercer lugar está, naturalmente, la presencia cada vez más explícita y manifiesta de la nueva vulnerabilidad de la población excluida y la necesidad de protección social, en un mundo jurídico que no tiene armas para hacerla posible. Por último, nos encontramos con el absurdo de que la democracia, es decir, el consentimiento de los electores, tiende a dificultad o impedir, o al menos a ser contrario a la regulación racional de la inmigración. La miopía opera también sobre el votante generando el rechazo en el presente de los inmigrantes y forzando a los gobiernos a emprender políticas de mera represión o rechazo. De ahí el éxito relativo de los partidos xenófobos.

Pero la realidad de las migraciones globales pone de manifiesto algo paradójico, que vale la pena subrayar. Como consecuencia quizás de la inmediatez que tienen los testimonios que vemos en los medios todos los días, se da también un cierto progreso relativo de la conciencia moral general (con todas las excepciones que se quiera), en el sentido de que cada día se van haciendo más claras y evidentes unas exigencias éticas de principio que nos parecen irrenunciables (solidaridad mínima, protección al inmigrante, lucha contra la hambruna, derechos básicos por encima de las fronteras, condena de delitos contra la humanidad, etc.), pero que, sin embargo, no parecen poder ser realizadas e incorporadas por las organizaciones institucionales y las normas jurídicas tal y como las contemplamos hoy. Las exigencias de la moralidad compartida aparecen como imposibles de digerir por los ordenamientos jurídicos, dejándonos un creciente poso de amargura y desconfianza hacia las políticas públicas y las regulaciones jurídicas. Esto ha multiplicado el impulso de organizaciones espontáneas de naturaleza no gubernamental, que quizás no son sino una patética expresión de la impotencia y la incuria de los Estados. Representan una moralidad en ascenso incapaz de ser asumida por el orden jurídico vigente.

4. El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información

El pasmoso avance que han experimentado las tecnologías de la información en estos últimos treinta años provoca también desajustes graves entre las posibilidades de regulación de que disponemos y la profundidad del desafío que plantean ante nosotros. Somos un mundo abarrotado de gente y un mundo muy complejo e «hiperconectado». Las interacciones virtuales que se producen entre nosotros todos los días y el grado de acceso a la información y la conexión con otros están detrás de algunos problemas importantes[15]. Sucede con estas nuevas tecnologías lo que ha sucedido siempre a lo largo de la historia con toda suerte de invenciones: el uso de las nuevas herramientas muestra siempre un doble filo. Alimentan

[15] Cfr. sobre esto GOLDIN, I., *Divided Nations. Why global gobernance is failing, and what we can do about it*, Oxford (Oxford University Press), 2013.

tanto la explosión de progreso que hemos experimentado en los últimos treinta años como unos peligros y amenazas crecientes y masivos. Y no sabemos muy bien si podremos someterla a disciplina reguladora alguna, o cómo podremos hacerlo. Desde luego el derecho tal y como hoy lo concebimos, es bastante impotente para ello. Como tantas otras veces, nos encontramos con la paradoja de la fuerza y el poder que nos da la tecnología unidos a la progresiva vulnerabilidad que padecemos frente a ella. El derecho que conocemos es predominantemente territorial y lento, y la realidad que nos procura la red parece pretender abolir el espacio y el tiempo. En efecto, si atendemos a la descripción que de ella dan los juristas especializados, veremos que internet es una estructura descentralizada, abierta, que opera por encima de las fronteras sin dificultad, y que tiene, literalmente, «ausencia de soberano»[16]. Se ha podido por ello festejar que nos encontremos ante una realidad lábil, global, anónima, sin cortapisa alguna al ejercicio de la libertad, de una realidad, en fin, cara a los libertarios y ácratas que contemplaron su aparición y desarrollo como el ámbito al fin del crecimiento del espíritu sin restricciones. Ni dios, ni patrón, ni Estado. Pero de pronto nos hemos dado de bruces con la realidad de que tal condición no solo puede ser excelsa y libre sino también repugnante por el uso de las más antiguas prácticas de dominación. Además, la complejidad excesiva y la facilidad del anonimato tienden a excluir o dificultar en ella la idea de responsabilidad. Inmediatamente empezaron a salirnos al paso cosas como los acosos a menores en páginas de pedofilia, el uso fraudulento de la red, los troles y los troyanos, la violación de los derechos de propiedad intelectual, la manipulación y la mentira, la distribución de pornografía, los robos de datos, los ataques a las redes y el uso de la *web* para fines violentos y terroristas, o para alterar o condicionar los procesos electorales, o para traicionar los secretos oficiales y privados. En la red se ignora la intimidad, se desarrollan conductas de acoso, o se crean grandes almacenes de *big data* a través de los que se trata de configurar la personalidad de los usuarios como consumidores, sus tendencias y preferencias, con objeto de ponerlos a disposición del mercado. En los diálogos que se producen en las distintas modalidades de comunicación de la red se contempla a veces con estupor el reinado de la injuria, la descalificación gratuita, el insulto, la degradación de quien habla y de quien responde. En fin, del ángel libérrimo que desarrolla su personalidad sin cortapisas, podemos pasar sin solución de continuidad al más abyecto demonio hobbesiano que humilla, agrede y ofende sin asumir por ello responsabilidad alguna. Y con gran frecuencia, en el más impune de los anonimatos. Seguramente esto es lo que lleva a Barrio Andrés a concluir: «La regulación de Internet excede los parámetros regulatorios tradicionales del Estado liberal de Derecho»[17]. Pero uno puede también preguntarse si no estaremos solo en los confines del Estado liberal de derecho, sino en los confines del derecho mismo, si no será que el derecho en cuanto tal, como práctica social de regulación de conductas reales en términos perentorios y coactivos no acabará por ser impotente ante una realidad que no era la prevista como humana en esa práctica social hace solo treinta años. El ciberterrorismo, el

[16] Sigo aquí a BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2017, pp. 38 y ss.

[17] BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, cit., p. 139.

ciberdelito, las actividades del *hacker* contra la seguridad internacional, la desaparición real del *copyright*, son fenómenos heterogéneos, pero todos tienen en común que son difíciles, si no imposibles, de prevenir o regular con las normas jurídicas tal y como las entendemos hoy.

La transmisión de información en masa sin controles de calidad es seguramente lo que ha abierto el camino a la idea estúpida de «posverdad» (por cierto, ya muy festejada antes con ese u otro nombre entre los filósofos posmodernos[18]), y al simplismo y la impunidad en la emisión de las opiniones. Y es la que deja ante nuestros ojos atónitos el espectáculo de la más cruda de las alienaciones extendiéndose por todas las escalas de edad de la sociedad, desde los niños hasta los ancianos. Si esa realidad no puede ser sometida a pautas de racionalidad y disciplina desembocará con seguridad en una suerte de anomia generalizada, dentro de la que los usuarios compulsivos de la red buscarán identidades nuevas y afinidades extravagantes. Internet puede alterar profundamente la estratificación y la morfología social de un modo imposible de prevenir por norma alguna. Eso, por ejemplo, es lo que puede haber sucedido en los procesos de legitimación política interferidos por la corriente de información masiva de la red. Las movilizaciones con lemas elementales y la discusión política virtual llena de simplismos y tópicos son realidades nuevas que pueden afectar gravemente al proceso de legitimación política. ¿Estamos en condiciones de poder afirmar que todo ello puede ser objeto de regulación jurídica, o es más bien una realidad que hace saltar por los aires algunas de las bases de nuestro viejo derecho?

5. El problema del cambio climático

¿Por qué me dispongo a traer aquí un fenómeno como el del cambio climático? No solo porque, si se cumplen las predicciones de los científicos, hoy ya casi unánimes, la catástrofe que se nos viene encima es de proporciones gigantescas. Es también porque como problema mismo pone ante nosotros todos los elementos característicos de esa nueva realidad que no podemos aprehender ni disciplinar sin una autoridad global, sin un soberano político y jurídico del que carecemos. Empecemos por lo primero. Basta con una cita un poco larga para ilustrarlo: «Las consecuencias probables de las emisiones continuas de gases de efecto invernadero se mencionan con frecuencia, pero vale la pena repetirlas: durante la próxima centuria el calentamiento global es probable que incremente la intensidad de las sequías, inundaciones, huracanes, tormentas e incendios salvajes, que derrita los casquetes de hielo polar, eleve el nivel del mar y esté asociado con cambios dramáticos en las pautas de cultivo y en la inseguridad alimentaria. La gente pobre será la que más sufra a medida que las hambrunas se hagan más frecuentes y las tierras marginales todavía menos viables

[18] La filosofía posmoderna en la academia y el periodismo irresponsable en la vida cotidiana se echan ahora las manos a la cabeza, después de haber alimentado demasiados años las raíces de la «posverdad» actual. Contra ello ya hace tiempo que se alzaron algunas, pocas, voces. Por ejemplo, HAAK, S., *Manifesto of a Passionate Moderate*, Chicago (The University of Chicago Press), 1998; y BENSON, O. y STANGROOM, J., *Why Truth Matters*, Londres (Continuum), 2006.

[…] La disponibilidad de alimento y agua, que ya están bajo presión por el crecimiento de la población, es probable que resulte todavía más limitada»[19]. La evidencia científica al respecto es, como digo, abrumadora, y el pesimismo cunde, incluso entre aquellos especialistas menos dados al catastrofismo. «Si los humanos siguen como hasta ahora durante la primera mitad de este siglo, creo que el hundimiento de la civilización debido al cambio climático se hace inevitable»[20].

Los instrumentos normativos de que disponemos para evitarlo, por ejemplo, el protocolo de Kyoto o los acuerdos de París de 2015, se suscriben un día y se ignoran o se abandonan el siguiente. No se trata de buenas o malas intenciones. Se trata de que cualquier norma que trate de imponerse en ese tema ha de estar administrada por una autoridad superior, y carecemos de esa autoridad, tanto si pensamos en términos morales como, sobre todo, si pensamos en términos jurídicos. En esa tesitura, el problema presenta todos los perfiles de un problema insoluble de acción colectiva. Siendo los Estados los actores oficiales de la vida internacional, resulta para ellos más racional adoptar la posición del *free rider* (que es además la que prefieren demasiados electores). Si la mayoría de los Estados cumple con las normas, a uno le trae más cuenta evadirse. Pero esta posición, tan «racional» desde cierto punto de vista, resulta en el colapso de la norma. O, como mucho, en la obtención de un subóptimo. Lo que sucede es que, en materia de cambio climático, el subóptimo equivale al suicidio. *Requiem por una especie*, titulaba Clive Hamilton su libro sobre la estúpida e incompresible actitud de tantos de resistirse a la verdad sobre el cambio climático[21]. La especie que puede extinguirse no es, por cierto, la de los linces o los estorninos.

6. El dominio de la economía financiera

Algo parecido sucede con el último de los grandes problemas que voy a mencionar: el dominio de la economía financiera sobre la productiva en el mundo global. También aquí nos chocamos con la imposibilidad de regularla sin unanimidad entre todos los países, y no somos capaces de crear esas normas unánimes. Para ella rige muy en particular, la conclusión de Rodrik: «Este desequilibrio entre el alcance nacional de los gobiernos y la naturaleza global de los mercados constituye el talón de Aquiles de la globalización»[22]. En efecto ese talón de Aquiles propio de toda la economía de la globalización es particularmente aplicable a la economía financiera, y está agrandándose hasta unos extremos peligrosos. Para mantener los mercados y asumir los costes de transacción, como arguye Rodrik, necesitamos un conjunto de reglas jurídicas que tradicionalmente ha ofrecido el Estado.

[19] GOLDIN, I., *Divided Nations. Why global gobernance is failing, and what we can do about it*, cit., pp. 40-41.

[20] FLANNERY, T., *La amenaza del cambio climático. Historia y futuro*, Madrid (Taurus), 2006, p. 247.

[21] HAMILTON, C., *Requiem for a Species. Why We Resist the Truth about Climate Change*, Londres (Routledge), 2015.

[22] RODRIK, D., *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona (Antoni Bosch), 2011, p. 18.

¿Podemos devolver al Estado esa competencia en plena globalización financiera? No parece posible. ¿Tenemos en nuestro arsenal normativo otras normas supraestatales capaces de llevar a cabo esa tarea? Tampoco lo parece. El sistema financiero de la globalización ha crecido de forma excesiva, tiene una predominante función especulativa, es demasiado complejo y tiene una intensa propensión al contagio entre sus muchos componentes. Es, pues al mismo tiempo, de una extensión enorme y de una vulnerabilidad enfermiza[23]. Las propuestas de reforma necesarias pasan por una reducción de sus dimensiones globales, un ataque normativo a las llamadas «finanzas sombra», es decir, a todos aquellos activos que se mueven fuera del balance de las entidades financieras, una regulación seria del mercado de «derivados», una limitación de la titularización de los créditos y un nuevo cálculo de los riesgos[24]. Pero todas esas cosas requieren la presencia de normas vigentes y de segura aplicabilidad. ¿Dónde están esas normas si los Estados son simultáneamente dependientes de los mercados financieros y actores en los mercados financieros? ¿Dónde si el derecho internacional es sobre todo un derecho entre Estados?

II. ¿SOLUCIONES?

Estos son, insisto, algunos de los problemas. Hay otros tan complejos como ellos: el mencionado de las pandemias en condiciones de intensa interactuación humana, los riesgos sistémicos en el comercio transnacional, el terrorismo global y la percepción actual de la guerra, los narcoestados y su penetración internacional, el incremento en el acceso a tecnologías nucleares de doble uso, etc.; todos ellos pueden ser analizados desde parámetros similares. Pero hay especialmente algunos rasgos comunes que vale la pena recordar si queremos pensar en un horizonte donde se pretenda alguna regulación jurídica. En primer lugar, como ya he apuntado antes, estamos ante una realidad que es la resultante de cientos de miles de acciones individuales anónimas a las que es difícil disciplinar normativamente. Todo lo que podemos muchas veces hacer es ciertas modificaciones del contexto en el que se realizan esas acciones individuales para ver de influir en ellas o de cortar el paso hacia la resultante global. Piénsese en el crecimiento demográfico, o en el cambio climático. En segundo lugar, se da en casi todos lo que se ha llamado, recurriendo a un juego de palabras, «el defecto mariposa»[25], en virtud del cual, el hecho de que todos los nodos de esas redes globales estén tan intensamente interconectados supone que lo que sucede en uno de los puntos de esa retícula tan compleja repercute casi inmediatamente en todos los demás puntos de la red, lo que genera a su vez una tendencia elevada al riesgo, que a veces puede ser riesgo sistémico, es decir, el riesgo de acciones humanas o eventos naturales que pueden producir el colapso de todo el sistema. La globalización, junto a su indudable prosperidad y fuerza, muestra así al mismo tiempo una alarmante vulnerabilidad. En la quiebra de Lehman

[23] Sigo aquí a GALLINO, L., *Finanzcapitalismo*, Turín (Giulio Einaudi), 2013, p. 254 y ss.

[24] GALLINO, L., *Finanzcapitalismo*, cit., pp. 280-81.

[25] En un libro de GOLDIN, I. y MARIATHASAN, M., *The Butterfly Defect. How Globalization Creates Systemic Risks, and what to do about it,* Princeton (Princeton University Press), 2014.

Brothers tenemos un ejemplo claro y cercano de ello. Muchos eventos inesperados, incluso puramente naturales, producen grandes daños en cadena y afectan a sectores enteros. La erupción del volcán de Islandia en 2010, que determinó el cierre del tráfico aéreo durante casi un mes en Europa, provocó solo en la hostelería pérdidas en torno a los mil seiscientos millones de dólares[26]. O el incendio de una planta de semiconductores propiedad de Philips en Nuevo México, en marzo de 2000, que provocó un shock de suministros en una conocida compañía nórdica de telecomunicaciones y sacó del mercado a un competidor europeo. Debemos aceptar que, al lado de su extraordinaria potencialidad, la gran conectividad global plantea también importantes desafíos: desdibuja el itinerario de la responsabilidad, concentra los riesgos en lugar de diluirlos, y funciona a menuda alimentada por sesgos epistémicos que la hacen aún más vulnerable (por ejemplo, la ortodoxia económica de la liberalización y la administración débil, que se difundió durante décadas y aún perdura en las escuelas de economía)[27].

Para preguntarnos por la posibilidad de su regulación debemos, en primer lugar, desprendernos de las soluciones puramente verbales, y después tener en cuenta que dentro de su variedad y complejidad se da siempre una mezcla de problemas de cooperación y de problemas de conflicto. Los problemas de cooperación o de coordinación de conductas aparecen cuando los intereses de los actores en presencia tienden a coincidir, no a diferir (todos prefieren una solución, cualquiera que sea, siempre que sea la misma para todos), es decir, todos quieren cooperar, pero no se dispone de una pauta para regular las conductas de forma que estas se coordinen a la búsqueda de una solución única. Regular estos problemas es relativamente sencillo y exitoso: la pauta puede surgir de la mera repetición de conductas que se hayan demostrado eficaces para coordinar las conductas o puede ser creada artificialmente y ser seguida inmediatamente por todos. La coordinación de las conductas operada por esa pauta resuelve el problema y todos satisfacen esos intereses coincidentes que configuran lo que se puede llamar el interés común o general. Por eso se dice que esa solución se refuerza a sí misma. Pero junto a esos problemas de coordinación, aparecen también, como antes decía, graves problemas de conflicto de intereses. Aquí la situación es tal que los actores en presencia tienen intereses y preferencias incompatibles y la única posibilidad de resolver el conflicto racionalmente reside en la existencia de una autoridad externa que imponga la solución. Esta, seguramente, es la razón última del derecho. Y seguramente lo que determina su aparición en los tiempos remotos de la prehistoria. Puede que hoy nos encontremos en la misma condición de entonces: o logramos erigir una autoridad superior capaz de administrar la fuerza sobre los actores en presencia, o podemos vernos en la tesitura de contemplar cómo estos se ven tentados a resolver el conflicto mediante

[26] Otro efecto de la hiperconectividad actual entre seres humanos: se calcula que en torno a 650 millones de pasajeros pasan por los diez aeropuertos más importantes del mundo al año, de ellos al menos tres son europeos: Heathrow (Londres), París, Frankfurt.

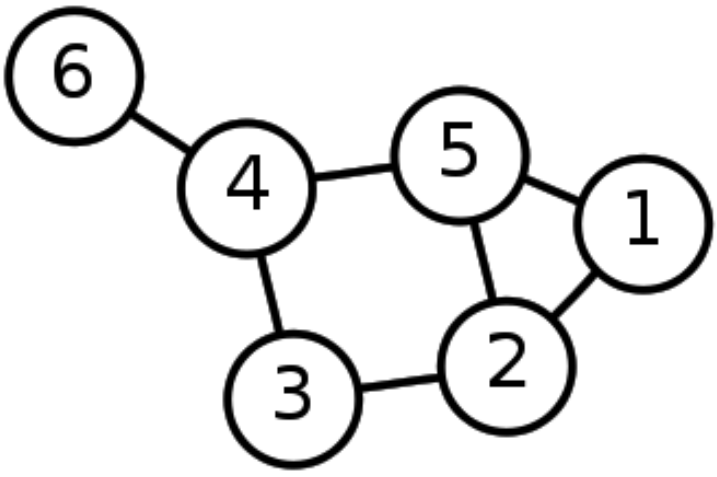
[27] Tomo estos datos de GOLDIN, I. y MARIATHASAN, M., *The Butterfly Defect. How Globalization Creates Systemic Risks, and what to do about it,* cit.

la utilización de la fuerza. Solo que esta solución es hoy por hoy suicida. ¿Hay, entonces, soluciones jurídicas?

1. ¿*Networks*? Una solución verbal

Es usual presentar como solución para superar los problemas de disciplina y gobernanza de una realidad tan compleja y tan nueva como la que tenemos ante nosotros apelar a la idea de *network.* Si no hay posibilidad de estructurar jerárquicamente los instrumentos de solución de los problemas nuevos y encontrar esa autoridad externa que los imponga, al menos –se dice– tenemos la idea de *network.* Veamos si puede servir a nuestros propósitos.

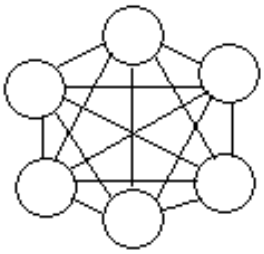
Lo que puede transmitirse con la noción de *network*, es decir, la noción de red, malla, trama, retícula, etc., es intuitivamente fácil de entender, aunque tampoco es necesario que nos abandonemos a la intuición para comprenderlo. En la teoría matemática de relaciones su idea básica se expresa con el nombre de «grafo». Un grafo es un *conjunto* cuyos elementos son pares *ordenados*, es decir, un conjunto integrado por miembros o elementos que tienen unas determinadas relaciones entre sí. Los miembros o elementos del conjunto pueden tener cualquier naturaleza, y sus relaciones pueden ser, también, cualesquiera que puedan pensarse. Se representa usualmente mediante una serie de puntos, llamados nodos, y una serie de líneas. Los nodos representan los miembros o elementos, y las líneas, las relaciones entre ellos. He aquí un ejemplo abstracto de grafo, tomado de la popular *Wikipedia*, cuyo significado solo puede ser obtenido si se propone una identidad para los nodos y se definen las relaciones entre ellos:



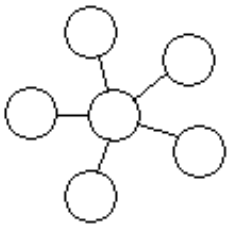
Temo mucho que la noción de *network* sea al mismo tiempo tan expresiva y tan poco expresiva como la de grafo. Seguramente por eso ha tenido últimamente un gran éxito para describir el funcionamiento de las intercomunicaciones basadas en las nuevas tecnologías. En el universo de las computadoras, una *network* no es más que un grupo de dos o más computadoras conectadas entre sí. Y esos enlaces pueden presentarse en múltiples figuras

con formas y propiedades de cualquier naturaleza. Se dice, por ejemplo, que las topologías más frecuentes son las cinco siguientes:

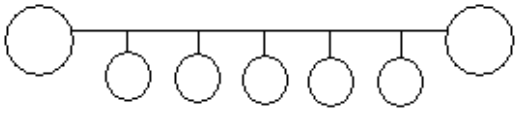
1. Malla



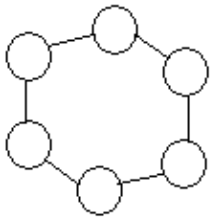
2. Estrella



3. Autobús



4. Anillo



5. Árbol, que no es sino una combinación de la 2 y la 3: en algunos nodos de la forma «autobús» se sitúa una «estrella».

Cómo podemos ver, las figuras tomadas en abstracto dicen muy poco de lo que pretenden representar si no contamos con alguna información ulterior sobre la identidad de los nodos y las relaciones. Por ejemplo, en el universo de la computación se distingue entre un tipo de *network* llamado «par a par», en el que cada uno de los elementos o nódulos tiene

capacidad operativa y responsabilidad equivalentes a los demás, y un tipo de *network* cuya arquitectura no es «igualitaria» sino que se define porque algunos elementos o nodos son superiores en competencia y responsabilidad respecto de otros (en el mundo *web* se le llama arquitectura «cliente/servidor»).

Si salimos ahora del espacio puramente abstracto y formal de la matemática y la informática, y pretendemos que la terminología al uso tenga un cometido útil en el campo de las ciencias sociales y el derecho, debemos empezar por hacer antes esas reflexiones importantes. En el vocabulario de la ciencia social, como en los otros, *network* solo significa una estructura compuesta por nodos que se encuentran relacionados entre sí de cierta manera. Así pensada, la idea de *network* que se proyecta sobre la realidad social puede significar, o representar, cualquier cosa, y por tanto, es perfectamente inútil e inexpresiva. Además, puede dar lugar a una ambigüedad fundamental[28]: puede aparecer como una categoría meramente *conceptual* que proyectamos sobre la realidad social para tratar de aprehenderla, o puede sugerirse que se trata de una *propiedad* de la realidad social misma, un modo de estar organizadas las relaciones entre los integrantes de la sociedad. En el primer caso, cualquier realidad social compuesta de elementos diversos puede definirse como *network* a condición de que identifiquemos convenientemente sus elementos y las relaciones entre ellos, y entonces la utilidad de la categoría es dudosa. Quizás, para ser justos, la idea, concebida así, en términos tan formales, introduce una dimensión de la realidad social que puede que valga la pena mencionar: la dimensión de complejidad de los todos sociales. Lo que se gana con ella es evitar el planteamiento, llamado a veces «reduccionista», que ve la intelección del todo a través de la disección de sus partes como entidades aislables. Cuando una realidad cualquiera es compleja, entonces tiene propiedades que no pueden explicarse con, o reducirse a, las propiedades que tengan sus partes, y configura así un todo que persiste pese a los posibles cambios y mutaciones de sus partes. Como afirma Solé, hay algo que trasciende a las partes, «un orden de nivel superior que no podemos comprimir»[29] A comprender esto puede ayudarnos la herramienta conceptual denominada *network.*

En segundo lugar, si lo que se quiere decir con la noción de *network* es que los ingredientes de la realidad social están relacionados entre sí de alguna forma, entonces es necesario dar dos pasos ulteriores para que tal afirmación pueda ser productiva y contrastable: primero, hemos de establecer o definir la naturaleza de esos ingredientes, de los miembros del conjunto (los nodos), y segundo, debemos formular con precisión las relaciones que se dan entre ellos. Y como es evidente la sola idea de *network* no ofrece respuesta por sí misma a ninguna de esas dos cuestiones. Así que, sin esa respuesta, la afirmación de que la realidad social está configurada como una red compleja o puede verse como tal es poco informativa.

---

[28] Me inspiro aquí en THOMPSON, G.F., *Between Hierarchies & Markets. The Logic and Limits of Network Forms of Organization*, Oxford (Oxford University Press), 2003.

[29] SOLÉ, R., *Redes Complejas. Del genoma a Internet*, Barcelona (Tusquets), 2009, pp. 18-21.

Empecemos, pues, por recordar algunas de las preguntas relevantes sobre la naturaleza de las unidades (o nodos) de que presuntamente está compuesta la realidad social[30]. ¿Son seres humanos?, ¿sólo seres humanos?, ¿seres humanos individuales?, ¿son todos los individuos?, ¿o son grupos humanos?, ¿qué clase de grupos, entonces?, ¿grupos informales?, ¿corporaciones económicas?, ¿instituciones sociales?, ¿confesiones religiosas?, ¿entidades culturales o científicas?, ¿instituciones políticas?, ¿agencias internacionales de poder?, ¿alguna otra realidad o alguna mezcla de esas realidades? Es evidente que la lista de preguntas podría incrementarse casi sin límites. Y no es necesario decir que solo después de haber tomado esta primera decisión podemos hacernos una idea inicial de la configuración que va a adquirir la red o retícula social. Después vendría la respuesta a la segunda pregunta: ¿Qué tipo de relaciones suponemos que son las interacciones entre esos nodos?, ¿relaciones formales o informales?, ¿normativas o fácticas?, ¿jerárquicas o iguales?, ¿vinculadas o libres?, y así sucesivamente. De cada una de esas respuestas surgirá un panorama social o institucional diferente. De forma que solo después de esta segunda operación intelectual podremos saber qué estamos afirmando cuando empleamos el término *network* aplicado a realidades sociales.

A veces tiene uno la sensación de que la generalizada utilización actual de la noción de *network* ignora, en el mejor de los casos, o esconde, o disimula, las decisiones previas que acabamos de comentar, o las da por tomadas sin que ello se anuncie o se justifique de modo alguno. Y así, cuando en el ámbito de los problemas que estamos viendo se habla de *network* como de una nueva configuración de las relaciones sociales, económicas o jurídicas, se pretende diferenciar implícitamente esa forma de tejido social de otras que configurarían una retícula de diferente naturaleza: en particular, me parece que, para marcar las diferencias con ellas, se tienen en mente la configuración de las relaciones sociales que se llama en estos escritos «jerarquía» y la configuración de las relaciones sociales que denominamos «mercado». Tras esta operación de diferenciación implícita, *network* acaba por hacer referencia a un tipo de relaciones sociales que no son jerárquicas ni se establecen en los intercambios de mercado. Así, como si las otras dos cosas no fueran también redes de un cierto tipo, se afirma, por ejemplo, lo siguiente: «Es un tema constante en la literatura de las ciencias sociales que los mercados y las jerarquías tienen sus límites. Las redes [*networks*] se ven como la solución a esos problemas»[31]. Es muy interesante a este respecto que registremos cuáles son las propiedades que algunos autores adscriben a este tejido presuntamente nuevo que se encuentra más allá de esos dos. Mientras las redes jerárquicas se caracterizan por relaciones de mandato y autoridad, y las redes de mercado por relaciones de negociación, competencia y libertad, las *networks* como un presunto tercer género pretenden basarse en relaciones más informales e igualitarias de ayuda mutua, confianza, consenso, cooperación,

[30] Un planteamiento similar aplicado a la comprensión de la seguridad internacional, ALLISON, G., «The Impact of Globalization on National and International Security», en NYE, J. S. y DONAHUE, J.D., *Governance in a Globalizing World*, Washington (Brookings Institution Press), 2000.

[31] RHODES, R.A.W., «Governance and Public Administration» en PIERRE, J. (ed.), *Debating Governance. Authority, Steering and Democracy*, Oxford (Oxford University Press), 2000, p. 80.

etc. En efecto, cuando, desde este enfoque, se pretende indagar en las razones por las que un segmento de la sociedad se constituye en una *network* social, y los rasgos que la presiden, se ofrecen los siguientes conceptos para describir las relaciones que la configuran: solidaridad, altruismo, lealtad, reciprocidad, confianza[32]. Y es evidente, desde luego, que una red de este tipo mantiene importantes diferencias con las redes jerárquicas y las redes de mercado, que no parecen obedecer precisamente a lógicas presididas por esas nociones. Tal y como se presentan, pues, esas redes sociales obedecen más bien a impulsos que tienen que ver con estructuras sociales comunitarias, basadas en la confianza recíproca y en relaciones intensas y conocidas, porque es difícil en efecto practicar, por ejemplo, la lealtad, o la reciprocidad, o la confianza, con seres ajenos y desconocidos. Quizás sí la solidaridad o el altruismo. Pero en todo caso –y esto importa subrayarlo– resulta difícil imaginar cómo se pueden concebir con estos ingredientes, y más cuajar y tejer, redes globales o internacionales. Porque aquí no se está utilizando la noción de red para hacer referencia a grupos sociales como la familia o la aldea, en los que, por la inmediatez de las relaciones, cabe en efecto el desarrollo de todas esas actitudes y virtudes, sino que, al parecer, se está tratando de manejar la idea de *network* para describir la realidad transnacional, la llamada sociedad global.

Así que, si pretendemos hallar en los estratos más importantes de la realidad contemporánea algún tipo de conexión basado en *networks*, en lugar de relaciones de jerarquía o de mercado, deberemos mirar hacia otro lado. Y no se afirma nada nuevo si se dice que la candidata más inmediata es la red por antonomasia, la *web* tecnológica de comunicación mundial en tiempo real. Pero se trata de una vía de comunicación tan amplia, ágil y versátil que prácticamente cabe todo en ella, y resulta difícil ver allí algún aspecto verdaderamente nuevo y distintivo para la interacción social, más allá, claro está, de su enorme potencial como medio o vía de conexión y comunicación. Porque si nos ponemos a pensar un poco, tenemos que concluir que, como hemos visto, a través de la gran red pueden ejercerse acciones de poder, de autoridad, de influencia; desarrollar relaciones de jerarquía, emprender negociaciones para articular mercados nacionales o transnacionales; transmitir información, aconsejar, mandar, o recomendar; enseñar, engañar, informar o pervertir. Es decir, en la red y en la comunicación que a través de ella circula, como vehículo puramente formal y vacío que es, cabe perfectamente todo. La información y los mensajes que vehicula pueden definirse por rasgos externos, como su velocidad, su alcance o su cantidad, pero, en tanto que red, como *network*, no determina la naturaleza o calidad del mensaje. *Malgré* MacLuhan, el medio nunca fue el mensaje, ni tampoco lo es ahora.

¿Qué podemos entonces descubrir en la Gran Red que sea verdaderamente nuevo y eficaz para enfrentar problemas y realidades como las que hemos visto? No cabe duda de que a través de las nuevas tecnologías de la comunicación se pueden incrementar hasta tal punto las interacciones entre los nodos, entre los agentes que se hallan en relación virtual dentro de ella, que algunas peculiaridades propias afloran ahora a la superficie con enorme fuerza. La

[32] THOMPSON, G.F., *Between Hierarchies & Markets. The Logic and Limits of Network Forms of Organization*, cit., p. 40.

primera y más inmediata es la transmisión masiva de información, y la constitución, a través de ella, de depósitos comunes de conocimiento accesibles inmediatamente para todos y desde todos los puntos de la tierra. Un ejemplo de ello son las que se han llamado «comunidades epistémicas» como redes de profesionales y expertos reconocidos en un área particular, con pretensión de ser autoridad teórica en relación con conocimientos que pueden ser relevantes para el desarrollo de las políticas dentro de esa área[33]. Los miembros de una comunidad epistémica comparten creencias científicas contrastadas y desarrolladas por ellos que pueden entrar a formar parte del ingrediente cognitivo que tiene toda decisión reguladora. De esta manera, mediante las nuevas tecnologías, puede constituirse, de un modo antes impensable, una comunidad científica internacional cuyas posiciones comunes sobre cualquier tema objeto de decisión por el poder político condicionen de forma relevante el contenido de tales decisiones. Sin embargo, ello también puede tener sus aspectos negativos. Dejando a un lado los problemas que plantea la idea de dejar en manos de los expertos decisiones normativas de gran alcance, una comunidad epistémica puede introducir en el conocimiento de la realidad uno o varios sesgos que condicionen el horizonte de las soluciones que se pueden prever para los problemas. Se dice con frecuencia que esto es precisamente lo que ha sucedido con la hegemónica comunidad epistémica de los economistas desregularizadores y partidarios del libre mercado sin restricción alguna. Han cerrado tanto el horizonte de soluciones que han creado nuevos problemas en la economía internacional. Impusieron como imperativa la desregularización de la economía financiera y llegó la crisis sistémica que la quebró.

En todo caso, en el molde formal de las comunidades epistémicas pueden también imaginarse comunidades que comparten un tipo de información diferente, en particular, información normativa. La existencia de una red informativa que pone al alcance de todos las soluciones normativas que se han dado a determinados problemas por órganos de decisión de cualquier naturaleza y de cualquier origen geográfico puede también configurar un depósito común de información para la decisión[34]. No es, por ejemplo, infrecuente hoy día que la toma de decisiones judiciales se realice teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida sobre cualquier cuestión por tribunales y jueces de muy diferente procedencia. Y no es imposible pensar en un proceso de convergencia y aproximación, unificación al cabo, de las soluciones jurídicas a los mismos problemas[35]. Pero es importante subrayar que eso no significa que con la noción de *network* se modifique la naturaleza normativa de las decisiones

[33] HAAS, P.M., «Introduction: epistemic communities and international policy coordination», *International Organization*, vol. 46, núm. 1, 1992, pp. 1-35.

[34] Hoy sería el momento del derecho comparado, que sin embargo ignoramos tanto en nuestras Facultades. Llama la atención sobre este aspecto de los estudios actuales, TWINING, W., *General Jurisprudence. Undestanding Law from a Global Perspective*, Cambridge (Cambridge University Press), 2009, cap. 8. Lo habia hecho ya en TWINING, W., *Globalization and Legal Theory*, Evanstons (Northwestern University Press), 2000, cap. 7.

[35] Otra materia que apenas se trata en nuestras Facultades, pese a lo relevante que es para la legislación y la práctica jurídica moderna, es la de los llamados «trasplantes legales». Remito al libro clásico de WATSON, A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2ª ed.*, Athens (The University of Georgia Press), 1993.

tomadas. Y eso es precisamente lo que se ha pretendido a veces. Por ejemplo, cuando se ha tratado de aplicar la noción al mundo de la Administración Pública se ha deslizado la idea de que con la aparición de las redes se había modificado la estructura misma de la organización administrativa, hasta el punto de que ello llevaba consigo fragmentación, policentrismo e incorporación al funcionamiento de la Administración de entidades de derecho privado, etc. El horizonte de que la idea de control jerárquico era, o iba a ser, sustituida por procesos continuos de negociación y regateo entre partes interesadas se debería a ese nuevo concepto. Esa sería la forma de operar de la máquina administrativa según la nueva teoría de las redes. Y una de sus consecuencias sería, según refieren Bogason y Toonen, que para los teóricos de las *networks*, «las organizaciones, el derecho, las constituciones, el poder, los tribunales, los gobiernos, los mandatos formales y las competencias legales no parecen importar ya»[36]. Esa es precisamente la conclusión que, mediante la utilización poco matizada de la idea de *network*, parecen sugerir muchos de los autores que registran fenómenos nuevos en la actualidad de las relaciones personales e institucionales. La red como metáfora transmite la idea de horizontalidad frente a verticalidad, igualdad frente a jerarquía, y policentrismo frente a agencias dotadas de autoridad. En la red no se da entonces la pirámide normativa que ha constituido la gran metáfora del orden jurídico del Estado westfaliano.

Para calibrar el alcance que pueda tener la noción de *network* para afrontar los problemas que hemos visto, vale la pena que comparezca aquí alguien que ha tratado de imaginar nada menos que un «nuevo orden mundial» basado precisamente en esa noción. Anne-Marie Slaughter, decana de Princeton y presidenta de la Asociación Americana de Derecho Internacional, ha ideado, en efecto, un nuevo modo de contemplar el panorama del orden internacional haciendo un uso masivo del concepto de *network*[37]. Por sugestivo que sea su estudio, se ve sin embargo en él el gran problema de la enorme imprecisión que arrastra consigo el concepto. En efecto, Slaughter no duda en utilizar una versión extremadamente amplia de él: «el concepto de *network* –escribe– tiene muchas definiciones diferentes; yo uso una definición muy amplia. La cuestión es captar todos los diferentes modos en que las instituciones individuales de gobierno están interactuando con sus homólogas en el exterior o por encima de ellas, en paralelo a las interacciones más tradicionales de Estado a Estado. Para los propósitos presentes, pues, una *network* es un patrón de interacciones regulares e intencionales (*purposive*) entre unidades de gobierno similares que funcionan a través de las fronteras que dividen los países entre sí y demarcan la esfera "doméstica" de la esfera "internacional"»[38]. Es decir, en realidad se trata de buscar un término cuyo alcance pueda dar cuenta de cualquier relación que pueda establecerse en la arena internacional entre agencias de poder al margen de aquellas tradicionales que han dibujado siempre las relaciones formalizadas entre Estados. Como vamos a ver, la visión que se nos presenta tiene un aspecto positivo, que es preciso no olvidar, pero lleva consigo también aspectos

[36] BOGASON, P. y TOONES, T.A.G., «Introduction: Network in Public Administration», *Public Administration*, vol. 76, núm. 2, 1998, p. 208.

[37] SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton (Princeton University Press), 2004.

[38] SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, cit., p. 14.

negativos que sería ingenuo no recordar. El aspecto positivo, que constituye una evidencia cotidiana en la actualidad, es que las relaciones informales entre agencias de poder de todo tipo se despliegan hoy con una intensidad sin precedentes. Al lado de esas relaciones tradicionales interestatales que han sido objeto del derecho internacional en su historia, hay hoy, merced a las nuevas tecnologías de la comunicación y a los procesos de cancelación del espacio y el tiempo que lleva consigo la globalización, interacciones y contactos incesantes entre dichas agencias de poder. Slaughter no se limita a mencionar instituciones del poder ejecutivo y la Administración; también incluye en ese tráfico intenso los numerosos intercambios cotidianos que llevan a cabo más allá de su jurisdicción los órganos judiciales de la mayoría de los países actuales, y reseña también la no menos intensa actividad trasnacional que los titulares de los poderes legislativos mantienen entre sí. Todas esas relaciones, que podríamos llamar «*networks* institucionales» para no inducir a la confusión, serían la base del nuevo orden mundial.

El problema es que a la hora de definir en qué consisten esas interacciones, el concepto de *network* muestra su vaciedad. Porque es preciso entonces empezar a adjetivarlo para que empiece a rendir explicativamente. Y así nos encontramos con que existen *networks* «malas» (Slaughter inicia de hecho el libro afirmando que los terroristas, los traficantes de armas, los blanqueadores de dinero, los traficantes de drogas, los que comercian con mujeres y niños, y los modernos piratas de la propiedad intelectual, todos ellos operan a través de *networks* globales), y *networks* «buenas», por así llamarlas, que serían aquellas tejidas para combatir a las primeras y para establecer el nuevo orden. Después hace una nueva clasificación entre *networks* horizontales y *networks* verticales. Las primeras serían aquellas que se establecen entre responsables públicos de diversos países que no tienen una relación de jerarquía entre sí, y son las que forman, de acuerdo con la autora, el núcleo del moderno orden mundial. Las segundas, que se reputan de más raras, son las que se establecen cuando algunas comunidades deciden delegar su autoridad de gobierno en una organización superior –una organización supranacional que se encuentra, al menos teóricamente, por encima del Estado[39]. Y a continuación se procede a introducir una nueva clasificación tripartita: existen *networks* informativas, *networks* de reforzamiento (*enforcement*) y *networks* de armonización. Las primeras son aquellas que unen a los responsables públicos (funcionarios, jueces, legisladores, etc.) para intercambiar información y recopilar prácticas comunes. Las segundas son aquellas que se centran en la mejora de la cooperación entre reguladores nacionales para reforzar las reglas y normas nacionales existentes, y para asegurar el cumplimiento de ellas. Una de las primeras metas de este tipo de *networks* es la de proveer a todos los miembros de la red de la capacidad y la competencia técnica suficiente para que puedan producir conformidad en los destinatarios de las normas. Las terceras son aquellas cuyo propósito es la armonización de estándares regulativos. El resultado de ellas es la tendencia de los países hacia criterios comunes de regulación en las áreas más diversas.

[39] SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, cit., pp. 19-20.

Resulta más bien curioso que esa tupida red de relaciones de todos esos tipos se desarrolle –de acuerdo con la autora– sin recurrir a la fuerza, es decir, se desarrolle al margen de lo que convencionalmente se piensa de las normas jurídicas. De hecho se concibe ese entramado como la manera de desarrollar el «*soft power*»: «en un mundo en que su capacidad para usar su poder duro es con frecuencia limitada, los gobiernos deben ser capaces de explotar los usos del poder blando: el poder de la persuasión y la información». Y también: «mucho del trabajo de tantas *networks* horizontales de gobierno depende del poder "*soft*" –el poder de información, socialización, persuasión y discusión»–. Y de nuevo: «el poder dentro de las redes mismas –entre diferentes jueces o reguladores nacionales, o entre un parlamento o tribunal supranacional y un parlamento o tribunal nacional– es poder "*soft*"»[40].

Así pensadas las *networks* se dice que cumplen importantes funciones: promueven la convergencia de los distintos derechos nacionales y las diversas regulaciones, refuerzan el acatamiento a las normas internacionales, establecen los términos en que se mide la reputación de los distintos actores en la escena internacional y estimulan el poder del debate y la discusión respecto de problemas complejos. Sin embargo, y así lo reconoce la autora, crean un orden no normativo, un orden carente de normas: «el orden informal de las *networks* de gobierno global opera en gran medida sin normas, o al menos sin normas explícitas»[41], y eso corre el peligro de hacerlo secreto, tecnocrático, irresponsable y excluyente. Es lo que llama el lado oscuro de ese nuevo orden internacional, pues por «*soft*» que sea ese poder, sigue sin embargo siendo poder. Y las redes internacionales se pueden estar constituyendo en una suerte de tecnocracia global, ayuna de transparencia, distorsionadora del proceso político interno de los Estados, no representativa o una simple réplica de las asimetrías de poder existentes en el sistema internacional, etc. Pero, además, ¿qué hacer con los otros problemas, con los problemas derivados de conflictos que no admiten una solución *soft*? Las *networks* no parecen alcanzar a abordarlos, y ello nos lleva a plantearnos de nuevo los mismos problemas que teníamos después de tratar de engañarnos con el espejismo de una solución verbal.

2. De vuelta al derecho, pero ¿a qué derecho? Invitación al debate

Una vez persuadidos de que las soluciones a nuestros problemas tienen que ser soluciones normativas y, con frecuencia, soluciones claramente jerárquicas y vinculantes, hemos de volver a pensar en los tipos de orden jurídico y de normas jurídicas que debemos poner a contribución para encontrarlas, si es que existen. No voy, naturalmente, a sugerir aquí una panoplia minuciosa de soluciones dada la brevedad que exige este ensayo y mi falta de competencia para ello. Esas propuestas han de provenir más bien de un sujeto coral, una Facultad de Derecho, por ejemplo, y no de un sujeto individual. Y han de poner a contribución tanto el orden jurídico interno –siempre que esté pensado a la luz de esos

[40] SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, cit., pp. 4, 27, 51, 168.
[41] SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, cit., p. 215.

problemas[42]– como el orden de los estándares de comportamiento necesarios para resolver los complejos problemas de coordinación y armonización que demanda la nueva realidad[43]. Y deberá repensar también la impronta jurídica del derecho internacional como un derecho de tratados, y su alcance contemporáneo para hacerse cargo de esa realidad. Y los límites y carencias del nuevo tipo de derecho persuasivo y desarmado que se presenta con vocación de vehicular la llamada «gobernanza» mediante normas jurídicas «soft»[44]. Y, por qué no, estoy seguro de que tendremos también que seguir planteándonos, como se ha hecho desde los orígenes del pensamiento, la construcción de unidades jurídicas supranacionales que asuman dosis de soberanía cada vez más importantes a partir de los Estados miembros y la ejerzan sobre poblaciones transfronterizas. Pero esto, como dije, no es más que una invitación que debe dejar abierta o inconclusa la reflexión. Eso sí, no sin recordar antes, que tenemos ya la certeza de que no queda demasiado tiempo.

III. BIBLIOGRAFÍA

AGULLES, J., *La destrucción de la ciudad*, Madrid (Catarata), 2017.

BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2017.

BENSON, O. y STANGROOM, J., *Why Truth Matters*, Londres (Continuum), 2006.

BOGASON, P. y TOONES, T.A.G., «Introduction: Network in Public Administration», *Public Administration*, vol. 76, núm. 2, 1998, pp. 205-227.

BOULLE, L., *The Law of Globalization. An Introduction*, Alphen aan den Rijn (Wolters Kluwer), 2007.

BRUNSSON, N., JACOBSON, B., *et al*., *A World of Standards.* Oxford (Oxford University Press), 2000.

BUCHANAN, J. y O'DONELL, G. (eds.), *The Future of Democracy: Essays of the Tampere Club*, Tampere (Kustannus Oy Aamulehti), 2003.

CAPARRÓS, M., *El hambre*, Barcelona (Anagrama), 2016.

CURBET, J., *El rey desnudo. La gobernabilidad de la seguridad ciudadana*, Barcelona (UOC), 2009.

[42] Entre otros muchos insiste con claridad en esta importancia del derecho doméstico, BOULLE, L., *The Law of Globalization. An Introduction*, Alphen aan den Rijn (Wolters Kluwer), 2007, pp. 99 y ss.

[43] Del tipo de los que presenta el libro de BRUNSSON, N., JACOBSON, B., *et al*., *A World of Standards.* Oxford (Oxford University Press), 2000.

[44] Remito para un análisis de esos nuevos instrumentos normativos a LAPORTA, F.J., «Gobernanza y *soft law*: los nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en RUIZ MIGUEL, A. (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid (Trotta), 2014.

DAVIS, M., *Planet of Slums*, Londres (Verso), 2006.

FLANNERY, T., *La amenaza del cambio climático. Historia y futuro*, Madrid (Taurus), 2006.

GALLINO, L., *Finanzcapitalismo*, Turín (Giulio Einaudi), 2013.

GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford (Oxford University Press), 2001.

GLAESER, E., *El triunfo de las ciudades*, Madrid (Taurus), 2011.

GOLDIN, I. y MARIATHASAN, M., *The Butterfly Defect. How Globalization Creates Systemic Risks, and what to do about it,* Princeton (Princeton University Press), 2014.

GOLDIN, I., *Divided Nations. Why global gobernance is failing, and what we can do about it*, Oxford (Oxford University Press), 2013.

HAAK, S., *Manifesto of a Passionate Moderate*, Chicago (The University of Chicago Press), 1998.

HAAS, P.M., «Introduction: epistemic communities and international policy coordination», *International Organization*, vol. 46, núm. 1, 1992, pp. 1-35.

HAMILTON, C., *Requiem for a Species. Why We Resist the Truth about Climate Change*, Londres (Routledge), 2015.

JORDAN, B. y DÜVELL, F., *Migration. The Boundaries of Equality and Justice*, Cambridge (Polity), 2003.

LIVI BACCI, M., *Un largo viaje. Historia del mundo y sus habitantes en 12 etapas*, Barcelona (Pasado y presente), 2016.

LIVI BACCI, M., *Historia mínima de la población mundial*, Barcelona (Crítica), 2009.

NYE, J. S. y DONAHUE, J.D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington (Brookings Institution Press), 2000.

NOWOTNY, H., *The Cunning of Uncertainty*, Cambridge (Polity Press) 2016.

PIERRE, J. (ed.), *Debating Governance. Authority, Steering and Democracy*, Oxford (Oxford University Press), 2000.

POSADA, A., *El régimen municipal de la ciudad moderna*, 3ª ed., Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1927.

REMIRO BROTONS, A. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (eds)., «Movimientos migratorios y derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, 2003.

RODRIK, D., *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona (Antoni Bosch), 2011.

RUIZ MIGUEL, A. (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid (Trotta), 2014.

SACHS, J., *Common Wealth. Economics for a Crowded Plantet*, Londres (Penguin Books), 2008.

SARTORI, G., en *La tierra explota. Superpoblación y desarrollo*, Madrid (Suma de Letras), 2005.

SEN, A., *Poverty and Famine. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford (Clarendon Press), 1981.

SLAUGHTER, A.M., *A New World Order*, Princeton (Princeton University Press), 2004.

SOLÉ, R., *Redes Complejas. Del genoma a Internet*, Barcelona (Tusquets), 2009.

THOMPSON, G.F., *Between Hierarchies & Markets. The Logic and Limits of Network Forms of Organization*, Oxford (Oxford University Press), 2003.

TWINING, W., *General Jurisprudence. Undestanding Law from a Global Perspective*, Cambridge (Cambridge University Press), 2009.

TWINING, W., *Globalization and Legal Theory*, Evanstons (Northwestern University Press), 2000.

WATSON, A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2ª ed.*, Athens (The University of Georgia Press), 1993.

HOMENAJE A D. AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

HOMENAJE AL PROFESOR D. AURELIO MENÉNDEZ

Rafael Garesse Alarcón*

Quiero en primer lugar agradecer a la decana y a los Profesores que me han precedido en la palabra por las semblanzas que han realizado de nuestro querido decano, Don Aurelio Menéndez. Para mí es un honor compartir con todos ustedes este acto, donde las intervenciones han sido magníficas, pero también bellísimas. Y es que cuando la palabra además de cargarse la razón sale del corazón se convierte en belleza. Y es lo que, sin duda, ha sucedido esta mañana.

No he tenido el placer de conocer personalmente al Profesor Aurelio Menéndez, pero sí de conocer su inmensa obra, y por tanto me corresponde transmitir nuestro más sincero agradecimiento institucional. Personas como el profesor Menéndez, con su magisterio, con sus métodos innovadores en la formación de varias generaciones de juristas han contribuido el reconocimiento nacional e internacional de nuestra institución. Tutor de nuestro alumno más distinguido, el rey Felipe VI (entonces príncipe), durante su periodo de formación en nuestra Universidad. Su obra de extraordinaria calidad, no solo por el contenido sino también por el método y el esfuerzo que denotaban, nos permite afirmar que ha sido no solo un profesor, sino un verdadero maestro.

Como ya se ha mencionado, el Profesor Menéndez se incorporó a la Universidad Autónoma de Madrid desde sus inicios. No fueron tiempos fáciles ya que el modelo universitario tradicional se encontraba en aquel momento en cuestión y su incorporación a esta Universidad suponía una apuesta por la renovación. Qué valentía la de aquellos que creyeron en una enseñanza superior distinta y fundaron un nuevo modelo de universidad. Así nacimos..., y cincuenta años después y en plena celebración de este aniversario recordamos hoy con cariño y admiración la esencia de nuestra Universidad.

* Rector de la Universidad Autónoma de Madrid y Catedrático de Bioquímica y Biología Molecular en la Facultad de Medicina.

Es pues, una buena ocasión echar la vista atrás y analizar qué fuimos y dónde estamos; ¿cuál ha sido nuestro recorrido? ¿Qué hemos hecho con el legado que nos dejaron los «excelentes» profesores que pusieron en marcha nuestra institución?

Algunas de las muchas cualidades del profesor Menéndez reflejan en gran medida el espíritu de aquella UAM que nacía: valentía en afrontar los retos, rigor en el trabajo, implicación sin reservas con la institución, espíritu crítico y liderazgo intelectual.

A principios de la década de los años 70 había en España 15 universidades, 12 públicas y 3 privadas. La UAM, junto a la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de Bilbao, nacía con un espíritu renovador: introducir la investigación en la universidad española. Instaurar el modelo humboldtiano de universidad, donde se hiciera realidad que la universidad investiga, y por eso puede enseñar. En palabras de mi querido y admirado profesor Federico Mayor Zaragoza, hacer realidad que la misión de la universidad es «*enseñar, enseñar a enseñar; investigar, y enseñar a investigar*». Y sin duda lo logró. Gracias a la creatividad, la ilusión, el empuje y la sabiduría de un grupo de profesores y profesoras entre los que se encontraba el profesor Aurelio Menéndez la UAM se convirtió en una referencia e impulsó numerosas mejoras en el sistema universitario español.

¿Cuál es la situación en 2018? En nuestro país existen actualmente 84 universidades, 50 públicas y 34 privadas, con 343 campus universitarios, repartidos en las 50 provincias de las 17 comunidades autónomas. Este enorme crecimiento, que ha tenido muchos efectos positivos, ha venido también acompañado de una notable homogenización y excesiva burocratización del sistema. La transformación al Espacio Europeo de Educación Superior (Bolonia), la creación de Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), la globalización del sistema, el aumento de la competitividad en investigación, en gran medida potenciada en centros externos a la universidad o la falta de especialización de las universidades, han cambiado de un modo drástico el escenario de la educación superior en nuestro país. Cabría por tanto preguntarse, ¿Cuáles son los retos que debe afrontar la universidad del siglo XXI?

No son muy difíciles de resumir. Los podemos encontrar, por ejemplo, en el programa de la *Annual Conference of European University Association*, que se celebrará en Zúrich el próximo mes de abril, y que reunirá a las mejores universidades de Europa. Las cuatro grandes áreas de discusión serán,

1- Universities and Knowledge Societies

2- Social impact of universities

3- Higher education beyond the traditional cycles: life-long learning and employability

4-Sustainible Europe: what the roles for universities

Formidables retos para una universidad que, como la UAM, quiere seguir liderando el sistema universitario de nuestro país y tener una fuerte presencia internacional. Es nece-

sario buscar la singularidad en un entorno universitario como el español, que avanza a gran velocidad hacia la homogenización, y donde se ha introducido una métrica cuantitativa de valoración, que de manera preocupante se aleja de la realidad y, sobre todo, de la calidad.

Para ello, se hace necesario, yo diría que imprescindible, apoyarnos en nuestras señas de identidad, y el legado que hemos recibido. Hoy se necesita, más que nunca, valentía en afrontar los desafíos. Se necesita rigor, entendido como trabajo consciente de la responsabilidad social que la universidad tiene. Se necesita implicación institucional, donde huyamos de la atomización y contemplemos a la universidad en su conjunto, donde afrontemos los problemas con decisión; donde trabajemos juntos y con altura de miras. Se necesita sentido crítico, pero no crítica fácil y destructiva, de la que andamos sobrados, sino crítica generosa, transformadora, constructiva. Y se necesita, mucho, liderazgo intelectual. Profesores y profesoras de referencia, capaces de introducir métodos de enseñanza innovadores, dirigir grandes proyectos de investigación, generar un entorno cultural rico, defender valores éticos y morales, y que sean capaces de liderar a una universidad que quiere y debe volar alto, que quiere mirar hacia al futuro con decisión, con ilusión, con optimismo.

Y cito:

> «*quisiéramos una Universidad más dotada de medios, y con una ilusión renovada hacia la investigación científica, una Universidad más volcada en la calidad de la docencia, una Universidad que busque más puentes para una integración activa con la sociedad que la rodea; una Universidad que recupere el pulso cultural de sus mejores momentos; una Universidad, en fin, segura de sí misma y de la alta función que siempre está llamada a cumplir. Para todo ello "hoy es siempre todavía". Hace falta, no obstante, imaginación creadora y una buena elección de los modelos a seguir. Teniendo siempre presente –para decirlo también con palabras de Antonio Machado– que "el hacer las cosas bien, importe más que el hacerlas"*».

Y nosotros tenemos buenos modelos a seguir. Las palabras que acaban de escuchar fueron pronunciadas por el profesor Aurelio Menéndez en el discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid y, transcurridos 25 años, como pueden comprobar tienen una absoluta actualidad.

La extraordinaria personalidad universitaria del profesor Menéndez, su condición indiscutible de maestro del Derecho Mercantil y de la Economía, donde ha continuado la alta tradición de la moderna escuela española de Derecho Mercantil y su generosa y fructífera labor de servicio público, su conocimiento y experiencia, hacen posible que nos podamos nutrir de enfoques y perspectivas actuales que nos ayuden a comprender mucho mejor una sociedad tan cambiante como la actual.

El Profesor Aurelio Menéndez estará siempre presente en nuestra Universidad, para que su memoria, así como los valores que encarna y representa, se mantengan vivos en todos y cada uno de los rincones de nuestro campus. Estos momentos nos sirven para expresar el reconocimiento y el afecto que la comunidad universitaria siente hacia el legado del profesor Aurelio Menéndez.

Somos lo que recordamos y construimos el futuro que imaginamos en el presente. Su ejemplo y su magisterio siguen resultando indispensables para el desarrollo de nuestras tareas universitarias.

Mi más sincero agradecimiento a esta Facultad, a los organizadores de este entrañable y emotivo acto y a todos ustedes por acompañarnos. Muchas gracias por su asistencia.

IN MEMORIAM AURELIO MENÉNDEZ

Yolanda Valdeolivas García*

En nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, deseo transmitir antes de nada mi más cordial bienvenida a todos cuantos nos acompañan a nuestra Facultad y a este Aula Magna Francisco Tomás y Valiente, que nos congrega para algunos de los actos académicos más solemnes de nuestra comunidad, incluidos, como en el caso de hoy, los de sentido recuerdo y homenaje a quienes han sido personas especialmente ilustres e imprescindibles en nuestra comunidad universitaria.

No debo esperar tampoco más para expresar, en primer lugar, nuestras más sinceras y profundas condolencias por el fallecimiento del Profesor Dr. D. Aurelio Menéndez Menéndez a sus hijos, nietos y demás familiares que han tenido la generosidad de aceptar nuestra invitación a este acto. A ellos quiero manifestar, junto a ese pesar compartido, nuestro agradecimiento y satisfacción por su compañía y presencia entre nosotros para celebrar este acto, que pretende ser un sencillo pero emotivo recuerdo y sincero homenaje a la figura del Profesor Ménéndez, que tanto influyó en nuestra trayectoria colectiva e institucional y en numerosas trayectorias individuales. Y nuestro sentimiento de hondo pesar también para sus amigos, compañeros y discípulos, dentro y fuera de esta Facultad y Universidad, por su irreparable pérdida.

Gratitud y reconocimiento que quiero hacer llegar de manera muy singular a quienes me acompañan en esta Mesa, cuya presencia resulta, además de grata y querida, creo que perfectamente justificada, porque se trata de personas que, de una u otra forma, han estado profundamente vinculadas al Profesor Ménendez. Muchas otras hubieran querido y podido ocupar este lugar para manifestar su reconocimiento al querido Profesor, pero estoy segura de que quienes me acompañan aquí reúnen sin duda condiciones sobradas para hacerlo en el día de hoy representando a todas cuantas podrían haber podido sentarse entre nosotros.

* Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Igualmente, mi agradecimiento al Rector, porque su presidencia en este acto evidencia el compromiso de toda la Universidad con aquellos de sus miembros que han marcado un hito en la misma, con quienes han contribuido de modo tan sobresaliente a engrandecerla. Y, en este caso, incluso a engendrarla. No exageramos si decimos que muy pocos pueden ostentar tanto mérito y suscitar tanto consenso, reconocimiento y respeto como el que aglutina el Profesor Menéndez, hasta hacerle en su momento merecedor de la Medalla de Oro de la Universidad Autónoma de Madrid, por los excelentes y extraordinarios servicios prestados a la misma desde el instante mismo de su fundación.

Finalmente, tampoco quiero eludir la valiosa colaboración del Área de Derecho Mercantil de nuestra Facultad en la organización de este acto, así como de Araceli Berciano, gestora de esa área de conocimiento, Paloma Martín, gestora del decanato, y Jana Valdés, responsable del gabinete del Rector, cuyo esfuerzo y esmero han facilitado la celebración de este acto.

La ausencia del Profesor Menéndez nos deja un enorme sentimiento de orfandad, que ya va resultando más grande de lo que quisiéramos recordar en esta Facultad de Derecho, en la que venimos contando demasiados huecos irremplazables. Con todo, en esta ocasión, queda el consuelo de que el profesor Menéndez, que estuvo muy cerca de nuestra Facultad y de esta Universidad en general hasta casi el último momento, que participó activamente, siempre que le fue posible por compromisos o estado de salud, de sus actos más emblemáticos, llegó a cumplir un ciclo vital largo y completo, lleno de éxitos y reconocimientos que, sobre honrarle a él, nos honran a todos los que pertenecemos a la UAM. Y, desde luego, su memoria nos acompaña y seguirá acompañando a todos los juristas, como una de esas personalidades académicas indisolublemente ligadas a nuestra formación jurídica y a nuestro cotidiano quehacer como docentes e investigadores casi en cualquier rama del Derecho, y aún más allá de las disciplinas jurídicas.

El profesor Menéndez decía de sí mismo que no era ejemplar en nada; lo decía quien para los demás, sin excepción, era ejemplo incomparable de jurista, de maestro, de universitario y de ciudadano o persona comprometida con y al servicio de la sociedad, la educación, el ejercicio responsable de la abogacía y la creación y transferencia del conocimiento. En fin, ejemplo de vida que ha de prolongarse mucho más allá de su desaparición física. Porque una vida tan longeva como fructífera, tan plena de incontables y merecidos reconocimientos del más alto rango afortunadamente sobrevive a la persona para servir de faro y guía a todos los que, desde uno u otro ámbito, con mayor o menor responsabilidad y alcance, nos hacemos cargo de su legado.

Y es que el Profesor Menéndez, por decirlo en pocas palabras, y por glosar brevemente lo que ya se ha puesto de manifiesto en las intervenciones anteriores, fue referencia absoluta y paradigma de un tipo de jurista y académico que probablemente sea irrepetible, propio de una etapa de nuestra historia donde todo estaba por construir, donde el Derecho se ponía al servicio de la creación de nuevas reglas de convivencia social y de contribución

a la democracia. En este sentido, a su fineza y rigor jurídicos se unía, sin duda, una fuerte impronta personal, así como una generosidad y entrega encomiables en todos los espacios que ocupó durante su extensa e intensa trayectoria profesional. Así que su figura trasciende lo estrictamente jurídico y académico, aun siendo difícil de igualarse y constituyendo para nosotros motivo más que suficiente de sentido homenaje y recuerdo, para adentrarse en el perfil de un gran hombre, de una personalidad clave que marcó profundamente su tiempo. Y todo ello nos hace sentir un orgullo impagable y una gratitud imperecedera que es muy grato compartir y que nos alivia de la triste pérdida que hoy nos convoca.

En efecto, esta Facultad tiene una deuda permanente e incondicional no solo con el magisterio de Aurelio Menéndez Menéndez en nuestras aulas, con la formación de un nutrido y reconocido grupo de discípulos convertidos a su vez en maestros de generaciones sucesivas de mercantilistas tributarios todos de ese tronco común, así como con su extraordinaria aportación científica plasmada en una obra amplia, rigurosa, original y sugerente, sino, muy singularmente, por su imprescindible contribución a la creación y desarrollo de nuestra Facultad de Derecho, hasta hacer de esta última la prestigiosa y reconocida institución que es hoy. Su entrega entusiasta e incansable en asegurar para nuestra Facultad la posición de liderazgo que ostenta como centro de excelencia docente e investigadora marcó profundamente la razón de ser y el destino de la Facultad de Derecho de la UAM desde sus inicios hace casi cincuenta años, como también nos marcó a todos los que nos hemos formado en ella o integramos su comunidad universitaria. Apenas alcanzamos a corresponder su magisterio y sabiduría en la cimentación de esta casa con el modesto pero sentido reconocimiento del Profesor Menéndez Menéndez como Decano Honorario de nuestra Facultad y con la solemne dedicatoria a su persona del Edificio Anexo a este de Derecho de Ciencias Jurídicas, Políticas y Económicas, como recuerda la correspondiente placa conmemorativa de su *hall* principal.

Del profesor Menéndez podrían destacarse incontables méritos en cuantas facetas profesionales desarrolló a lo largo de su longeva vida. Sus logros como Ministro de Educación en la transición, donde evidenció su firme propósito de colaborar de forma activa en la consolidación de la democracia, el pluralismo y la modernización de nuestro país; sus éxitos como abogado, cofundador del importante despacho Uría Menéndez Abogados y ejemplo de ejercicio ético de la abogacía; su compromiso con la presidencia de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación, con avances significativos en la regulación de este bloque jurídico; su cualidad de académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, así como su promoción y pertenencia fundacional a la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, en las que desarrolló intensa actividad; su dedicación como Magistrado del Tribunal Constitucional y Consejero de Estado; su Premio Príncipe de Asturias de las Ciencias Sociales; sus doctorados honoris causa; su condición de tutor del Rey Felipe VI durante sus años de formación en la UAM; y, en fin, sus muchos premios y otros tantos méritos que han sido expresados y que apenas cabe glosar como merecen en el espacio de este acto, no hacen sino dar prueba fehaciente de su inteligencia, su humanismo, su marcada

personalidad y su dedicación infatigable a la ciencia jurídica, a la educación superior en general y a la transformación social de un país que provenía de las sombras en múltiples facetas de la vida, pero que se empeñaba en avanzar con firmeza, a hombros de algunos grandes hombres como Aurelio Menéndez, hacia un futuro más brillante y esperanzador.

Su pasión por la Universidad, que coincidía con su pasión por el Derecho, son, pues, la mejor fuente de inspiración para quienes seguimos enseñando e investigando en esta Facultad, para quienes compartimos con él la virtualidad transformadora de la educación superior y el valor de la ciencia jurídica para servir a sociedades más justas e igualitarias y con mayor nivel de bienestar. Así que esta Facultad de Derecho siente y expresa de manera explícita un profundo y legítimo orgullo por el ejemplar testimonio de vida universitaria y servicio al Derecho que el Profesor Menéndez nos deja como insustituible legado personal y profesional. Confiamos en saber preservar y mantener los méritos extraordinarios que el Profesor Menéndez nos ha cedido en el elevado nivel que su vocación, compromiso y memoria merecen.

EL JOVEN AURELIO

Ángel Rojo Fernández-Río*

Excmo. Sr. Rector; Ilustrísima Srª Decana, Excmo. Sr. Jefe de la Casa de Su Majestad el Rey; Excmo. Sr. Director Honorario de la Real Academia de la Lengua; queridos colegas; Señoras y Señores:

I.

1. Profesor e investigador, siempre en Universidades públicas; creador de la que, durante muchos años, habría de ser considerada la mejor Facultad de Derecho española; hacedor e impulsor de leyes; político en los años de la transición a la democracia; cofundador de uno de los más prestigiosos despachos de abogados españoles, académico de la Real de Jurisprudencia, esas –ya se ha dicho– son algunas de las señas de identidad de aquel que en este acto evocamos. Pero quienes le conocimos sabemos que en esa maraña de titulaciones se puede, y se debe, distinguir entre lo esencial y lo accidental. Y lo esencial, en el caso de Aurelio Menéndez, ha sido su condición de profesor universitario. Es esa específica condición la que ahora nos convoca.

Pero ¿cómo llegó a serlo? ¿Cómo se fue formando el maestro? A ese proceso, estarán dedicadas mis palabras en este acto, en el que tantas cosas se agolpan en el corazón de quienes con él, hace tantos años, emprendimos la singladura de la, como él decía, siempre hermosa aventura universitaria.

II.

1. El 7 de octubre de 1957 se constituyó, bajo la presidencia de Joaquín Garrigues, el Tribunal nombrado para la provisión de las Cátedras de Derecho mercantil de las Univer-

* Catedrático de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

sidades de Granada, Santiago y La Laguna, convocadas por Orden ministerial de 6 de junio del año anterior. Cinco era el número de los firmantes que habían sido admitidos definitivamente a participar en aquellas oposiciones, pero uno de ellos, Manuel Olivencia, aquejado de una grave enfermedad pulmonar, no pudo presentarse. Ese día el Tribunal entregó a los opositores una relación de 25 temas de entre los que, por sorteo, habría de elegirse uno para la práctica del sexto ejercicio y, también por sorteo, se determinó el orden en que habrían de intervenir. El primero en ese orden fue Aurelio Menéndez, que el día 1 de mayo anterior había cumplido treinta años.

¿Quién era aquel joven, alto, delgado, de tez blanca, con pelo no muy abundante en el que algunos destellos rojizos irradiaban a veces, que, con nombre de rey de la Monarquía asturiana y apellido repetido, aspiraba a la Cátedra?

2. Hijo de un comerciante al por mayor de «coloniales», con establecimiento en un barrio de la villa de Gijón, había estudiado Derecho en la Universidad de Oviedo, y allí otro gijonés, Torcuato Fernández-Miranda –y cito sus propias palabras– le había raptado para la Universidad. Entre sus compañeros de curso nadie dudaba que aquel alumno –serio, austero, inteligente, trabajador– prepararía oposiciones a Cátedras de Derecho político.

Sin embargo, recién terminada la Licenciatura –naturalmente, con premio extraordinario–, comunicó a su maestro, mientras paseaban por los alrededores del Palacio de La Magdalena, en Santander, que había decidido dedicarse al Derecho mercantil, un Derecho que había visto vivo en el almacén paterno (compraventas de mercaderías, préstamos sociedades, letras de cambio) y en las operaciones que estaban detrás de las idas y venidas de los buques en el puerto de El Musel y de las operaciones de carga y descarga.

La desolación de Fernández-Miranda fue absoluta; y la sensación de traición –de traición a la persona y a los ideales–, muy intensa.

Había, sin embargo, dos razones, una subjetiva y otra objetiva, que podían explicar ese cambio aparentemente inesperado y abrupto. La razón subjetiva, el fallecimiento de su padre, cuando el joven Aurelio cursaba cuarto curso de la Licenciatura. En la previsible larga etapa de preparación de las oposiciones –pues las Cátedras de Derecho político de las doce Universidades españolas estaban ocupadas y larga era la lista de quienes esperaban el lento discurrir de las jubilaciones– no debía ni podía contar con la ayuda familiar. Aunque no era muy diferente la situación de las Cátedras de Derecho mercantil, la dimensión práctica de la materia le podía permitir subsistir, si fuera necesario, compatibilizando estudio y clases con colaboraciones, más o menos esporádicas, con algún despacho de abogados. La segunda razón de ese cambio era, si cabe, más honda y también más delicada de exponer: Menéndez quería dedicarse al Derecho constitucional, y no al Derecho político; pero en la España de la época faltaba el presupuesto necesario –mejor, imprescindible– para esa dedicación: no había Constitución, ni atisbos fundados de que pudiera haberla a corto o, al menos, a medio plazo. Quienes se dedicaban al Derecho político explicaban Historia de las ideas políticas, sociología política o, a lo más, Derecho constitucional comparado. Difícil

decírselo a un hombre del Régimen anterior, que no tardaría en ser nombrado Rector de la Universidad en la que profesaba.

Quizás hubiera una tercera razón que Aurelio Menéndez no explicitó, bien por pudor, bien por no ser muy consciente de ella. Me refiero a cierto complejo de inferioridad que, con frecuencia, tenían los mejores expedientes de las Universidades provincianas. En aquella Universidad fundada por el arzobispo Valdés Salas, en cuya Facultad de Derecho pocos eran los Catedráticos y menos los maestros, no era difícil destacar, pero –y he aquí el interrogante– ¿la valía acreditada estaba al mismo nivel que la de los mejores expedientes de la Facultad de Derecho de la Universidad Central en la que enseñaban los más relevantes talentos de la ciencia y del foro?

3. En 1951, con una simple tarjeta de presentación, escrita por Salvador Lisarrague, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo, se presentó Aurelio Menéndez en el despacho de Rodrigo Uría, otro asturiano –esta vez de la ciudad de Oviedo, con nombre de rey visigodo–, Catedrático de Derecho mercantil en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid. Se desplazó a pie desde la Avenida de la Reina Victoria hasta el mítico número 48 de la calle Núñez de Balboa después de haber cronometrado el recorrido. Ni taxis, ni autobuses, ni metro. Por si acaso.

Aquella primera entrevista fue descorazonadora. Los temas de tesis doctoral que propuso Menéndez –la clientela, la comunidad hereditaria que explota el negocio tras el fallecimiento del comerciante individual– fueron rechazados, con plena lógica. «Antes que nada –le dijo Uría–, estudie idiomas. Tiene usted que dominar los esenciales y, por supuesto, el alemán. Luego ya hablaremos».

En aquellos primeros meses, estudiando idiomas y leyendo tratados y monografías en la biblioteca de la Facultad de Derecho –la de Políticas y Económicas apenas si tenía libros–, fueron muchos los instantes en que aquel doctorando sin tesis decidió abandonar y regresar al Gijón natal. Lo impedía no solo el pundonor, sino también el ambiente intelectual que, como colegial del Cisneros, vivía al final de las largas jornadas. ¿Cómo podía regresar aquel a quien el poeta José Ángel Valente habría de dedicar los muchos heptasílabos del poema titulado «Patria, cuyo nombre no sé»?

Un primer rayo de esperanza se produjo cuando Don Rodrigo consideró muy acertada la propuesta de que la tesis versara sobre la venta CIF; y esa esperanza se convirtió en certeza cuando el doctorando, ya con tema de tesis, presentó a Uría unas cuantas páginas sobre la transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa mercantil, que consideraba podían constituir uno de los primeros capítulos de esa tesis. Uría leyó esas páginas detenidamente y, de forma inesperada, al término de la larga lectura, le dijo: «Esto hay que publicarlo inmediatamente. Hace usted una interpretación de los artículos del Código de comercio en contra de la que defiende Garrigues, que a mí nunca me ha convencido. No lo arregle. Lo podría estropear». Y el trato, hasta entonces distante, terminó para siempre. Casi inmediatamente Menéndez fue nombrado ayudante de clases prácticas. Tenía 24 años.

3. Pero volvamos a las oposiciones a Cátedra de Universidad. Antes, ya Doctor –naturalmente, también con premio extraordinario–, había obtenido con el número uno la Cátedra de la pomposamente denominada Escuela de Altos Estudios Mercantiles de Bilbao –en realidad, una Escuela de comercio– en un tribunal presidido por Rodrigo Uría, en el que como lección presentaría un trabajo –los auxiliares del empresario– destinado a convertirse en un clásico sobre la representación mercantil–. En 1955 se incorporó a la Escuela; y contrajo matrimonio con Mercedes, su novia desde hacía once años, que habría de ser su apoyo y su complemento a lo largo de la vida, y madre de sus siete hijos; y, al crearse, por Decreto del Ministro Joaquín Ruiz Jiménez, la Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, adscrita a la Universidad de Valladolid, pasó a compatibilizar la Cátedra de la Escuela con la Secretaría de la nueva Facultad –de la que, a distancia, era decano José Girón Tena– y con las enseñanzas en ella de las asignaturas de Derecho privado.

4. ¿Cómo fueron las oposiciones a Cátedra de Universidad? Por fortuna se conserva el cuaderno en el que Joaquín Garrigues apuntaba lo que consideraba más relevante de cada ejercicio.

Las oposiciones se iniciaron el 17 de octubre de 1957, diez días después de la presentación. En el primer ejercicio, sobre la vida y la obra realizada, Aurelio Menéndez citó a San Agustín y, al explicar la vocación por la docencia, la cita fue de Laín. Al final, en ese cuaderno escribe Garrigues: «Bien. Preciso. Claro. Dueño de la palabra. Buenas dotes de exposición». En el segundo ejercicio, sobre el concepto, método y fuentes del Derecho mercantil, también recibió un juicio muy positivo.

La lección magistral, estuvo dedicada al seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro. El cuarto ejercicio, la explicación del profesor sobre un tema del propio programa, elegido por sorteo, se inició a las 9 de la noche y versó sobre la empresa en quiebra, deteniéndose el opositor en la exposición de las especialidades de régimen jurídico de la quiebra de las sociedades mercantiles. En el quinto ejercicio, el Tribunal propuso el comentario del artículo 466 del Código de comercio, en el que, tras prohibir el endoso de las letras de cambio no expedidas a la orden, ni de las vencidas y perjudicadas, se declaraba lícita la transmisión del crédito cambiario «por los medios reconocidos en el Derecho común». Y en el sexto, el sorteo de entre los veinticinco temas en su día fijados por el Tribunal, hizo que los opositores tuvieran que ocuparse de la autoentrada del comisionista.

El 7 de diciembre de 1957 tuvo lugar la votación. Aunque posiblemente Aurelio Menéndez había hecho la mejor oposición, el Tribunal, no sin discusión, decidió dar el número uno a Miguel Motos, que ya tenía treinta y nueve años. Motos era discípulo granadino de Antonio Polo durante el destino forzado de este en la Universidad de Granada. Sin embargo, el civilista Antonio Hernández Gil, que formaba también parte del Tribunal, se negó a esta solución y votó a Menéndez para el número uno. El número tres fue para el más joven, Fernando Sánchez Calero.

III.

1. Aurelio Menéndez eligió la Cátedra de la Universidad de Santiago de Compostela, de la que era Rector Legaz Lacambra y en cuya Facultad de Derecho habría de establecer una relación de estrecha amistad con Sebastián Martín-Retortillo. A poco de incorporarse a la Universidad de Santiago, Menéndez habría de emitir su primer dictamen, que versó sobre el sistema de representación proporcional para acceder al Consejo de administración.

No fue larga la permanencia en aquella Universidad. A finales de 1959, el Boletín Oficial del Estado anunció que estaba vacante la Cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de Salamanca (que en 1943 había sido la primera ocupada por Uría). Aurelio Menéndez se apresuró a firmar la instancia para participar en el concurso de méritos, pero, con gran inquietud, pronto conoció que también había presentado esa solicitud otro Catedrático de Derecho mercantil, mucho más antiguo que él en el escalafón, aunque en situación de excedencia, y que, desde hacía tiempo, no se dedicaba a la docencia ni a la investigación. Al conocer que serían dos los participantes, Menéndez solicitó audiencia al Ministro de Educación Nacional, el también mercantilista Jesús Rubio García Mina, y, a pesar de su habitual prudencia y comedimiento, formuló al Ministro la siguiente petición: «Sólo le pido, Don Jesús, que el Tribunal esté formado exclusivamente por mercantilistas», y, tras una pausa, añadió: «¡Y que esos cinco los proponga mi contrincante!». Por Orden de 27 de octubre de 1960, Aurelio Menéndez fue nombrado Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Salamanca. En aquella Universidad habría de tener sus primeros discípulos: Mercedes Vergez y Aníbal Sánchez Andrés; y ser profesor de jóvenes llamados a destinos importantes en la Universidad y fuera de ella. Entre los primeros, Rafael Calvo Ortega y Fernando Rodríguez Artigas; entre los segundos, Arístides Royo y Fernando Ledesma.

2. Salamanca se presentaba como un destino de larga permanencia. No era razonable pensar en Madrid: otros muchos, más antiguos –como el propio Girón Tena – aspiraban con pleno derecho a cubrir la primera vacante que se produjera en la Universidad Central; y tampoco era razonable pensar en Oviedo, en la que enseñaba Julián Aparicio, que ocupaba la Cátedra desde 1949 y al que aún quedaban muchos años en activo. Pero en 1962, Aparicio, contra todo pronóstico, se incorporó al Claustro de profesores de la Universidad de Navarra, fundada algunos años antes. Oviedo apareció en el horizonte.

Por Orden Ministerial de 31 de enero de 1963, Aurelio Menéndez fue nombrado, por concurso de traslado, Catedrático de su querida Universidad de Oviedo. Allí estaban las dos familias; allí estaban muchos de los amigos. Oviedo era el origen y el destino. ¿El destino?

La vida es imprevisible y los sueños, incluso los más secretos, a veces se cumplen.

RECUERDO DEL PROFESOR AURELIO MENENDEZ

Ricardo Alonso Soto*

(i). Conocí al Profesor D. Aurelio Menéndez en el año 1963. Cursaba el segundo curso de la carrera de Derecho en la Universidad de Oviedo, cuando tuvimos noticia de la incorporación a la Facultad de Derecho de un joven catedrático de Derecho mercantil, procedente de la Universidad de Salamanca, que venía a sustituir a D. Julián Aparicio y tenía fama de ser un excelente Profesor, aunque demasiado riguroso.

Mi primera imagen del Profesor Menéndez es la de su entrada en el edificio histórico de la Universidad en la calle San Francisco, cruzando a un trote corto el claustro de la universidad, al tiempo en que sonaban las campanadas de las nueve en el reloj de la torre, para dirigirse al aula magna a impartir su clase de Derecho mercantil.

Nunca pensé en aquel momento en la incidencia que la incorporación de Aurelio Menéndez a la Universidad de Oviedo habría de tener en mi vida personal y profesional.

(ii). El conocimiento más profundo del profesor Menéndez lo tuve a partir del año 1965 cuando, por una parte, comienzo a cursar la asignatura de Derecho mercantil de cuarto curso (Plan 1953) y entro a formar parte, como alumno, del grupo de clases prácticas y del seminario; y, por otra, cuando soy nombrado en ese mismo curso «alumno auxiliar del seminario de Derecho civil», cuya cátedra desempeñaba D. Manuel Iglesias Cubría.

La idea de crear esta figura de alumno auxiliar de seminario (remunerada) procede del Profesor Menéndez y pretendía un doble objetivo. De un lado, abrir en horario de tarde las bibliotecas especializadas de las distintas áreas de conocimiento (los libros y revistas de cada área estaban depositados en los respectivos seminarios) para que pudieran ser utilizadas por los estudiosos y profesionales del derecho, ya que eran las únicas existentes en Asturias con una buena dotación. El alumno auxiliar, además de mantener abierto el seminario, ayudaba

* Catedrático Emérito de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

en (por no decir hacía) las tareas de catalogación y clasificación de los libros organizando el fichero por autores y materias. De otro, incorporar alumnos brillantes de los últimos cursos de carrera a la vida académica para fomentar vocaciones universitarias.

A la vista de los resultados considero que ambos objetivos se cubrieron con creces y tuvieron bastante éxito. Citaré como ejemplos, en el primer aspecto, que las bibliotecas comenzaron a utilizarse por algunos pocos alumnos y bastantes profesionales; y, en el segundo, que de la decena de alumnos auxiliares de seminario de mi época (1965-1967), cinco (Miguel Bajo, Faustino Fernández Miranda, Enrique Rayón, Gil Carlos Rodríguez Iglesias y yo mismo) seguimos la carrera universitaria.

(iii). Como profesor D. Aurelio era claro, conciso, brillante y extraordinariamente didáctico. Explicaba el derecho mercantil contenido fundamentalmente entonces en el Código de comercio de 1885, que era, como él decía, el código de la tienda y el almacén pero abarcaba también, en sus lecciones, la organización y el funcionamiento de la moderna empresa y los nuevos ámbitos en los que se desarrollaban las operaciones comerciales, poniendo especial énfasis en el auge del comercio internacional (hoy hablaríamos de globalización) y en la labor de los organismos internacionales, como UNCITRAL, así como también en la elaboración de leyes uniformes como vía de futuro. Estas cualidades le han sido reconocidas unánimemente por todos los que fueron sus alumnos. Verle y oírle leer los artículos del Código de comercio era todo un espectáculo, ya que parecía que estuviera recitando versos.

A las cualidades docentes unía la afabilidad en el trato personal. Siempre estaba dispuesto a atender a los alumnos para ayudarles a resolver cuestiones relacionadas con la asignatura de Derecho mercantil y también problemas de tipo personal. Se interesaba por las circunstancias personales de cada alumno. En este sentido resulta sorprendente la lectura de las fichas de sus alumnos de aquella época (a las que tuve acceso, no estando regulada la protección de datos, cuando fui nombrado Profesor de derecho mercantil) en las que, junto con las anotaciones relativas al seguimiento de la asignatura, aparecían otras pertenecientes a la vida personal como, por ejemplo, realización de otros estudios o sus aficiones musicales, literarias o deportivas.

(iv). Desde su cargo de Vicedecano de la Facultad de Derecho (en aquellos tiempos no había más que un Vicedecano), impulsó la renovación de la misma tanto en cuanto a su organización interna como en su proyección social.

En este aspecto hay que destacar:

La revitalización del *Instituto de Estudios Jurídicos* que presidía D. Ramón Prieto Bances, dotándole de actividad hacia el exterior mediante la organización de ciclos de conferencias y seminarios de las distintas áreas jurídicas.

La creación del «*Aula Jurídica Profesor Miguel Traviesas*», que fue un foro de debate jurídico sobre temas de derecho privado en el que participaban abogados, jueces, notarios,

registradores y profesores universitarios. Por medio de esta iniciativa, los miembros de la Cátedra de Derecho mercantil tuvimos la ocasión de conocer a los grandes maestros de la disciplina (J. Garrigues, R. Uría, J. Girón, A. Polo).

La puesta en funcionamiento del *Instituto Universitario de la Empresa* para suplir la carencia de una Facultad de Ciencias Económicas en la Universidad de Oviedo.

La implantación de la ya citada figura de *los alumnos auxiliares de seminario*.

(v). También impulsó la modernización de la enseñanza del Derecho mercantil en la licenciatura introduciendo las siguientes novedades: cambió la forma tradicional de realizar los exámenes, mayoritariamente de carácter oral, por un sistema de examen escrito en el que el alumno disponía, al comienzo del mismo, de seis minutos para consultar los textos legales y las fichas que hubiera realizado de las lecciones del programa; posteriormente lo escrito era leído por el alumno ante un tribunal calificador que podía hacer preguntas complementarias sobre los temas del examen. Estableció una metodología docente para los dos cursos de Derecho mercantil consistente en dividir las enseñanzas en dos ciclos: el primero, que se desarrollaba entre los meses de octubre y enero, en el que se explicaban las instituciones básicas de la parte correspondiente y del que el alumno se examinaba a finales de enero; si aprobaba, pasaba al segundo ciclo, que duraba de febrero a junio, en el que se llevaban a cabo prácticas, seminarios temáticos y trabajos en grupo. Los alumnos que no aprobaban el primer ciclo tenían clases de recuperación y un nuevo examen en el mes de junio.

(vi). Su plena dedicación a la universidad no le impidió participar en tareas prelegislativas de elaboración de anteproyectos de normas por encargo de los Ministerios de Justicia y Hacienda, ni asomarse a la práctica jurídica, como consultor o experto, emitiendo dictámenes y opiniones legales sobre distintos temas.

(vii). Al licenciarme en derecho en el año 1967 y a la vista de mi intención de seguir la carrera universitaria en el ámbito del derecho privado, por consejo del Profesor Iglesias Cubría, que consideraba que podría tener un mejor futuro en el campo del Derecho mercantil, entré en contacto con el Profesor Menéndez que me aceptó como discípulo y me propuso incorporarme a la Cátedra de Derecho mercantil (entonces no existían institucionalmente los departamentos universitarios ni las áreas de conocimiento), integrada en aquel momento por los Profesores Aurelio Menéndez, Luis Carlón y Juan Luis Iglesias, como Profesor ayudante de clases prácticas.

A partir de ese momento comienza su auténtico magisterio. Un magisterio a la vieja usanza que comprendía un contacto constante, una enseñanza personalizada y una participación activa en todas las actividades de la cátedra, incluido el café de media mañana en el Alvabusto (un café de los antiguos, situado enfrente de la Universidad, en el que solían reunirse los profesores a la hora del café de la mañana o de la sobremesa, ya que en esa época no había ninguna cafetería en la universidad), con respecto al cual D. Aurelio había establecido la regla, que mantuvo a lo largo de su vida, de que siempre pagaba el de mayor

categoría o antigüedad. En definitiva, pasábamos la mayor parte del tiempo de nuestra vida en la universidad (unas diez horas diarias).

Me indicó las lecturas imprescindibles para mi formación y me iluminó sobre su interpretación. Me aconsejó prepararme todas las lecciones del programa de Derecho mercantil. Me inició en la investigación y en la práctica del Derecho. Y dirigió mi tesis doctoral sobre «La provocación del siniestro en el contrato de seguro».

Como único superviviente de esta etapa, puedo relatar que sometía a discusión sus trabajos académicos y los del resto de los profesores de la cátedra. Recuerdo a este respecto los debates sobre los temas: la responsabilidad del naviero por actos del capitán (A. Menéndez), la extinción de la sociedad anónima (Luis Carlón), la delegación de facultades en la sociedad anónima (Juan Luis Iglesias), la cogestión (A. Menéndez) o sobre algunos aspectos de mi tesis doctoral. También nos planteaba diversas cuestiones sobre los temas profesionales en los que participaba entre los que cabe destacar la quiebra de la Barcelona Traction o la suspensión de pagos del Banco de Siero. Asimismo nos facilitaba el acceso a empresas, sociedades e instituciones, como la Bolsa de Madrid (en la época en que la contratación de valores se desarrollaba en corros y a la voz), el Registro mercantil de Oviedo, el Banco Herrero (donde tuve ocasión de asistir, por primera vez, a una junta general de accionistas), el Banco Asturiano (donde conocimos el funcionamiento de los depósitos de custodia de acciones de sociedades mercantiles) o la sociedad agraria de transformación Central Lechera Asturiana.

Por último, me enseñó a dar clase. En relación con esta cuestión, diré que asistió a mis primeras clases como un alumno más, tomaba notas y al término de las mismas me formulaba observaciones y recomendaciones sobre el contenido, el ritmo y la recepción por los alumnos de los conocimientos que trataba de transmitir.

En definitiva, mantenía con sus discípulos una relación cuasi-familiar y nos cuidaba como la gallina a sus polluelos.

El Profesor Menéndez se ha referido en numerosas ocasiones, con nostalgia y admiración, a aquel equipo que formó en la Universidad de Oviedo, resaltando especialmente los sueños que juntos tuvimos sobre la enseñanza del derecho mercantil y la renovación de la universidad española y señalando que aquella época constituía uno de los recuerdos más gratos de su vida.

(viii). En el año 1968 se producen varios acontecimientos que tendrían especial relevancia para el Profesor Menéndez y el citado equipo tanto en el plano personal como profesional:

- La revuelta de los estudiantes universitarios franceses en mayo de 1968 que popularizaron graffitis como "Sed realistas, pedid lo imposible", "Olvida lo que has aprendido, comienza a soñar" o "En los exámenes responde con preguntas", que sintetizaban un nuevo modo de entender la vida, la sociedad y la universidad.

- El acceso de Luis Carlón a la cátedra de escuelas de comercio, junto con los profesores Mercedes Vergéz y Aníbal Sánchez, antiguos alumnos y discípulos del Profesor Menéndez, procedentes de su etapa en la Universidad de Salamanca.
- La incorporación de D. Aurelio Menéndez al equipo de juristas que defendió al Reino de España ante el Tribunal de La Haya en el caso de la quiebra de la Barcelona Traction, que culminó con una sentencia favorable a los intereses de nuestro país.
- La creación de las Universidades Autónomas de Madrid, Barcelona y Bilbao.

Y, por lo que a mí se refiere, la estancia en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Libre de Bruselas para cursar estudios de derecho comunitario europeo.

No conozco de primera mano cómo se desarrolló el proceso de captar al Profesor Menéndez para la Universidad Autónoma de Madrid. Considero que había llegado un momento en el que el contexto profesional de Oviedo se le había quedado pequeño y vio una oportunidad de futuro en su traslado a Madrid. Creo también que influyó en esta decisión, por una parte, el atractivo y la ilusión de poder participar en la renovación de la universidad española por medio de la creación de una universidad de nuevo cuño, y, por otra, la oferta del Profesor Uría de incorporarle a su despacho de abogado.

Yo me enteré de esta decisión a finales del mes de agosto de 1969, cuando, al regreso de mi viaje de novios (había contraído matrimonio el 30 de junio de 1969), le visité en Gijón para hablar de mi tesis doctoral y de la organización del próximo curso académico 1969-70. Lo primero que me dijo fue que le habían ofrecido la Cátedra de derecho mercantil de la nueva Universidad Autónoma de Madrid con la intención de que fuera el organizador de su Facultad de Derecho y que había aceptado; y, acto seguido, me comunicó que había conseguido también la dotación de dos plazas de profesor adjunto contratados por un periodo de tres años, prorrogables por otros tres (con una retribución que triplicaba lo que yo cobraba en la Universidad de Oviedo), y que le gustaría que me viniera con él a Madrid para ocupar una de esas plazas y participar en un proyecto tan atractivo como el de crear *ex novo* una universidad, que además, según le habían garantizado, dispondría de una gran libertad y autonomía organizativa y presupuestaria. Acepté de inmediato sabiendo que mi mujer compartiría esta decisión. La otra plaza terminaría siendo ocupada, tras algunas dudas y vacilaciones, por el Profesor Juan Luis Iglesias Prada.

D. Aurelio Menéndez fue nombrado catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, Director del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales en 1969 y, creada la Facultad de Derecho, fue designado Decano Comisario (terminología típica de la época) de la misma y, en su condición de tal, miembro de la Comisión Promotora de la Universidad Autónoma de Madrid.

El Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales estaba ubicado en el edificio de la antigua Escuela de Ingenieros de Caminos, Canales y

Puertos en la calle Alfonso XII, dentro del parque del Retiro, e integrado por las siguientes áreas de conocimiento, correspondientes a las asignaturas que se impartían en dicha Facultad, y los profesores que se citan a continuación: Derecho Mercantil: Aurelio Menéndez, J.L. Iglesias, R. Alonso, M. Vergez, A. Pérez de la Cruz y A. Rojo; Derecho Administrativo: E. Manzanedo, J. Hernando y E. Gómez Reino; y Derecho Laboral: J.M. Almansa Pastor, J. Sánchez Cervera y M. Palomeque. Y como secretaria del departamento, María Angeles Cuscó (Lina). Desde él se planificó la Facultad de Derecho.

Por otra parte, la participación en el pleito de la Barcelona Traction sería el germen que llevaría a D. Aurelio, unos años más tarde y una vez consolidada la Facultad de Derecho de la UAM, a su incorporación a la práctica de la abogacía y a la transformación del despacho tradicional de D. Rodrigo Uría en un despacho colectivo moderno dedicado al derecho de los negocios: la actual firma Uría-Menéndez.

(ix). En el curso 1970-71 comienza a funcionar la Facultad de Derecho de la UAM en un edificio provisional perteneciente a la Dirección General de Bibliotecas del Ministerio de Educación y Ciencia, situado en la calle Felipe el Hermoso de Madrid.

Las principales innovaciones que incorporaba la nueva Facultad eran: la contratación de los profesores en función de los objetivos de la Universidad, descartando el sistema de la antigüedad o la necesidad de ser funcionarios. La selección de los alumnos. Y un nuevo plan de estudios dividido en tres años de enseñanzas comunes, en los que se explicaban las asignaturas jurídicas tradicionales a nivel de instituciones y dos años de especialidad, pudiendo optar los alumnos por las especialidades de derecho público, derecho privado y derecho de la empresa, en los que se ampliaba la enseñanza de las diversas asignaturas a otro nivel y se completaba con clases prácticas y seminarios.

El 25 de octubre de 1971 se inauguró el campus universitario de Cantoblanco con capacidad para 10.000 estudiantes, en el que se instalaron cuatro de las cinco Facultades con que contaba la Universidad: Filosofía y Letras, Derecho, Ciencias y Ciencias Económicas y Empresariales. La Facultad de Medicina se instaló en un edificio del conjunto hospitalario de La Paz.

La aventura autonómica finalizo en el año 1973 en el que, como consecuencia del clima de protesta universitaria y el boicot de los estudiantes a los exámenes finales, se cerró la Universidad Autónoma de Madrid durante un curso académico, se suspendió con carácter general el régimen de autonomía y las Universidades Autónomas pasaron a ser universidades de régimen ordinario. Sin embargo, pese a las dificultades surgidas en los años posteriores hasta el advenimiento de la democracia, la Facultad de Derecho no se desvió de su singladura original, mantuvo su esencia y permaneció fiel a sus principios fundacionales y, transcurrido un tiempo, consiguió el prestigio y reconocimiento que actualmente tiene.

Pero esta es otra historia, que no pertenece a la etapa universitaria asturiana, cuya rememoración me fue asignada, y que, por tanto, no me corresponde a mí desarrollarla.

MI RELACIÓN PERSONAL CON AURELIO

Gonzalo Rodríguez Mourullo*

Cuando Ángel Rojo me dijo telefónicamente que Aurelio había fallecido me emocioné, se quebró mi voz y fui incapaz de articular palabra. Tuve en aquellos momentos una sensación como no había vuelto a tener desde el fallecimiento de mis padres. Comprendí entonces una vez más que Aurelio fue para mí mucho más que el amigo entrañable y el admirado compañero de Facultad.

Fue la persona que en un momento determinado cambió el rumbo de mi vida personal, familiar y profesional. Y no hablo en términos metafóricos, sino reales.

Fue la de Santiago la primera Cátedra de Universidad de Aurelio, que había impartido docencia ya a otros niveles, pero yo no tuve la suerte de ser su alumno, porque cuando él se incorporó, yo estaba ya recién licenciado y ampliando estudios como becario en la Universidad de Roma. Si lo fue Matusa, mi mujer, que estudiaba en la misma Facultad, pero en cursos posteriores.

Mi relación con Aurelio y su esposa, la inolvidable Mercedes, una mujer que irradiaba bondad y ternura, comenzó en Oviedo siendo yo ya Catedrático.

El matrimonio Aurelio-Mercedes nos prestó una impagable ayuda para adaptarnos a la sociedad ovetense, de la que fue especial beneficiaria mi mujer, madre de dos bebés que se llevaban once meses de diferencia.

En el curso 1970-71 quedó vacante la Cátedra de Derecho Penal de Santiago, que obtuve por concurso de traslado, de la que tomé posesión ante el Rectorado de Oviedo, solicitando en el mismo acto quedarme en comisión de servicios hasta el 30 de septiembre, para no interrumpir el curso.

* Catedrático Emérito de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Con ello estaba convencido de que se colmaban todas mis aspiraciones. Retornaba a la Universidad de la que procedía, que me esperaba con los brazos abiertos hasta el punto de que nos habían asignado una de las viviendas existentes en el Campus para Catedráticos y volvíamos al seno de nuestras respectivas familias, con la ayuda que esto representaba para mi mujer.

Fue a principios de junio de 1970, cuando yo estaba pendiente de hacer los exámenes correspondientes y marcharme inmediatamente después a Santiago, cuando Aurelio se cruzó en mi camino.

Me llamó a su despacho para decirme que el Ministerio de Educación le había encargado la implantación de una nueva Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y que quería que yo le acompañase en esa aventura.

Le agradecí mucho la propuesta, que fue para mí una sorpresa mayúscula, pero le dije que mi destino estaba ya en Santiago, a donde me iría en cuanto hiciese los exámenes de junio.

A partir de ese momento insistió, supervalorando mis méritos, con el argumento de que en aquel entonces centralizado sistema mi destino antes o después estaba en Madrid. Me defendí todo lo que pude y al final me atrincheré en el argumento de lo beneficiosa que resultaba para Matusa la vuelta a Santiago y la ayuda de nuestras familias. Entonces me puenteó y se puso al habla directamente con Matusa, conocedor de lo mucho que, como antigua alumna, lo admiraba.

Cuando supe que había convencido a Matusa, me di por vencido y fue así como el uno de octubre me incorporé a esta Facultad que comenzaba su andadura, en vez de a la de Santiago, no sin que antes Aurelio, durante una muy calurosa segunda quincena de septiembre, nos acompañase a Matusa y a mí a recorrer distintas zonas de Madrid en busca de una vivienda de alquiler adecuada a nuestras necesidades.

Estoy seguro de que a quienes conocieron las dotes persuasorias de Aurelio no le extrañará que yo acabara cediendo.

Desde ese momento hasta que se jubiló permanecí universitariamente siempre a su lado, compartiendo satisfacciones y sinsabores –que alguno hubo– y beneficiándome en todo momento de su magisterio, porque Aurelio era un maestro universitario integral, un apasionado del Derecho sin adjetivos ni especialidades como acertadamente escribió Ángel Rojo. A todo lo cual añadía unas cualidades humanas excepcionales propias solo de los grandes maestros, que fueron oportunamente recordadas con motivo de su fallecimiento.

Aurelio, que fue desde joven uno de esos escogidos, llamados a triunfar en todo lo que se propusiese, tuvo una vida plena de éxitos como acredita su currículum. Cuenta Ángel Rojo en su preciosa semblanza «El joven Aurelio» que el joven Catedrático de Filosofía del Derecho Salvador Lissarrague, incorporado a la Universidad de Oviedo en 1945, le

obligó a leer el examen final ante sus compañeros de curso y, una vez concluida la lectura, sentenció con una frase que había de marcar una vida: «Con un ejercicio como este se gana una Cátedra de Universidad». Y es bien conocido que el inteligente Profesor Torcuato Fernández Miranda se convirtió en su maestro y le captó definitivamente para la Universidad, aunque no consiguió que se dedicase al Derecho Público. Los augurios de sus maestros de la licenciatura se cumplieron y Aurelio tuvo una vida llena de éxitos en todas las importantes actividades que desempeñó, como acredita su currículum. Pero me atrevo a decir, conociéndolo como lo conocí, que de todas las importantes responsabilidades que desempeñó, la que más le satisfizo, con diferencia, fue la fundación y desarrollo de esta Facultad. Esta Facultad era la obra de la que se sentía más orgulloso. Lo que no puede sorprender a nadie si se piensa que él, que fue todo lo que puede ser un jurista, lo que de verdad se sentía era un Profesor Universitario.

Esta Facultad inició su camino, como es sabido, partiendo del más absoluto cero, bajo la Dirección de Aurelio, auxiliado por dos Profesores provenientes, como él, de la Universidad de Oviedo, Juan Luis Iglesias Prada, un muy querido discípulo de Aurelio y yo mismo. Y como acabo de mencionarlo, permítanme que haga un paréntesis para dedicarle a Juan Luis, prematuramente fallecido, un afectuoso recuerdo y agradecerle todo lo que hizo por esta Facultad en los momentos iniciales como Secretario de la misma.

Como Director fundacional de la Facultad, Aurelio se propuso dos objetivos prioritarios: la elección del Profesorado y la formación de la Biblioteca, que tuve siempre la impresión que había pactado de manera firme e irrenunciable con el Ministerio en el momento de aceptar el encargo.

Respecto al primer objetivo Aurelio tenía muy claro que era una verdadera falacia hablar de Autonomía si no se reconocía a la Facultad capacidad para elegir a sus propios Profesores. Aurelio combinó hábilmente la contratación con los concursos tradicionales y el resultado fue que, en pocos años, esta Facultad contaba con un cuadro de Profesores envidiable, y me consta que en el periodo al que estoy refiriéndome no se produjo ninguna incorporación conflictiva, en contra del criterio de la propia Facultad.

La segunda gran preocupación de Aurelio, relacionada en cierto modo con la anterior, porque creía, con razón, que sin una buena biblioteca ningún buen Profesor sentiría atracción alguna por incorporarse a la Facultad, fue la formación de la Biblioteca.

La compra de libros fue una cuestión a la que, por, encargo de Aurelio, presté particular atención y puedo asegurar que en relación con la misma se notaba manifiestamente la gestión de Aurelio, porque el Ministerio nos dio prácticamente carta blanca, lo que nos permitió entrar en contacto con los principales anticuarios del mundo.

Recuerdo, como muestra, que alguna adquisición se hizo en Japón. De este modo el natural vacío anterior a 1970 pudo colmarse en lo esencial.

Así nació esta Facultad gestionada por Aurelio sin cuya intervención no habría llegado a ser la pujante Facultad que es hoy, como lamentablemente aconteció con otras Facultades de nueva creación.

Y dicho todo esto, vuelvo a mi relación personal con Aurelio.

Mientras Aurelio estuvo en activo nuestra relación fue prácticamente diaria y después se perpetuó por nuestra común pertenencia a algunas entidades y corporaciones.

Por no cansarles a Ustedes, voy a citar sólo dos: una entidad privada, el Consejo de la Editorial Cívitas, y una Corporación Pública, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

El Consejo de Cívitas estaba Presidido por Eduardo García de Enterría e integrado por Manuel Alonso Olea, Luis Díez-Picazo, Jesús González Pérez, Aurelio Menéndez y Rodrigo Uría (padre).

Un Consejo que parecía, como nos recordaba el Gerente cada vez que proponíamos la publicación de una obra que por la calidad enriquecía al catálogo, a sabiendas de su falta de rentabilidad, en vez de un Consejo de una editorial, un Consejo de una sociedad de autores. Y tenía razón ¡vaya Profesores!

Haber escuchado periódicamente durante tantos años a aquellos grandes maestros en las sesiones del Consejo, que al final se convertían en un coloquio sobre temas relevantes del Derecho fue para mí como la Universidad que me hubiera gustado tener en su día y no tuve.

El otro lugar de encuentro era la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Desde mi ingreso nos veíamos en la Academia con ocasión del pleno de Numerarios, que se celebra todos los lunes a las siete de la tarde, al que ni él ni yo solíamos faltar, y aprovechábamos para hablar de nuestras cosas.

Fue en la Academia, donde le vi por última vez.

La imagen de ese último encuentro la tengo congelada en el recuerdo, y no sé cómo agradecer a Aurelio la confianza y el afecto que me profesaba, que le llevaba a tenerme a su lado siempre que le era posible.

A su lado estaba cuando nació esta Facultad y a su lado seguía cuando la Facultad alcanzó su grado de excelencia, fruto a su vez de la excelencia de los distintos Departamentos que la integraban, entre los que se encontraba el de Derecho Penal que he dirigido, con un excelente cuadro de Profesores, entre los que se cuentan diez Catedráticos.

Haber asistido al nacimiento de esta Facultad y luego a su desarrollo y crecimiento durante más de medio siglo me deparó experiencias inigualables y que ahora, cuando el recorrido de mi camino está ya muy avanzado, al recordarlas, me llenan de satisfacción, y pienso, qué razón tenía Aurelio, cuando cambió mi rumbo y me convenció de que mi destino estaba aquí.

PALABRAS PARA AURELIO MENÉNDEZ

Francisco J. Laporta San Miguel*

Quienes han pensado este acto de homenaje quizá se han acordado de mí porque me di cuenta hace años de que había todo un mundo de personas para las que la vida de Aurelio Menéndez había significado mucho casi sin que ellas lo advirtieran. Yo soy una de ellas, y les agradezco que me den la oportunidad de ser su portavoz desde mi pequeña experiencia personal. Le escribí entonces a Juan Luis Iglesias diciéndole esto. Aunque en aquella ocasión se trataba de un homenaje de jubilación, quise que el mío fuera más el testimonio epistolar de un hombre que el mero estudio de un académico. Vuelvo a hacerlo ahora, en una ocasión aún más solemne. La muerte de un ser humano es dolorosa siempre para los que le son cercanos, pero es también ese momento excepcional desde el que se puede contemplar toda su vida. Aristóteles nos dejó dicho que la dimensión más alta de un ser humano se logra cuando se ha actuado con virtud una vida entera. Por eso he insistido yo estos días en que era necesario hacer una semblanza completa de todo su camino personal. Y para hacerlo hay que ir juntando los datos y testimonios de tantos y tantos como hemos experimentado que éramos mejores nada más que porque en torno a nosotros se había desarrollado la biografía de Aurelio Menéndez. De esos fragmentos surgirá sin duda lo que todos intuimos: la vida entera de un hombre recto. De esa clase de vidas cuyo ejemplo necesita siempre una sociedad, y en esta nuestra de hoy empezamos ya a necesitar desesperadamente.

Para contribuir a esa semblanza, voy a referirme brevemente a tres episodios de esa biografía que fueron, efectivamente, decisivos para iluminar y mejorar la mía. No es esto lo que importa, por supuesto, sino lo que pueda extraerse de ellos para recordar hoy esa vida suya. En primer lugar, está, naturalmente, su papel en la transición política española. Casi es una deuda para con él recordar episodios de aquel decisivo proceso político por el sabor a paradoja que ha acabado por tener. Como fue un claro éxito histórico, muchos pugnan por hacerlo suyo. No faltan, por cierto, los que tienden a exagerar su propio papel y olvidar el de los demás. Y están, del otro lado, los que, como las cosas no van tan bien

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

ahora, cuarenta años después, parecen querer cuestionar aquel momento político; los que lo consideran poco menos que un apaño. Frente a los primeros es necesario recordar que no fueron tantos quienes se comprometieron activa y claramente con él. Y muchos menos los que lo hicieron desde altas responsabilidades públicas antes de las elecciones de junio del 77. Con esa discreción suya tan elegante, también Aurelio se lamentó alguna vez de lo flaca que era la memoria para todo aquel proceso arriesgado e incierto que acabó por llevar a unos nuevos diputados, que ni se lo esperaban, a sentarse nada menos que en unas Cortes constituyentes democráticas. Hoy parece a veces que antes de eso no hubo nada, otras veces incluso que todo fue un enjuague sospechoso. Pero para llegar a la Constitución hubo que tomar decisiones muy valientes e inciertas, incluida naturalmente la de la reforma política. Y quienes lo hicieron fueron sin duda los que posibilitaron aquellas Cortes constituyentes. Hay ya pocas dudas de que en la cocina jurídica de ese proceso tuvo un papel importante Aurelio Menéndez. Algún día se estudiará detenidamente su actuación en la Comisión permanente de aquellas viejas Cortes, la encargada de determinar qué temas se decidían en pleno o en comisiones, y qué temas se hurtaban a ellos y podían ser regulados mediante un decreto-ley o un procedimiento de urgencia. Y el riesgo que se corría. Para devolver la soberanía a los españoles, que de eso se trataba, caminaron meses por un alambre. No creo ser el único que ha oído a Aurelio decir que con frecuencia no sabían ni lo que iba a pasar al día siguiente. Pero decreto-ley a decreto-ley se fueron despenalizando conductas y ampliando libertades. También dijo alguna vez, medio en broma medio en serio, que tanto se aficionó el presidente Suárez al decreto-ley que casi quiso hacer una Constitución con ese método. Pero allí estaba él, con algunos años de estudios constitucionales y un talante claramente liberal, para recordarle que aquello se llamaba «carta otorgada» y hacía mucho que estaba en desuso.

Hay que recuperar esto con el detalle y la justicia que requiere. Pero los que vivimos en el régimen autoritario anterior no olvidaremos nunca aquella sensación de humillación y vergüenza que se sentía ante un atropello arbitrario, el miedo difuso a una represión injusta, la incuria intelectual y la pobreza moral de aquel mundo. Que eso fuera siendo arrumbado y pudiéramos recuperar esa sensación de dignidad y de honor personal connatural a un orden de libertades, es una deuda impagable que tenemos con aquellos que lo hicieron posible. La transición política fue una proeza de individuos y de colectivos. Y no debemos traicionar su hondo significado. Por mi parte, he afirmado desde siempre que me transformó en un ciudadano pleno, con todos mis derechos. Que en ese proceso tuviera un papel destacado Aurelio Menéndez no hace más que acrecentar mi deuda con él. Es el primero de esos momentos decisivos para mi vida de los que tenía que hablar. Cómo llegó él a asumir una posición política tan claramente abierta y reformadora, tan liberal, en suma, es una parte de su historia intelectual que debemos reconstruir.

El segundo de esos episodios se produce en el desempeño de la cartera de Educación en ese gobierno de Adolfo Suárez. Se ha dicho en son de broma (él mismo lo relató alguna vez) que todo el profesorado estaba encantado con el Ministerio de Aurelio Menéndez

porque no hacía nada, y en particular porque no pretendió nunca hacer una reforma educativa. En cuanto a lo de la reforma educativa, puede ser, pero eso de que no hizo nada es claramente falso. Voy a recordar, entre otras, un par de cosas que sí hizo. Y las hizo él, no se hicieron antes, ni se hicieron solas. La primera, romper oficialmente la incomunicación legal entre exilio e interior, es decir, respaldar legalmente la vuelta de todos los intelectuales que así lo quisieran; la segunda, restituir sus bienes a la Institución Libre de Enseñanza. La primera no tuvo quizás una importancia tan grande en términos cuantitativos ya entonces, pero fue un gesto simbólico de profundo significado del que también habrá que hablar algún día. Pero es la segunda la que me llegó más personalmente, por mi cercanía a ella. En realidad, el decreto va firmado por su sucesor en la cartera, Íñigo Cavero, pero toda su preparación y las elucubraciones jurídicas que lo hicieron posible se hicieron en el mandato de Aurelio Menéndez con Juan Luis en la Secretaria General Técnica. Ahí está para demostrarlo la Orden Ministerial de 20 de junio de 1977 por la que se reconoce a la Fundación Francisco Giner y se la inscribe en el Registro (BOE 1 de julio 1977). La cosa no era fácil porque todas las organizaciones (políticas, sindicales, hasta algunos de los patrimonios personales afectados por la vengativa posguerra) estaban empezando a pedir la devolución de sus bienes incautados, y el gobierno no quería abrir del todo una cuestión como esa. Pero en este caso el encaje jurídico fue especial. Era una pieza de derecho de sociedades mercantiles. La Institución se había fundado como sociedad anónima en 1876, y su capital material lo integraban básicamente algunos bienes inmuebles. Obviamente ningún accionista se había presentado a reclamarlos. Por supuesto, en aquel ambiente fanático y agresivo de la posguerra era patente la imposibilidad de cumplir con su objeto social. Se podía, pues, tener por disuelta según la ley de anónimas. Pero sus bienes se atribuyeron a la Fundación Francisco Giner de los Ríos, a la que se reconoció y se inscribió, porque su fin fundacional era precisamente preservar el legado de la Institución Libre de Enseñanza. Me he preguntado a veces por qué Aurelio Menéndez mostró esa inclinación implícita hacia la Institución, por qué daba, por así decirlo, ese tipo tan de ella; por qué, en definitiva, desarrolló esa vocación personal hacia los problemas educativos. Y creo tener algunas respuestas. Tampoco son para contarlas en pocos minutos, pero en su historia personal hay demasiadas conexiones como para ignorarlas: por ejemplo, Rodrigo Uría había sido pensionado por la Junta para Ampliación de Estudios, y había vivido en la Residencia de Estudiantes. Todo el que lo conoció bien dice que tenía esa impronta característica. Los hermanos Garrigues se educaron en el Instituto-Escuela. Y fueron grandes amigos de Justino de Azcárate, con el que se llevaron las negociaciones sobre el patrimonio de la Institución. Y algún indicio más hay. El hecho es que siempre que Aurelio ha reflexionado sobre la relación entre profesor y estudiante, o en general, en temas de educación, la música que sonaba en el fondo, no sé si consciente, era la de la Institución Libre de Enseñanza. También esto habría que reconstruirlo poco a poco, quizás desde aquella maestra, doña Ángeles, que enseñaba en un piso en Gijón y fue capaz de contagiarle la curiosidad por todo. ¿No sería doña Ángeles una de aquellas maestras de la República, formada en los moldes institucionistas? Y, por cierto, no creo

que sea una casualidad que a la hora de diseñar con Antonio Pau el libro de sus poemas españoles predilectos, incluyera en él el emocionante poema de Machado a don Francisco Giner de los Ríos.

Y voy al tercer momento de su vida que fue crucial para la mía. Como los anteriores, es mucho más que un momento, es todo un cimiento perdurable: la fundación de esta Universidad, y en particular, la puesta en pie de esta Facultad de Derecho. De nuevo aparecen aquí melodías que suenan a Giner: cuidadosa selección del profesorado, grupos pequeños, educación activa, estímulo al estudiante, plan de estudios con atención al conocimiento de fundamentos («nunca se insistirá bastante» –le estoy citando– «en la importancia que tiene para nuestros juristas, una mayor atención a la Filosofía del Derecho…»). Esos eran los ideales, pero como él mismo recordó alguna vez melancólicamente, fueron poco a poco siendo víctimas del consabido agravio comparativo, tan propio del país. Todos café, faltaría más, aunque el café sea malo para todos. Pero mientras las cosas se iban medio frustrando por esa inercia a la baja tan nuestra, dio tiempo a crear un espíritu y un grupo de profesores y juristas del que ha salido no solo lo mejor de esta Facultad, sino también mucho de lo mejor de nuestro país. Ese paso del estatus al contrato para hacer posible la selección del profesorado, implicaba también el asumir el riesgo de elegir y la necesidad de unos criterios claros para hacerlo. Puede decirse que casi todo fue un acierto. Por lo que a la filosofía del derecho respecta Aurelio Menéndez no tuvo duda alguna. Los estudiantes deberían tener un curso de Teoría del Derecho y un curso de Filosofía y Sociología del Derecho. Y pensó en el entorno de Joaquín Ruiz-Giménez. Eso era entonces más difícil y arriesgado de lo que pueda pensarse ahora. Pero, como siempre, Aurelio Menéndez había saltado ya limpiamente a este lado de la historia. Un buen día del mes de mayo de uno de aquellos años Elías Díaz firmaba un contrato para asumir esas enseñanzas. Alguna vez he tratado de señalar lo que eso supuso para la teoría del derecho en España. Y con él me vine yo mismo. Desde la perspectiva puramente vocacional, ese fue seguramente el momento más importante de mi vida. Me unía a un grupo de colegas que practicaban el rigor, la crítica incesante y la innovación. Grupo, grupos que se fueron enriqueciendo por la especial atracción que tanto Elías como Aurelio tenían para los mejores estudiantes. Por hablar de uno solo: Alfonso Ruiz Miguel, estudiante de la primera promoción, brillante expediente, fue tentado por Aurelio para su cátedra de derecho mercantil, pero Elías Díaz le ganó la partida. Hoy es catedrático entre nosotros. Me atrevería a afirmar que casos similares pueden encontrarse en casi todas las especialidades de esta casa. Hoy son lo mejor del claustro de esta Facultad, que muchos dicen que es también la mejor del país. Como suele suceder, la tan denostada endogamia es solo una medida exterior, artificial, y da buenos o malos resultados según los criterios de fondo y la integridad moral con que se aplique. De la endogamia así practicada, con integridad y rigor, ha salido quizás la mejor generación de juristas de nuestro país. Y en ese ambiente de amistad, trabajo y exigencia, en perfecta sintonía con el espíritu que infundió a esta casa Aurelio, he pasado el resto de mi vida profesional, con mis libertades intactas y mis inclinaciones institucionistas cada vez más firmes. Debo, pues, decir con gratitud que soy una de esas

personas que ha disfrutado de muchas de las cosas más importantes que ha irradiado la personalidad y la vida de Aurelio Menéndez. Y eso me ha hecho mejor ciudadano, mejor profesor y mejor persona. Pero esto, si bien se mira, es algo que sucede siempre en torno a una figura humana tan excepcional como la suya. Muchas gracias.

RECUERDO DE AURELIO MENÉNDEZ

Cándido Paz-Ares Rodríguez*

I.

«¡No más maestros!» («*Plus de Maîtres!*») fue una de las consignas que florecieron en la Sorbona en mayo de 1968, hace ahora 50 años. Seguro que en algún momento coqueteé con ella, formaba parte de la ilusión emancipadora de una época. Pero hoy, tras haber pasado más de media vida junto a Aurelio Menéndez, tendría que impugnarla. Es cierto que ha habido maestros –y aun los habrá– que han maltratado o destruido a sus discípulos, quebrantando su espíritu, consumiendo sus esperanzas o aprovechándose de su dependencia, vulnerabilidad e individualidad. Mi experiencia con Aurelio Menéndez, y creo que la del resto de sus discípulos, está sin embargo muy lejos de ese estereotipo que ha servido para demonizar la propia categoría del magisterio. Nuestra experiencia compartida responde a un patrón muy distinto, al que Steiner pudo llamar «arquetipo del intercambio», basado en la confianza, la tolerancia y el afecto. Su rasgo definitorio es la osmosis: el discípulo aprende del maestro pero con la sensación gratificante de que el maestro también aprende del discípulo justo en el momento de recibir la enseñanza. El producto de esa singular interacción o diálogo es la amistad en el sentido más elevado de la palabra[1]. La amistad que me ha brindado Aurelio Menéndez y que he sentido y vivido a lo largo de muchos años es lo que, a fin de cuentas, me ha apartado definitivamente de aquel espíritu sesantaochista. Permitidme por ello que trace el retrato del maestro desde la perspectiva del discípulo obligado o agradecido. No serán más que unas pinceladas. Las primeras buscan poner un poco de paisaje en la estampa recordando lo que ha significado Aurelio Menéndez en el ámbito de nuestra disciplina, el derecho mercantil, y algo más allá de ella. Las restantes se vuelcan sobre la fisonomía interior del personaje, sobre algunas cualidades y calidades de la persona.

* Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

[1] En su hermoso ensayo *Lecciones de los maestros* (trad. esp., Siruela, Madrid 2016) George Steiner desarrolla esta idea con la debida complejidad.

II.

La diferencia entre el derecho mercantil de hoy y el derecho mercantil de hace cincuenta o incluso cien años tiene unos pocos nombres propios, y entre ellos despunta con perfil propio el de Aurelio Menéndez, cuya vida entera, examinada retrospectivamente, parece haber estado consagrada a la obra de renovar esta vieja disciplina, en todos sus dominios (primero fue el derecho marítimo, después vino el terrestre, provincia por provincia) y en todos los campos de batalla. La lucha de Aurelio Menéndez por el derecho mercantil e incluso por el derecho a secas se ha desarrollado efectivamente en todos frentes. Mencionaré solamente los más significativos, comenzando por el científico, en el que nos ha dejado una de las obras más sugerentes en el panorama de la ciencia jurídica española de su tiempo y, a decir verdad, también una de las más paradójicas. Digo esto porque, teniendo la vocación confesada de insertarse en el saber establecido –en el paradigma de lo que él ha denominado «la moderna escuela española del derecho mercantil»–, llevaba metida en sus entrañas la semilla de la superación. En su obra están trazados o, cuando menos, apuntados algunos de los caminos que habrían de conducir y están conduciendo ya al derecho mercantil del siglo XXI. La clave de su impulso anticipador y transformador radica en la proverbial tolerancia o apertura metódica, en la amplitud de miras y en la riqueza de cultura argumentativa de que hace gala en sus investigaciones. Justamente por este motivo su obra se ha hecho acreedora del más alto galardón a que puede aspirar un hombre de ciencia en el mundo de habla española, el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales.

Pero Aurelio Menéndez no fue sólo un hombre de ciencia. Fue también un hombre de acción, y así lo prueba su amplia labor emprendedora y reformadora. Como emprendedor –aunque esta vez quizá sería más exacta la palabra fundador–, debo destacar ante todo su decisiva contribución a la puesta en pie y desarrollo de esta Facultad de Derecho de la UAM y, casi coetáneamente, de la firma de abogados *Uría Menéndez,* dos instituciones fundamentales para entender el proceso de modernización del estudio del derecho y de la práctica de la abogacía en nuestro país.

En esta faceta tampoco puedo olvidar su contribución a la «reforma política» en los primeros y más convulsos tiempos de la transición, en la que fue mucho más que un Ministro de Educación. Fue un protagonista indudable de aquella gesta histórica como miembro del reducido núcleo que diseñó e impulsó el conjunto de decretos-ley a través de los cuales se produjo el desmantelamiento del antiguo régimen. Interpelado en tono áspero por un viejo dirigente franquista sobre si estaban pensando bien lo que estaban haciendo, nuestro hombre, consciente del curso irremediablemente veloz que había tomado la historia, tuvo muy clara la respuesta, a la que no faltó una pizca de sorna: «Mire Ud., la verdad es que no tenemos tiempo para pensar». Era la hora de actuar.

Abandonó pronto la política y regresó a su mundo profesional, no para ensimismarse, sino para proseguir desde él la obra renovadora, que siempre sintió como una obligación interior, como una misión de servicio. La más formidable reforma de la legislación mercan-

til llevada a cabo desde la promulgación del Código de Comercio no habría sido posible, en efecto, sin la perseverancia e inteligencia de quien ha estado al frente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación hasta bien entrado el presente siglo. Con razón ha podido decirse que Aurelio Menéndez ha sido «el motor de la renovación legislativa» del derecho mercantil en el siglo XX.

III.

Nada de lo que ha hecho Aurelio Menéndez en cualquiera de esos frentes es comparable, sin embargo, a lo que ha hecho posible hacer enseñando a otros y cumpliendo con la que ha sido su vocación más genuina o sustancial: «Mientras me quede algún aliento seguiré añorando, seguiré soñando con el magisterio, la captación para una tarea singularmente noble como es la tarea universitaria, porque sé que es fácil superarme y superándome hacer fácil aquello que no he sido capaz de hacer». De las muchas páginas que ha dedicado al tema, elijo estas palabras porque resumen con especial fuerza la moralidad y la felicidad –el *ethos* y el *pathos*– del magisterio de Aurelio Menéndez.

Me refiero a la moralidad de la propia superación, y al imperativo que impone de trabajar con la esperanza de que otros lleguen más allá que nosotros y de resistir la tentación de moldear o reproducir siempre al acecho del maestro (¡recordad el mito de Pigmalión!). Nos ha mostrado así que no hay oficio más privilegiado que enseñar: despertar en otros seres humanos poderes, sueños que están más allá de los nuestros, inducir en otros el amor de lo que nosotros amamos, hacer de nuestro presente interior el futuro de ellos. Esta triple aventura, que no se parece a ninguna otra, fue la aventura de Aurelio Menéndez.

De ello puedo dar fe en primera persona. A pesar de no sentir especial simpatía por el análisis económico del derecho y otras aficiones intelectuales que desarrollé tempranamente, no me faltó nunca su aliento. Jamás dejó de animarme a la exploración ni de apoyarme en un contexto académico –me refiero al de los mercantilistas en la época de mi formación– no siempre caracterizado por la apertura de miras. En este instante recuerdo, parece como si lo estuviera viendo, la disimulada satisfacción con que siguió en el seminario que él dirigía en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia el desarrollo de mi replica a la acerba crítica formulada por un conocido y respetado colega a ciertas tesis metódicas que yo había defendido (la posibilidad y oportunidad de apelar a la economía política para construir una jurisprudencia racional), sobre todo en el momento en que le reproché o afeé el tono eclesiástico de su diatriba, en la que me sentí tratado como oveja descarriada. «Muy bien, muy bien», me dijo sigilosamente al disolverse la reunión, con tono cómplice y efecto reconfortante. La actitud de Aurelio Menéndez en este aspecto, dirigida a fomentar la individualidad de sus discípulos, a ayudar a que salga fuera lo mejor de cada uno de nosotros, ha sido siempre ejemplar. El progreso, pensaba con razón, se detiene cuando las escuelas se convierten en iglesias.

La moralidad, pero también he de aludir a la felicidad. No hay duda de que la Universidad ha sido el refugio más profundo, más seguro, más dulce que ha encontrado Aurelio Menéndez para abrigarse de los rigores y de los azares de la vida. El mismo lo confesaba hace no mucho reconociendo que en ella «están buena parte de las horas más felices que he vivido». Nada de esto pasaba desapercibido. Cuando se le veía en el aula o en el seminario o cuando se le adivinaba en la penumbra del estudio, frente al papel en blanco, escribiendo poco importa si era sobre el ánimo de lucro en la sociedad anónima, sobre la importancia de las escuelas para el progreso científico o sobre la enigmática relación que media entre lo justo y lo jurídico (por citar algunos de los temas de sus últimas publicaciones), uno le veía gozando, y ese es el goce que transmitía a quien le escuchaba o a quien le leía: el goce de una inteligencia aguda y poderosa (es sorprendente cómo su mirada penetraba la superficie de las normas para alcanzar la médula decisiva del derecho); el goce de la claridad (es también asombrosa la transparencia, la cristalinidad, la linealidad de sus argumentos); el goce de la tolerancia (tan prodigiosamente encarnada en la suavidad de su estilo: «tal vez», «parece»...). Sus discípulos, esa larga nómina de catedráticos y profesores diseminados por las Universidades españolas, lo sabemos bien. E igualmente lo supieron bien sus alumnos –en Santiago de Compostela, en Salamanca, en Oviedo y en esta Universidad Autónoma–, para quienes una lección de Aurelio Menéndez fue siempre una lección sobre la lección.

¡Lástima que no todos la hayamos asimilado bien cuando nos enseñó a enseñar! Permitidme que evoque ahora, con nostalgia y gratitud, otro episodio de mi relación con el maestro. Recién doctorado, dentro del curso de Derecho Mercantil II que él impartía aquel año, me encomendó la explicación del programa derecho cambiario, y no precisamente para liberarse de una carga. Su carga consistió en asistir puntualmente a cada una de mis clases durante aquel trimestre, después de las cuales tomábamos un café en la vieja cafetería de Martín. El primer día, consciente del ímprobo esfuerzo que había hecho para preparar la lección inaugural, no quiso decepcionarme. Valoró el trabajo, me felicitó («Me impresiona lo que sabe Ud.», algo así de exagerado debió decirme para darme ánimos), pero no dejó de observar al final, elegantemente, que debía contenerme: «Tiene Ud. que contarles menos cosas y más sencillas». Al día siguiente me contuve, pero no suficientemente. «Debe Ud. centrarse en lo esencial, y sólo es esencial lo que los alumnos pueden comprender. Lo demás de poco vale». Y así, día a día, durante los dos o tres meses que duró aquel curso inolvidable de derecho cambiario, siguió insistiendo en la necesidad de enseñar más con menos. Ya lo dije: no sé si la aprendí debidamente, me temo que no, pero para mi fue una gran lección.

Por ello y por muchas cosas más tengo que decir que la alegría que he experimentado cuando he aprendido del maestro y cuando le he comprendido no logra en modo alguno aliviar la pena de su muerte. Más bien me hace enfurecer por el desperdicio que supone. Ya no habrá tiempo para otra lección.

IV.

Voy terminando. En más de una ocasión Aurelio Menéndez se ha lamentado de la dispersión que ha introducido en su vida la necesidad de atender a tantos y tan diversos quehaceres, dejando así que asomara al exterior eso que Raymond Aron llamaba la nostalgia del hombre de ciencia. Los demás vemos sin embargo una continuidad maravillosa, casi milagrosa, entre la ciencia del derecho, la enseñanza del derecho, la política del derecho y la práctica del derecho tal y como han sido vividas por Aurelio Menéndez, y pensamos que si fue un Maestro (con mayúsculas) del Derecho (también con mayúsculas) es porque en esa milagrosa amalgama ha sabido forjar y trasmitirnos a todos un ideal de jurista, digno de ser admirado y emulado. No se trata de un simple ideal intelectual; es también un ideal moral –un ideal de vida en el derecho– y hasta un ideal de carácter, que nuestro hombre ha moldeado conteniendo y templando dos fuerzas de signo inverso: la nostalgia del hombre de ciencia y la impaciencia del hombre de acción. El resultado de esa combinación fue un talento especial para idear estrategias de renovación capaces de incrementar gradualmente la tolerancia del medio –sea político, institucional, doctrinal o profesional– para el cambio a que permanentemente aboca la lucha por el derecho y la lucha por la justicia. Las materias primas con que se fabrica dicho talento, sin duda el más valioso del jurista, las tenía sobradas Aurelio Menéndez. Me refiero al buen juicio (esa especial disposición para la deliberación, para medir, ponderar y sopesar); a la sabiduría práctica (la habilidad para vivir y trabajar en la permanente tensión que surge entre los ideales y las tenaces exigencias de la realidad); a la imaginación moral (la facilidad para descubrir compromisos entre la ética de los principios y la ética de la responsabilidad); a la capacidad para simpatizar con un amplio espectro de puntos de vista conflictivos; también a la tolerancia (ahora ya no como actitud del conocimiento o como cualidad del estilo, sino como talante de vida) y, en definitiva, a esa suprema virtud que llamamos prudencia. Estas son las virtudes por excelencia del jurista, las virtudes sobre las que descansa la excelencia del maestro.

V.

Y ahora sí termino con dos versos fúnebres en los que resuena la voz de Cicerón: «Este es nuestro maestro famoso, silencioso y muerto, / al que llevamos sobre nuestros hombros», aunque también podría decir «sobre cuyos hombros reposamos o nos encaramamos nosotros»[2].

[2] Se trata de los primeros versos del poema de Robert Browning «A Grammarian's Funeral», citados y encuadrados en la tradición clásica grecorromana por Steiner en su libro antes referido (*ibid*, pp. 73 y 172).

ARTÍCULOS

CONCURSO DE ACREEDORES Y VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA: ANÁLISIS DE LOS LÍMITES A LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD*

INSOLVENCY PROCEEDINGS AND THE DISPOSAL OF A PRODUCTION UNIT: ANALYSIS OF THE LIMITS ON RELEASE FROM LIABILITY

Geraldine Bethencourt-Rodríguez**

Resumen: La empresa, sea en su integridad o parcialmente, puede ser objeto de negocios jurídicos en sede de concurso. La Ley Concursal contempla la transmisión de unidades productivas con el objetivo de lograr una mejor satisfacción de los acreedores. A efectos laborales, esto supone que durante la vigencia de las relaciones laborales puede producirse la sustitución o cambio del sujeto que ocupa la posición de empleador. Tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014 se introduce un precepto en la Ley Concursal que regula las especialidades de la transmisión de unidades productivas en sede de concurso (art. 146 bis). Lo dispuesto en este artículo se aplica tanto a la transmisión que se produzca en la fase común, como a la que tenga lugar como contenido de un convenio o en sede de liquidación. A este respecto, merece especial atención la configuración de la unidad productiva en la Ley Concursal y los límites a la exoneración de responsabilidad contemplados en la normativa concursal.
Palabras clave: Sucesión de empresa, unidad productiva, contratos laborales, exoneración de responsabilidad.

Abstract: Companies, whether in part or in whole, can be the subject of legal transactions during insolvency proceedings. The Insolvency Law allows production units to be disposed of for the purpose of ensuring better satisfaction for creditors. For employment purposes, this means that during the time that employment relations remain in force, the entity that is defined as being the employer may be changed or replaced. Following the reforms introduced by Royal Decree Law 11/2014, an article was added to the Insolvency Law governing the special circumstances applicable to the disposal of production units during insolvency proceedings (art. 146 bis). The provisions of this article apply both to disposals occurring during the common stage and to those occurring as a result of a settlement or as part of the liquidation process. In this regard, special attention should be paid to how production unit is defined in the Insolvency Law, along with the limits on release from liability envisaged in the insolvency regulations.
Keywords: corporate succession, production unit, employment contracts, release from liability.

---

* Fecha de recepción: 4 de abril de 2018.
Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2018.

** Investigadora en formación del Programa de Doctorado en Derecho y Economía de la CEU Escuela Internacional de Doctorado (CEINDO). Correo electrónico: gbethencourtr@hotmail.com.

Sumario: I. PLANTEAMIENTO; II. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL; III. LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA LEY CONCURSAL; IV. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL ÁMBITO CONCURSAL Y LOS LÍMITES A LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD; V. ALCANCE DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DEL CONCURSO SOBRE LA SUCESIÓN DE EMPRESA; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

La empresa, sea en su integridad o parcialmente, puede ser objeto de negocios jurídicos en sede de concurso[1]. La Ley Concursal contempla distintos supuestos en los que la empresa del concursado o algunas de sus unidades productivas pueden ser transmitidas a un tercero como medio para lograr una mejor satisfacción de los acreedores[2].

---

[1] En el negocio traslativo que se inserta en el marco de un procedimiento concursal ya no se atiende solamente a los intereses contrapuestos de las partes interesadas en el mismo, sino también a otros intereses diversos, singularmente los intereses de los acreedores, a cuya satisfacción está orientado todo el procedimiento. En consecuencia, esta situación hace que ese negocio traslativo presente, además de las dificultades inherentes al mismo en situaciones no concursales, el deber de cumplir necesariamente con unos requisitos específicos sin los cuales la transmisión no se podría efectuar. En este contexto, como bien señala Alonso Ledesma, la referencia a la empresa se hace en sentido objetivo, esto es, como conjunto agregado de bienes y derechos organizados por la actividad del empresario o, si se quiere, conforme a la terminología empleada por la Ley Concursal: al establecimiento. V. ALONSO LEDESMA, C., «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal», *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, E-Prints Complutense, núm. 40 (2011) (en línea), pp. 4 y ss.

A juicio de Fernández Seijo, la normativa concursal ha supuesto un avance en cuanto el esclarecimiento del régimen jurídico de la transmisión de empresa. Se han configurado dos cauces distintos (fase de convenio y fase de liquidación) para poder realizar la transferencia de activos considerados como un conjunto articulado de elementos materiales, inmateriales e incluso personales. V. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2012, p. 2806.

[2] La venta de unidad productiva permite poner en valor elementos de la compañía que, de otro modo, resultarían irrealizables. En este sentido, como bien señala Herrera Cuevas, la «venta en globo» de una empresa o de una unidad autónoma de la misma, además de servir como medio de satisfacción de los acreedores, también permite aprovechar el valor añadido de la cohesión de elementos patrimoniales, derecho y expectativas del negocio en funcionamiento, y de esta forma evitar la destrucción del patrimonio empresarial a la que conduce la forma tradicionalmente disgregada en que se ha abordado la liquidación concursal. En la misma línea, Gutiérrez Gilsanz señala que tiene más valor en términos económicos un complejo patrimonial organizado y en funcionamiento que uno que ha dejado de funcionar. V. HERRERA CUEVAS, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», *RDCyP*, núm. 9 (2008), pp. 147 y ss.; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La enajenación unitaria de empresa en la liquidación concursal», en ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos,* Madrid (La Ley), 2013, p. 276.

La enajenación de la unidad productiva cumple, al mismo tiempo, con otros intereses del concurso. Para Gallego, la satisfacción de los acreedores ya no es la finalidad exclusiva del concurso, también lo es la conservación de la actividad empresarial o profesional del concursado. Por su parte, De Ángel Yagüez y Hernando Mendivil destacan que «intereses del concurso» es un concepto jurídico deliberadamente indeterminado, pues, aunque no es para sanear empresas, la ley quiere facilitar la continuidad, y el interés del

La enajenación del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos permite cumplir con el objetivo esencial del concurso, esto es, la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores ya que posibilita la continuidad de la actividad comercial o profesional del concursado, aunque sea en manos de otro empresario, y ello favorece la satisfacción de los acreedores[3]. Es más, la venta de la unidad productiva se erige como una fórmula tendencialmente idónea no solo para satisfacer los derechos de los acreedores, sino también para la tutela de los distintos intereses confluyentes en el procedimiento (v. gr., proteger los intereses generales de la economía, conservar el tejido empresarial, mantener el empleo)[4].

---

concurso son los acreedores, protección del concursado, trabajadores y mercando en general. Por el contrario, Ripol Carulla identifica «intereses del concurso» con la satisfacción de los acreedores, siendo los demás intereses instrumentales a este. V. GALLEGO, E., «Art. 43 LC», en GALLEGO, E. (coord.), *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios,* t. I, Madrid (La Ley), 2005, p. 533; ÁNGEL YAGÜEZ, R., DE, y HERNANDO MENDIVIL, J., «Art. 43», en PRENDES, P. (coord.), *Tratado práctico concursal*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2009, p. 79; RIPOL CARULLA, I., «Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso», *RDCyP,* núm. 20 (2014), pp. 367 y ss.

Para un estudio en profundidad sobre el interés concursal, v. TIRADO MARTÍ, I., «El "interés concursal". Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal», *ADC*, núm. 1 (2009), pp. 89-142; del mismo autor, «Reflexiones sobre el concepto de "interés concursal" (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, núm. 3 (2009), pp. 1055-1107.

[3] Cordero Lobato señala que el reflejo de la preferencia de la Ley Concursal por la venta de unidades productivas se pone de manifiesto con las previsiones referidas a las enajenaciones que se contengan en la propuesta de convenio (art. 100.2 LC) y, sobre todo, con las disposiciones relativas a la liquidación, donde el plan deberá contemplar la enajenación unitaria siempre que sea factible (art. 148.1 LC) y, en ausencia de plan, habrá de procederse a la venta de unidades productivas, salvo que el juez considere más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de los elementos que la compongan (art. 149.1.1.ª LC). Es más, el solo hecho de que con la solicitud de concurso el deudor haya presentado un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de unidad productiva es determinante de la aplicación del procedimiento abreviado (art. 190.3 LC), con el efecto de una tramitación acelerada con apertura inmediata de la fase de liquidación (art. 191 ter, regla 1 LC). Para Malagón Ruiz, la expresión de la Ley Concursal de que «siempre que sea factible» se realice una enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos es un criterio de apreciación, esto significa que debe referirse a la mejor oferta de adquisición en términos de racionalidad económica. Así, hay que tener en cuenta la mejor rentabilidad para la masa de acreedores. A este respecto, es importante apuntar que el mencionado autor afirma que «no hay una obligación legal de ponderar la continuidad posible de la empresa y de las relaciones laborales, por más que sea de interés público».

En este orden de idea, cabe mencionar que también existen muchas experiencias judiciales sobre ventas unitarias en la fase común, verdaderas liquidaciones anticipadas realizadas al amparo de la autorización judicial del artículo 43.2 de la Ley Concursal. V. CORDERO LOBATO, E., «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», *Diario La Ley,* núm. 8272 (2014), (La Ley 1183/2014), pp. 1 y ss.; MALAGÓN RUIZ, P. J., «La transmisión de unidades productivas», *I Foro concursal del Turno de Actuación Profesional,* Bilbao, 2014, p. 3 (en línea). Disponible en <http://www.icjce-euskadi.com/PonenfiasForoConcursal2014/transmision-unidad-productiva.pdf> [Última visita, 09 de marzo de 2018].

[4] Si bien la Ley Concursal equipara la continuidad de la empresa con el mantenimiento de los puestos de trabajo y la satisfacción del crédito de los acreedores (art. 149.1.3.ª LC), algún autor afirma que el interés por el mantenimiento de la actividad debe considerarse al servicio de la conservación de la plantilla y de la maximización del valor de la masa activa. En la lógica de la Ley Concursal, el mantenimiento de la actividad económica de la unidad productiva permitirá la conservación o maximización del valor de la empresa y, a su

De esta forma, se posibilita que la finalidad solutoria del concurso sea compatible con la conservación de la empresa y la continuidad de su actividad[5].

Ahora bien, al margen de los efectos jurídicos que en sede de concurso puede tener la transmisión de unidades productivas, llama la atención que el legislador en la Ley Concursal, al igual que sucede en otros textos normativos, emplea conceptos jurídicos indeterminados sin proporcionar una definición clara de estos, si bien anuda a esos términos importantes consecuencias jurídicas[6]. Una vez más, los tribunales y la doctrina deben asumir la responsabilidad de dotarlos de contenido y definirlos[7].

---

vez, impedirá la destrucción de puestos de trabajo. En definitiva, la conservación de la empresa tiene carácter instrumental respecto a la finalidad de satisfacción del derecho de crédito de los acreedores. V. ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de empresa en la Ley Concursal,* Cizur Menor (Civitas), 2006, p. 34.

[5] Para Alonso Ledesma «[e]sto es así porque aunque se trate de una empresa insolvente su valor unitario normalmente será superior al que podrían alcanzar los elementos materiales e inmateriales que la componen aisladamente considerados, teniendo en cuenta, sobre todo, la potencial capacidad productiva del conjunto, esto es, de la riqueza que se supone que puede generar en el futuro, sea en manos del deudor o, sobre todo, en manos de otro empresario que sea capaz de imprimir un nuevo sesgo a la explotación mediante la implantación de un diverso plan de negocio. Esta es, por otra parte, la tendencia generalizada en todos los ordenamientos de nuestro entorno en los se distingue claramente la liquidación de la empresa de la liquidación del patrimonio que no implica necesariamente la primera; de ahí que con el fin de satisfacer mejor a los acreedores esta satisfacción se lleve a cabo mediante técnicas que, en la medida de lo posible, eviten la disolución, es decir, la liquidación de la empresa permitiendo la reorganización de la misma, con la sustitución del empresario, o mejor, y más en general, de aquel o de aquellos a los que, como los socios (de la sociedad concursada) está destinado el valor neto del patrimonio de la empresa». V. ALONSO LEDESMA, C., «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal», cit., pp. 4 y ss.

Ahora bien, en el Ordenamiento jurídico español la Ley Concursal contempla una finalidad satisfactoria del derecho de los acreedores concursales, y no únicamente una finalidad «sanatoria» o conservativa del deudor, modelo que en términos generales sí han adoptado muchas otras legislaciones concursales como la *Insolvency Act* en el Reino Unido, el *Bankruptcy Code* norteamericano o el modelo francés del *Reglement judiciare*. Con carácter general, v. OLIVENCIA, M., «La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia,* Cizur Menor (Aranzadi), 2010, pp. 39 y 40.

[6] El legislador al dotar de contenido al concepto de «unidad productiva» en sede de concurso (art. 149.4 LC), lo que ha hecho es una transposición literal de la definición del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores. A este respecto, v., apartado III sobre «La configuración de la unidad productiva en la ley concursal».

[7] Sobre el estudio del concepto de «unidad productiva» en sede concursal y las normas generales aplicables a su enajenación, v., entre otros, CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», *ADCo,* núm. 34 (2015), pp. 91-100; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», en ROJO Á. y CAMPUZANO, A.B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber amicorum,* t. 2, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 2119 y ss.; GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», en CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 715-740; SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «La venta de empresa en el concurso de acreedores», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (dir.), *Manual de fusiones y adquisidores de empresas,* Madrid (Wolters Kluwer), 2016, pp. 661 y ss.

II. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

El texto original de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no introdujo una regulación de la enajenación de la unidad productiva, se limitó a contener referencias puntuales a lo largo del articulado y a hacer mención expresa en la exposición de motivos a la voluntad del legislador de procurar la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo. Esta posibilidad tiene como límite el hecho de que resulte más conveniente a los intereses del concurso la división o la realización aislada de todos o alguno de los elementos que integran la empresa o la unidad productiva (exp. de mot. VII). De este modo la Ley Concursal, en su primitiva redacción, limitaba la regulación de la enajenación de la unidad productiva a dos referencias básicas contenidas en el tratamiento legal del convenio y en sede de liquidación.

Respecto de la fase de convenio, la Ley Concursal reguló el contenido de la propuesta de convenio concursal[8]. En base a una interpretación literal de la norma, el convenio debe tener necesariamente un contenido esencial, que representan las quitas y/o esperas (art. 100.1 LC). Este contenido necesario podrá ir acompañado de un contenido potestativo (arts. 100.2 y 100.3 LC), que no se puede imponer al acreedor, ya que este viene facultado a elegir si se acoge o no al mismo[9]. De esta forma, siempre que se respete el contenido esencial del convenio, se podrá incluir en la propuesta las más variadas estipulaciones, sin más límites que los generales (art. 1255 CC) y los especiales que contiene la Ley Concursal[10].

---

[8] Difiere la Ley Concursal de la legislación anterior que partía del principio de libertad de contenido del convenio. En este sentido, Valpuesta afirmó que el artículo 100 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, era uno de los preceptos más novedosos, ya que frente al principio de libertad de pactos contenidos en el artículo 1255 del Código Civil y al silencio normativo acerca de los posibles contenidos del convenio que guardaba la legislación anterior, el artículo 100 realiza una previsión con cierto detalle de posibles contenidos y una prohibición de algunos de ellos. V. VALPUESTA, E., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en CORDÓN MORENO, F. (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal,* t. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2010, pp. 77 y ss. Sobre el contenido de la propuesta de convenio, v., también, GONZÁLEZ GOZALO, A., «Artículo 100», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal,* Madrid (Tecnos), 2004, pp. 1139-1170; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid (La Ley), 2016, pp. 1302-1322.

[9] ROJO afirma que la Ley Concursal en relación al principio de autonomía privada del deudor y de la colectividad de acreedores para configurar el contenido del convenio ha preferido seguir una «vía intermedia», en la que se combina la exigencia de un contenido esencial (art. 100.1 LC), al que se puede añadir un contenido alternativo (art. 102 LC) y un contenido potestativo, con un catálogo de prohibiciones legales (art. 100.3 LC). V. ROJO, Á., «El contenido del convenio», *Revista Poder Judicial,* núm. XVIII (2004), pp. 358-361. Del mismo autor, «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal,* t. II, Madrid (Civitas), 2004, pp. 1864 y ss.

[10] Para Rojo, la determinación de los límites de la autonomía de la voluntad no siempre constituye una tarea sencilla. En este sentido, señala que, para orientar al intérprete en esa delicada tarea, es importante tener en cuenta las dos reglas siguientes: por un lado, la de que la introducción de cláusulas en la propuesta debe respetar el contenido esencial, de modo tal que todo convenio tiene que contener proposiciones de quita, de espera o de quita y espera; por otro lado, la de que las prohibiciones legales en orden al contenido del convenio

Como posible contenido del convenio, la Ley Concursal contempló la proposición de enajenación de la empresa o determinadas unidades productivas de la misma a favor de una persona natural o jurídica determinada, que debía necesariamente asumir la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte (art. 100.2 LC)[11]. La norma estableció que en estos casos los representantes legales de los trabajadores deben ser oídos.

Por su parte, en la fase de liquidación, la Ley Concursal estableció que en el plan de liquidación deberá incluirse, con carácter preferente, la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios (art. 148.1 LC)[12]. Ahora bien, si el plan de liquidación no llegara a presentarse

---

tienen que ser objeto de una interpretación restrictiva. Este régimen jurídico del contenido de la propuesta de convenio tiene carácter general y, por tanto, es indiferente que el estado de insolvencia sea actual o inminente, que el concurso sea voluntario o necesario, que la propuesta de convenio se formule por el concursado o por los acreedores, y que esa propuesta de convenio sea de tramitación ordinaria o constituya una propuesta anticipada; v., a este respecto, ROJO, Á., «El contenido del convenio», cit., p. 361.

[11] Es lo que en la anterior legislación se conocía como el convenio de asunción del pasivo, que admitía expresamente el artículo 928 del Código de Comercio, en relación con la quiebra de las sociedades anónimas, aunque se entendía que podía extenderse su admisibilidad en relación con cualquier quiebra o suspensión de pagos. V., sobre la transmisión de la empresa en la fase de convenio, entre otros, ROJO, Á., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., pp. 1864-1899; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», cit., pp. 2808-2809; ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», en LLORET VILLOTA, J. y MARQUÉS VILALLONGA, J.M. (coords.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal,* Barcelona (Bosch), 2015, pp. 91-93.

[12] La justificación de la preferencia que se otorga en la liquidación a la enajenación de la unidad productiva como un todo, que se encuentra ya en el texto originario de la Ley Concursal, hay que buscarla en la exposición de motivos. En esta se expone que la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integrados en la masa (y, con ello, de los puestos de trabajo existentes), mediante su enajenación como un todo (exp. de mot. VII).

Cordón Moreno expone que se trata de una vieja aspiración doctrinal, que en el derecho derogado pasó a inspirar determinados preceptos legales, encaminados a proteger la unidad de la empresa (ya el artículo 1056 del Código Civil, pero, sobre todo, el artículo 928 del Código de Comercio que, al tratar del convenio en la quiebra de las sociedades anónimas, preveía que el mismo pudiera «tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa con las condiciones que se fijan en el mismo convenio»). Había sido recogido por la jurisprudencia (cfr., sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1943) y aparece también, de una manera explícita, en el artículo 592.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución singular, al situar el embargo de la empresa al margen del orden de prelación de bienes a embargar del apartado anterior. V. CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», cit., pp. 92-93.

En las conclusiones alcanzadas sobre las operaciones de liquidación por los jueces de lo mercantil de Cataluña en el seminario celebrado el 23 de marzo de 2011 se afirma que la regla general prevista en los artículos 148.1 y 149.1 de la Ley Concursal es la venta conjunta de los bienes que integran las unidades productivas y, por tanto, solo se deben vender los bienes aisladamente cuando esta opción sea más beneficiosa para los intereses del concurso porque se pueda obtener de esta forma un mejor resultado para pagar a los acreedores. En esta línea se señala que, para justificar el criterio de venta de la unidad productiva, «sería conveniente que la administración concursal en su plan de liquidación pudiera indicar no solo las expectativas de precio a obtener, sino también el impacto o incidencia que pudieran tener en el concurso las ofertas que permitieran una minoración de los créditos contra la masa –si hay subrogación de contratos de trabajadores no habrá extinciones, también se

o no fuera aprobado por el juez, se aplicarán las «reglas legales supletorias» que a tales efectos contempla la Ley Concursal[13].

En la misma línea que lo establecido por la norma respecto del plan de liquidación, la regla supletoria primera impuso al juez la enajenación «como un todo» del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios de la concursada (art. 149.1.1.º LC). Esta regla tiene una excepción, esto es, no operará la enajenación «como un todo» cuando, previo informe de la administración concursal, se estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos o solo de algunos de ellos[14].

---

podrá computar la parte de crédito laboral que asume el Fogasa–; también deberá exponerse con claridad si la venta de la unidad productiva incide en el crédito con privilegio especial por subrogación en los contratos pendientes o por los acuerdos particulares que el comprador pueda alcanzar con el acreedor con dicho privilegio. En definitiva, el valor de la venta de la unidad productiva se debe considerar en su aspecto positivo –mayor precio– y en su aspecto negativo –reducción de pasivo y, por lo tanto, mejora de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios–».

V., sobre la enajenación de la unidad productiva en la fase de liquidación, entre otros, CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», cit., pp. 92-94; GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», *ADCo,* núm. 34 (2015), pp. 85-89; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», cit., pp. 2809-2821; GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», cit., pp. 722 y ss.; ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», cit., pp. 93-100; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., «Artículo 148. Plan de liquidación», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid (La Ley), 2016, pp. 1605-1643.

[13] Estas reglas también se aplican en todo aquello que no hubiera previsto el plan de liquidación aprobado (art. 149.1 LC). V. BELTRÁN, E. y MERCADER, J., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid (Civitas), 2004, pp. 2381 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en PULGAR, J. *et al*. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal,* t. II, Madrid (Dykinson), 2004, pp. 1333-1339; HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2010, pp. 434 y ss.; ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», cit., pp. 100-102; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., «Artículo 149. Reglas legales de liquidación», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* cit., pp. 1644-1683.

[14] Cordón Moreno pone de manifiesto que no contiene la Ley Concursal criterio alguno para la concreción de esos intereses, como tampoco establece qué significado ha de darse a la expresión «siempre que sea factible» del artículo 148.1 de la Ley Concursal, que debe guiar la propuesta de la administración por la enajenación unitaria. La doctrina ha considerado que habrá que atender a lo que sea más conveniente para la mejor satisfacción de los acreedores que, como se recoge en la exposición de motivos de esta norma, es la «finalidad esencial del concurso», estando comprendidos dentro de este criterio tanto la imposibilidad real de encontrar compradores como la inviabilidad económica, cuya concurrencia deberá ser apreciada por la administración concursal al elaborar el plan de liquidación y por el juez al enjuiciar la conveniencia para el interés del concurso del plan que se le presente (cf., art. 148.2 LC) o al optar por uno y otro sistema (venta de la unidad productiva o de sus elementos aislados) en el ámbito de las reglas supletorias. V. CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», cit., pp. 92-93.

Tras la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se establece que el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de unidad productiva (art. 190.3 LC)[15]. La legislación concursal antepone en la fase de liquidación la venta del conjunto de los establecimientos o unidades productivas en su conjunto a la venta aislada de los elementos del activo porque persigue el mantenimiento productivo de la unidad de negocio transmitida en beneficio de los trabajadores que continuarán prestando sus servicios evitando la situación de desempleo, en favor de los acreedores porque se podrá obtener un precio superior al que resultaría de la venta individualizada de los elementos del activo, y en beneficio de la economía en general porque es preferible la continuación de la actividad a la desaparición de una empresa[16].

Por su parte, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en material concursal, introdujo una serie de medidas en materia de liquidación, y en concreto sobre la transmisión de unidades productivas en sede concursal. Dichas medidas, establecieron una serie de especialidades en relación a la subrogación de créditos no satisfechos por el concursado, por parte de la adquirente de la unidad productiva y en concreto, sobre las deudas que pudieran tener las entidades deudoras frente a la Tesorería General de la Seguridad Social.

III. LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA LEY CONCURSAL

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introdujo la definición de unidad productiva. La norma define la unidad productiva como una entidad económica que mantiene su

[15] Con carácter general sobre la transmisión de la unidad productiva en la fase común v., entre otros, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», cit., pp. 84 y 85; SIERRA NOGUERO, E., «La enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso (a propósito del auto del juzgado de lo mercantil n.º 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)», *RDCyP,* núm. 21 (2014), pp. 193 y ss.

[16] En esta línea, la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de reformas urgentes en materia concursal, pretende incentivar las liquidaciones concursales traslativas y, con la finalidad de coadyuvar a su fomento, establece un portal de acceso telemático en la disposición adicional segunda en el que figurará una relación de las empresas en fase de liquidación concursal y cuanta información resulte necesaria para facilitar la enajenación de la misma. Sobre esta cuestión, Gento Castro señala que con la finalidad de favorecer la continuidad de las empresas económicas viables se adoptan una serie de medidas tendentes a flexibilizar la transmisión tanto del negocio del concursado como de una de sus ramas de actividad, en cualquiera de las fases del concurso. Ahora bien, a juicio de esta autora, paradójicamente, algunos de los cambios introducidos parecen ir en sentido contrario puesto que en toda la reforma se observa una «hipertrofia del crédito público», ya que entiende que esa protección a ultranza puede frustrar la continuidad de las empresas económicamente viables. V. GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», cit., pp. 717 y ss. A este respecto, v. GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», cit., pp. 82-85.

identidad, y que se configura como un conjunto de medios organizados susceptibles de llevar a cabo una actividad económica, bien esencial, bien accesoria (art. 149.4 LC). Esta definición ya estaba contemplada en el Ordenamiento jurídico español, concretamente, en el Estatuto de los Trabajadores (art. 44.2 ET)[17]. La norma se inclina por la venta de la empresa, unidad o unidades productivas de manera que se procure la continuidad de la actividad y el mantenimiento de los puestos de trabajo[18].

---

[17] El Estatuto de los Trabajadores establece que existe sucesión de empresa cuando «la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria» (art. 44.2 ET). Esta definición es una copia prácticamente literal de la definición de «traspaso» del artículo 1.b) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Mientras la Directiva 2001/23/CE referente al mantenimiento de los derechos de los trabajadores señala que esta se aplica a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión (art. 1.1.a) Directiva 2001/23/CE), por su parte, el Estatuto de los Trabajadores establece la regla de continuidad de los contratos laborales cuando se produce el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma (art. 44.1 ET). Así las cosas, la sucesión de empresa opera tanto en el cambio de titularidad total, es decir, cuando afecta a la empresa en su conjunto, como cuando se produce una transmisión parcial que afecta únicamente a un centro de trabajo o unidad productiva (art. 44.1 ET y art. 1.1.a) Directiva 2001/23/CE).

La principal diferencia que existe entre los preceptos de la norma comunitaria y la normativa nacional es la referencia en la regulación interna a la «unidad productiva autónoma». Sin embargo, ello no tiene trascendencia en tanto que ambos cuerpos legales emplean la misma definición para determinar si ha existido o no una sucesión de empresa, es decir, que «la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria».

El Tribunal Supremo de manera reiterada ha señalado que el elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, «consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, *Spijkens*, 24/85; de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, *Abler* y otros, C-340/01 y de 15 de diciembre de 2005, *GuneyGorres*, C-232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 19956, *Rygaard*, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias *Süzen* y *Abler y otros,* antes citadas)». V., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2017(Roj: STS 1270/2017) y de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018).

[18] A este respecto, Fernández Seijo señala que en la práctica judicial se han planteado dudas sobre el alcance del término unidad productiva, «concretamente sobre si para que pueda existir una unidad productiva resulta es imprescindible que haya contratos laborales en vigor». A su juicio, en la medida en que la definición de unidad productiva remite a un concepto de carácter económico, será preciso incluir todos los elementos que sean imprescindibles para asegurar su funcionamiento. V. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», cit., p. 2124.

Malagón Ruiz resuelve esta cuestión basándose en la distinción, por un lado, de lo que es transmisión de empresa o de unidades productivas y, por otro, de lo que es una venta en globo o transmisión unitaria. A su juicio, en el primer supuesto, habría medios humanos, es decir, trabajadores de la empresa concursada que aseguran que lo transmitido es apto para la continuidad de la actividad económica, sin otra exigencia contractual. En el caso contrario, esto es, el segundo supuesto, estaríamos ante venta en globo o conjunta de determinados

El concepto de unidad productiva no ha sido objeto de modificaciones desde su inclusión en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El legislador en la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014 se limitó a incluir un nuevo precepto sobre «[e]specialidades de la transmisión de unidades productivas» (art. 146 bis LC)[19]. Este precepto establece los principales efectos que se derivan de la transmisión de la unidad productiva, de un lado, la cesión al adquirente de los derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no se hubiera solicitado, así como de las licencias y autorizaciones administrativas ambientes afectas a la continuidad de la actividad, con determinadas excepciones y, de otro, la exención de obligación por parte del adquirente de la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión con sus excepciones[20].

A este precepto se remiten los artículos que en la fase común y del convenio regulan la transmisión de unidades productivas. Esta remisión fue incluida en la Ley Concursal tras la reforma operada por el mencionado Real Decreto Ley 11/2014. Respecto de la fase común, se establece que en el caso de transmisión de las unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por el artículo 146 bis (art. 43.3 LC). Por su parte, en relación al convenio, se establece que las propuestas que contengan proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, bien de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, se regirán también por lo dispuesto en el artículo 146 bis de la Ley Concursal[21].

---

activos, que pueden llegar a ser todos los que componen la masa activa, pero que no sería por sí sola apta para la actividad productiva al exigir la contratación de empleados. V. MALAGÓN RUIZ, P. J., «La transmisión de unidades productivas», cit., p. 3.

[19] V. VALPUESTA, E., «Artículo 146 bis. Especialidades de la transmisión de unidades productivas», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* cit., pp. 1582-1603.

[20] Escolà Besora pone de manifiesto que de la lectura del artículo 146 bis de la Ley Concursal se observa, como su propio título indica, que no regula todo el proceso de venta de las unidades productivas, sino únicamente algunas especialidades, las cuales se centran básicamente en los efectos de la transmisión de la unidad productiva, por lo que continuarán subsistiendo muchas dudas, sobre todo en relación a la tramitación del proceso de venta. V. ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», cit., p. 87; BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., «Cesión de contratos y licencias», en DÍAZ MORENO, A. y LEÓN SANZ, F.J. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal,* Cizur Menor (Aranzadi), 2015, p. 405.

[21] A Escolà Besora le sorprende la remisión que hace el artículo 146 bis al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ya que este en su artículo 57 establece que, en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal. Esta autora entiende que «resulta del todo desafortunada esta remisión porque reintroduce de nuevo toda la discusión acerca de si la transmisión de la unidad productiva comporta la sucesión de empresa a nivel laboral, cuestión ya superada en los tribunales en el sentido de que no existe sucesión de empresa a nivel laboral si así se indica expresamente en el auto de adjudicación de la unidad productiva, pues así lo permite expresamente el art. 149.4 LC, siendo una facultad discrecional del juez del concurso, prevaleciendo la normativa concursal respecto de la social, como permite la normativa comunitaria, para poder salvar los puestos de trabajo». En esta línea, Gento Castro señala, precisamente, que «la figura de la

Asimismo, producto de las modificaciones operadas por el Real Decreto Ley 11/2014, se incluye entre los documentos que se unirán al informe de la administración concursal, la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación (art. 75.2.5.º LC).

Los años de vigencia de la Ley Concursal y las sucesivas modificaciones de las que ha sido objeto han dado un mayor protagonismo a la venta de la unidad productiva hasta el punto de concebirla como una de las soluciones más satisfactorias a la situación de concurso del deudor. Esta vía de solución permite conciliar diferentes intereses: la maximización del valor de la masa activa, la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores concursales, la continuidad de la actividad económica y la conservación de puestos de trabajo[22].

IV. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL ÁMBITO CONCURSAL Y LOS LÍMITES A LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

El precepto que regula la sucesión de empresa en el marco de un procedimiento concursal no supone novedad alguna con respecto a la normativa general. La transmisión de una empresa, dentro o fuera de un concurso de acreedores, es inequívocamente una sucesión de empresa en todos los sentidos y, especialmente, a efectos de la aplicación de la normativa de tutela de los trabajadores y de la transmisión de los contratos de trabajo (art. 44 ET)[23]. En esta línea, el Tribunal Supremo ha señalado que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es una norma de carácter imperativo y, por tanto, para que no opere el fenómeno de la sucesión es necesario que exista una disposición que estableciera que en el caso de que una empresa se encuentre en situación de concurso no se produce la sucesión de empresa[24].

La transmisión de la unidad productiva y la consiguiente sucesión de empresa se producirán tanto en caso de que la empresa se transmita de acuerdo con el plan de liquidación (art. 148 LC), así como también como consecuencia de las propuestas de convenio en el que se incluyan proposiciones de enajenación de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada (art. 100.2 LC). Ahora bien, las peculiaridades establecidas legalmente solo son aplicables cuando la transmisión se realice dentro de la fase de liquidación y en ausencia de plan probado judicialmente, es decir, cuando sean resultado de la enajenación a la que se refiere la regla primera del artículo 149 (art. 149.2 LC)[25].

---

sucesión de empresa nace en el marco de un derecho tuitivo como lo es el Derecho laboral y basado en la idea de evitar una conducta fraudulenta como lo sería el traspaso de los trabajadores a una empresa insolvente, pero pierde justificación, al menos con carácter general y sin admitir excepciones, en el marco de un procedimiento concursal». V. ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», cit., pp. 120 y ss.; GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», cit., p. 731.

[22] V. RIPOL CARULLA, I., «Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso», cit., p. 361.

[23] V. BELTRÁN, E. y MERCADER, J., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., pp. 2387-2390.

[24] V., sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018).

[25] V. BELTRÁN, E. y MERCADER, J., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., pp. 2387-2390.

El artículo 149 de la Ley Concursal establece las normas generales que son aplicables a la enajenación de unidades productivas. En primer lugar, no toda enajenación en el ámbito de la liquidación concursal tiene la virtualidad de generar el efecto de la sucesión de empresa, solo la que reúna los requisitos contemplados en la propia norma. La Ley Concursal enuncia los presupuestos cuyo cumplimiento va a determinar que la transmisión patrimonial esté acompañada de una sucesión de empresa: por un lado, que vaya referida a una organización de medios materiales y humanos afectos al desarrollo de alguna actividad económica esencial o accesoria, y, por otro, que la actividad de ese ente organizado sea objeto de continuidad por el adquirente[26].

En segundo lugar, el mencionado precepto, entre sus reglas, señala que si la entidad económica de que se trate mantiene su identidad se entenderá que existe sucesión de empresa, pudiendo acordar el juez que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial, y el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán acordar modificaciones de las condiciones colectivas de trabajo (art. 149.4 LC)[27].

La posibilidad de que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación trata de evitar que el potencial adquirente se desmotive al constatar la entidad de las deudas laborales pendientes

---

[26] Es indiferente que la sucesión de empresa traiga causa de las operaciones de liquidación ordenadas en un plan de liquidación aprobado judicialmente o que las mismas se desarrollen de conformidad con las reglas supletorias. Así, el hecho de que la norma esté ubicada en el ámbito de tales reglas no significa que en el marco de un plan de liquidación la sucesión de empresa prevista por aquella no pueda acontecer. V. HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., pp. 447 y ss.

[27] Esta primera excepción guarda correspondencia con el artículo 5.2.a) de la Directiva 2001/23, que permite a los Estados miembros disponer que no se transfieran al cesionario las obligaciones pecuniarias derivadas de las relaciones laborales y en situación de impago, siempre que se garantice a los trabajadores una protección equivalente, como mínimo, a la establecida para las situaciones amparadas por la Directiva 80/987, sobre protección de los trabajadores en los casos de insolvencia del empresario. Para Hualde López, la Ley Concursal, con un criterio restrictivo, no ha optado por apurar todo el margen de maniobra ofrecido por esa norma comunitaria.

A través de la segunda excepción, esto es, la relativa a la posibilidad de que el cesionario y los representantes de los trabajadores suscriban acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo, la Ley Concursal viene a recoger en su reglamentación el contenido del artículo 5.2.b) de la misma Directiva. Esta norma consiente a los Estados miembros autorizar que, en el supuesto de apertura de un procedimiento de insolvencia a un cedente, el cesionario y los representantes de los trabajadores pacten «cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad».

Velasco San Pedro entiende que estas especialidades en materia de sucesión de empresa evidencian que los redactores de la norma concursal son conscientes de que el mantenimiento de las relaciones laborales y la asunción de las correspondientes responsabilidades sociales y laborales por el adquirente pueden obstaculizar en la práctica la realización unitaria de la empresa o de sus establecimientos.

V. HUALDE LÓPEZ, I., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., pp. 447 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», cit., p. 1337. También, v. GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», cit., pp. 728-736.

de pago; deudas cuyo vencimiento tuvo lugar con anterioridad a la transmisión de la empresa y que acompañan a esta en el cambio de titularidad, correspondiendo su asunción al cedente y al cesionario en régimen de solidaridad (art. 44.3 ET). Ahora bien, la posibilidad de que el juez libere al adquirente de la obligación de hacer frente a una parte de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago al momento de sustanciarse la enajenación, se limita a la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación y que sean asumidos por el Fondo de Garantía Salarial, por lo que el adquirente solamente quedará subrogado en lo que exceda de lo asumido por este organismo.

En esta línea, el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018) dictada con motivo de unificación de la doctrina, añade que en caso de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que se mantiene la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar. Así pues, la única diferencia que existiría entre vender una unidad productiva dentro o fuera del concurso es la facultad que el artículo 149.2 de la Ley Concursal le otorga al juez del concurso de exonerar al adquirente de la deuda laboral en la parte que queda cubierta por el Fogasa con arreglo al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, respecto al resto de deudas laborales y de seguridad social que excedan de este límite, sí se aplicaría la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en toda su extensión[28].

[28] En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de junio de 2017 (Roj: STSJ AND 6452/2017). Para este tribunal «ni el plan de liquidación ni después el juez del concurso al aprobarlo o modificarlo, pueden obviar la existencia de la sucesión de empresa ni las consecuencias que el art. 44 ET le anuda», salvo lo contemplado en el artículo 149.4 de la Ley Concursal. En relación a este precepto, el tribunal sostiene que «no excluye de forma absoluta la responsabilidad solidaria del cesionario pues la misma se mantendrá, al menos sobre las partidas no cubiertas por la protección que dispensa el FOGASA, tanto de aquellas que no son objeto de su tutela, como de la parte de aquellas que siéndolo, excede de su garantía, porque el legislador se limita a no reclamar del cesionario las cuantías en las que se subrogó el FOGASA». Asimismo, también sostiene que el contenido del artículo 149.4 de la Ley Concursal no se refiere a «una exoneración parcial del efecto de subrogación que prevé el art. 44.1 ET en el contenido de los contratos de trabajo, sino que lo que limita el precepto es la responsabilidad solidaria que el art. 44.3 ET impone al cesionario respecto a las obligaciones salariales íntegras anteriores a la transmisión». Este razonamiento y criterio defendido por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de octubre de 2017 (Roj: STSJ CAT 8985/2017) –que también se hace eco de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de junio 2017 (Roj: STSJ GAL 4469/2017)–. De lo expuesto a este respecto por los tribunales se pueden extraer los siguientes razonamientos:

a) Del artículo 149.4 de la Ley Concursal se extrae que el juez del concurso, en el momento de autorizar la operación de venta de una unidad productiva únicamente puede referirse a la no subrogación del adquirente respecto de la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, el juez del concurso no puede intervenir en la fijación del resto de las consecuencias de la enajenación y, en concreto, de los efectos de la sucesión de empresa puesto que el artículo 149.4 de la Ley Concursal no le faculta para ello.

b) Los efectos de la sucesión de empresa producida como consecuencia de la venta de activos previstos en el artículo 149.1 de la Ley Concursal tienen que ser necesariamente los previstos en el apartado cuarto

V. ALCANCE DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DEL CONCURSO SOBRE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Durante muchos años, existió un intenso debate entre los jueces de lo mercantil y de la jurisdicción social sobre si el juez que conoce del concurso de acreedores puede pronunciarse los efectos laborales derivados de una sucesión de empresa cuando se trasmite una unidad productiva autónoma en sede concursal. La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que el pronunciamiento de los jueces de lo mercantil sobre la existencia de una sucesión de empresas a efectos laborales no les vincula[29], salvo en lo relativo a la posibilidad de exonerar al adquirente de las deudas laborales y de seguridad social cubiertas por el Fogasa conforme al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores[30].

---

del mencionado precepto, incluida, si procede, la no subrogación respecto exclusivamente, del Fogasa, sin perjuicio de que la empresa adjudicataria tenga que hacer frente al pago del resto de retribuciones salariales o extrasalariales e, incluso, indemnizatorias, más allá de los máximos legales a cargo de dicha entidad.

c) Conforme a la redacción dada por el Real Decreto Ley 11/2014 (de aplicación a partir del 07/09/2014), y la posterior dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (vigente desde el 27/05/2015), si concurren los requisitos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no es posible eludir su aplicación, por imperativo de los apartados tercero y cuarto del artículo 146 bis de la Ley Concursal. Por tanto, la única especialidad concursal será la limitación de la responsabilidad patrimonial en los términos del artículo 149 de la Ley Concursal. Esto es, el instituto de la sucesión de empresa será aplicable a los supuestos de ventas de unidad productiva en sede concursal, cuando concurran los requisitos legales del artículo 44 Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, cuando la sucesión de empresa acontece en sede concursal, el adquirente (cesionario) también responde por los créditos laborales que el concursado (cedente) tuviera pendientes con una especialidad: la norma da una facultad moduladora al juez del concurso para aminorar esa responsabilidad (art. 149.4 LC). Sobre las últimas novedades en materia de sucesión de empresa y concurso de acreedores, entre otros, v. BETRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Sucesión de empresa: últimas novedades jurisprudenciales internas y comunitarias (2016 a 2018»; «Venta de unidad productiva en concurso y aplicación del art. 44 ET: discrepancias entre las Salas Tercera y Cuarta del TS»; y «Concurso y venta de unidad productiva: límites a la exoneración de responsabilidad», en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2018.

[29] Así lo puso de manifiesto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de octubre de 2014 (Roj: STS 5228/2014) en la que dijo: «[e]n definitiva, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social». La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018) reitera este pronunciamiento y señala que ha sido una cuestión ya resuelta de forma reiterada por la Sala de lo Social de este tribunal.

[30] El Tribunal Supremo ha hecho referencia de manera reiterada que «la competencia para resolver esa cuestión es de esta jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa». V., entre otras, las sentencias de 11 de enero de 2017 (Roj: STS 456/2017), de 18 de mayo de 2017 (Roj: STS 2207/2017) y de 11 de enero de 2018 (Roj: STS 164/2018).

Esta solución ha sido seguida, igualmente, por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del artículo 42 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (Roj: ATS 10642/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Roj: ATS 2647/2016), dictados en supuestos como el que nos ocupa, resoluciones en las que se ha declarado que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada

Así pues, cuando se produce la venta de una unidad productiva de la empresa –en situación de concurso– y esta es adquirida por una tercera empresa en el seno del procedimiento concursal, en el que el auto del Juzgado de lo Mercantil ha adjudicado esta unidad productiva a la tercera empresa, haciendo constar expresamente que no hay sucesión de empresa, ello no vincula a los jueces de la jurisdicción civil[31].

Esta doctrina ha sido reiterada recientemente por el Tribunal Supremo con motivo de un recurso de casación para la unificación de la doctrina[32]. La sentencia recoge las siguientes consideraciones:

---

en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social. En estas resoluciones se afirma que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando: «1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso], como deudoras, y los acreedores. (...) Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC, en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirijan "contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el [objeto] contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal"».

[31] Así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018).

[32] V., La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (Roj: STS 752/2018). A continuación se expone el objeto resuelto por esta sentencia. Con fecha 19 de enero de 2015, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Sabadell, dictó sentencia el 19 de enero de 2015 , autos número 900/2013, estimando la demanda formulada, declarando improcedente el despido de la actora, condenando a las empresas demandadas, GEMA OD, S.A. y OPTICAL DISCS SPAIN S.L.U. conjunta y solidariamente, a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opten entre la readmisión de la demandante o el abono de una indemnización de 31.170,27 euros, así como el abono de salarios de tramitación en caso de optar por la readmisión. Contra la anterior sentencia, la representación letrada de OPTICAL DISCS SPAIN S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2015 (Roj: STSJ CAT 9728/2015), estimando el recurso formulado, revocando parcialmente la sentencia recurrida, absolviendo a la empresa OPTICAL DISCS SPAIN SLU de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra formulada. El tribunal entendió que «no encontrándose la actora entre los trabajadores subrogados, debe concluirse que el Auto del Juez Mercantil excluía la responsabilidad de la empresa adquirente en el pago de la indemnización que pudiera derivarse con ocasión de la declaración de improcedencia del despido de la actora, en tanto que el mismo se produjo antes de la adjudicación, que la misma no se encontraba entre los trabajadores subrogados y que expresamente dicha resolución hacía constar que no se produciría la sucesión entre las empresas. Dicha resolución se dictó en el marco del artículo 148 de la Ley Concursal, que dispone que el Juez Mercantil aprobará la oferta en los términos que, en definitiva, estime convenientes y optando el mismo por aprobar la oferta en los términos que han quedado relatados (vid. hecho probado sexto), sin introducir las limitaciones previstas en el artículo 149.2 de la Ley Concursal, debe concluirse que la recurrente no debe responder solidariamente con la empresa empleadora de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido de la actora». Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Esther Monferrer Pérez, en representación de Doña Gracia, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada

En primer lugar, la competencia para decidir si existe o no sucesión de empresa, aun tratándose de la adjudicación a una empresa de una unidad productiva en el seno de un concurso, corresponde al orden jurisdiccional Social.

En segundo lugar, el Juez de lo Mercantil es competente para pronunciarse conforme a los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley Concursal, si bien con carácter prejudicial. Esto supone que si bien la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles (excepto las excluidas en el artículo 8 de la Ley Concursal), las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal, la decisión sobre estas cuestiones no surtirá efecto fuera del proceso concursal en que se produzca.

VI. CONCLUSIONES

La venta de la unidad productiva se ha instituido como una fórmula idónea tanto para satisfacer los derechos de los acreedores, como en pro de la tutela de los distintos intereses confluyentes en el procedimiento. Si se toma como punto de partida el criterio finalista de la Ley Concursal, la unidad productiva puede delimitarse de forma amplia y flexible, pero siempre teniendo como punto de partida que debe existir, por un lado, un mínimo de cohesión entre los elementos patrimoniales que se transmiten y, por otro, independencia respecto al resto del patrimonio social. Por tanto, la unidad productiva ha de ser una parte de la empresa de la concursada, y debe ser susceptible de un aprovechamiento empresarial independiente de aquella.

Durante años existió un importante debate entre los jueces de lo mercantil y de la jurisdicción social sobre el alcance de los pronunciamientos del juez del concurso respecto de los efectos laborales derivados de una sucesión de empresa cuando se trasmite una unidad

---

por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 19 de junio de 2015 (Roj: STSJ CAT 6184/2015). En esta sentencia el tribunal había entendido que «el artículo 149.2 de la Ley Concursal establece una regla general que consiste en que cuando como consecuencia de la enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva del deudor, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. Es decir, como regla general en las enajenaciones producidas en liquidación concursal de entidades productivas, hay sucesión, si se producen los supuestos del art. 44 ET. Invoca las sentencias dictadas por la propia Sala en asuntos similares, entre otras, la más reciente de 2 de julio de 2014, recurso 1984/2014, en la que se establece: "La Sala entiende que sí, sin que a ello sea óbice que el auto de adjudicación se estableciese que la misma no implicaba una sucesión de empresa, al acordar seguidamente al amparo del art. 149.2 LC que el adquirente no se subrogaría en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que fuese asumida por el Fondo de Garantía Salarial, lo que significa que la exclusión de responsabilidad afectaba únicamente a la parte de deuda de la que se hacía cargo el citado Organismo y que el resto de las deudas laborales debían ser asumidas por la adquirente conforme a lo dispuesto en el art. 44.3 ET". Concluye consignando que la mercantil Gestió i Serveis 2014 SL debe responder de la deuda que la empresa concursada Almar Bellaterra SA mantiene con el trabajador demandante».

productiva autónoma en sede concursal. Actualmente, la doctrina jurisprudencial sostiene que cuando se produce la venta de una unidad productiva de la empresa en el marco de un procedimiento concursal y esta es adquirida por una tercera empresa en el seno del concurso, si el auto del Juzgado de lo Mercantil ha adjudicado esta unidad productiva a la tercera empresa y hace constar expresamente que no hay sucesión de empresa, ello no vincula a los jueces de la jurisdicción civil.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, C., «La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal», *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil,* E-Prints Complutense, núm. 40, 2011 (en línea), 45 p.

ÁNGEL YAGÜEZ, R., DE, y HERNANDO MENDIVIL, J., «Art. 43», en PRENDES (coord.), *Tratado práctico concursal*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2009.

BELTRÁN, E. y MERCADER, J., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid (Civitas), 2004.

BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., «Cesión de contratos y licencias», en DÍAZ MORENO, A. y LEÓN SANZ, F.J. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal,* Cizur Menor (Aranzadi), 2015.

CORDERO LOBATO, E., «La venta de unidad productiva con activos sujetos a garantía real», *Diario La Ley,* núm. 8272, 2014, (La Ley 1183/2014).

CORDÓN MORENO, F., «La enajenación de unidad productiva de la que formen parte bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial», *ADCo,* núm. 34, 2015.

ESCOLÀ BESORA, M. E., «La venta de unidad productiva en nuestro ordenamiento», en LLORET VILLOTA, J. y MARQUÉS VILALLONGA, J.M. (coords.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal,* Barcelona (Bosch), 2015.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado», en ROJO, Á. y CAMPUZANO, A.B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber amicorum,* t. 2, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A. (dirs.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2012.

GALLEGO, E., «Art. 43 LC», en GALLEGO, E. (coord.), *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios,* t. I, Madrid (La Ley), 2005.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «Las especialidades de la transmisión de unidades productivas en la fase común o en la fase de liquidación», *ADCo,* núm. 34, 2015.

GENTO CASTRO, Z., «La venta de la unidad productiva en el concurso», en CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

GONZÁLEZ GOZALO, A., «Artículo 100», en BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal,* Madrid (Tecnos), 2004.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., «Artículo 148. Plan de liquidación», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid (La Ley), 2016.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en PULGAR, J. (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid (La Ley), 2016.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La enajenación unitaria de empresa en la liquidación concursal», en ARIAS VARONA, F.J. (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos,* Madrid (La Ley), 2013.

HERRERA CUEVAS, E., «La reorganización traslativa en concurso y sucesión de empresa», *RDCyP*, núm. 9, 2008.

MALAGÓN RUIZ, P. J., «La transmisión de unidades productivas», *I Foro concursal del Turno de Actuación Profesional,* Bilbao, 2014, p. 3 (en línea). Disponible en <http://www.icjce-euskadi.com/PonenfiasForoConcursal2014/transmision-unidad-productiva.pdf> [Consultado el 04/04/2018].

OLIVENCIA, M., «La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (coords.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia,* Cizur Menor (Aranzadi), 2010.

RIPOL CARULLA, I., «Venta de unidad productiva y consecución de la finalidad del concurso», *RDCyP,* núm. 20, 2014.

ROJO, Á., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal,* t. II, Madrid (Civitas), 2004.

ROJO, Á., «El contenido del convenio», *Revista Poder Judicial,* núm. XVIII, 2004.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «La venta de empresa en el concurso de acreedores», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (dir.), *Manual de fusiones y adquisidores de empresas,* Madrid (Wolters Kluwer), 2016.

SIERRA NOGUERO, E., «La enajenación de unidad productiva en la fase común del concurso (a propósito del auto del juzgado de lo mercantil n.º 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013)», *RDCyP,* núm. 21, 2014.

TIRADO MARTÍ, I., «El "interés concursal". Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal», *ADC*, núm. 1, 2009.

TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concepto de "interés concursal" (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *ADC*, núm. 3, 2009.

VALPUESTA, E., «Artículo 100. Contenido de la propuesta de convenio», en CORDÓN MORENO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal,* t. II, 2.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2010.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Artículo 149. Reglas legales supletorias», en PULGAR, J. *et al*. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal,* t. II, Madrid (Dykinson), 2004.

SYRIZA, M5S AND PODEMOS: THE THREE CHAMPIONS OF THE ANGRY SOUTHERN EUROPEAN VOTER

SYRIZA, M5S Y PODEMOS: LOS TRES CAMPEONES DEL VOTANTE ENFADADO EN EL SUR DE EUROPA[*]

Guillermo Cordero, Lluis Orriols y Eftichia Teperoglou[**]

Abstract: The article examines the profile of the electoral basis of the three most successful examples of anti-establishment parties in Southern Europe, namely the Coalition of Radical Left (SYRIZA) in Greece, the Movimento Cinque Stelle (M5S) in Italy and Podemos in Spain. These parties share the implementation of a non-right populist discourse rooted in the social-protest movements in each country. Using data from the European Election Study 2014, our analysis reveals that despite the fact that these voters have been described as 'euro-critical' and 'non-ideological', our main finding is that their electoral support mostly rests on ideology and on the distrust and disapproval of the national establishment.
Keywords: economic crisis; anti-establishment parties; euroscepticism; populism; left-wing parties

Resumen: El artículo examina el perfil de las bases electorales de los tres ejemplos más exitosos de partidos "antiélite" de izquierda en el Sur de Europa: la Coalición de Izquierda Radical (SYRIZA) en Grecia, el Movimiento Cinco Estrellas (M5S) en Italia y Podemos en España. Estos partidos tienen en común la implementación de un discurso populista no de derechas con conexiones en los movimientos de protesta de cada uno de sus países. Utilizando datos de la European Elections Study 2014, nuestro análisis revela que a pesar del hecho de que estos votantes han sido descritos como "eurocríticos" y "desideologizados", nuestro principal hallazgo es que su apoyo electoral descansa principalmente en la ideología y en la desconfianza y falta de apoyo a las élites nacionales.
Palabras clave: crisis económica; partidos "antiélite"; euroescepticismo; populismo; partidos de izquierda.

[*] Fecha de recepción: 16 de abril de 2018.
Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2018.

[**] Guillermo Cordero es Profesor Ayudante Doctor en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: guillermo.cordero@uam.es. Lluis Orriols es Profesor Visitante en la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: lluis.orriols@uc3m.es. Eftichia Teperoglou es Profesora en la Aristotle University de Tesalónica. Correo electrónico: efteperoglou@polsci.auth.gr.

Sumario: I. INTRODUCTION; II. CONTEXTUALIZATION; III. THE EMERGENCE OF SYRIZA, M5S AND PODEMOS; IV. CONCEPTUAL FRAMEWORK AND HYPOTHESES; 1. The Economic Crisis Hypothesis; 2. The Political Crisis Hypothesis; V. DATA AND METHODS; VI. RESULTS; VII. CONCLUDING REMARKS. VIII. REFERENCES.

I. INTRODUCTION

The sovereign debt crisis generated an ongoing transformation of the political and electoral landscape in some of the countries that had to implement harsh economic measures. Three of the most prominent examples are Greece, Italy and Spain. In these countries we can also observe increased political disaffection and disillusion with politics[1].

Both the Greek and the Italian national elections of 2012 and 2013 could be considered as 'earthquake' elections[2], while also in Spain we can observe signs pointing to dealignment in the General Elections of 2015 and 2016[3]. Moreover, a main common feature of the electoral contests in the last years in these three countries is the remarkable rise of a populist reaction to the Eurocrisis, linked to the movements of social protest and crystallized in non right-wing parties which have been able to become pivotal in their national political arenas. The Greek case is perhaps the most characteristic with the meteoric rise of the Coalition of the Radical Left (Συνασπισμός της Ριζοσπαστικής Αριστεράς; SYRIZA), which won the national election of 25 January 2015[4] confirming the complete collapse of the old two-party system between the centre-left PASOK (Πανελλήνιο Σοσιαλιστικό Κίνημα; Panhellenic Social Movement) and the centre-right ND (Νέα Δημοκρατία; New Democracy) that underpinned the Greek Third Republic since its establishment in 1974. SYRIZA became the major governmental party in coalition with the right-wing populist ANEL (Ανεξάρτητοι Έλληνες; Independent Greeks). In Italy, the Movimento Cinque Stelle (Movement Five Stars; M5S) obtained 25.5 per cent of the vote in the national elections of February 2013 and 32,2 per cent of the vote in 2018, while in Spain the party of Podemos (We Can), which was formed

[1] ARMINGEON, K. & GUTHMANN, K., 'Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries, 2007-2011', *European Journal of Political Research*, vol. 53, no. 3, 2013, pp. 423-442; CORDERO, G. & SIMÓN, P., 'Economic crisis and support for democracy in Europe', *West European politics*, 2015, published online, doi: 10.1080/01402382.2015.1075767.

[2] For Greece, see TEPEROGLOU, E. & TSATSANIS, E., 'Dealignment, de-legitimation and the implosion of the two-party system in Greece: The Earthquake Election of 6 May 2012', *Journal of Elections, Public Opinion and Parties*, vol. 24, no. 2, 2014, pp. 222-242; VOULGARIS, Y. & NIKOLAKOPOULOS, I. (eds.) *2012 Ο Διπλός Εκλογικός Σεισμός* [2012 The Double Earthquake Elections], Athens (Themelio), 2014. For Italy, CHIARAMONTE, A. & EMANUELE, V., 'Volatile e tripolare: il nuovo sistema politico Italiano', in DE SIO, L., CATALDI, M. & DE LUCIA, F. (eds.), *Le Elezioni Politiche 2013,* Rome (Luiss University Press), 2013, pp. 95-100.

[3] ORRIOLS, L. & CORDERO, G., 'The Breakdown of the Spanish Two-party System: The Upsurge of Podemos and Ciudadanos in the 2015 General Elections', *South European Society and Politics,* vol. 21, no. 4, 2017, pp. 469-492.

[4] This was a snap election after failing to elect the new president in the third round of voting.

just a few months before the 2014 European Parliament (EP) elections, managed to obtain 1.25 million votes. Its rise has continued in the municipal and regional elections held in 2015 and in the General Elections of 2015 and 2016 obtaining 20,7 and 21,1 percent of the vote (considering Podemos and and close left-wing regional platforms), challenging the duopoly of the conservative PP (Partido Popular; People's Party) and the Social Democratic PSOE (Partido Socialista Obrero Español; Spanish Socialist Worker's Party).

Moreover, the important role that the European Union played in the economic and financial crisis in these three countries, has contributed to the fact that these parties emphasize in their discourse the EU dimension of political contestation[5]. However, we can observe some differences between the three parties as far as it regards their views about Europe. M5S belongs to the group of soft Eurosceptic parties and the EU membership of Italy is evaluated as negative[6]. SYRIZA could be also classified as a soft Eurosceptical party[7], even though like Podemos did not develop clear Eurosceptic stances against the membership of the country in the EU. Both SYRIZA and Podemos adopt more eurocritic stances, linked with negative perceptions about the management of the EU. They have fiercely criticized the management of the crisis by the supranational –and also national– institutions[8].

---

5 GABEL, M. & HIX S., 'Defining the EU political space: an empirical study of the European elections manifestos, 1979-1999', *Comparative Political Studies*, vol. 35, no. 8, 2002, pp. 934-964.

6 TREIB, O., 'The voter says no, but nobody listens: causes and consequences of the eurosceptic vote in the 2014 European elections', *Journal of European Public Policy,* vol. 21, no. 10, 2014, pp. 1541-1554.

7 VERNEY, S., 'Waking the 'sleeping giant' or expressing domestic dissent? mainstreaming euroscepticism in crisis-stricken Greece', *International Political Science Review*, vol. 36, no. 1, 2015, pp. 279-295.

8 HÜBSCHER, E., KEMMERLING, A. & SATTLER, T. (2014) 'How does fiscal austerity affect political support for the government?' (unpublished manuscript), 2014. Available at: http://www.nuffield.ox.ac.uk/Lists/Events/Attachments/448/HKS_Paper.pdf [Last access: 3 June 2015]; STAVRAKAKIS, Y. & KATSAMBEKIS, G., 'Left-wing populism in the European periphery: the case of SYRIZA', *Journal of Political Ideologies*, 2014, vol. 19, no. 2, pp. 119-142; CORDERO, G. & MONTERO, J.R., 'Against bipartyism, towards dealignment? The 2014 European elections in Spain', *South European Society and Politics*, Special issue on the 2014 European Parliament Elections in Southern Europe (guest editors: H. Schmitt & E. Teperoglou), 2015, doi: 10.1080/13608746.2015.1053679; TORREBLANCA, J.I., *Asaltar los Cielos. Podemos o la Política de después de la Crisis*, Madrid (Debate), 2015. SYRIZA could be also classified as a soft Eurosceptical party (see VERNEY, 'Waking the 'sleeping giant' or expressing domestic dissent? mainstreaming euroscepticism in crisis-stricken Greece', n. 7) even though the party is not against the participation of the country in the Eurozone. Within the party the so-called 'Left Platform' which secured 30 per cent of the seats on SYRIZA's central committee adopts hard Eurosceptical stances, close enough to those of the Communist Party of Greece. For Spain, as Torcal and Muñoz demonstrate, the Eurosceptics showed higher probabilities to vote for IU (originally mainly conformed by the Spanish Communist Party). TORCAL, M. & MUÑOZ, J., 'Actitudes hacia la Unión Europea y elecciones al Parlamento Europeo', in TORCAL, M. & FONT, J. (eds.), *Elecciones europeas 2009*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2012. However, Podemos has virtually occupied the electoral location of IU. Although the party is not against the participation of Spain in the EU, from the supply-side being critical with the Spanish membership of the EU has a positive impact on the vote for Podemos. FERNÁNDEZ-ALBERTOS, J., *Los votantes de Podemos. Del partidos de los indignados al partido de los excluidos*, Madrid (Catarata), 2015.

These parties share also their capacity to successfully give voice to the protest movements. Both M5S and Podemos find their origin in the new forms of social protest (the 'V-day' in Italy, and the '*Indignados*' in Spain) in which, canalising political discontent and distrust, creating institutionalised channels and discourses 'from the people' and 'against the elite'[9]. SYRIZA also draws strength from the Greek protest movement of the Indignants ('*Aganaktismenoi*'). From the onset of the economic crisis in Greece, in contrast to the Communist Party of Greece (Κομμουνιστικό Κόμμα Ελλάδας; KKE), SYRIZA promoted the openness to the civic society and supported the new forms of social protest in relation to the crisis. Even though the roots of the Greek movement of the Indignants are not linked directly to SYRIZA, the party tried to claim leadership of the movement[10].

The main aim of this paper is to analyse the profile of the voters of SYRIZA, M5S and Podemos in 2014, right after the European Parliament elections, focusing in their differences and similarities. Our analysis represents a case study of the three most prominent examples –all being able to quickly become one of the most voted parties in their countries– with a non-right anti-establishment discourse in Southern Europe. The economic difficulties in the three counties rapidly derived to a slump in citizens' trust in the main political actors and institutions. Hence, the initial economic crisis led to a deep political one. We argue that both crises may have had important consequences in citizens' voting decisions. We are using two –partially– complementary explanations. The first one is that of economic voting, given the negative consequences of the crisis and the pessimistic evaluations of its management. The second one is related to the political crisis, considering the lack of confidence in the political institutions. These two explanations, however, are not necessarily mutually exclusive. This paper wants to shed some light on this very new and complex context, analysing the varying degrees of importance of these explanations in the support for SYRIZA, M5S and Podemos.

The next section is focused on a brief contextualization of the economic and political Eurocrisis in these countries, followed by a presentation of our arguments and hypotheses. The data and the method are presented in the fourth section, while the fifth one is focused on our findings. Finally, the paper ends with some concluding remarks.

II. CONTEXTUALISATION

The collapse of *Lehman Brothers* in September 2008 marks the beginning of the well-known story about the Eurocrisis[11]. The subprime mortgage crisis and the subsequent

[9] BORRECA, R., 'Political crisis in Greece and Italy: a comparative analysis of SYRIZA and 5 Stars Movement', paper presented at the 2014 Conference of the Political Studies Association, Manchester, 14-16 April, 2014.

[10] TSAKATIKA, M., & ELEFTHERIOU, C., 'The radical left's turn towards civil society in Greece: one strategy, two paths', *South European Society and Politics,* vol. 18, no. 1, 2013, pp. 81-99. SYRIZA also supported the 'Won't pay' movement by citizens who refused to pay tolls in many Greek highways.

[11] RYAN, C., 'The Euro crisis and crisis management: big lessons from a small island', *International Economics and Economic Policy,* vol. 8, no.1, 2011, pp. 31-43, doi:10.1007/s10368-011-0189-9.

financial crash did not circumscribe to the United States[12], raising the alarm bells in the EU when Greece's ability to refund its debt was questioned days later. The solution was provided by a joint collaboration between European Union governments and institutions together with the International Monetary Fund (IMF)[13], agreeing to provide Greece with a loan of 110 billion euros signed in May 2010[14]. The risk of contagion and the debate about bailouts were already realities with evident consequences in 2011[15]. Ireland and Portugal signed bailout agreements, while Spain requested in December 2012 €40 billion from the EU to recapitalise its financial system.

Graph 1 shows the trends of some indicators, since the beginning of the crisis (2008) until the moment in which the fieldwork of the survey used in this article was carried out (2014). As shown in Graph 1 (a), Greece and Italy departed from high levels of sovereign debt (in terms of percentage of the GDP), which dramatically increased (especially in Greece) during the first years of the crisis[16]. The starting point of the story in Spain is quite different, as its public spending was much more limited during the years prior to the crisis, being below the EU average. Despite this, the collapse of its housing bubble caused a rapid increase in the levels of unemployment, resulting in a rapid increase in its debt. Graph 1(c) shows the evolution of the GDP *per capita*, an indicator associated to the previously shown trends[17] that fell dramatically in Greece, and more subtly in Spain and Italy, although all three in contrast with the general economic recovering since 2009 experienced in the EU[18].

---

[12] TZENG, K.Y. & TAY, C., 'Transmission of the US subprime mortgage and the European sovereign debt crisis to emerging markets', *Journal of Applied Finance and Banking,* vol. 4, no. 3, 2014, pp. 217-235.

[13] The so-called *Troika*, composed by the European Commission, the European Central Bank and the International Monetary Fund.

[14] For a detailed overview of the main events in the period from 2009 to 2014 see ANDREADIS, I. *et al*., 'Economic crisis and attitudes towards the European Union: are Italians and Greeks becoming Eurosceptic because of the crisis?', paper presented at the 64th Annual International Conference of the Political Science Association, Manchester, 14-16 April, 2014, and TEPEROGLOU, E., TSATSANIS, E. & NICOLACOPOULOS, EL., 'Habituating to the new normal in a post-earthquake party system: the 2014 European election in Greece', *South European Society and Politics*, 2015, Special issue on the 2014 European Parliament Elections in Southern Europe (guest editors: H. Schmitt & E. Teperoglou), doi:10.1080/13608746.2015.1068377.

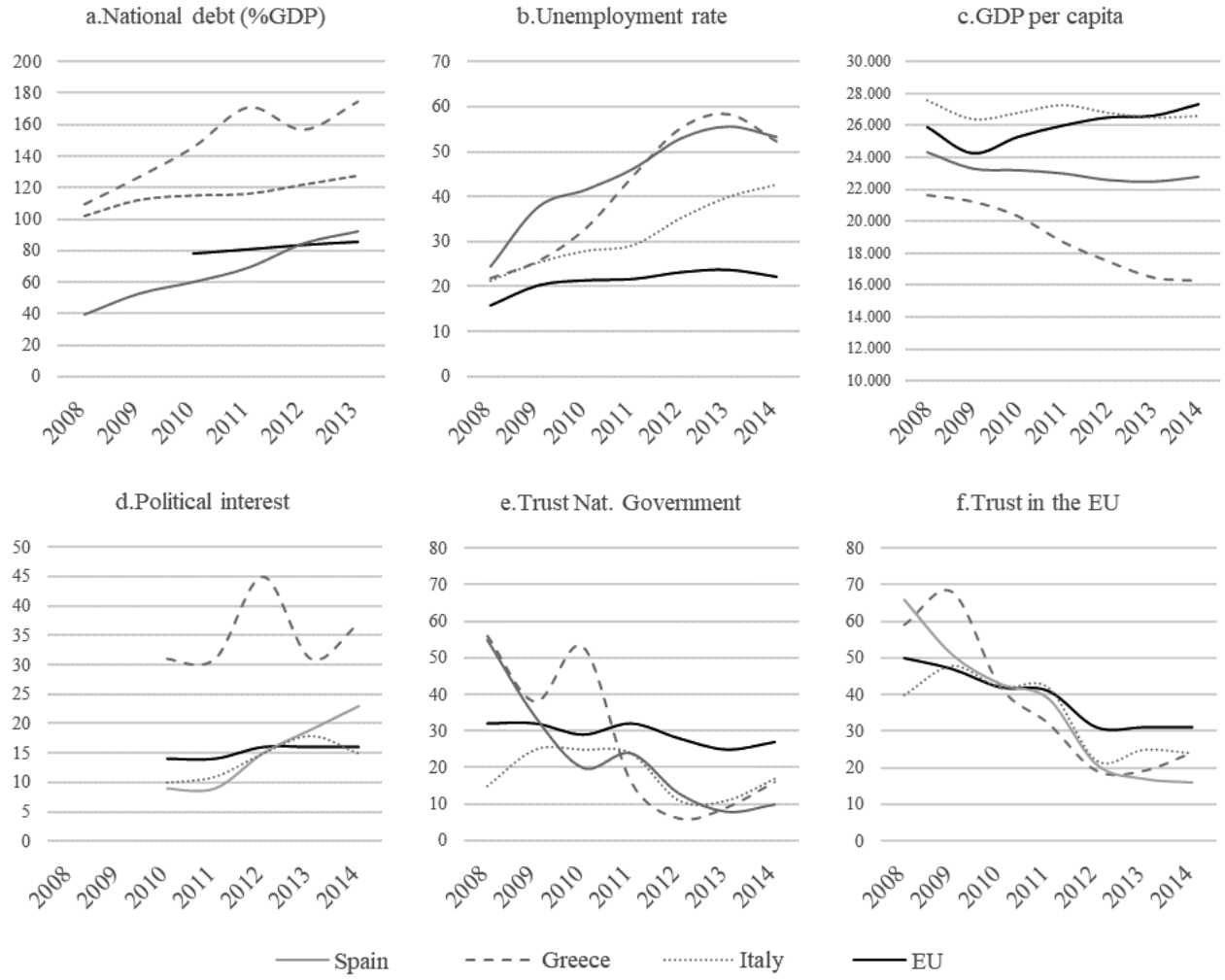
[15] MINK, M., & DE HAAN, J., 'Contagion during the Greek sovereign debt crisis', *Journal of International Money and Finance*, vol. 34, 2013, pp. 102-113.

[16] See also VERNEY, S. & BOSCO, A., 'Living parallel lives: Italy and Greece in an age of austerity', *South European Society and Politics,* vol. 18, no. 4, 2013, pp. 397-426.

[17] CHECHERITA-WESTPHAL, C. & ROTHER, P., 'The impact of high government debt on economic growth and its channels: an empirical investigation for the Euro area', *European Economic Review*, vol. 56, no. 7, 2012, pp. 1392–1405, doi:10.1016/j.euroecorev.2012.06.007.

[18] DANIEL, J.M., 'Eurozone: light at the end of the tunnel?', in CHOPIN, T. & FOUCHER, M. (eds.), *Schuman Report on Europe*, Paris (Springer), 2013, pp. 53-56.

Graph 1. Some Contextual Indicators of the Crisis in Greece, Italy, Spain and the EU.



Source: Authors' own elaboration based, for indicators (a), (b) and (c) on the data of the World Bank (series); and for indicators (d), (e) and (f) on the Eurobarometer (series).

At the beginning of the crisis, the three governments[19] tried to implement economic stimulus measures. These attempts fail[20] and a series of austerity measures, such as social spending cuts[21] are implemented in order to cut the expansion of the national debt –with already extremely high levels of interest rates–. In the case of Greece and Italy, technocratic

[19] In Greece the government of PASOK with George Papandreou as Prime Minister; in Spain the government of the PSOE with José Luis Rodríguez Zapatero as Prime Minister and in Italy the government of Silvio Berlusconi.

[20] FISHMAN, R. M., 'Anomalies of Spain's economy and economic policy-making', *Contributions to Political Economy,* vol. 31, no.1, 2012, pp. 67–76, doi:10.1093/cpe/bzs009.

[21] CORDERO, G. & MONTERO, J.R., 'Against bipartyism, towards dealignment? The 2014 European elections in Spain', n. 8.

governments –Lucas Papademos and Mario Monti, respectively– led executives with low levels of popularity, after the resignation of the prime ministers[22].

In the case of Spain, PP wins with absolute majority and PSOE obtained its worst electoral results in its recent history in 2011[23]. Also Greece (2012) and Italy (2013) hold general elections, were the second mainstream party –ND in Greece and the Democratic Party in Italy– won the contest, after which new austerity policies were implemented[24]. The implementation of unpopular measures by the two mainstream parties at both sides of the ideological spectrum profoundly deteriorate voters' confidence in the traditional parties and opened a window of opportunity for the rise of 'new' actors[25].

These economic and political facts are reflected in the political distrust in the three countries[26]. Every indicator that is designed to capture attitudes toward the political system portrays in the three countries without fail a situation of massive delegitimation and growing resentment towards the members of the political class as well as political institutions, national (Graph 1, e) and supranational (f). Distrust and discontent were also expressed on the streets by critical citizens by non-conventional ways of political participation[27]. Beppe Grillo was already able to mobilize before the economic crisis thousands of people against corruption in 2007[28]. The 'Indignant' and 15-M movements in Spain during the spring of 2011 had enormous support. The Greek so-called movement of '*Aganaktismenoi*' was inspired by the '*Indignados*' Spanish movement and in the period starting from to during 2011 we can observe mass demonstrations and solidarity movements along with many national strikes[29].

---

[22] MCDONNELL, D. & VALBRUZZI, M., 'Defining and classifying technocrat-Led and technocratic governments', *European Journal of Political Research*, vol. 53, no. 4, 2014, pp. 654–71, doi:10.1111/1475-6765.12054.

[23] ANDUIZA, E., BOSCH, A., ORRIOLS, L., & RICO, G., *Elecciones generales 2011*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2014.

[24] POLAVIEJA, J. G., 'Economic crisis, political legitimacy and social cohesion', in GALLIE, D. (ed.), *Economic Crisis, Quality of Work and Social Integration: The European Experience*, Oxford (Oxford University Press), 2013, pp. 256-278.

[25] MORGAN, J., *Bankrupt Representation and Party System Collapse,* Pennsylvania (The Pennsylvania State University Press), 2011.

[26] ARMINGEON, K. & GUTHMANN, K., 'Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries, 2007-2011', n. 1.

[27] FOMINAYA, C.L. & COX, L., *Understanding European Movements: New Social Movements, Global Justice Struggles, Anti-Austerity Protest*, London (Routledge), 2013; CEKA, B. & MAGALHAES, P.C. 'The meaning of democracy and its determinants', 2015, in KRIESI, H. (ed.), *How Europeans View and Evaluate Democracy* (forthcoming).

[28] 8th September 2007, first 'V day'. 25 April 2008, second 'V day'. Despite these precedents the M5S is created in 2009, in the context of the Eurocrisis. BORDIGNON, F. & CECCARINI, L., 'Five Stars and a Cricket. Beppe Grillo Shakes Italian Politics', *South European Society and Politics*, vol. 18, no. 4, 2013, pp. 427-449.

[29] KARAMIHAS, J., 'Square Politics, Key characteristics of the indignant mobilizations in Greece', paper presented at the 62nd PSA Annual International Conference, Belfast 3-5 April, 2012.

III. THE EMERGENCE OF SYRIZA, M5S AND PODEMOS

The party of SYRIZA was initially founded as a coalition of radical left parties and other extra parliamentary organizations in 2004. It constitutes partly the successor of the older KKE-interior (Κομμουνιστικό Κόμμα Ελλάδας Εσωτερικού)– the Eurocommunist splinter party from the orthodox KKE). However, its main constituent SYNASPISMOS/ SYN (Συνασπισμός) was founded in 1992 and has long established ties with the traditional left in Greece. On the eve of the June 2012 national elections, SYRIZA was transformed into a unified party[30]. SYRIZA adopts to a large extent the agenda of New Left parties in other European countries. However, the main element of its programme after the onset of the economic crisis is the break with the so-called '*Memorandum*' and the policies of austerity, while supporting the participation of Greece in the EU and in the Eurozone[31].

The programme of SYRIZA encompassed most of the demands of the movements and the party was the only one in the Greek political system linked with these anti-austerity popular movements[32]. The effect of the implementation of the austerity measures imposed by Greece's international lenders and implemented by five consecutive Greek governments[33] was a hotly debated topic and had dominated political discourse throughout the four-year period from the spring of 2010 to the spring of 2014. This debate gave rise to the neologisms '*mnemoniakoi*' and '*anti-mnemoniakoi*' (the Greek word for the Memorandum of Understanding is 'Mnemonio') to distinguish between those that viewed the 'bailout' and the MoU as a lifeline for the Greek economy and those that viewed them as the actual reason why the economic crisis has been so deep and protracted[34]. SYRIZA emerged as the main political voice in the second group.

Although created in 2009, the success of the M5S inserts its roots in the post-Second World War Italian party-system crisis, since the so-called '*Tangentopoli*', in which most

---

[30] For the national elections of 17 June 2012, SYRIZA was transformed from a coalition into a unified party in order to be eligible to receive the 'bonus' of the 50 seats given to the first party under the Greek electoral system. The old parties of the coalition remain as factions within the unified party.

[31] See STAVRAKAKIS, Y. & KATSAMBEKIS, G., 'Left-wing populism in the European periphery: the case of SYRIZA', *Journal of Political Ideologies*, 2014, vol. 19, no. 2, pp. 119-142.

[32] STAVRAKAKIS, Y. & KATSAMBEKIS, G., 'Left-wing populism in the European periphery: the case of SYRIZA', n. 31, p. 126; TSAKATIKA, M., & ELEFTHERIOU, C., 'The radical left's turn towards civil society in Greece: one strategy, two paths', n. 10, pp. 14-15.

[33] PASOK government headed by George Papandreou; PASOK, ND and LAOS government headed by former European Bank VP Lucas Papademos; caretaker government headed by Greek judge Panagiotis Pikrammenos; ND, PASOK and DIMAR government headed by Antonis Samaras; and New Democracy and PASOK government headed by Antonis Samaras.

[34] TEPEROGLOU, E., TSATSANIS, E. & NICOLACOPOULOS, EL., 'Habituating to the new normal in a post-earthquake party system: the 2014 European election in Greece', *South European Society and Politics*, 2015, Special issue on the 2014 European Parliament Elections in Southern Europe (guest editors: H. Schmitt & E. Teperoglou), doi:10.1080/13608746.2015.1068377.

of the national parties were involved in corruption cases[35]. Beppe Grillo leaded a party –or a movement of the Italian people– which defends free internet connection, transparent politics, and traditional green precepts, although its success was essentially based on the criticism to the corruption and excesses of the Italian establishment[36]. Its main distinguishing feature was the use of new technologies and social network as a way of organisation and participation. With a populist discourse that highlights the dichotomization between 'us' and 'them' and a strong and personalised leadership[37], the M5S claims to be 'neither left nor right', ideological labels that are employed 'to fool the electorate'[38].

With its profile of non-ideology party against the establishment[39], M5S was also able to electorally mobilize the social protest linked to the 'V-day' movement, winning a remarkable number of municipalities in the 2012 regional and local elections, virtually becoming the third Italian party. M5S revalidated its position in the 2013 general elections, obtaining a quarter of the total share of votes. Although the M5S was able to obtain 21.2 per cent of the votes, its electoral results in the 2014 EP elections were far from the 41 per cent of the votes obtained by the ruling Democratic Party, and below the expectations for an eurosceptic party in a context of low levels of popularity of the EU institutions.

Podemos is the newest party of the three, owing its rapid success in the anti-establishment discourse rooted, in this case, in the social movements linked to the Indignant and 15-M movements in Spain[40]. Although his speech was also eurocritical, its main discursive lines have to do with the need for a participatory and transparent democracy, with the end of corruption, the traditional parties and politicians. When the Indignant Movement was accused of not being able to politically shape the crescent political discontent, a party emerged from these social movements broke into the Spanish electoral arena. Although its results continued growing after 2014, Podemos casted more than a million of votes in the EP elections, 8 per cent of the total share. This was a timid result if we compare it with those of SYRIZA (26.6) and M5S (21.2), but an impressive and unexpected result for a party created

[35] WATERS, S., 'Tangentopoli' and the emergence of a new political order in Italy', *West European Politics*, vol. 17, no. 1, 1994, pp. 169-182; BORRECA, R., 'Political crisis in Greece and Italy: a comparative analysis of SYRIZA and 5 Stars Movement', n. 9.

[36] BORDIGNON, F. & CECCARINI, L., 'Five Stars and a Cricket. Beppe Grillo Shakes Italian Politics', *South European Society and Politics*, vol. 18, no. 4, 2013, pp. 427-449.

[37] TARCHI, M., *L'Italia Populista*, Bologna (Il Mulino), 2003; FELLA, S. & RUZZA, C., 'Populism and the fall of the centre-right in Italy: the end of the Berlusconi model or a new beginning?', *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 21, no. 1, 2013, pp. 38-52; BORRECA, R., 'Political crisis in Greece and Italy: a comparative analysis of SYRIZA and 5 Stars Movement', n. 9.

[38] VEGETTI, F., POLETTI, M. & SEGATTI, P., 'When responsibility is blurred: Italian national elections in times of economic crisis, technocratic government, and ever-growing populism', *Rivista Italiana di Scienza Politica*, vol. 43, no. 3, 2013, p. 329.

[39] BORDIGNON, F. & CECCARINI, L., 'Five Stars and a Cricket. Beppe Grillo Shakes Italian Politics', n. 36.

[40] TORREBLANCA, J.I., *Asaltar los Cielos. Podemos o la Política de después de la Crisis*, n. 8; CORDERO, G. & MONTERO, J.R., 'Against bipartyism, towards dealignment? The 2014 European elections in Spain', n. 8.

only four months before the contest (Pavia, Bodoque & Martín 2014). As in the case of Beppe Grillo, the success of Podemos is related to the use of the media by its –in this case a political scientist– leader, a relatively popular talk show guest[41]. The fundamental and repeated discourse of Pablo Iglesias was based on the criticism to the national establishment (or '*la casta'*) and the austerity politics, developed by the two mainstream parties.

Table 1. National Elections and European Parliament Elections Results of SYRIZA, M5S and Podemos.

		General Elections*			2014 EP Elections		
		% Vote	Seats/Total	Position	% Vote	Seats/Total	Position
GREECE	SYRIZA	36.3	149/300	1st	26.6	6/21	1st
ITALY	M5S	32.2	112/315	2nd	21.2	17/73	2nd
SPAIN	Podemos	21.1	71/350	3rd	8.0	5/54	4th

Source: Authors' own elaboration based on data by the Greek (www.ypes.gr), Italian (http://elezionistorico.interno.it) and Spanish Ministry of Interior (http://www.mir.es)

* National elections held in Greece in 27 January 2015; Italy, 4 March 2018; Spain 26 June 2016.

IV. CONCEPTUAL FRAMEWORK AND HYPOTHESES

1. The Economic Crisis Hypothesis

The potential influence of the economic crisis on the vote for populist parties is related with the literature on economic voting[42]. In its simplest version, the economic voting theory postulates that voters support the party in government when the economic conditions are favourable and withdraw it when the economy is performing poorly. The literature has provided evidence that the economy is indeed a significant determinant of the vote in most democracies, including southern Europe[43].

[41] CORDERO, G. & MONTERO, J.R., 'Against bipartyism, towards dealignment? The 2014 European elections in Spain', n. 8.

[42] See e.g. LEWIS-BECK, M. & STEGMAIER, M. (2007) 'Economic models of voting', in DALTON, R. & KLINGEMANN, H.-D. (eds.), *The Oxford Handbook of Political Behaviour*, Oxford (Oxford University Press), 2007, pp. 518-537; LEWIS-BECK, M.S. & STEGMAIER, M., 'Economic determinants of electoral outcome', *Annual Review of Political Science*, vol. 3, no. 1, 2000, pp. 183-219.

[43] FREIRE, A. & LOBO, M.C., 'Economics, ideology and vote: Southern Europe, 1985-2000', *European Journal of Political Research*, vol. 44, no. 4, 2005, pp.493-518; FRAILE, M. & LEWIS-BECK M.S., 'Economic voting in Spain: a 2000 panel test', *Electoral Studies*, vol. 29, no. 2, 2010, pp. 210-220; BELLUCCI, P., COSTA LOBO, M., & LEWIS-BECK, M.S., 'Economic crisis and elections: the European periphery', *Electoral Studies*, vol. 31, no. 3, 2012, pp. 469-71.

The interest on the economic voting has increased since the beginning of the Great Recession[44]. In a comparative study of 31 democracies, Bartels show that during the economic crisis, voters punished the incumbent parties regardless of their ideology when the economic performance was poor[45]. The countries of south Europe have not been an exception. Recent research confirms that indeed both the crisis and the austerity measures have had a significant impact on the incumbents' electoral prospects in these countries[46].

In sum, according to the classical reward-punishment retrospective economic voting model, voters link their support for the government to the economic conditions. However, it is less clear where the votes go when the incumbent party is punished in the elections. Hernández and Kriesi try to provide an answer of which parties in particular were more likely to gain support during the economic crisis. Their results show that the economic crisis was especially harmful to mainstream parties regardless they were in government or not[47]. As Kriesi puts it: "increasing unemployment and stagnation or even diminishing incomes as a result of the austerity measures taken in the aftermath of the crisis, discontented voters may nurture resentment against all the mainstream parties, the established political elites or the "political class"[48]. Moreover, such political disaffection against mainstream parties may have been particularly intense in those countries such as Greece, Spain and Italy where the traditional parties of both sides of the ideological spectrum have failed to implement alternative policies to the extremely unpopular austerity measures once they were in office. From this perspective, the success of SYRIZA, M5S and Podemos may be explained by the economic crisis and the incapacity of mainstream parties to tackle with it. We thus expect the electoral profile of these three parties to be especially conditioned by the economic voting logic. Indeed, they may be especially attractive among economic losers and those voters discontent with the economic situation and government performance. In sum, our first hypothesis is the following: *H1a: Individuals particularly hard hit by the economic crisis were more likely to vote for SYRIZA, M5S and Podemos.* This hypothesis responds to the pocketbook version of the economic voting. However, according to the existing evidence, voters are not as much concerned about their personal financial situation as in the general

---

[44] LINDVALL, J., 'The electoral consequences of two great crisis', *European Journal of Political Research,* vol. 53, no. 4, 2014, pp. 747-765; BERMEO, N. & BARTELS, L.M. (eds.), *Mass Politics in Tough Times*, Oxford (Oxford University Press), 2014.

[45] BARTELS, L.M., 'Ideology and retrospection in electoral responses to the great recession', in BERMEO, N. & BARTELS, L.M. (eds.), *Mass Politics in Tough Times*, Oxford (Oxford University Press), 2014, pp. 185-223.

[46] KARYOTIS, G. & RÜDIG, W., 'Blame and punishment? The electoral politics of extreme austerity in Greece', *Political Studies*, vol. 63, no. 1, 2013, pp. 2-24; FRAILE, M. & LEWIS-BECK, M.S., 'Economic vote instability: endogeneity or restricted variance? Spanish panel evidence from 2008 and 2011', *European Journal of Political Research,* vol. 53, no. 1, 2014, pp. 160-179.

[47] HERNÁNDEZ, E. & KRIESI H., 'The electoral consequences of the financial and economic crisis in Europe', *European Journal of Political Research*, vol. 55, no 2, 2015, 203-224.

[48] HERNÁNDEZ, E. & KRIESI H., 'The electoral consequences of the financial and economic crisis in Europe', n. 47.

economic well-being of the nation[49]. Hence we also posit a second hypothesis related with a sociotropic perspective of the economic voting: *H1b: Individuals who perceive the national economy to be weaker are more likely to vote for SYRIZA, M5S and Podemos.*

In multilevel governance settings such as EU member states, we should take into account voters' perception of both the national and the EU level. Following the economic (or performance) voting literature, we expect that SYRIZA, M5S and Podemos will be more attractive among those voters less satisfied with the national government performance. Indeed, as we have just argued, these three parties may become the alternative among those who intend to punish the incumbent party of its policy outcomes. Yet, what about the perceptions of EU performance? Which party benefits from those who are critical with the EU management?

The existence of performance voting in the EU level is more problematic as Europe does not have a clear incumbent party that voters can punish in the elections[50]. Hence, voters dissatisfied with the EU performance cannot easily follow the 'incumbent *vs*. opposition' logic as in the national level. Instead, they may decide to vote for those parties more critical with the management of the EU (regardless of being incumbent parties at the national level or not). SYRIZA based its campaign and rooted its success in *antitroika* and anti-memorandum statements, while Podemos showed a clear opposition to the austerity measures imposed from the EU and implemented by the national governments. For all these reasons, we expect eurocritical citizens to show a higher propensity to vote for SYRIZA and Podemos: *H1c: Critical citizens of the management of the national and supranational institutions will be more likely to vote for SYRIZA, M5S and Podemos.*

2. The Political Crisis Hypothesis

The second hypothesis that may explain why Podemos, M5E and SYRIZA become attractive among the electorate is a political one: the decline of political trust. Confidence in political institutions had already been decreasing in many developed democracies during the decades previous to the economic crisis[51]. Still, this phenomenon has become particularly intense in the European countries severely affected by both the economic crisis and the austerity policies[52].

---

[49] KINDER, D. R. & KIEWIET, D.R., 'Sociotropic politics: the American case', *British Journal of Political Science*, vol. 11, no. 2, 1981, pp. 129-161.

[50] HOBOLT, S. & TILLEY, J., *Blaming Europe? Responsibility Without Accountability in the European Union*, Oxford (Oxford University Press), 2014.

[51] PHARR, S. J. & PUTNAM, R. D., *Disaffected democracies: what's troubling the trilateral countries?*, Princeton (Princeton University Press), 2000; TORCAL, M. & MONTERO, J.R., *Political Disaffection in Contemporary Democracies: Social Capital, Institutions and Politics*, Abringdon (Routledge), 2006.

[52] ARMINGEON, K. & GUTHMANN, K., 'Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries, 2007-2011', n. 1.

The literature has provided two arguments to account for the increase of political distrust during the Great Recession. The first is the one related with the economic crisis. According to this first explanation, the countries hardest-hit by the global economic crisis were also those whose levels of political trust deteriorated more[53]. The second argument is related with capacity of the democratic institutions to be responsive to citizens' preferences. Indeed, European democracies have been hollowing out by globalization and EU integration. Governments' capacity to follow the demands of their population has been particularly profound in some countries of the Eurozone during the debt crisis. This is precisely the conclusion of Torcal in his comparative study of Spain and Portugal: 'the increasing perception that political authorities are not responsive to citizens' demands is negatively affecting individual institutional trust'[54].

Political distrust has been identified as one of the main causes behind support for non-mainstream parties[55]. Voters who are largely unsatisfied with how political process is functioning may use their vote to extreme parties as a way to voice their political discontent. The emergence of Podemos, M5S and Syriza took place in parallel with the deep decrease in political trust in these countries. The literature provides support to the hypothesis that there is indeed a causal relationship behind the correlation between these two phenomena. Hence, our second main hypothesis is the following: *H2: Citizens with low levels of trust towards the institutions (both national and supranational) will be more likely to vote for SYRIZA, M5S and Podemos.*

V. DATA AND METHODS

The empirical analysis of this paper rests upon the European Elections Study 2014[56], which fieldwork was completed in June 2014, one month after the EP elections.[57] Its common questionnaire allows an analysis of the voting patterns in the three countries. Our dependent variable is not voting choice, but electoral utilities –the Propensity to Vote (hereafter: PTV) for SYRIZA, M5S and Podemos. The PTV is a non-ipsative preference

[53] ORRIOLS, L. & RICO, G., 'El Clima de Opinión', in ANDUIZA, E. *et al*. (eds.), *Elecciones Generales 2011*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2014.

[54] TORCAL, M., 'The decline of political trust in Spain and Portugal. Economic performance or political responsiveness', *American Behavioral Scientist*, vol. 58, no. 12, 2014, p. 1553.

[55] DENEMARK, D. & BOWLER, S., 'Minor parties and protest voters in Australia and New Zealand: locating populist politics', *Electoral Studies*, vol. 21, no. 1, 2002, pp. 47-67; BÉLANGER, E., 'Antipartyism and third-party vote choice: a comparison of Canada, Britain and Australia', *Comparative Political Studies*, vol. 37, no. 9, 2004, pp. 1054-1078.

[56] SCHMITT, H. *et al*., *European Parliament Election Study 2014, Voter Study*, GESIS Data Archive, Cologne, 2015. ZA5160 Data file Version 1.0.0, doi:10.4232/1.5160.

[57] For this reason we may expect an overrepresentation of the voting factors related to the EU and the Eurocrisis.

rating, measuring what Downs[58] called 'electoral utilities'[59]. The questions were formulated as following: 'If you think of (SYRIZA/M5S/Podemos), what mark out of ten best describes how probable it is that you will ever vote for this party? 0. Not at all probable; 10. Very likely'. The choice of this dependent variable is suitable as it allows the analysis of the future intentions of the respondents.

In order to test the first set of hypothesis –the economic crisis hypothesis, we have implemented two OLS models. In addition to the basic set of control variables –gender, age, education and ideology (our set of independent and control variables is described in the online Appendix, Table A.1), the first model captures the egotropic side of the economic voting (H1a) with the four following variables: first, three dummy variables that take value 1 when someone in household has lost job/ has suffered a decrease in their income/ the respondent is concerned about being able to pay the bills, and value 0 otherwise; we also add working status, including the category 'unemployed'. In the second model, the sociotropic explanation is measured with the perception of the national economic situation (H1b). Lastly, we test the hypotheses H1c by including two dummy variables about whether respondents approved the national government and EU institutions recent performance (value 1) or not (value 0).

Our second hypothesis –the political crisis one– is tested with two additional OLS models. The voters of SYRIZA, M5S and Podemos are usually described as well informed, interested in the EU, and 'digital citizens', active members of the protest movements that have crystallized in the vote for anti-establishment parties[60]. In order to test this, we have inserted two variables: reading news on the EP elections on internet and the participation in a demonstration during the last 12 months. The second model focuses on institutional confidence, adding the degree of trustiness in the EU and the national parliament. Additionally, the accordance with the statement 'The EU is a good thing for my country' has been inserted as a control for Euroscepticism.

VI. RESULTS

Comparing the two OLS models for the economic voting hypotheses (Table 2), we can conclude that by including in our analysis the macro evaluations of the economic situation –the sociotropic economic voting variables and the agreement with the recent EU

[58] DOWNS, A., *An Economic Theory of Democracy*, New York (Harper), 1957.

[59] VAN DER EIJK, C. *et al*., 'Rethinking the dependent variable in voting behaviour: On the measurement and analysis of electoral utilities', *Electoral Studies*, vol. 25, no. 3, 2006, pp. 424-447; VAN DER EIJK, C. & FRANKLIN, M. (eds.) (1996) *Choosing Europe? The European Electorate And National Politics In The Face Of Union*, Ann Arbor (University of Michigan Press), 1996.

[60] BORDIGNON, F. & CECCARINI, L., 'Five Stars and a Cricket. Beppe Grillo Shakes Italian Politics', n. 36; BORRECA, R., 'Political crisis in Greece and Italy: a comparative analysis of SYRIZA and 5 Stars Movement', n. 9; CORDERO, G. & MONTERO, J.R., 'Against bipartyism, towards dealignment? The 2014 European elections in Spain', n. 8.

actions, the model explains only marginally better the probability to vote for any of these three parties. The analysis of the sociodemographic characteristics of the citizens on the propensity to vote for these three parties shows that women and those with higher education were more likely to vote for SYRIZA. Housekeepers and pensioners were less likely to vote for Podemos. As previous works have shown, during the recent elections these profiles have tended to vote for the PP and not for the centre-left and left parties[61].

Moving to the egotropic hypothesis (H1a) of economic voting of our study, the evidence does not support the hypothesis for SYRIZA and M5S. On the contrary, we find a correlation between having an unemployed person in the household and the probability to cast a vote for the party of Podemos. Overall, the individuals who were concerned about their personal financial situation were more likely to vote for Podemos[62]. For those who expressed a high probability to vote for M5S we can see that only in the first model one of the micro variables ('Most of the time worried about paying bills') of the evaluation of the economic situation playes a role. Its impact is cancelled out when including in the model the indicators of the macro-economic evaluation.

Findings related to the sociotropic hypothesis (H1b) are also surprising. The analysis reveals that the evaluation of the national economy does not seem to play a role towards the propensity to vote for SYRIZA. This finding could be grounded on the fact that in such an extreme economic downturn like the Greek one, the power of sociotropic evaluations of the economy is reduced due to lack of variation[63]. Another clear finding from our analysis is that the bad economic situation in Italy is not significant for people who declare a high propensity to vote for M5S. This is in line with findings that the success of the anti-party movement of Beppe Grillo in the national elections of 2013 is not linked to retrospective economic discontent[64]. On the other hand, a possible vote for Podemos might be grounded on a negative evaluation of the Spanish economy, as in the case of egotropic evaluation of the economy. Therefore, we can conclude that the economic grievances in Greece and Italy did not exerted a possible vote for SYRIZA and M5S, while on the contrary for the Spanish electorate economic considerations appear increased the probability for a vote for Podemos.

Our hypothesis on the evaluations of the national government and EU institutions' performance (H1c) is confirmed only for the national level. Even though SYRIZA, M5S

---

[61] CALVO, K., MARTÍNEZ, A. & MONTERO, J.R., 'Devotos y votantes: el peso del voto religioso en las elecciones generales', in MONTERO, J.R. & LAGO, I. (eds.), *Elecciones Generales 2008,* Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2011.

[62] For similar findings see FERNÁNDEZ-ALBERTOS, J., *Los votantes de Podemos. Del partidos de los indignados al partido de los excluidos*, n. 8.

[63] See also TEPEROGLOU, E. & TSATSANIS, E., 'Dealignment, de-legitimation and the implosion of the two-party system in Greece: The Earthquake Election of 6 May 2012', n. 2, p. 235.

[64] BELLUCCI, P., 'The political consequences of blame attribution for the economic crisis in the 2013 Italian national election', *Journal of Elections, Public Opinion and Parties,* vol. 24, no. 2, 2014, p. 260.

and Podemos adopt eurocritical stances[65], negative evaluations towards the EU management do not appear to be related with the propensity to cast a vote for these parties[66]. For the case of SYRIZA we should also note the fact that at the time of the 2014 European election its main success was built around the strategy of a possible 'break' with the so-called Troika.

On the contrary, the results follow our expectations regarding the high propensity score for the three parties and the (dis)approval of the national government performance. Potential voters of the three parties seem to place the blame square on the policies pursued by their respective national governments. Approval of the management of the domestic actors and the citizens' self-location on the ideological scale are by far those which explain better the probability to vote one of the three parties. Interestingly, even though Podemos and M5S are two parties that are reluctant to be classified on the left-right spectrum, we can nevertheless detect the importance of ideology in the decision to vote these parties. The findings about the self-placement on the left-right scale reveal that the party of Podemos seemed to attract more leftist voters compared to SYRIZA, which occupied the centre-left spectrum of the political offer. On the other hand, the more centrist voters indicated support for M5S. Finally, self-placement on the centre-right prohibited casting a vote for SYRIZA and Podemos more than for M5S.

	Probability to vote... M5S	**Probability to vote... SYRIZA**	**Probability to vote... PODEMOS**	**Probability to vote... M5S**	**Probability to vote... SYRIZA**	**Probability to vote... PODEMOS**
Male	0.39+	-0.50*	0.03	0.14	-0.60**	-0.09
	(0.22)	(0.21)	(0.24)	(0.27)	(0.22)	(0.26)
Age	-0.02	0.04	0.05	-0.00	0.05	0.02
	(0.05)	(0.04)	(0.04)	(0.06)	(0.04)	(0.05)
Age Squared	-0.00	-0.00	-0.00	-0.00	-0.00	-0.00
	(0.00)	(0.00)	(0.00)	(0.00)	(0.00)	(0.00)
Secondary Education (ref: Primary)	0.07	0.14	0.15	-0.08	0.10	0.09
	(0.27)	(0.30)	(0.31)	(0.32)	(0.31)	(0.33)
University	-0.61*	0.97**	-0.16	-0.63+	1.01**	-0.13
	(0.30)	(0.32)	(0.33)	(0.35)	(0.32)	(0.35)
Housekeeper (ref: Working)	0.09	-0.35	-1.41**	-0.27	-0.29	-1.36**
	(0.39)	(0.43)	(0.47)	(0.46)	(0.44)	(0.51)
Student	0.56	0.05	0.16	1.14	0.06	-0.34
	(0.59)	(0.48)	(0.59)	(0.72)	(0.48)	(0.63)

[65] STAVRAKAKIS, Y. & KATSAMBEKIS, G., 'Left-wing populism in the European periphery: the case of SYRIZA', n. 31; TORREBLANCA, J.I., *Asaltar los Cielos. Podemos o la Política de después de la Crisis*, n. 8.

[66] For a similar conclusion for voting choice, see BELLUCCI, P., 'The political consequences of blame attribution for the economic crisis in the 2013 Italian national election', n. 64; CORDERO, G. & MONTERO, J.R., 'Against bipartyism, towards dealignment? The 2014 European elections in Spain', n. 8.

	Probability to vote... M5S	**Probability to vote... SYRIZA**	**Probability to vote... PODEMOS**	**Probability to vote... M5S**	**Probability to vote... SYRIZA**	**Probability to vote... PODEMOS**
Retired	-0.20	-0.39	-0.99*	-0.63	-0.28	-1.01*
	(0.42)	(0.38)	(0.45)	(0.51)	(0.39)	(0.47)
Unemployed	-0.84*	-0.25	-0.40	-0.82	-0.33	-0.42
	(0.42)	(0.33)	(0.32)	(0.52)	(0.33)	(0.33)
Self Ideology Center-Left (3-4; ref: 1-2)	0.91**	3.00***	-0.10	0.79*	2.95***	-0.31
	(0.31)	(0.30)	(0.31)	(0.37)	(0.31)	(0.33)
Self Ideology Center (5)	1.82***	0.32	-2.02***	1.77***	0.29	-2.13***
	(0.31)	(0.28)	(0.28)	(0.36)	(0.29)	(0.31)
Self Ideology Center Right (6-7)	0.69*	-1.46***	-3.38***	0.49	-1.23***	-2.65***
	(0.30)	(0.35)	(0.42)	(0.36)	(0.36)	(0.49)
Self Ideology Right (8-10)	-0.80*	-2.46***	-3.49***	-1.39**	-2.14***	-2.43***
	(0.36)	(0.34)	(0.52)	(0.43)	(0.35)	(0.59)
Someone lost job in household	0.11	0.01	0.78**	-0.00	0.09	0.80**
	(0.28)	(0.22)	(0.27)	(0.33)	(0.22)	(0.29)
Household decrease in income	0.03	-0.36	-0.53+	0.20	-0.70	-0.58+
	(0.24)	(0.48)	(0.30)	(0.29)	(0.51)	(0.32)
Most of the time worried about paying bills	1.01**	0.33	-0.69*	0.64	0.25	-0.72*
	(0.32)	(0.22)	(0.34)	(0.39)	(0.23)	(0.36)
Perceived Eco Nat Present Positive				0.09	0.11	-0.28*
				(0.17)	(0.12)	(0.14)
Approve the National Government's				-1.20**	-1.27***	-1.61***
				(0.36)	(0.38)	(0.44)
Approve the actions of the EU during the last 12 months				-0.04	-0.29	0.10
				(0.36)	(0.38)	(0.38)
Constant	4.10***	3.06**	4.88***	3.77**	3.11**	6.74***
	(1.20)	(1.05)	(1.09)	(1.43)	(1.11)	(1.21)
Observations	906	1042	926	659	991	787
R^2	0.122	0.243	0.182	0.146	0.264	0.223

The first model for the analysis of the political crisis hypothesis (see Table 3) includes the sociodemographic characteristics of the voters on the propensity to vote for SYRIZA, M5S and Podemos (gender, age and education), self-ideological location of the respondents, the variable of the participation in a demonstration and the one about reading news on the EP campaign on internet. Including in our second model the two variables on trust (towards the EU institutions and the national parliament) and the evaluation of the EU membership, again we can conclude that there is only a modest improvement of the explanatory power of the model.

One of the main conclusions is that distrust towards the national parliament has an impact on the propensity to vote for Podemos and SYRIZA, while it is not significant for M5S. Distrust towards the EU institutions does not have any impact for any of the three parties. Much clearer Eurosceptic indicators are related to those who expressed a likelihood to vote the party of Beppe Grillo, confirming the eurosceptic profile of the party. In fact, the evaluation of the EU membership is the most important indicator for the potential voters of M5S. This finding is in line with the fact that the anti-EU rhetoric of SYRIZA and Podemos is grounded more on an anti-Memorandum wave and against the implementation of austerity measures and not against the EU itself.

The active involvement in demonstrations emerges (in both models) as the strongest determinant of to the propensity to vote for Podemos. This finding is in line with the grass root origins of the party. The participation in demonstration has also an impact to cast a vote for M5S. On the contrary, it does not seem to have an impact for SYRIZA. This finding confirms both the gradual transformation of the party from a small radical left party of the Greek political arena to a catch-all party and also the indirect-compared to the other two parties– linkage of the party with the protest movements. Some signs of this shift have already been documented in the 2012 double elections, but have been intensified in the period up to the 2015 national elections. Finally, gathering information about the EP elections on internet contributes to a higher propensity to vote for SYRIZA and M5S. Contrary to what we expected, a similar conclusion does not come out for Podemos. This counterintuitive finding follows the one made by Cordero and Montero[67] on Podemos voters' interest in politics in general, but not in the EU or the EP elections in particular. The hypothesis that voters less satisfied with the political system will be more likely to vote for these three parties (H2) is mainly confirmed for the party of Podemos, considering only the disaffection with the national parliament. Like in the models of economic voting, ideology again explains mainly the propensity to vote for these parties.

[67] CORDERO, G. & MONTERO, J.R., 'Against bipartyism, towards dealignment? The 2014 European elections in Spain', n. 8.

	Probability to vote... M5S	**Probability to vote... SYRIZA**	**Probability to vote... PODEMOS**	**Probability to vote... M5S**	**Probability to vote... SYRIZA**	**Probability to vote... PODEMOS**
Male	0.18	-0.58**	0.14	0.19	-0.61**	0.08
	(0.21)	(0.20)	(0.22)	(0.22)	(0.21)	(0.23)
Age	-0.03	0.04	0.06	-0.01	0.05	0.04
	(0.04)	(0.03)	(0.04)	(0.04)	(0.03)	(0.04)
Age Squared	-0.00	-0.00	-0.00*	-0.00	-0.00	-0.00
	(0.00)	(0.00)	(0.00)	(0.00)	(0.00)	(0.00)
Secondary Education (ref: Primary)	-0.10	-0.07	0.09	0.02	-0.07	0.22
	(0.27)	(0.30)	(0.30)	(0.28)	(0.30)	(0.31)
University	-1.00***	0.56+	-0.30	-0.70*	0.52	-0.17
	(0.29)	(0.31)	(0.34)	(0.31)	(0.32)	(0.34)
Self Ideology Center-Left (3-4; ref: 1-2)	0.81**	2.98***	-0.08	0.75*	2.93***	-0.26
	(0.30)	(0.30)	(0.31)	(0.32)	(0.31)	(0.31)
Self Ideology Center (5)	1.77***	0.31	-1.67***	1.77***	0.22	-1.82***
	(0.31)	(0.28)	(0.28)	(0.32)	(0.28)	(0.29)
Self Ideology Center Right (6-7)	0.67*	-1.45***	-2.86***	0.66*	-1.48***	-2.83***
	(0.29)	(0.35)	(0.42)	(0.31)	(0.36)	(0.44)
Self Ideology Right (8-10)	-0.68+	-2.52***	-2.85***	-0.98**	-2.51***	-2.85***
	(0.35)	(0.33)	(0.51)	(0.37)	(0.34)	(0.55)
During last 12 months, demonstrations	0.77*	0.29	2.06***	0.81*	0.27	1.87***
	(0.34)	(0.32)	(0.30)	(0.36)	(0.32)	(0.31)
I read news about the EU on internet	0.48**	0.48**	0.13	0.61**	0.48**	0.12
	(0.18)	(0.16)	(0.18)	(0.19)	(0.16)	(0.18)
Trust in the EU Institutions				-0.09	0.09	0.13
				(0.17)	(0.14)	(0.15)
Trust in National Parliament				-0.19	-0.23+	-0.40**
				(0.17)	(0.14)	(0.15)
EU membership Good thing for country				-0.59*	0.17	0.04
				(0.26)	(0.24)	(0.25)
Constant	3.84***	2.31**	3.81***	3.82***	2.39**	4.70***
	(0.91)	(0.80)	(0.94)	(1.01)	(0.82)	(0.99)
Observations	919	1039	928	827	1032	890
R^2	0.125	0.249	0.204	0.136	0.251	0.211

VII. CONCLUDING REMARKS

In this paper, we have tried to investigate the profile of the voters of the three most important Southern European non-right anti-establishment parties, namely SYRIZA, M5S and Podemos in 2014, one month after the European Parliament elections. Our dependent variable is the propensity to vote these parties, using the PTV variables of the European Election Study 2014. The central question of our study was to explore whether the electoral basis of these parties could be analysed by two complementary explanations. The first one is that of the economic voting. The experience of the deep recession, the austerity measures, the drop in living standards posits several research questions from the economic voting perspective. These circumstances raise the question of whether the electoral success of these parties is related to the assumptions of the economic voting theory.

The answer is affirmative only for the case of the party of Podemos. Both the egocentric and sociotropic hypotheses of economic voting are confirmed for those who expressed the possibility to cast a vote for the Spanish party in 2014. Moreover, the potential voters of these three parties do not link the economic crisis to the EU management. Even if the three parties are eurocritical and the programme of SYRIZA is focused on its anti-bailout profile, for the electorate economic considerations do not increase the probability of voting for these parties. At first glance this finding might be surprising, but it shows the weakness of sociotropic evaluations of the economy in the context of a deep recession. This is the case especially for the Greek economy and the reaction by a citizenry which has been experiencing one of the most rapid declines in the standards of living of a country in the postwar era. In other words, due to the extreme bad economic conditions the Greek voters do not link their support for a party on the calculation of classical reward-punishment logic of the economic voting. The results on the hypotheses of the economic voting are not significant for the potential voters of M5S too. For this case, we have to take into account the other indicators from the political trust model of our analysis that are significant in order to cast a vote for the party of Beppe Grillo, which play down the importance of the economic conditions in Italy. Overall, the first model of our study, the one of economic voting explained better the propensity to vote for the party of Podemos and not for the other two.

The second set of explanations for the electoral success of these parties could be linked to eurocritical and eurosceptical stances and levels of distrust in national and European institutions. Since the onset of the debt crisis the pro-European profile of public opinion in Greece, Italy and Spain rapidly overturned. Our findings reveal that the party of Beppe Grillo emerged as one of the main political forces in the Italian political arena for those voters who wish to link their vote to a negative evaluation of the EU membership. On the other hand, eurosceptical stances did not appear to have an impact on the propensity to vote for Podemos and SYRIZA. Our second main set of explanations for the institutional crisis is also linked to the fact that in the three countries, we observe after the onset of the sovereign debt crisis an unprecedented image of extreme and rapid delegitimation for institutions

both at the national and European level. Especially the rhetoric of Podemos and M5S was built upon these anti-party sentiments, while the disenchantment with the major parties of each political arena constitute a central feature of their strategy (including also SYRIZA). On the other hand, our analysis shows that support mainly for the party of Podemos and to a lesser extent for SYRIZA is associated with distrust towards the national parliament. Even if Beppe Grillo highlights the 'anti-politics' character of his movement, the potential voters play down its importance.

Nevertheless, in our models the most important factor that determines the propensity to support any of the parties, surprisingly enough, is the placement on the left-right axis. Contrary to conventional wisdom and the principles of these parties (especially for M5S and Podemos), the potential voters of these three parties can be defined by their ideological profile. Those of Podemos appear to be the more leftist than the others and those of M5S the more centrist. The ideological profile of the potential voter of SYRIZA (mainly belonging to the centre-left) shows a gradual transformation of this radical left party to a catch –all one, occupying the centre-left locations of the ideological scale in Greece, after the debacle of PASOK. The fact that ideology not only seems to enter into voters' calculus to support one of these anti-establishment southern European parties in times of economic recession, but also the fact that the evaluation of the national actors plays a role in voters choices reveal the limitations of interpretative frameworks that seek to bundle all these challengers together as eurocritical undifferentiated post-ideological 'populist' actors.

VIII. REFERENCES

ANDREADIS, I., POLETTI, M., TEPEROGLOU, E. & VEZZONI, C., 'Economic crisis and attitudes towards the European Union: are Italians and Greeks becoming Eurosceptic because of the crisis?', paper presented at the 64th Annual International Conference of the Political Science Association, Manchester, 14-16 April, 2014.

ANDUIZA, E., BOSCH, A., ORRIOLS, L., & RICO, G., *Elecciones generales 2011*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2014.

ARMINGEON, K. & GUTHMANN, K., 'Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries, 2007–2011', *European Journal of Political Research*, vol. 53, no. 3, 2013, pp. 423-442.

BARTELS, L.M., 'Ideology and retrospection in electoral responses to the great recession', in BERMEO, N. & BARTELS, L.M. (eds.), *Mass Politics in Tough Times*, Oxford (Oxford University Press), 2014, pp. 185-223.

BÉLANGER, E., 'Antipartyism and third-party vote choice: a comparison of Canada, Britain and Australia', *Comparative Political Studies*, vol. 37, no. 9, 2004, pp. 1054-1078.

BELLUCCI, P., 'The political consequences of blame attribution for the economic crisis in the 2013 Italian national election', *Journal of Elections, Public Opinion and Parties,* vol. 24, no. 2, 2014, pp. 243-63.

BELLUCCI, P., COSTA LOBO, M., & LEWIS-BECK, M.S., 'Economic crisis and elections: the European periphery', *Electoral Studies*, vol. 31, no. 3, 2012, pp. 469-71.

BERMEO, N. & BARTELS, L.M. (eds.), *Mass Politics in Tough Times*, Oxford (Oxford University Press), 2014.

BORDIGNON, F. & CECCARINI, L., 'Five Stars and a Cricket. Beppe Grillo Shakes Italian Politics', *South European Society and Politics*, vol. 18, no. 4, 2013, pp. 427-449.

BORRECA, R., 'Political crisis in Greece and Italy: a comparative analysis of SYRIZA and 5 Stars Movement', paper presented at the 2014 Conference of the Political Studies Association, Manchester, 14-16 April, 2014.

CALVO, K., MARTÍNEZ, A. & MONTERO, J.R., 'Devotos y votantes: el peso del voto religioso en las elecciones generales', in MONTERO, J.R. & LAGO, I. (eds.), *Elecciones Generales 2008,* Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2011.

CEKA, B. & MAGALHAES, P.C. 'The meaning of democracy and its determinants', 2015, in KRIESI, H. (ed.), *How Europeans View and Evaluate Democracy* (forthcoming).

CHECHERITA-WESTPHAL, C. & ROTHER, P., 'The impact of high government debt on economic growth and its channels: an empirical investigation for the Euro area', *European Economic Review*, vol. 56, no. 7, 2012, pp. 1392-1405, doi:10.1016/j.euroecorev.2012.06.007.

CHIARAMONTE, A. & EMANUELE, V., 'Volatile e tripolare: il nuovo sistema politico Italiano', in DE SIO, L., CATALDI, M. & DE LUCIA, F. (eds.), *Le Elezioni Politiche 2013,* Rome (Luiss University Press), 2013, pp. 95-100.

CORDERO, G. & MONTERO, J.R., 'Against bipartyism, towards dealignment? The 2014 European elections in Spain', *South European Society and Politics*, Special issue on the 2014 European Parliament Elections in Southern Europe (guest editors: H. Schmitt & E. Teperoglou), 2015, doi: 10.1080/13608746.2015.1053679.

CORDERO, G. & SIMÓN, P., 'Economic crisis and support for democracy in Europe', *West European politics*, 2015, published online, doi: 10.1080/01402382.2015.1075767.

DANIEL, J.M., 'Eurozone: light at the end of the tunnel?', in CHOPIN, T. & FOUCHER, M. (eds.), *Schuman Report on Europe*, Paris (Springer), 2013, pp. 53-56.

DENEMARK, D. & BOWLER, S., 'Minor parties and protest voters in Australia and New Zealand: locating populist politics', *Electoral Studies*, vol. 21, no. 1, 2002, pp. 47-67.

DOWNS, A., *An Economic Theory of Democracy*, New York (Harper), 1957.

FELLA, S. & RUZZA, C., 'Populism and the fall of the centre-right in Italy: the end of the Berlusconi model or a new beginning?', *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 21, no. 1, 2013, pp. 38-52.

FERNÁNDEZ-ALBERTOS, J., *Los votantes de Podemos. Del partidos de los indignados al partido de los excluidos*, Madrid (Catarata), 2015.

FISHMAN, R. M., 'Anomalies of Spain's economy and economic policy-making', *Contributions to Political Economy,* vol. 31, no.1, 2012, pp. 67-76, doi:10.1093/cpe/bzs009.

FOMINAYA, C.L. & COX, L., *Understanding European Movements: New Social Movements, Global Justice Struggles, Anti-Austerity Protest*, London (Routledge), 2013.

FORD, R. & GOODWIN, M., *Revolt on the Right: Explaining Support for the Radical Right in Britain*, Abingdon (Routledge), 2014.

FRAILE, M. & LEWIS-BECK, M.S., 'Economic vote instability: endogeneity or restricted variance? Spanish panel evidence from 2008 and 2011', *European Journal of Political Research,* vol. 53, no. 1, 2014, pp. 160-179.

FRAILE, M. & LEWIS-BECK M.S., 'Economic voting in Spain: a 2000 panel test', *Electoral Studies*, vol. 29, no. 2, 2010, pp. 210-220.

FREIRE, A. & LOBO, M.C., 'Economics, ideology and vote: Southern Europe, 1985-2000', *European Journal of Political Research*, vol. 44, no. 4, 2005, pp.493-518.

GABEL, M. & HIX S., 'Defining the EU political space: an empirical study of the European elections manifestos, 1979-1999', *Comparative Political Studies*, vol. 35, no. 8, 2002, pp. 934-964.

HERNÁNDEZ, E. & KRIESI H., 'The electoral consequences of the financial and economic crisis in Europe', *European Journal of Political Research*, vol. 55, no 2, 2015, 203-224.

HOBOLT, S. & TILLEY, J., *Blaming Europe? Responsibility Without Accountability in the European Union*, Oxford (Oxford University Press), 2014.

HÜBSCHER, E., KEMMERLING, A. & SATTLER, T. (2014) 'How does fiscal austerity affect political support for the government?' (unpublished manuscript), 2014. Available at: http://www.nuffield.ox.ac.uk/Lists/Events/Attachments/448/HKS_Paper.pdf [Last access: 3 June 2015].

KARAMIHAS, J., 'Square Politics, Key characteristics of the indignant mobilizations in Greece', paper presented at the 62nd PSA Annual International Conference, Belfast 3-5 April, 2012.

KARYOTIS, G. & RÜDIG, W., 'Blame and punishment? The electoral politics of extreme austerity in Greece', *Political Studies*, vol. 63, no. 1, 2013, pp. 2-24.

KINDER, D. R. & KIEWIET, D.R., 'Sociotropic politics: the American case', *British Journal of Political Science*, vol. 11, no. 2, 1981, pp. 129-161.

KRIESI, H., 'The political consequences of the economic crisis in Europe', in BERMEO, N. & BARTELS, L.M. (eds.), *Mass Politics in Tough Times*, Oxford (Oxford University Press), 2014.

LEWIS-BECK, M. & STEGMAIER, M. (2007) 'Economic models of voting', in DALTON, R. & KLINGEMANN, H.-D. (eds.), *The Oxford Handbook of Political Behaviour*, Oxford (Oxford University Press), 2007, pp. 518-537.

LEWIS-BECK, M.S. & STEGMAIER, M., 'Economic determinants of electoral outcome', *Annual Review of Political Science*, vol. 3, no. 1, 2000, pp. 183-219

LINDVALL, J., 'The electoral consequences of two great crisis', *European Journal of Political Research,* vol. 53, no. 4, 2014, pp. 747-765.

MCDONNELL, D. & VALBRUZZI, M., 'Defining and classifying technocrat-Led and technocratic governments', *European Journal of Political Research*, vol. 53, no. 4, 2014, pp. 654–71, doi:10.1111/1475-6765.12054.

MINK, M., & DE HAAN, J., 'Contagion during the Greek sovereign debt crisis', *Journal of International Money and Finance*, vol. 34, 2013, pp. 102-113.

MORGAN, J., *Bankrupt Representation and Party System Collapse,* Pennsylvania (The Pennsylvania State University Press), 2011.

ORRIOLS, L. & CORDERO, G., 'The Breakdown of the Spanish Two-party System: The Upsurge of Podemos and Ciudadanos in the 2015 General Elections', *South European Society and Politics,* vol. 21, no. 4, 2017, pp. 469-492.

ORRIOLS, L. & RICO, G., 'El Clima de Opinión', in ANDUIZA, E., BOSCH, A., ORRIOLS, L. & RICO, G. (eds.), *Elecciones Generales 2011*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2014.

PAVIA, J.M., BODOQUE, A. & MARTÍN, J., 'Podemos, a hurricane in the Spanish crisis of trust. Analysis and characterization', paper presented at the Citizens, Parties and Political Action: Political Participation and General Election 2015, University of Nottingham, 4 February, 2014.

PHARR, S. J. & PUTNAM, R. D., *Disaffected democracies: what's troubling the trilateral countries?*, Princeton (Princeton University Press), 2000.

POLAVIEJA, J. G., 'Economic crisis, political legitimacy and social cohesion', in GALLIE, D. (ed.), *Economic Crisis, Quality of Work and Social Integration: The European Experience*, Oxford (Oxford University Press), 2013, pp. 256-278.

RYAN, C., 'The Euro crisis and crisis management: big lessons from a small island', *International Economics and Economic Policy,* vol. 8, no.1, 2011, pp. 31-43, doi:10.1007/s10368-011-0189-9.

SCHMITT, H., HOBOLT, S., POPA, S. & TEPEROGLOU, E., *European Parliament Election Study 2014, Voter Study*, GESIS Data Archive, Cologne, 2015. ZA5160 Data file Version 1.0.0, doi:10.4232/1.5160.

STAVRAKAKIS, Y. & KATSAMBEKIS, G., 'Left-wing populism in the European periphery: the case of SYRIZA', *Journal of Political Ideologies*, 2014, vol. 19, no. 2, pp. 119-142.

TARCHI, M., *L'Italia Populista*, Bologna (Il Mulino), 2003.

TEPEROGLOU, E. & TSATSANIS, E., 'Dealignment, de-legitimation and the implosion of the two-party system in Greece: The Earthquake Election of 6 May 2012', *Journal of Elections, Public Opinion and Parties*, vol. 24, no. 2, 2014, pp. 222-242.

TEPEROGLOU, E., TSATSANIS, E. & NICOLACOPOULOS, EL., 'Habituating to the new normal in a post-earthquake party system: the 2014 European election in Greece', *South European Society and Politics*, 2015, Special issue on the 2014 European Parliament Elections in Southern Europe (guest editors: H. Schmitt & E. Teperoglou), doi:10.1080/13608746.2015.1068377.

TORCAL, M., 'The decline of political trust in Spain and Portugal. Economic performance or political responsiveness', *American Behavioral Scientist*, vol. 58, no. 12, 2014, pp. 1542-1567.

TORCAL, M. & MUÑOZ, J., 'Actitudes hacia la Unión Europea y elecciones al Parlamento Europeo', in TORCAL, M. & FONT, J. (eds.), *Elecciones europeas 2009*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2012.

TORCAL, M. & MONTERO, J.R., *Political Disaffection in Contemporary Democracies: Social Capital, Institutions and Politics*, Abringdon (Routledge), 2006.

TORREBLANCA, J.I., *Asaltar los Cielos. Podemos o la Política de después de la Crisis*, Madrid (Debate), 2015.

TREIB, O., 'The voter says no, but nobody listens: causes and consequences of the eurosceptic vote in the 2014 European elections', *Journal of European Public Policy,* vol. 21, no. 10, 2014, pp. 1541-1554.

TSAKATIKA, M., & ELEFTHERIOU, C., 'The radical left's turn towards civil society in Greece: one strategy, two paths', *South European Society and Politics,* vol. 18, no. 1, 2013, pp. 81-99.

TZENG, K.Y. & TAY, C., 'Transmission of the US subprime mortgage and the European sovereign debt crisis to emerging markets', *Journal of Applied Finance and Banking,* vol. 4, no. 3, 2014, pp. 217-235.

VEGETTI, F., POLETTI, M. & SEGATTI, P., 'When responsibility is blurred: Italian national elections in times of economic crisis, technocratic government, and ever-growing populism', *Rivista Italiana di Scienza Politica*, vol. 43, no. 3, 2013, pp. 329-352.

VERNEY, S., 'Waking the 'sleeping giant' or expressing domestic dissent? mainstreaming euroscepticism in crisis-stricken Greece', *International Political Science Review*, vol. 36, no. 1, 2015, pp. 279-295.

VERNEY, S. & BOSCO, A., 'Living parallel lives: Italy and Greece in an age of austerity', *South European Society and Politics,* vol. 18, no. 4, 2013, pp. 397-426.

VOULGARIS, Y. & NIKOLAKOPOULOS, I. (eds.) *2012 Ο Διπλός Εκλογικός Σεισμός* [2012 The Double Earthquake Elections], Athens (Themelio), 2014.

VAN DER EIJK, C., VAN DER BRUG, W., KROH, M., & FRANKLIN, M., 'Rethinking the dependent variable in voting behaviour: On the measurement and analysis of electoral utilities', *Electoral Studies*, vol. 25, no. 3, 2006, pp. 424-447.

VAN DER EIJK, C. & FRANKLIN, M. (eds.) (1996) *Choosing Europe? The European Electorate And National Politics In The Face Of Union*, Ann Arbor (University of Michigan Press), 1996.

WATERS, S., 'Tangentopoli' and the emergence of a new political order in Italy', *West European Politics*, vol. 17, no. 1, 1994, pp. 169-182.

Table A.1. Summary of the Variables Included in the Models.

	N	Mean	S.D.	Min	Max
Propensity to vote for SYRIZA	1,043	4.08	3.71	0	10
Propensity to vote for M5S	928	3.28	3.28	0	10
Propensity to vote for Podemos	930	4.10	3.75	0	10
Male	3,282	0.47	0.50	0	1
Age	3,282	48.67	17.14	18	95
Age Squared	3,282	2662	17.32	324	9,025
Primary School	3,282	0.31	0.46	0	1
Secondary School	3,282	0.37	0.48	0	1
University	3,282	0.31	0.46	0	1
Working	2,282	0.43	0.49	0	1
Housekeeper	3,282	0.11	0.32	0	1
Student	3,282	0.06	0.24	0	1
Unemployed	3,282	0.15	0.35	0	1
Retired	3,282	0.22	0.41	0	1
Read News EU Internet	3,261	1.51	0.69	1	3
Demonstrations 12 months	3,282	0.14	0.34	0	1
Left (0-2)					
Center-Left (3-4)	3,282	0.19	0.39	0	1
Center (5)	3,282	0.24	0.43	0	1
Center-Right (6-7)	3,282	0.13	0.33	0	1
Right (8-10)	3,282	0.10	0.31	0	1
DK/NA Ideology	3,282	0.18	0.39	0	1
Someone lost job in household	3,248	0.39	0.49	0	1
Income decrease in household	3,237	0.74	0.44	0	1
Worried about paying bills	3,282	0.25	0.43	0	1
Sociotropic economic present	3,245	2.26	0.97	1	5
Approve Government	3,029	0.21	0.41	0	1
Approve EU	2,755	0.19	0.39	0	1
Trust National Parliament	3,231	1.92	0.83	1	4
Trust EU	3,205	2.19	0.87	1	4
EU Good thing for the country	3,147	0.49	0.50	0	1

Source: European Election Studies (Voter Study EES 2014)

EL PERFIL DE «FAMILIA IDEAL» BAJO EL RÉGIMEN DE GUARDA COMPARTIDA*

THE IDEAL FAMILY PROFILE UNDER THE REGIME OF JOINT GUARDIANSHIP

Héctor Fernández Gaona**

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo dibujar el perfil ideal de aquella familia en la que la guarda compartida puede ser vista como una solución viable a la hora de regular su día a día tras la ruptura de la relación de los progenitores. Para ello, se estudian aspectos tan trascendentes como el interés superior del menor –pieza fundamental del debate– y, además, se analizan exhaustivamente aquellas circunstancias familiares que tanto doctrina como jurisprudencia han valorado como rasgos esenciales para establecer la guarda compartida. Son circunstancias como la relación entre los progenitores, su capacidad para ejercer correctamente el rol parental, su orientación sexual, la edad del menor en cuestión, o las situaciones de violencia de género, entre otras. A partir de dicho análisis, trataremos de extraer esa visión estandarizada de lo que cabría considerar la familia modelo del régimen de guarda compartida, que es el fin de este trabajo.
Palabras clave: Circunstancias familiares, guarda compartida, interés superior del menor, progenitor.

Abstract: This paper aims to draw the ideal family profile in which the joint guardianship can be seen as a viable solution to regulate the day by day after de marital breakdown of the parents. In such order, significant aspects such as the best interest of the child –fundamental piece of the debate– are studied. In addition to this, those family circumstances that both doctrine and case law have valued as essential features to establish joint guardianship are comprehensively analysed. These are circumstances such as the relationship between the parents, their ability to correctly exercise their parental role, their sexual orientation, the age of the minor concerned, or situations of gender-based violence, among others. Based on this analysis, we will try to extract that standardized approach of what could be considered the model family of joint guardianship, which is the purpose of this paper.
Keywords: Best interests of the child, family circumstances, joint guardianship, parent.

* Fecha de recepción: 24 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 20 de marzo de 2018.
** Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado. Correo electrónico: hector.fgaona@gmail.com.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; 1. Planteamiento de la cuestión; 2. Conceptos fundamentales; II. LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES CONDICIONANTES DE LA GUARDA COMPARTIDA; 1. La relación entre los progenitores; A. El mutuo respeto entre los progenitores; B. Las situaciones de violencia de género y doméstica; 2. Las capacidades y aptitudes de los progenitores; A. Las capacidades materiales; B. La compatibilidad de modelos educativos, culturales y morales; C. El padecimiento de enfermedades y adicciones; D. Otras capacidades y aptitudes; 3. La disponibilidad de tiempo de los progenitores; 4. La habitualidad en el cuidado del menor; 5. La orientación sexual y la identidad de género de alguno de los progenitores; 6. La proximidad de domicilios; 7. La edad del menor; III. CONCLUSIONES; IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento de la cuestión

La fijación de la guarda es uno de los principales focos de conflicto cuando una pareja, conyugal o no, decide poner fin a su relación y hay, además, uno o más hijos en común que han de encontrar su lugar en el nuevo escenario de relaciones familiares. Dentro de estas situaciones, la guarda compartida se plantea cada vez más como una de las posibles soluciones a dicho conflicto.

De hecho, según el INE, en la Estadística de nulidades, separaciones y divorcios[1] publicada el 25 de septiembre de 2017, el porcentaje de divorcios y separaciones, en los que hay algún hijo en común, que culminan estableciendo una guarda compartida se ha elevado del 24,7% en 2015 al 28,3% en 2016, último dato conocido, aunque el dato es más relevante si consideramos que en el año 2008 el porcentaje era del 9,7%[2]. Una evolución que bien puede ser explicada por dos factores: un cambio social que avanza en cuestiones como la corresponsabilidad dentro de la pareja y la eliminación de desigualdades de género que atribuían tradicionalmente a la mujer el rol exclusivo del cuidado de los hijos, y una legislación a nivel autonómico cada vez más favorable al establecimiento de la guarda compartida como un modelo deseable. El segundo de estos factores parece ser el más relevante, pues en las regiones de Aragón y Comunidad Valenciana –donde sus reformas legislativas de 2010 y 2011, respectivamente, apostaron de un modo claro por la preeminencia de la guarda compartida– el número de guardas compartidas establecidas se multiplicó prácticamente por dos en los dos años siguientes a la respectiva reforma –pasando del 10,2% al 19,4% en Aragón y del 9,1% al 18,9% en la Comunidad Valenciana–, mientras que en la Comunidad

[1] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Estadística de nulidades, separaciones y divorcios - Año 2016», 25 de septiembre de 2017. Disponible en <http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206> [Consultado el 27/09/2017].

[2] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Estadística de nulidades, separaciones y divorcios - Año 2008», 17 de septiembre de 2009. Disponible en <http://www.ine.es/prensa/np567.pdf> [Consultado el 18/03/2018].

de Madrid, regida por el Derecho Civil común, de los años 2010 al año 2012 el porcentaje de guardas compartidas establecidas se mantuvo estable en torno al 12%[3].

Es por esta razón por la que en este trabajo trataremos de conocer a esas familias –en las cuales la guarda compartida se plantea como una solución óptima, viable y deseable en atención a la mejor defensa del interés superior del menor– viendo cuáles son los rasgos que idealmente ha de tener, si es que ello es posible. Para hallar una respuesta analizaremos las circunstancias familiares más importantes que condicionan el establecimiento de la guarda compartida. Nos circunscribiremos, para ello, al Derecho Civil común español.

2. Conceptos fundamentales

La guarda, o custodia, es un concepto estrechamente unido al de la potestad parental, o patria potestad, aunque no hay que confundirlos. Mientras que el segundo es un concepto global de las relaciones paterno-filiales, el primero apunta a algunos aspectos específicos de estas más dirigidos al cuidado cotidiano del menor. La guarda comprende «el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia», aunque también comprende las «prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales»[4]. Ambos conceptos son más fácilmente distinguibles con la separación, nulidad o divorcio de los progenitores, momento en el que la potestad parental y la guarda se escinden[5].

El modelo de guarda compartida, por su parte, hace referencia a las situaciones en las que, tras la ruptura de los padres, la guarda se distribuye entre ambos de manera «alternada o sucesiva», coejerciendo, así, la responsabilidad parental[6]. La nota distintiva respecto a la guarda exclusiva es que, mientras en ésta normalmente el menor convive la mayor parte del tiempo con el progenitor custodio, teniendo el no custodio solo un régimen de visitas donde el hijo convive con él en tiempos cortos y poco frecuentes, en la compartida los periodos de convivencia del menor con ambos progenitores suelen ser más prolongados e igualitarios, como si de dos guardas exclusivas sucesivas se tratase[7].

---

[3] FERNÁNDEZ KRANZ, D. y NOLLENBERGER CASTRO, N., «La custodia compartida despega en España», 8 de noviembre de 2017. Disponible en <http://nadaesgratis.es/admin/la-custodia-compartida-despega-en-espana> [Consultado el 18/03/2018].

[4] LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, Las Rozas (La Ley), 2008, p. 276.

[5] CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. 2, Pamplona (Aranzadi), 2017, pp. 445-446.

[6] LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., pp. 275, 280 y 283.

[7] CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», cit., p. 451.

II. LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES CONDICIONANTES DE LA GUARDA COMPARTIDA

El CC reconoce en su artículo 92 dos posibles vías para establecer la guarda compartida, una vía consensual *ex* apartado 5 del mismo y una vía contenciosa *ex* apartado 8. Tanto en una como en otra el juez deberá estudiar las circunstancias que rodean a la familia en cuestión a fin de valorar si reúne las condiciones necesarias para salvaguardar al máximo el interés superior del menor, si bien en los procesos en los que media consenso entre los progenitores para establecer la guarda compartida no es común que el juez rechace tal propuesta, limitándose, como mucho, a introducir alguna modificación en el régimen de convivencia[8].

En los siguientes epígrafes vamos a conocer las circunstancias familiares más importantes y recurrentes que tanto doctrina como jurisprudencia han considerado relevantes a la hora de otorgar o denegar la guarda compartida en función de la mejor protección del interés superior del menor, el cual es el elemento central de la cuestión por ser el objeto de protección prioritario en el proceso[9]. Para ello, nos centraremos en aquellos casos en los que se ha de dirimir el régimen de guarda en procesos contenciosos aunque, como ya hemos destacado, el juez también ha de valorar su concurrencia cuando media consenso entre los progenitores. Algunos de esos escenarios son extraídos del pronunciamiento de los tribunales en casos concretos, pero otros se corresponden con los enumerados en la pionera STS núm. 623/2009, de 8 de octubre [RJ 2009/4606], la cual, tras un estudio del derecho comparado, establece los siguientes criterios a tener en cuenta a la hora de valorar la conveniencia de la guarda compartida: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Estos criterios pasaron a ser doctrina jurisprudencial en el fallo de la STS núm. 257/2013, de 29 de abril [RJ 2013/3269].

Cabe destacar, asimismo, que algunas legislaciones forales, como la catalana en el artículo 233-11 de su CC, ya recogen una lista de criterios a la hora de valorar la conveniencia de uno u otro modelo de guarda, o lo que es lo mismo, ya establecen lo que para

[8] CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», cit., pp. 458-459.

[9] Vid. en este sentido el artículo 2 de la LO 1/1996, d 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), y el artículo 92.8 del CC, el cual exige que el establecimiento de la guarda compartida deberá estar motivado en que mediante esta forma se protege «adecuadamente el interés superior del menor».

estas serían los rasgos que ha de tener la "familia ideal" del modelo de guarda compartida. Lo cual evidencia que en términos de derecho positivo deben ser una referencia para el legislador del Derecho Civil común a fin de emprender una reforma contundente en torno a la cuestión que estamos tratando aquí.

En este sentido, merece la pena observar la propuesta de reforma formulada en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (en adelante, Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental), el cual incluye una lista de criterios muy similar a la recogida en el Derecho civil catalán. Concretamente, se establecería en un nuevo artículo 92 bis, apartado tres, que el Juez, para establecer un modelo u otro de guarda, deberá «prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia». Del mismo modo, cabe tener en cuenta la propuesta de reforma del CC realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, la cual, acertadamente, también estima necesario hacer constar en el CC una lista de criterios en términos muy similares a los presentes tanto en la legislación catalana como en el anteproyecto de ley anteriormente citado[10].

1. La relación entre los progenitores

A. El mutuo respeto entre los progenitores

Lo habitual en las situaciones de ruptura de una relación, ya sea o no matrimonial, es que se arrastren previos conflictos entre las dos partes que ponen fin a la misma y que, por ese motivo, las relaciones personales entre ambos sean cuanto menos tensas. Dicho escenario no parece ser un buen clima para la implantación de la guarda compartida, habida cuenta de que esta exige la mayor de las cooperaciones y flexibilidad entre las partes. Tanto es así que la jurisprudencia ha determinado en multitud de ocasiones la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales para que quepa establecer la guarda compartida, siendo esta la causa más frecuente de su denegación[11]. Ahora bien, ¿qué se entiende por una relación de mutuo respeto? La STS núm.

[10] CABEZUELO ARENAS, A.L., «Título I. Capítulos IX y X», *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, mayo de 2017, p. 40. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf> [Consultado el 17/03/2018].

[11] PINTO ANDRADE C., *La custodia compartida*, Barcelona (Bosch), 2009, p. 77.

585/2015, de 21 de octubre [RJ 2015/4784] es una de las sentencias que aclara el concepto, exponiendo lo siguiente:

> «La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad».

También la STS núm. 36/2016, de 4 de febrero [RJ 2016/260] se sirve de la misma retórica haciendo una distinción importante entre «la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura», la cual no sería una barrera para la adopción de la guarda compartida, y la violencia de género que se daba en ese caso.

La STS núm. 51/2016, de 11 febrero [RJ 2016/248] es bastante contundente en este sentido pues, después de exponer la misma doctrina que en las sentencias anteriormente citadas, recalca que «el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia». Una reflexión que le sirve al TS para, en este caso, establecer la guarda compartida. En iguales términos se expresa la STS núm. 433/2016, de 27 de junio [RJ 2016/3717], que acuerda la guarda compartida argumentando, entre otras cosas, que «la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican *per se* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia», por lo que «sería preciso que existiese prueba de que los desencuentros afectan de modo relevante a la menor, causándole un perjuicio».

Con más claridad argumenta la STS núm. 96/2015, de 16 de febrero [RJ 2015/564], que resuelve un caso en el que hay una condena de la esposa por coacciones y en el que existen algunas discrepancias entre los progenitores por el colegio del menor. Todas esas circunstancias son minusvaloradas por el TS –a nuestro juicio, erróneamente– afirmando que son «una discrepancia razonable» y concluyendo que «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo».

Otro caso en el que se ha delimitado el concepto de respeto mutuo es el resuelto por la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 172/2011, de 6 de junio [JUR 2011/246642], en el que se deniega la guarda compartida por la existencia de denuncias cruzadas entre los padres[12]. Se argumenta, concretamente, lo siguiente:

> «Para fijarse una custodia compartida es preciso que los progenitores tengan una actitud abierta y razonable en sus relaciones personales, alejada de todo tipo

[12] Vid. en el mismo sentido SAP de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 521/2013, de 28 de octubre [JUR 2013/374729].

> de rencillas o denuncias que tienden necesariamente a enturbiar las relaciones personales que son más intensas como consecuencia de la guarda compartida y que por ello deben ser lo más flexible que sea posible. En el presente caso existe una serie de denuncias cruzadas entre ambas partes […] que genera una amplia litigiosidad entre las partes y demuestra una situación constante de conflicto incompatible con toda guarda compartida».

Por todo lo dicho, si bien los tribunales exigen como requisito para acordar la guarda compartida que exista una relación de mutuo respeto entre los progenitores, no se exige una relación sin rencillas personales entre ambos, pues comprende que en estas situaciones tales rencillas existan, sino una relación de cordialidad que no perjudique el interés superior del menor. Sirva de conclusión el razonamiento que hace la STS núm. 579/2011, de 22 de julio [RJ 2011/5676]: «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor».

B. Las situaciones de violencia de género y doméstica

Se entiende por violencia de género la ejercida sobre la mujer por el hombre y que tiene relación con la asignación de un modelo de identidad femenina subordinada a la masculina, lo cual engloba: la violencia física, sexual, psicológica de control, psicológica emocional y la económica. No hay que confundirla con la violencia doméstica, que es la ejercida en el ámbito doméstico por una figura que ejerce el rol de dominación contra los que se hallen en situación de inferioridad por razón de dependencia u otras. Es posible, y lo más común, que la violencia de género se dé en el contexto doméstico, siendo, por tanto, violencia de género doméstica, pero no es el escenario necesario de la violencia de género[13].

Debemos tener en cuenta también aquellas situaciones en las que la violencia se da entre los miembros de una pareja homosexual. En este sentido, ha habido autores –como Beatriz Gimeno Reinoso y Violeta Barrientos Silva[14]– que han rechazado la idea de considerar dicha violencia como violencia de género, minusvalorándola y marginándola a la consideración de violencia doméstica, y otros autores –como José Luis Rojas-Solís[15], Leonor

[13] PÉREZ MANZANO, M., «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: Acción y reacción», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016, pp. 19-23.

[14] GIMENO REINOSO, B. y BARRIENTOS SILVA, V., «Violencia de género versus Violencia doméstica: La importancia de la especificidad», *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, núm. 32, julio de 2009, pp. 12-13. Disponible en <http://www.ciudaddemujeres.com/articulos/IMG/pdf_ViolenciaDeGeneroVSviolenciaDomestica.pdf> [Consultado el 13/10/2017].

[15] ROJAS-SOLÍS, J.L., «Transformaciones socioculturales y aspectos de género: Algunas implicaciones para el estudio de violencia en pareja», *Revista Electrónica de Psicología Iztacala (UNAM)*, vol. 14, núm. 3, septiembre de 2011, p. 265. Disponible en <https://www.aacademica.org/dr.jose.luis.rojas.solis/9.pdf> [Consultado el 13/10/2017].

Cantera Espinosa y Teresa Gamero Gonzálvez[16]– que han defendido una postura igualitaria de ambas violencias. Entendemos que esta última, por ser más inclusiva, es la más oportuna.

La cuestión es si el hecho de que se acrediten estas situaciones en el seno de la familia condiciona el establecimiento de la guarda compartida.

En lo que respecta al interés superior del menor, el nuevo artículo 2 de la LOPJM, en su apartado 2.c) estipula la conveniencia de que la vida y desarrollo del menor «tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia». El artículo 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por su parte, prevé expresamente las consecuencias que tiene esta violencia sobre la guarda. Dicho artículo reconoce el derecho del juez para «suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la […] guarda y custodia». Cabe destacar de este precepto que no recoge una obligación para el juez, sino una posibilidad, y que cabe llevarla a cabo incluso sin sentencia condenatoria contra el padre por violencia de género, bastando que sea «inculpado». Para los casos de violencia dentro de parejas homosexuales, entendemos que solo cabría incluirlos en este último artículo si se utiliza la interpretación integradora del concepto de violencia de género, la cual sería la acertada a nuestro juicio. La reforma que plantea el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental tiende a acoger dicha interpretación.

El CC también prevé esta cuestión en su artículo 92.7, el cual prohíbe expresamente que pueda establecerse la guarda compartida en los casos en los que los hechos violentos sean cometidos por «cualquiera de los padres» –por lo que también incluiría la violencia que se ejerce en el seno de una pareja homosexual, independientemente de la interpretación que se dé al concepto de violencia de género– y, como en el artículo anterior, solo hace falta que esté «incurso en un proceso penal», sin requerir sentencia condenatoria en firme. Aunque va más lejos, y se dice que ni siquiera es necesario que haya un proceso penal abierto, pues basta con que en el mismo proceso civil el juez advierta que hay indicios fundados de violencia doméstica. Esta cuestión ha sido analizada por Cristóbal Pinto Andrade en lo relativo a qué podemos entender por estar incurso en un proceso penal. Este autor argumenta que el término podría asemejarse al de estar imputado[17] «o incluso por la simple incoación de diligencias previas […], no bastando el mero hecho de la presentación de una denuncia» aunque, matiza, «en la práctica, probablemente esta última circunstancia sea suficiente» para que el juez considere «inviable la adopción de la custodia compartida»[18]. A nuestro juicio, la mera denuncia no implica que la persona esté incursa en un procedimiento penal, por lo que será necesario que, formalmente, haya un proceso penal abierto para que se prohíba

[16] CANTERA ESPINOSA, L.M. y GAMERO GONZÁLVEZ, V., «La violencia en la pareja a la luz de los estereotipos de género», *PSICO*, vol. 38, núm. 3, septiembre-diciembre de 2007, pp. 233 y 236. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5161622.pdf> [Consultado el 13/10/2017].

[17] Tras la reforma producida por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, el término *imputado* cambia por el de *investigado*.

[18] PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, cit., p. 71.

establecer la guarda compartida. A este respecto, goza de relevancia el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, el cual propone introducir en el CC el artículo 92 bis, apartado cinco, el cual no solo prohibiría establecer la guarda compartida cuando alguno de los progenitores esté incurso en un procedimiento penal por violencia doméstica o de género, sino que también prohibiría establecer la guarda exclusiva a favor del maltratador, lo cual implicaría un avance necesario a la hora de combatir efectivamente este tipo de violencia, en defensa de la víctima y del interés superior del menor.

En este punto, conviene tener en cuenta el contenido de algunas de las sentencias que han tratado la cuestión. En la STS núm. 36/2016, de 4 de febrero [RJ 2016/260], se sustancia un proceso que en primera instancia estipuló la guarda exclusiva a favor de la madre y en segunda instancia se resolvió favorablemente a la guarda compartida. No obstante, ante el TS se incorporó una sentencia de condena contra el padre como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar. El hecho es tenido en cuenta por el TS por tener una «evidente repercusión sobre los hijos, que viven en un entorno de violencia, […] y a quienes el sistema de guarda compartida […] les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada». Así, termina otorgando la guarda exclusiva a la madre.

En el proceso sustanciado en la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 172/2011, de 6 de junio [JUR 2011/246642] el padre estaba incurso en un proceso penal por violencia de género y muestra su disconformidad porque no se ha establecido en primera instancia la guarda compartida habida cuenta de que el proceso penal aún no había terminado. La AP no suscribe esta argumentación *ex* artículo 92.7 del CC, pues según este precepto basta con que exista un proceso penal abierto para rechazar la guarda compartida[19].

2. Las capacidades y aptitudes de los progenitores

Cuando está en juego el interés superior del menor, la decisión que conduzca a acordar la guarda compartida debe tener en cuenta las capacidades y aptitudes de los progenitores para desempeñar las labores paterno-filiales de cuidado y atención de sus hijos. Ahora bien, ¿cuáles son esas capacidades y aptitudes?

A. Las capacidades materiales

Las capacidades materiales pueden ser una buena unidad de medida, entendiendo por estas el nivel económico o la situación laboral del progenitor. Puede pensarse que por el hecho de que uno de los padres no tenga un medio de vida o una economía estable y holgada este es menos apto para asegurar el interés del menor. Entendemos que ello es irrelevante a efectos jurídicos, pues si alguien se encuentra en esa realidad tan habitual en nuestros días, dicha situación transitoria «no anula, en absoluto, las demás capacidades de dicho progenitor

[19] Vid. en el mismo sentido SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 159/2012, de 8 de marzo [JUR 2012/122862].

para el cuidado de sus hijos»[20]. Asimismo, respecto al nivel económico de las partes, en caso de darse una descompensación el modelo de guarda no produce consecuencias en cuanto a la fijación de una pensión compensatoria o de alimentos, por lo que siempre es posible que se fije una compensación a favor del progenitor con una economía más precaria.

B. La compatibilidad de modelos educativos, culturales y morales

Se ha de incluir como una aptitud relevante la capacidad de ambos progenitores de mantener un modelo educativo, religioso, moral y cultural común o, cuanto menos, compatible. En este sentido, entendemos que será positivo a la hora de acordar la guarda compartida que haya una similitud de estilos de vida y una concordancia de opiniones de ambos progenitores en la educación y formación del menor[21] a fin de que el tránsito de un hogar a otro sea imperceptible para este y de evitar que pierda unos referentes claros[22]. Cristóbal Pinto Andrade ha señalado que «la diferencia de estilos educativos de ambas partes, si bien no puede considerarse perjudicial para el menor que debe adaptarse a la realidad que le ha tocado vivir, no se considera idóneo para acordar la custodia compartida»[23]. Por tanto, en principio no es un escenario contrario al interés superior del menor, pero tampoco es positivo.

Los tribunales también han valorado esta circunstancia. La STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 37/2015, de 18 de diciembre [RJ 2015/6372] concede la guarda compartida pese a entender que existen marcadas diferencias en los estilos educativos de los progenitores, pues concluye que ello no perjudica al menor en dicho caso concreto. La SAP Alicante (Sección 9.ª) núm. 237/2009, de 24 de abril [AC 2009/1040], por su parte, entiende que la guarda compartida requiere de «unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de vida, personales, sociales, culturales, etcétera, y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos». Circunstancias que en aquel caso se daban, acordándose, por tanto, la guarda compartida. En el caso de la SAP de Burgos (Sección 2.ª) núm. 106/2017, de 27 de marzo [JUR 2017/120630] se desestima acordar este modelo de guarda por entender, entre otros aspectos, que «los estilos educativos de ambos progenitores son dispares»[24].

---

[20] LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., pp. 185-186.

[21] PÉREZ CONESA, C. *La custodia compartida*, Pamplona (Aranzadi), 2016, p. 51. En el mismo sentido SIMÓN GIL, M., «Aportaciones del trabajo social a la pericial de Familia», en *Custodia compartida y protección de menores*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, Madrid (CGPJ), 2009, p. 201.

[22] ECHEVARRÍA GUEVARA, K.L., «La guarda y custodia compartida de los hijos», Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2011, p. 124. Disponible en <https://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf> [Consultado el 23/10/2017].

[23] PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, cit., p. 78.

[24] Vid. en el mismo sentido SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) núm. 213/2016, de 25 de abril [JUR 2016/114106].

Entendemos, por todo ello, que la forma en la que cada progenitor educa a los hijos comunes o les inculca un estilo de vida determinado son capacidades importantes a la hora de considerar apropiada la guarda compartida, pues cuando hablamos del modelo educativo o del sistema de valores de los progenitores estamos hablando de la sustancia misma del ejercicio de la guarda. Es razonable, por tanto, que si tenemos dos progenitores que educan de maneras opuestas o forman a los menores en costumbres y principios contrarios entre sí tendremos un caldo de cultivo para futuros conflictos entre los padres –que en sí mismos ya desaconsejarían la guarda compartida, tal y como hemos visto– y, además, para crear una gran confusión en los hijos comunes que podría afectarles de un modo negativo. Ahora bien, sentencias como la SAP Alicante (Sección 9.ª) núm. 237/2009, de 24 de abril [AC 2009/1040] han defendido que «la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar» al menor sometido a una guarda exclusiva[25]. Asimismo, no podemos olvidar que lo que se trata de salvaguardar en todo momento es el interés superior del menor, por lo que si del caso concreto no se desprende un perjuicio para este no cabría rechazar la guarda compartida. También debemos tener en cuenta que el hecho de que haya modelos educativos o culturales distintos puede ser un hecho tan presente tras la ruptura como durante la relación sentimental, por lo que si dentro de esta ello no fue perjudicial para el menor, tampoco debería serlo fuera de ella.

C. El padecimiento de enfermedades y adicciones

Debemos considerar también las situaciones en las que alguno de los progenitores padece algún tipo de enfermedad física o psíquica lo suficientemente grave para impedir «un desenvolvimiento normal y adecuado de las funciones de cuidado personal de los hijos»[26]. Entre estas situaciones incluimos las adicciones al alcohol o drogas de cualquier tipo.

Respecto al padecimiento de alguna enfermedad por parte de alguno de los progenitores debemos atender a la STS núm. 143/2016, de 9 de marzo [RJ 2016/842], la cual concluye que el hecho de que la madre padezca la enfermedad de Parkinson, en estado leve y controlada, no impide que pueda «hacerse cargo del cuidado de sus hijos», eso sí, «sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución», dejando así la puerta abierta a que este hecho pudiese ser impeditivo del ejercicio de la guarda en tanto en cuanto perjudicase a sus hijos o le impidiese su cuidado. En este caso, además, la madre estaba pasando por manifestaciones ansioso-depresivas, pero ante ello el TS argumenta que es «un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre».

---

[25] Vid. en el mismo sentido SAP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 102/2007, de 20 de febrero [JUR 2007/101427].

[26] LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., p. 193.

Por su parte, en la STS núm. 116/2017, de 22 de febrero [RJ 2017/650] se analiza un caso en el cual el padre sufría un trastorno depresivo, hecho que en segunda instancia llevó a la denegación de la guarda compartida. El TS, en contra de tal criterio, la acuerda argumentando que el trastorno depresivo «no supone un dato relevante» y que no impide al padre «llevar a cabo las tareas de guarda y atención de los mismos de forma adecuada».

Téngase igualmente en cuenta la SAP de Alicante (Sección 9.ª) núm. 310/2014, de 17 de junio [JUR 2014/218566], en la cual nos encontramos con un padre al cual se le concede la guarda compartida de sus hijos, pese a que padece graves dolencias «físicas y psíquicas que suponen limitación de un 65%». Se niega que estas supongan un impedimento para ejercer el rol parental, pese a que por las características de su enfermedad sufriese momentos de crisis cada seis o más meses que duraban entre 24 y 48 horas y que eran «absolutamente inhabilitantes» en ese breve espacio de tiempo.

Tal y como vemos en todos estos casos, el padecimiento de un progenitor de una enfermedad física o psíquica es un hecho que se tiene en cuenta por parte de los tribunales, pero que si no es grave, en tanto que perjudicial para el interés superior del menor, no obsta para acordar la guarda compartida.

Respecto a la adicción de alguno de los progenitores a sustancias alcohólicas o estupefacientes, sirva observar la STS núm. 751/2016, de 22 de diciembre [RJ 2016/5999]. En dicho caso el padre consumió drogas en el pasado, estando plenamente rehabilitado en el momento del proceso de ruptura, tras un tratamiento al efecto. En segunda instancia ya se acordó la guarda compartida en vista a tal rehabilitación y es lo que le sirve al TS para llegar a la misma conclusión. La adicción del padre a las drogas hubiese sido un hecho impeditivo para la guarda compartida por considerar que ello implicaría no tener la capacidad necesaria para el ejercicio de la guardas de su hija, pero como las adicciones pasadas no subsistían en el momento del proceso, no se podía fundamentar de este modo «la inhabilidad del padre para atender a su hija».

D. Otras capacidades y aptitudes

Otra forma de entender las capacidades y aptitudes es la esbozada por la SAP de Valencia (Sección 10.ª) núm. 452/2015, de 8 de julio [AC 2016/1930], la cual acordó la guarda compartida argumentando que ambos progenitores estaban «plenamente capacitados para hacerse cargo del cuidado de sus hijos», justificando tal razonamiento en que «los menores presentan un comportamiento normal y presenta un equilibrio emocional adecuado, tanto cuando ha convivido con su padre como cuando lo ha hecho con su madre». En este sentido, se mide la capacidad de los progenitores en función del bienestar del menor y de cómo se comporta cuando se encuentra con cada uno de ellos.

Asimismo, la aptitud de los padres también comprende su capacidad «para respetar los derechos y obligaciones que corresponden al otro»[27], así como su «predisposición para mantener acuerdos»[28], lo cual entraría en estrecha relación con lo ya visto acerca de la existencia de respeto mutuo entre los progenitores.

3. La disponibilidad de tiempo de los progenitores

La educación y la crianza de un hijo, sobre todo cuando es menor de edad, es sinónimo de tiempo y dedicación. No obstante, condicionar la atribución de un modelo u otro de guarda a que ambos progenitores o uno solo tengan el tiempo suficiente para la crianza del menor puede llevarnos a conclusiones indeseadas. Es probable, por ejemplo, que consideremos que un progenitor desempleado tiene mejores condiciones para criar al menor cuando el otro sí trabaja y, por tal motivo, tiene objetivamente menos tiempo para dedicar a su familia. ¿Ello nos llevaría a concluir que cuando un progenitor trabaja le ha de ser vedada la guarda de sus hijos? Entendemos que estas reflexiones son contrarias al «principio constitucional de igualdad y derecho al trabajo»[29], pues si un progenitor ejerce un derecho admitido constitucionalmente, como es el derecho al trabajo, ello no puede acarrear consecuencias negativas y ser un obstáculo a la hora de atribuírsele la guarda de sus hijos. Las posturas opuestas sostienen que es conveniente que «los progenitores tengan disponibilidad para atender a sus hijos menores, sobre todo si son de corta edad», lo cual sería imposible en casos en los que los horarios o actividades de los padres les impidiesen permanecer con sus hijos menores[30]. Por tanto, «la indisponibilidad de los padres para mantener el trato directo en el periodo correspondiente y la alta dedicación profesional del progenitor» constituirían un obstáculo a la fijación de la guarda compartida «si el otro tiene una ocupación menos absorbente»[31]. Ante este punto de vista cabe decir que, si bien es cierto que puede haber dificultades para mantener una relación directa con el menor por parte de alguno de los progenitores por el hecho de que su profesión le mantenga alejado de su hijo durante frecuentes periodos de tiempo, ello no deja de ser un hecho que también se podría producir en el seno de una familia que no haya pasado por un proceso de ruptura de los progenitores. Asimismo, el menor que haya quedado al cuidado de aquel progenitor, durante los periodos correspondientes bien podría quedar bajo la atención de terceras personas, tal y como se considera en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 5/2017, de 6 de febrero [RJ 2017/1597], que entendió que no podía ser un obstáculo para la guarda compartida el hecho de que uno de los progenitores necesitase la ayuda de familiares y allegados. No obstante a todo ello,

---

[27] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Criterios de atribución de la custodia compartida», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, julio de 2010, p. 14. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf> [Consultado el 31/10/2017].

[28] PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, cit., p. 50.

[29] LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., p. 185.

[30] PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, cit., p. 52.

[31] PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida,* cit., p. 78.

habrá que establecer en cada caso concreto lo que mejor convenga al interés superior del menor, lo que nos obliga a ser flexibles en esta cuestión.

El criterio de la disponibilidad de tiempo se pone de manifiesto en la STS núm. 130/2016, de 3 de marzo [RJ 2016/2184], en la cual se deniega la guarda compartida y se mantiene la exclusiva a favor de la madre debido, entre otros motivos, a la mejor disponibilidad de tiempo por parte de ésta «para el cuidado y atención de la menor». Más allá del reconocimiento de tal criterio por parte del TS, dicha circunstancia es ampliamente tratada por las audiencias provinciales. En la SAP de Jaén (Sección 1.ª) núm. 393/2014, de 8 de octubre [JUR 2015/47042] se deniega la guarda compartida por entender que la madre tiene un mejor horario. La jornada laboral del padre, normalmente, era de 9:00h a 17:00h de lunes a viernes, mientras que la madre trabajaba 18 días al mes y podía habituar sus horarios para estar más tiempo con la menor. Por su parte, en la SAP de Barcelona (Sección 12.ª) núm. 312/2016, de 5 de mayo [JUR 2016/197345], teniendo el padre una jornada laboral reducida y flexible, se considera que dicho progenitor sí tiene la disponibilidad de tiempo suficiente y que, por tanto, es oportuno establecer la guarda compartida.

Otra cuestión que nos debemos plantear es si la disponibilidad de tiempo implica que el mismo vaya a ser dedicado por el progenitor al cuidado del menor. Piénsese en casos en los que alguno de los progenitores se desentienda de sus hijos pese a que por horarios pueda atenderlos. Este dilema fue planteado y resuelto en la SAP de Valencia (Sección 10.ª) núm. 723/2004, de 17 diciembre [JUR 2005/66633], la cual concluyó que «la circunstancia de que el padre disponga de más tiempo libre, por sí sola, no es […] causa bastante para decidir que deban los hijos ser entregados al mismo, y buena prueba de ello lo constituye el dato […] de que quien realmente atiende a los menores en sus necesidades básicas es la madre, siendo por ello indiferente la cuestión de horarios».

Resulta interesante para esta discusión la SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 97/2009, de 10 de febrero [JUR 2009/191429], en la que los dos progenitores tienen un empleo pero que, a pesar de ello, atraviesan una precaria situación económica. Todo ello hace que la disponibilidad de tiempo de ambos sea escasa, lo que les obliga a que sus cuatro hijos tengan que estar al cuidado de terceras personas. La AP concluye que, ante la indisponibilidad de tiempo por parte de ambos padres para atender al cuidado y educación de los menores, es conveniente establecer la guarda compartida «en función de las situaciones que vayan surgiendo y según su disponibilidad de tiempo por razones laborales». Así, se insta a los padres a que actúen de común acuerdo distribuyendo la estancia del menor «con uno y otro en función de su horario laboral y de los apoyos familiares con los que cuentan». Esta sentencia es relevante si nos atenemos al debate con el que iniciamos este epígrafe. Si recordamos, el hecho de que uno de los progenitores tuviese un trabajo que le absorbiese buena parte de su tiempo, dificultando ello tener una relación directa frecuente con el menor, se podría considerar un obstáculo para establecer la guarda compartida. Si admitiésemos esa premisa, ante el caso resuelto por la SAP de Murcia la conclusión sería que ninguno podría asumir la guarda, lo cual es absurdo. Asimismo, en la sentencia analizada se reconoce el

papel que pueden tener los terceros en el cuidado de los menores. Por tanto, en aquellos casos en los que sólo uno de los progenitores dispusiese de menos tiempo que el otro, la familia del primero podría ocuparse del cuidado del menor en los periodos de tiempo en los que el progenitor no pudiese por razones laborales, de modo que las dificultades de horarios causadas por ello no pueden obstar que se establezca una guarda compartida.

4. La habitualidad en el cuidado del menor

Puesto que lo que se trata de conseguir en todo momento es que el menor conserve, dentro de lo posible, el mismo modelo de convivencia que venía teniendo antes de la ruptura de sus progenitores (*ex* STS núm. 368/2014, de 2 de julio [RJ 2014/4250]) a fin de asegurar una cierta estabilidad que no perjudique sus intereses, sería lógico que un elemento tan relevante como quién está al cuidado del menor también se mantenga sin cambios. En cierto modo, ello condicionará la capacidad para el cuidado del hijo de aquel progenitor que se hubiese dedicado, o no, a tales labores, pues «es un factor que determina si, con posterioridad a la crisis matrimonial» será capaz «de continuar implicándose en la vida cotidiana del menor»[32].

Es lo que se conoce como la doctrina del cuidador primario, la cual entiende que tras la ruptura de la pareja, las relaciones dentro de la familia han de mantenerse constantes, lo cual se traduce en que si ha habido un progenitor que haya desempeñado la labor de cuidador primario, el hijo común deberá permanecer con este y, por tanto, acordarse una guarda exclusiva a favor de tal progenitor. La guarda compartida solo se establecería, por tanto, cuando ambos progenitores hubiesen realizado las labores del cuidado del menor de un modo igualitario. Sin embargo, los detractores de esta doctrina señalan que el valor que se debe dar al hecho de mantener intactos los esquemas familiares tras la ruptura de la pareja no ha de ser un valor principal a la hora de establecer un modelo u otro de guarda, pues también «debe tenerse en cuenta la variación radical de circunstancias y condiciones que llevaron a la aceptación de tales roles por parte de los miembros de la pareja» que supone la ruptura de la misma[33]. De hecho, es posible que aquel progenitor que no desempeñase durante la vigencia de la relación un rol de cuidado principal del menor se implique más en tal labor tras la ruptura, pues hay que entender que las relaciones familiares no son algo estático e inmutable. No obstante a esta reflexión crítica, no podemos perder de vista la importancia de los vínculos familiares forjados a partir de las dinámicas creadas dentro de la misma respecto a las relaciones de cada progenitor con el menor, por lo que entendemos que

[32] PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, cit., p. 51.

[33] PINTO ANDRADE C., «¿Qué alcance ha de darse a la relación anterior de los progenitores con los hijos en la decisión judicial de la custodia?», 27 de junio de 2009. Disponible en <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/06/27/normas-jur%C3%ADdicas-y-sentimientos-cual-es-el-alcance-que-debe-otorgarse-a-laa-relaci%C3%B3n-coet%C3%A1nea-y-anterior-de-los-progenitores-con-los-hijos-en-la-decisi%C3%B3n-judicial-de-la-custodia/> [Consultado el 19/03/2018].

si durante la relación de los progenitores no se creó, sea o no por desidia, una vinculación afectiva con los hijos, esto es, que no se satisficieron las necesidades afectivas de los hijos de un modo igualitario, la separación de los padres no va a solucionar esta previa carencia[34].

La relevancia de esta circunstancia la vemos en numerosas sentencias. Una de ellas es la STS núm. 515/2015, de 15 de octubre [RJ 2014/4894], en la cual se rechaza acordar la guarda compartida argumentando que «es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento […], quien por tal motivo dejó de trabajar, y sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo». Se insiste en esta sentencia, además, en que la guarda compartida «está establecida en interés del menor, no de los progenitores»[35]. De igual forma podemos ver esta circunstancia en la SAP de Madrid (Sección 22.ª) núm. 818/2014, de 30 de septiembre [JUR 2014/289469], la cual negó la guarda compartida argumentando que, mientras que el padre se mantenía al margen del cuidado de sus hijos, la madre «se ha encargado de la organización de la vida familiar y de las actividades cotidianas».

A fin de observar una sentencia que sí consideró apta la guarda compartida en observancia de la circunstancia que estamos tratando, debemos atender a la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 73/2016, de 28 de septiembre [RJ 2016/5512]. Esta considera que pese a que la madre ha atendido en mayor medida a los menores desde su nacimiento, ha de tenerse en cuenta que «el padre se ha responsabilizado e implicado en la evolución de los menores y existe también un fuerte vínculo paternofilial aunque haya sido con posterioridad», desempeñando, también, un rol principal de cuidado.

Tras todo lo dicho, y viendo que en nuestro derecho impera la doctrina del cuidador primario, podemos concluir que para que se conceda la guarda compartida no es necesario que ambos progenitores se ocupen del cuidado del menor de modo igualitario, bastando que uno lo haga de un modo más protagonista que el otro si ese otro no se despreocupa de sus responsabilidades como progenitor. Siempre, evidentemente, observando las circunstancias de cada caso concreto. Por tanto, bien podría decirse que la guarda compartida está pensada para aquellas familias en cuya organización interna prima previamente una cierta igualdad de roles en el cuidado de los hijos, no recayendo tal labor exclusivamente en uno de los progenitores. De esta forma se premiaría, en cierta medida, un cambio social que deja de imponer la responsabilidad del cuidado de los hijos comunes solo a un progenitor, fomentando el principio de coparentalidad tras la ruptura de la pareja, la corresponsabilidad parental y la igualdad de género, en su caso.

5. La orientación sexual y la identidad de género de alguno de los progenitores

Entendemos que la orientación sexual –por ejemplo, la homosexualidad– de uno de los progenitores es irrelevante a la hora de determinar la guarda compartida. Estarían

[34] Ibíd.

[35] Vid. en el mismo sentido STS núm. 130/2016, de 3 de marzo [RJ 2016/2184].

prohibidas, por tanto, todas las intromisiones en la orientación sexual de los progenitores en lo que respecta a la atribución de la guarda en tanto que ello no sea un hecho que, por la razón que fuere, perjudicase a los hijos[36]. Por tanto, serían las circunstancias que rodeen al progenitor homosexual perjudiciales para el menor las que impedirían acordar la guarda compartida, no el simple hecho de su orientación sexual.

En este sentido, es importante destacar la STEDH (Sección 4.ª), de 21 de diciembre de 1999 [TEDH 1999/72], Asunto Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal. En este caso, un padre, el señor Da Silva, tras separarse de su esposa comienza a convivir *more uxorio* con otro hombre. Pocos años después se produce el divorcio, concediéndose la potestad parental a la madre y un régimen de visitas a favor del padre. Más adelante Da Silva instó la modificación de medidas a fin de que se le otorgase la guarda de la menor. En la contestación a esta demanda, según la resolución del TEDH, la ex esposa argumentó que «la niña no debía permanecer en compañía de su padre, ya que este era homosexual y vivía con otro hombre». El resultado de este procedimiento fue la concesión al padre de la potestad parental y guarda de la menor. En segunda instancia, sin embargo, se argumentó, entre otras cosas, que la homosexualidad del progenitor y que este conviva con otro hombre son circunstancias que hay que aceptar, pero que dicho entorno no es «el más saludable y adecuado para el desarrollo moral, social y mental de un niño», pues se estaría «en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales». Ante todo ello, el TEDH considera violado el artículo 8 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales, en lo que respecta al derecho a la vida personal y familiar, en relación a su artículo 14. Argumenta, para ello, que «el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante, distinción que no se puede tolerar según el Convenio».

Por tanto, de esta sentencia cabe extraer que no es posible que los tribunales puedan fundamentar la no concesión de la guarda de un menor a un progenitor por el mero hecho de su orientación sexual. Pese a que la sentencia analizada no hace referencia a la guarda compartida, si entendemos que tal orientación no es un obstáculo para acordar la guarda exclusiva entenderemos también que tampoco puede serlo para conceder la compartida.

La cuestión ahora se centra en saber si ocurre lo mismo en los casos en los que uno de los progenitores es transexual. Para ello nos serviremos de la STEDH (Sección 3.ª), de 30 de noviembre de 2010 [TEDH 2010/112], Asunto P.V. contra España. En ella se resuelve el caso de una transexual, P.V., que pasó del sexo masculino al femenino. Antes de cambiar su sexo, P.V. contrajo matrimonio con una mujer, de la cual se divorció en 2002, teniendo un hijo en común. En ese momento, mediante acuerdo entre las partes, se fijó una guarda exclusiva a favor de la madre y un régimen de visitas a favor de P.V. En 2004 la ex esposa impulsó un procedimiento de modificación de medidas porque su ex esposo se vestía de mujer y había iniciado un procedimiento de cambio de sexo. Ante ello, el órgano resolutor

[36] LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., p. 191.

redujo los periodos del régimen de visitas hasta que P. V. se sometiese a la operación y se encontrase «en plenas facultades físicas y psicológicas con la disponibilidad y estabilidad que requiere el menor». En segunda instancia se resolvió de igual modo. Posteriormente, la STC (Sala Primera) núm. 176/2008, de 22 de diciembre [RTC 2008/176] argumentó que no era «la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa […] y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor». En este punto el TEDH entra a conocer el asunto. P.V. apoya su postura en que la defensa del interés superior del menor se ha utilizado por los tribunales españoles como un «subterfugio jurídico para imponer un régimen de visitas restrictivo debido a su transexualidad». Además, acusa a los tribunales nacionales de basarse «en un prejuicio social que asociaba a la transexualidad una inestabilidad emocional». Ante ello, el TEDH decidió desestimar la demanda al coincidir con los razonamientos ya expuestos por los tribunales nacionales, entendiendo que «la restricción del régimen de visitas no fue el resultado de una discriminación basada en la transexualidad de la demandante».

Por tanto, pese a que el caso no dirima una cuestión de guarda compartida, sí que podemos extraer que el elemento de la transexualidad de uno de los progenitores no es contrario al interés superior del menor, por lo que cabría establecerla. Lo que sí es relevante son los desequilibrios emocionales derivados del proceso hormonal que el transexual vive durante el transcurso de cambio de sexo, que sí podrían ser perjudiciales para el menor. La solución más propicia pasaría, por tanto, por establecer una guarda compartida, pero suspenderla durante el inicio del tratamiento de cambio de sexo para, progresivamente, caminar hacia ella. Este razonamiento ha sido cuestionado por autores como María Martín Sánchez, que entiende que el interés superior del menor no está en apartarle de sus progenitores, «sino en disfrutar de ambos, aun cuando para ello tuvieran que enfrentarse a situaciones difíciles»[37]. La salida a este dilema pasa por observar las circunstancias de cada caso concreto y determinar si realmente se está produciendo un perjuicio real hacia el menor.

6. La proximidad de domicilios

Cuando la guarda compartida se plantea como posibilidad para regular las relaciones familiares tras la ruptura sentimental y de la convivencia de los progenitores hay que valorar las posibilidades reales para llevarla a cabo. No debe escapársenos que estamos hablando de regular la vida diaria de varias personas, lo cual requiere de una infraestructura favorable. La guarda compartida normalmente exige que el menor se desplace para desarrollar los

[37] MARTÍN SÁNCHEZ, M., «Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Patria potestad y custodia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, segundo semestre de 2014, p. 216. Disponible en <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/viewFile/72/67> [Consultado el 15/10/2017].

periodos de convivencia con sus progenitores. Por lo tanto, cuando hablamos de una infraestructura favorable, nos referimos a que los domicilios a los que se tenga que desplazar el menor, y donde residan sus padres, estén próximos entre sí para que las transiciones de uno a otro provoquen la menor alteración posible en el ritmo de vida del hijo. En este sentido, es importante para el desarrollo integral del menor que conserve una esfera vital estable en la que pueda tener un vínculo afectivo, un entorno de amistades claro y una vida académica plena. Esto es, que el menor conserve su arraigo familiar, escolar y social[38].

Los tribunales también han reparado en esta cuestión. La STS núm. 368/2014, de 2 de julio [RJ 2014/4250] se pronuncia favorablemente hacia la guarda compartida apoyándose, entre otros aspectos, en la proximidad de los domicilios de los progenitores «en una pequeña localidad». Más recientemente, la STS núm. 110/2017, de 17 de febrero [RJ 2017/483] estimó la procedencia de la guarda compartida en un caso en el que los progenitores vivían en localidades distintas pero cercanas: Madrid y Coslada. Asimismo, la STS núm. 4/2018, de 10 de enero [JUR 2018/15948] considera expresamente que «la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar […], razones todas ellas que motivan» su denegación.

Cuando este requisito está presente es tenido en cuenta por los tribunales para favorecer el establecimiento de la guarda compartida. Ahora bien, en las sentencias señaladas hasta el momento la concurrencia de esta circunstancia es tenida en cuenta junto con otros factores favorables a este modelo de guarda. Es un elemento más de juicio para el juez. Ello no siempre es así cuando no se cumple el requisito. Cuando no hay cercanía de domicilios, el mero hecho de que esto concurra ha permitido en algunos casos rechazar la guarda compartida –no así en la STS núm. 130/2016, de 3 de marzo [RJ 2016/2184], que para negar la guarda compartida tiene en cuenta no sólo la distancia de domicilios, sino otras circunstancias como la disponibilidad de tiempo del padre–. Esto se ve de un modo claro en la SAP de Jaén (Sección 1.ª) núm. 542/2016, de 27 de julio [JUR 2016/223939] que deniega la guarda compartida argumentando que el hecho de que los domicilios estén en Málaga y Jaén es «trascendental», pues «no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida»[39].

Estamos hablando, por tanto, de una circunstancia que tiene un peso muy relevante a la hora de que los tribunales acuerden o no la conveniencia de la guarda compartida. Es importante que los domicilios estén cerca, entendiendo por cerca no sólo aquellos situados

[38] Vid. en este sentido PÉREZ CONESA, C., *La custodia compartida*, cit., pp. 52-53.

[39] Vid. en el mismo sentido SAP de Asturias (Sección 5.ª) núm. 192/2017, de 22 de mayo [JUR 2017/178036], que argumenta que la distancia geográfica entre los domicilios de los padres es un «obstáculo» y «puede resultar decisiva, pues en la práctica puede llegar a impedir un desarrollo normal del niño tanto en su entorno social, de amistades o convivencia como en el educativo». Se perjudicaría, así, el arraigo familiar, escolar y social del menor. Destaca, además, que tal circunstancia es «el obstáculo principal para la concesión de guarda y custodia compartida».

en el mismo municipio, sino también en los que, estando en distintos municipios, los medios de transporte permitan una fácil y rápida comunicación y en los que el menor pueda tener una cierta estabilidad. Por ejemplo, si los progenitores tienen viviendas en diferentes municipios pero el centro escolar está a una distancia similar de uno y otro domicilio, el obstáculo para acordar la guarda compartida desaparecería[40].

Una posible solución a toda esta cuestión podría pasar por establecer un modelo de guarda compartida de *casa nido*, por el cual es el menor el que permanece en un domicilio y los padres los que alternan su estancia en el mismo. El problema es que ello requeriría de una situación económica holgada por parte de ambos progenitores, pues deben costear la casa en la que el menor reside y, además, una para cada uno de ellos. Asimismo, si la distancia entre la casa de un progenitor y la del menor es amplia, la dificultad para implementar la guarda compartida se mantiene y nos volveremos a encontrar con el mismo problema de base que hemos tratado en este epígrafe.

7. La edad del menor

Las circunstancias que rodean al menor y los aspectos que condicionan las necesidades del mismo tienen un peso esencial a la hora de determinar el modelo de guarda. Una de esas circunstancias es su edad. Por tanto, la pregunta que nos hacemos en este epígrafe es la siguiente: ¿es la edad del menor óbice para el establecimiento de la guarda compartida?

Los tribunales, históricamente, sí lo han considerado un factor determinante, rechazando la guarda compartida cuando los menores tienen una corta edad. La SAP de Salamanca (Sección 1.ª) núm. 17/2005, de 24 de enero [JUR 2005/63508] es un buen ejemplo de ello, pues consideró que «la corta edad de la niña, 7 años, aconseja que se atribuya la custodia a la madre, la que, ya lo venía haciendo, al desarrollarse el matrimonio en base al trabajo del padre y ser ella […] la que se dedicaba a la atención de la niña». Esta tendencia social, afortunadamente, se ha roto a favor de la «igualdad de roles», por lo que el factor determinante que el juez deberá tener en cuenta es «la aptitud de cada progenitor para desenvolver las funciones inherentes al cuidado del hijo, independientemente de su sexo», siendo «ambos padres igualmente capaces para involucrarse en las funciones parentales»[41].

Conviene tener en cuenta las conclusiones vertidas a este respecto por Marta Marín Rullán, Víctor Dujo López y Pedro José Horcajo Gil, los cuales destacan que «en niños pequeños en situación de residencia alterna aparecen trastornos de ansiedad por separación»,

[40] PÉREZ MARTÍN, A.J., *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, Valladolid (Lex Nova), 2007, p. 269. Disponible en: <https://books.google.es/books?id=3YxVzm_D5S0C&printsec=frontcover&dq=procedimiento+contencioso+antonio+javier+perez+martin&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiz-5za77PXAhWHPxQKHXMDBnYQ6AEIJzAA#v=onepage&q&f=false> [Consultado el 10/11/2017].

[41] LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, cit., pp. 201-202.

mientras que en menores de 5 a 12 años el contacto con ambos progenitores implica «una mejor salud mental del niño»[42]. No obstante, no habría un consenso en este punto entre las investigaciones psicológicas realizadas al efecto, pues también se afirma desde otras posturas que no hay evidencias de que sea un problema que ambos progenitores se impliquen en la crianza de menores lactantes, incluso pernoctando estos con sus padres, achacando los posibles problemas del menor a otras circunstancias que no tienen nada que ver con que ambos padres compartan la guarda[43].

En este punto es importante destacar la STS núm. 585/2015, de 21 octubre [RJ 2015/4784]. En instancias anteriores se había concluido que la corta edad de los menores justificaba que no se acordase la guarda compartida, estableciendo una guarda exclusiva a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre tan amplio que en la práctica equivalía a una guarda compartida. Ante ello el TS concluye que «si la edad de los menores no desincentiva tan amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida». Añade, además, que no puede aceptarse como válido el argumento de que en las medidas provisionales, durante la separación de hecho, se adoptase una guarda exclusiva a favor de la madre, pues ello no sería óbice para acordar posteriormente la compartida.

En el caso resuelto por la SAP de Albacete (Sección 1.ª) núm. 376/2015, de 23 de diciembre [JUR 2016/30309] los hijos tenían las edades de tres y siete años. A pesar de ello, la AP acuerda la guarda compartida argumentando que «ambos padres tienen suficiente capacidad y voluntad de ejercer la maternidad y paternidad responsable». Asimismo, la AP admite que el amplio régimen de visitas que se fija en la sentencia de primera instancia «es un reconocimiento a la procedencia de la custodia común».

Por lo que se refiere a menores en edad lactante, la SAP de Córdoba (Sección 1.ª) núm. 248/2016, de 16 de mayo [JUR 2016/179080] acuerda la guarda compartida para un menor de dos años, pues, según la sentencia, dicha edad sería un momento normal para abandonar la lactancia materna. La AP entiende que el hecho de que el menor se encontrase en periodo de lactancia justificaría la guarda exclusiva, pero que al no estarlo, no habría ninguna razón para no establecer la compartida. Como complemento de esta sentencia encontramos la SAP de Valencia (Sección 10.ª) núm. 821/2015, de 14 de diciembre [JUR 2016/127395], en la cual el menor, aún lactante, sufría además otras circunstancias de mala salud que hicieron valorar al tribunal como más oportuno el establecimiento de la guarda exclusiva a favor de la madre. No obstante, la AP no acuerda este régimen definitivamente y deja la puerta

[42] MARÍN RULLÁN, M., DUJO LÓPEZ, V. y HORCAJO GIL, P.J., «Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida», *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 27, núm. 1, 2017, p. 121.

[43] MARÍN RULLÁN, M., DUJO LÓPEZ, V. y HORCAJO GIL, P.J., «Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida», cit.

abierta a la guarda compartida para «otro momento», en el que estas circunstancias que la desaconsejaban desapareciesen. Se establecería, pues, una guarda compartida aplazada. De modo similar resolvió la SAP de Asturias (Sección 7.ª) núm. 414/2016, de 31 de octubre [JUR 2016/266840], en la cual para una de las menores, no lactante, se acuerda la guarda compartida y para la otra, lactante, la exclusiva a favor de la madre hasta que el bebé cumpla 18 meses, momento en el cual regirá la guarda compartida.

No obstante a la tendencia que se acaba de exponer, continúa habiendo algunas sentencias que siguen aplicando la errónea doctrina de los años tiernos y, por tanto, entendiendo que en los primeros años de vida del menor este ha de estar bajo la guarda exclusiva de su madre, no siendo conveniente la guarda compartida[44].

Pese a esto último, podemos concluir que, en términos generales, la corta edad del menor, *per se*, no impide que pueda considerarse oportuna la determinación de la guarda compartida, salvo que el menor en cuestión sea aún lactante, en cuyo caso sería entendible el establecimiento de la guarda exclusiva a favor de la madre, pero solo hasta el momento en el que esta circunstancia desaparezca, aplicándose entonces la guarda compartida.

III. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos observado las diferentes circunstancias de las que depende que la guarda compartida sea considerada un buen modelo para las relaciones familiares tras la ruptura de la pareja. Unas circunstancias que, incomprensiblemente, han tenido que ser introducidas por la jurisprudencia y los estudios doctrinales a falta de una legislación que los aúne y concrete en pos de la seguridad jurídica. En este sentido, consideramos que el legislador del Derecho Civil común debería adaptar la legislación a las necesidades de los nuevos ritmos sociales y tomar ejemplo de legislaciones como la catalana que sí recogen –artículo 233-11 del CC catalán– una concreción de las circunstancias que debe reunir una familia para considerar que es positivo establecer la guarda compartida. Consideramos igualmente positiva la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil a este respecto, tal y como hemos visto, así como la reforma que anuncia el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, el cual sería la respuesta más apropiada a la impostergable necesidad de cambio legislativo.

A la vista de todo ello, podemos hacer un esbozo de lo que cabría considerar un modelo de "familia ideal" para el cual la guarda compartida se plantearía como una solución deseable. Dicha familia debería reunir las siguientes características:

[44] Vid. en este sentido SAP de Asturias (Sección 5.ª) núm. 192/2017, de 22 de mayo [JUR 2017/178036] que, ante un caso en el que el menor tenía tres años denegó la custodia compartida y concluyó que «en edades tan tempranas los niños necesitan de una mayor estabilidad y orden en sus horarios y rutinas diarias, más difíciles de lograr cuando se interrumpen y alternan constantemente en breves períodos».

a) Los progenitores han de tener una relación de mutuo respeto entre sí. Pueden mantener rencillas, pero ello no puede derivar en un conflicto en el que el perjudicado sea el hijo común. En este mismo sentido, los padres han de tener capacidad de entendimiento, diálogo y capacidad para mantener acuerdos. Igualmente, no han de existir episodios de violencia de género o doméstica dentro de la familia.

b) La familia ha de tener un modelo educativo, cultural, religioso y de valores similar o, al menos compatible y coherente.

c) Los padres no han de padecer enfermedades físicas o psicológicas que les impidan ejercer las obligaciones inherentes a la guarda, entre las que cabe incluir el alcoholismo y la drogodependencia.

d) Ambos progenitores han de poder conciliar su vida personal y laboral a fin de poder repartirse los tiempos de estancia con el menor coordinada y efectivamente. La ayuda de la familia extensa de cada progenitor es positiva, pero no puede sustituir las obligaciones de un padre al que le es imposible hacerse cargo de sus hijos.

e) Es importante que ambos progenitores se hayan implicado en el cuidado del menor antes de la ruptura de acuerdo a los criterios de corresponsabilidad parental, siempre y cuando el niño hubiese nacido y hubiese transcurrido el tiempo suficiente como para observar tal dinámica familiar.

f) La orientación sexual de los progenitores es indiferente, así como la identidad de género. No obstante, en este último caso es posible que el Juez entienda que durante las primeras fases del cambio de sexo existen alteraciones en la personalidad del progenitor en cuestión, debido al fuerte tratamiento hormonal, que sean perjudiciales para el interés superior del menor. Aunque no necesariamente tiene que ser así.

g) Los domicilios de los progenitores y el del menor han de estar próximos entre sí, así como de los lugares donde el hijo tenga su arraigo social y educativo.

h) La edad del menor es irrelevante si ambos padres están lo suficientemente capacitados para atender a las necesidades propias de cada una de sus etapas de crecimiento, salvo que sea un lactante, en cuyo caso la guarda compartida deberá suspenderse hasta que tal circunstancia desaparezca.

¿Esto quiere decir que si en una familia no se dan todos estos rasgos no cabe acordar la guarda compartida? Sería lo deseable, pero no lo más realista, por lo que la respuesta ha de ser negativa. Es posible prescindir o ser flexibles en algunos de estos rasgos, pues siempre deberemos atender a las circunstancias concretas del caso y, sobre todo, al interés del menor que esté en juego. Lo que sí debemos tener claro es que, si bien construir un modelo

ideal de familia cuando la casuística juega un papel tan importante es una tarea quimérica, el perfil que hemos dibujado es lo más cerca que podemos estar de alcanzar tal objetivo.

Sea como fuere, el modelo sugerido no pretende ser solamente una referencia para detectar cuándo un esquema familiar es óptimo para regirse bajo una guarda compartida, sino también el modelo de convivencia ideal al cual entendemos que todas las familias deberían aspirar en pos de una mayor salud de la relaciones personales de estas, una mayor igualdad entre los progenitores en los roles de cuidado de los menores y, por encima de todo, un mayor bienestar para los hijos comunes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DE SENTENCIAS

STEDH (Sección 4.ª), de 21 de diciembre de 1999 [TEDH 1999/72].

STEDH (Sección 3.ª), de 30 de noviembre de 2010 [TEDH 2010/112].

STC (Sala Primera), de 22 de diciembre de 2008 [RTC 2008/176].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 8 de octubre de 2009 [RJ 2009/4606].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 22 de julio de 2011 [RJ 2011/5676].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 2 de julio de 2014 [RJ 2014/4250].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 15 de octubre de 2014 [RJ 2014/4894].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 16 de febrero de 2015 [RJ 2015/564].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 21 de octubre de 2015 [RJ 2015/4784].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 4 de febrero de 2016 [RJ 2016/260].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016/248].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 3 de marzo de 2016 [RJ 2016/2184].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016/842].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 27 de junio de 2016 [RJ 2016/3717].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 22 de diciembre de 2016 [RJ 2016/5999].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 17 de febrero de 2017 [RJ 2017/483].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 22 de febrero de 2017 [RJ 2017/650].

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 10 de enero de 2018 [JUR 2018/15948].

STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 18 de diciembre de 2015 [RJ 2015/6372].

STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 28 de septiembre de 2016 [RJ 2016/5512].

STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 6 de febrero de 2017 [RJ 2017/1597].

SAP de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10.ª), de 17 de diciembre de 2004 [JUR 2005/66633].

SAP de Salamanca (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 24 de enero de 2005 [JUR 2005/63508].

SAP de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 18.ª), de 20 de febrero de 2007 [JUR 2007/101427].

SAP de Murcia (Sala de lo Civil, Sección 4.ª), de 10 de febrero de 2009 [JUR 2009/191429].

SAP de Alicante (Sala de lo Civil, Sección 9.ª), de 24 de abril de 2009 [AC 2009/1040].

SAP de Murcia (Sala de lo Civil, Sección 5.ª), de 6 de junio de 2011 [JUR 2011/246642].

SAP de Murcia (Sala de lo Civil, Sección 4.ª), de 8 de marzo de 2012 [JUR 2012/122862].

SAP de Cádiz (Sala de lo Civil, Sección 5.ª), de 28 de octubre de 2013 [JUR 2013/374729].

SAP de Alicante (Sala de lo Civil, Sección 9.ª), de 17 de junio de 2014 [JUR 2014/218566].

SAP de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 22.ª), de 30 de septiembre de 2014 [JUR 2014/289469].

SAP de Jaén (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 8 de octubre de 2014 [JUR 2015/47042].

SAP de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10.ª), de 8 de julio de 2015 [AC 2016/1930].

SAP de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 10.ª), de 14 de diciembre de 2015 [JUR 2016/127395].

SAP de Albacete (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 23 de diciembre de 2015 [JUR 2016/30309].

SAP de Pontevedra (Sala de lo Civil, Sección 6.ª), de 25 de abril de 2016 [JUR 2016/114106].

SAP de Barcelona (Sala de lo Civil, Sección 12.ª), de 5 de mayo de 2016 [JUR 2016/197345].

SAP de Córdoba (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 16 de mayo de 2016 [JUR 2016/179080].

SAP de Jaén (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 27 de julio de 2016 [JUR 2016/223939].

SAP de Asturias (Sala de lo Civil, Sección 7.ª), de 31 de octubre de 2016 [JUR 2016/266840].

SAP de Burgos (Sala de lo Civil, Sección 2.ª), de 27 de marzo de 2017 [JUR 2017/120630].

SAP de Asturias (Sala de lo Civil, Sección 5.ª), de 22 de mayo de 2017 [JUR 2017/178036].

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABEZUELO ARENAS, A.L., «Título I. Capítulos IX y X», *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, mayo de 2017, pp. 36-48. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf> [Consultado el 17/03/2018].

CANTERA ESPINOSA, L.M. y GAMERO GONZÁLVEZ, V., «La violencia en la pareja a la luz de los estereotipos de género», *PSICO*, vol. 38, núm. 3, septiembre-diciembre de 2007, pp. 233-237. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5161622.pdf> [Consultado el 13/10/2017].

CASTILLA BAREA, M. y CABEZUELO ARENAS, A.L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. 2, Pamplona (Aranzadi), 2017, pp. 411-641.

ECHEVARRÍA GUEVARA, K.L., «La guarda y custodia compartida de los hijos», Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2011. Disponible en <https://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf> [Consultado el 23/10/2017].

FERNÁNDEZ KRANZ, D. y NOLLENBERGER CASTRO, N., «La custodia compartida despega en España», 8 de noviembre de 2017. Disponible en <http://nadaesgratis.es/admin/la-custodia-compartida-despega-en-espana> [Consultado el 18/03/2018].

GIMENO REINOSO, B. y BARRIENTOS SILVA, V., «Violencia de género versus Violencia doméstica: La importancia de la especificidad», *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, núm. 32, julio de 2009, pp. 27-42. Disponible en <http://www.ciudaddemujeres.com/articulos/IMG/pdf_ViolenciaDeGeneroVSviolencia-Domestica.pdf> [Consultado el 13/10/2017].

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Criterios de atribución de la custodia compartida», *InDret*, núm. 3, julio de 2010, pp. 1-21. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf> [Consultado el 31/10/2017].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Estadística de nulidades, separaciones y divorcios - Año 2008», 17 de septiembre de 2009. Disponible en <http://www.ine.es/prensa/np567.pdf> [Consultado el 18/03/2018].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Estadística de nulidades, separaciones y divorcios - Año 2016», 25 de septiembre de 2017. Disponible en <http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206> [Consultado el 27/09/2017].

LATHROP GÓMEZ, F., *La custodia compartida de los hijos*, Las Rozas (La Ley), 2008.

MARÍN RULLÁN, M., DUJO LÓPEZ, V. y HORCAJO GIL, P.J., «Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida», *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 27, núm. 1, 2017, pp. 115-125.

MARTÍN SÁNCHEZ, M., «Conflictos paterno-filiales y condición sexual en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Patria potestad y custodia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 24, segundo semestre de 2014, pp. 195-219. Disponible en <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/viewFile/72/67> [Consultado el 15/10/2017].

PÉREZ MARTÍN, A.J., *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, Valladolid (Lex Nova), 2007. Disponible en: <https://books.google.es/books?id=3YxVzm_D5S0C&printsec=frontcover&dq=procedimiento+contencioso+antonio+javier+perez+martin&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiz-5za77PXAhWHPxQKHXMDBnYQ6AEIJzAA#v=onepage&q&f=false> [Consultado el: 10/11/2017].

PÉREZ CONESA, C. *La custodia compartida*, Pamplona (Aranzadi), 2016.

PÉREZ MANZANO, M., «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: Acción y reacción», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, 2016, pp. 17-65.

PINTO ANDRADE C., *La custodia compartida*, Barcelona (Bosch), 2009.

PINTO ANDRADE C., «¿Qué alcance ha de darse a la relación anterior de los progenitores con los hijos en la decisión judicial de la custodia?», 27 de junio de 2009. Disponible en <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/06/27/normas-jur%C3%ADdicas-y-sentimientos-cual-es-el-alcance-que-debe-otorgarse-a-laa-relaci%C3%B3n-coet%C3%A1nea-y-anterior-de-los-progenitores-con-los-hijos-en-la-decisi%C3%B3n-judicial-de-la-custodia/> [Consultado el 19/03/2018].

ROJAS-SOLÍS, J.L., «Transformaciones socioculturales y aspectos de género: Algunas implicaciones para el estudio de violencia en pareja», *Revista Electrónica de Psicología Iztacala (UNAM)*, vol. 14, núm. 3, septiembre de 2011, pp. 252-272. Disponible en <https://www.aacademica.org/dr.jose.luis.rojas.solis/9.pdf> [Consultado el 13/10/2017].

SIMÓN GIL, M., «Aportaciones del trabajo social a la pericial de Familia», en *Custodia compartida y protección de menores*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, Madrid (CGPJ), 2009, pp. 175-210.

SOBRE LA CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 286 BIS 1 Y 2 CP*

ABOUT THE BUSINESS CORRUPTION: ANALYSIS OF ARTICLE 286 BIS 1 AND 2 CP

Jesús García Cáceres**

Resumen: En el año 2015, con motivo de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se modificó el delito de corrupción entre particulares contemplado en el artículo 286 *bis.* Dada la gran repercusión mediática que, en general, los casos de corrupción suscitan en España, se hace necesario analizar la nueva configuración del precepto y manifestar las lagunas o carencias que puedan encontrarse al hilo de dicho análisis, así como examinar si existe fundamento jurídico suficiente para que las conductas en cuestión gocen de protección penal.
Palabras clave: corrupción, competencia leal, derecho penal, sujeto activo.

Abstract: In 2015 the crime of business corruption contemplated in the article 286 bis CP was modified by the Organic Law 1/2015. The number of corruption cases has increased in Spain and currently it is a serious social problem. It is necessary to examine the new wording of the article in order to show possible gaps or deficiencies. Furthermore, an important task it is to analyze the legal assessment and check if this new regulation is needed.
Keywords: corruption, fair competition, criminal law, active subject.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; 1. Cuestiones previas; 2. Breve análisis de Derecho comparado: la corrupción en los negocios en Alemania; II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO; III. MODALIDADES TÍPICAS EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS; 1. Corrupción pasiva; 2. Corrupción activa; 3. Tipo atenuado; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestiones previas

En el año 2010, con motivo de las reformas operadas en materia de Derecho Penal, las formas de corrupción en las relaciones comerciales privadas pasaron a ser susceptibles

* Fecha de recepción: 31 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 23 de marzo de 2018.
** Graduado en Derecho por la Universidad de Sevilla. Alumno del Máster de Acceso a la Abogacía, Universidad Pablo de Olavide. Correo electrónico: jesusgarciacaceres@gmail.com.

de castigo como ilícito penal[1]. Así pues, se introduce en dicho año una figura totalmente novedosa, esta es, la denominada corrupción entre particulares o corrupción en el sector privado, recogida en el artículo 286 bis CP.

En cuanto a la verdadera razón que llevó al legislador español a introducir dicho tipo delictivo, como desafortunadamente viene sucediendo en el ámbito penal, no es más que la necesidad de dar respuesta a las exigencias supranacionales de la Unión Europea. Es la transposición de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, «sobre la lucha contra la corrupción privada, la que establece la forma de persecución de estas conductas que pasan al art. 286 bis CP, disponiendo en sus consideraciones previas que al haber aumentado el comercio transfronterizo se hace necesaria la lucha contra la corrupción privada que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido»[2].

Precisamente, el hecho de que esta nueva conducta penal viniera impuesta por las instituciones europeas hizo que la doctrina se cuestionara su legitimidad y que, en su redacción original, el artículo 286 bis no estuviera exento de críticas. En este sentido señala Mendoza Buergo que la figura «tal como ha quedado configurada, parece estar aquejada de una importante falta de claridad, con no pocas indefiniciones o ambigüedades»[3]. Por otra parte, para Muñoz Cuesta[4] la mera introducción de las conductas descritas en el precepto era de por sí bastante cuestionable pues comportamientos tan arraigados en la sociedad española, como por ejemplo la entrega de regalos a un directivo de una empresa privada a cambio de un contrato, solo afectan al ámbito privado y, en ningún caso, a terceros o a la estructura básica del Estado.

Al margen de lo anterior, no podemos obviar que actualmente en España la corrupción, tanto en su vertiente pública como en su vertiente privada, se percibe por la ciudadanía como un grave problema[5] dado el incesante número casos que llevan sucediéndose desde hace años en nuestro país[6]. Ello conlleva que las instituciones intenten enviar un mensaje

---

[1] 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, implicó una importante reforma de los supuestos de corrupción en nuestro Ordenamiento jurídico-penal. Así, por ejemplo, se simplifican los delitos de cohecho, se introduce la responsabilidad penal de la persona jurídica y se introducen nuevas figuras delictivas.

[2] Cfr. MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2011. BIB 2011\1736, Cizur Menor (Aranzadi), 2011, p. 1.

[3] Cfr. MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis del CP)», en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., (dir.), *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero),* Madrid (Civitas), 2011, p. 427.

[4] Cfr. MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», ob. cit., p.1.

[5] Según el barómetro del CIS de julio de 2017, tras el paro, la corrupción y el fraude (45,3 %) son los problemas más importantes que afectan a España.

[6] Entre los más mediáticos se encuentran por ejemplo el caso *Gürtel,* el caso *Bárcenas* o la más reciente Operación *Soule,* que atañe a altos cargos y personas relacionadas con la Federación Española de Fútbol, las cuales están siendo investigadas por delitos tales como administración desleal, apropiación indebida y/o estafa,

inequívoco: «la corrupción es un fenómeno que debe ser combatido, no solo en el ámbito público, sino también en las relaciones entre particulares»[7].

Así, en lo que aquí nos ocupa, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, modificó el artículo 286 *bis* CP e introdujo nuevos preceptos dentro de la propia Sección donde se ubicaba aquél. No obstante, realizando un análisis pormenorizado, el objetivo perseguido por dicha norma en esta materia pudiera ser más que el de atajar de manera contundente este fenómeno el de tranquilizar a una opinión pública cansada ya de tantos escándalos. En cualquier caso, sobre la idoneidad y suficiencia de estos preceptos se hablará más adelante.

En cuanto a su redacción original el artículo 286 bis se ubicó en la Sección 4.ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP, bajo la rúbrica «*De la corrupción entre particulares*» e integrada únicamente por dicho artículo. Tras la reforma, dicha Sección pasó a denominarse «*Delitos de corrupción en los negocios*» y quedó compuesta por los artículos 286 bis a 286 quáter. Al margen de las modificaciones experimentadas por el primero de los artículos citados, las cuales se pondrán de manifiesto y se analizarán a lo largo del presente trabajo, cabe mencionar que el artículo 286 ter incorporó a esta Sección el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y el 286 quáter una serie de tipos agravados aplicables a los dos preceptos anteriores. No obstante, nos centraremos en el análisis del artículo 286 bis CP y, en concreto, de los apartados 1 y 2, y del tipo atenuado del apartado 3.

En primer lugar, hemos de preguntarnos si realmente existen razones que justifiquen la intervención penal en este ámbito. No debemos olvidar que en un sistema penal garantista como el nuestro, regido por los principios de intervención mínima y de *última ratio,* el único fundamento que legitima la actuación penal es la existencia de un interés o bien jurídico digno de tal protección. Pone de manifiesto Nieto Martín[8] que «la existencia de corrupción por sí sola no es motivo suficiente para que intervenga el Derecho penal. Unas veces porque falta merecimiento de pena, al no existir bien jurídico relevante (…), otras porque pueden entrar en juego otros tipos penales (…) o porque se considera suficiente con las sanciones disciplinarias que existen en un determinado ámbito». Analizaremos pues si concurren alguna de las premisas anteriores para determinar si realmente el artículo 286 bis CP es una herramienta necesaria para la represión de estas conductas, si se trata de una regulación superflua o si presenta deficiencias.

---

falsedad documental y corrupción entre particulares (vid. Auto de 20 de julio de 2017, Juzgado Central de Instrucción nº. 1, diligencias previas 35/2017).

[7] Cfr. BOLEA BARDON, C., «El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis», en OTERO GONZALEZ, P. y CASTRO MORENO, A. (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, 1ª ed., Madrid (Dykinson), 2016, p. 101.

[8] Cfr. NIETO MARTIN, A., «Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (I)», en GOMEZ RIVERO, C. (dir.) *et al*., *Nociones de Derecho Penal, Parte Especial,* vol. II, 2ª ed., Madrid (Tecnos), 2015, p. 230.

En segundo lugar, también debemos analizar las modalidades típicas y la estructura del precepto. Conviene destacar que dicha estructura es muy similar a la de los delitos de cohecho, ya que se contempla tanto una vertiente pasiva –art. 286 bis 1 CP– como activa –art. 286 bis 2 CP–, aunque obviamente ambas conductas ni pueden ni deben tener el mismo sentido, pues a la Administración Pública debe exigírsele una rectitud e imparcialidad que en nada se parece a la que deban tener los entes privados en el desarrollo de su actividad en tanto en cuanto particulares. Muñoz Conde[9] señala algunas diferencias significativas con respecto a los delitos de cohecho. La primera de ellas es que los sujetos de referencia aquí serán directivos, administradores, empleados o colaboradores vinculados a una empresa mercantil o sociedad, y no serán funcionarios o autoridades públicas ni guardarán relación con la Administración Pública. La segunda diferencia es que no existe «una modalidad similar a la del cohecho impropio, es decir, el mero ofrecer o recibir regalos en atención al cargo, ni al llamado cohecho de recompensa, o ser recompensado posteriormente por algún favor que se ha prestado a un tercero».

Cabe advertir que el artículo 286 bis*,* además de la corrupción entre particulares o corrupción en los negocios, contempla la corrupción en el deporte en su apartado 4. La doctrina se ha cuestionado el por qué de la inclusión de esta segunda conducta, ya que no se contemplaba en la Decisión Marco 2003/568/JAI referencia alguna a ella. En nuestra opinión y en la de Bolea Bardón en dicho apartado se protege algo distinto a lo protegido en los apartados 1 y 2, esto es, el juego limpio o *fair play*, «siempre deseable pero discutible que deba ser elevado a categoría de un bien jurídico-penal»[10]. Pese al paralelismo que el legislador ha pretendido establecer entre el apartado 4 y los apartados 1 y 2, y pese a que algunos autores configuren la corrupción deportiva como «una forma específica de corrupción privada»[11], entendemos que, de existir una necesidad real de regular dicho comportamiento, debería configurarse al margen de la corrupción en los negocios. En cualquier caso, *prima facie* no parece que existiera una necesidad que conllevara que este tipo de conductas fueran merecedoras de reproche penal, por lo que hubiera bastado con la aplicación del Derecho Administrativo sancionador en esta materia. No obstante, en lo que aquí nos ocupa, el delito de corrupción deportiva no será objeto de análisis en el presente trabajo, bastando pues con la referencia realizada.

Por último, resulta interesante también hacer alusión al artículo 286 bis CP en relación con el 31 bis CP, pues el delito de corrupción en los negocios, *ex* artículo 288 CP, es uno de los que puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Precisamente, para evitar esa responsabilidad –que puede llevar en último extremo a la disolución de la entidad–, las personas jurídicas deberán implantar programas de *Compliance,* siendo

[9] Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial,* 21ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 454.

[10] Cfr. BOLEA BARDON, C., «El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis», cit., p. 104.

[11] Cfr. GALAN MUÑOZ, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores», en GALAN MUÑOZ, A. y NUÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho penal económico y de la empresa,* 1ªed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, p. 173.

necesario que dichos programas contemplen normas específicas referidas a la corrupción privada o corrupción en los negocios, con el fin de evitar que tanto los directivos como los empleados u otros agentes comerciales o del mercado incurran en este tipo de conductas delictivas[12]. Debemos recordar que los programas de *Compliance* tienen principalmente la función de prevenir, detectar y gestionar los riesgos que puedan derivarse ante un eventual incumplimiento tanto de disposiciones legales como de códigos éticos y códigos de conducta. Siendo así, goza aún de mayor importancia la inclusión de este tipo de delitos en el marco de estos programas, toda vez que tratándose tradicionalmente de conductas hasta hace no mucho despenalizadas, e incluso arraigadas en determinados campos del sector privado, deben prevenirse y gestionarse de manera eficaz. De hecho, existen modelos específicos –como el *ISO 37001 Anti-bribery management systems* de 2016– y principios generales que permiten establecer un programa eficaz en orden a evitar este tipo de comportamientos y, en última instancia, a garantizar un crecimiento *saludable* de la empresa o entidad.

Con todo lo expuesto, dedicaremos las siguientes páginas al análisis en profundidad de los aspectos ya citados, si bien antes de ellos realizaremos un sucinto análisis de Derecho comparado.

2. Breve análisis de Derecho comparado: la corrupción en los negocios en Alemania

Resulta interesante realizar un breve análisis del delito de corrupción en los negocios regulado en el sistema penal alemán, al objeto de poder cotejar la figura alemana con el delito regulado en nuestro artículo 286 bis CP, pudiendo así apreciar las semejanzas y diferencias existentes en ambas regulaciones.

Tradicionalmente, al igual que sucedía en nuestro Derecho hasta que se incorporó el delito de corrupción privada en el año 2010, la normativa alemana no contemplaba las prácticas de corrupción privada como delito, sino que las recogía en el §12 de la Ley contra la Competencia Desleal[13]. Sin embargo, en el año 1997, a través de la Ley de Lucha contra la Corrupción de 13 de agosto[14], se incluyen estas conductas de corrupción en el Código Penal alemán –StGB–, introduciéndose una Sección 26.ª denominada «Delitos contra la competencia», así como los §§ 298 a 302 StGB, regulándose la corrupción privada entre los §§ 299 y 302, los cuales han sido objeto de modificación posteriormente, en los años 2002 y 2004.

[12] Cfr. ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 1ª ed., Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, p. 479.

[13] *Gesetz gegen den unlaubteren Wettbewerb.*

[14] *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997.*

En la actualidad, el § 299 StGB regula los tipos básicos[15], y para ello configura dos vertientes de este delito de corrupción privada, una vertiente pasiva y otra activa; el § 300 StGB contempla las modalidades agravadas; el § 301 StGB las reglas para la persecución de la conductas de corrupción privada; y el § 302 StGB el decomiso relacionado con estos delitos.

Centrándonos en los elementos configuradores del propio delito, es preciso en primer lugar hacer mención al bien jurídico que pretende protegerse. En este sentido la doctrina más extendida en Alemania considera que lo protegido es la competencia leal, considerándose dicha competencia como un principio del orden económico y un interés jurídico supraindividual merecedor de protección penal[16]. No obstante, en la doctrina alemana al igual que en la española, subsiste cierto debate en torno a si este delito protege también otro tipo de intereses jurídicos como por ejemplo el patrimonio empresarial, o incluso si lo protegido son los propios competidores[17].

En segundo lugar, en cuanto a los sujetos activos del delito, el § 299 StGB en su apartado (1) dedicado a la corrupción pasiva, castiga al dependiente o encargado, es decir, a un sujeto que se encuentra a las órdenes o bajo la dirección de otro y que debe actuar en el seno de una empresa comercial. Se trata pues de un delito especial al igual que el regulado en el artículo 286 bis apartado 1 del Código Penal español. Llama la atención que, al igual que sucede en el caso español, se deje fuera del ámbito de aplicación subjetiva al empresario. Sin embargo, autores como Kindhäuser[18] consideran que la regulación es adecuada y que este delito no puede ser cometido por el propio empresario. En el supuesto de corrupción activa del apartado (2) la doctrina es pacífica, pues el precepto se configura como un delito común.

También es necesario detenernos en la conducta típica. En la modalidad pasiva del delito esta conducta consiste en exigir, hacer prometer o aceptar una ventaja, para sí o para un tercero como contraprestación para favorecer a otro de forma desleal en una situación de competencia, referida a la adquisición de algún bien o servicio comercial; por otra parte

[15] El § 299 StGB, traducido al español dice: «(1) El que como dependiente o encargado de una empresa comercial en el tráfico comercial exija a otro, le haga prometer o acepte de él una ventaja, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer a otro de forma desleal en una situación de competencia, referida a la adquisición de productos o servicios comerciales dentro del tráfico comercial, será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o pena de multa. (2) También será penado el que en el tráfico comercial con finalidad competitiva, ofrezca, prometa o proporcione a un dependiente o encargado de una empresa comercial una ventaja, para este o para un tercero, como contraprestación por otorgarle preferencia a él u otro en la adquisición de productos o servicios empresariales de forma desleal. (3) Los apartados 1 y 2 se aplicarán también en las acciones en la competencia en el extranjero».

[16] Cfr. KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán» (traducción de GARCÍA CAVERO, P.), *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales,* núm. 3, 2007, p. 13.

[17] En este sentido, cfr. TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten,* 3ª ed., 2011, p. 139, n. m. 197.

[18] Cfr. KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán», ob. cit., p. 4.

en la modalidad activa la conducta consiste en ofrecer, prometer o proporcionar una ventaja al encargado o dependiente, o a un tercero, como contraprestación por otorgarle preferencia al sujeto activo de esta modalidad de manera desleal. En este punto es importante hacer referencia al término contraprestación, indicando que parece necesario que se trate de una acción cierta y determinada, o al menos fácilmente determinable, es decir, que la exigencia o el ofrecimiento de una ventaja no sería *per se* susceptible de castigo penal si lo que se persigue con ello es simplemente asegurar una disposición favorable a negociar[19].

Por último debemos indicar que, a diferencia de lo que sucede en España, el tipo penal alemán sí ha sido aplicado por los órganos judiciales del país[20].

Con todo ello, el breve análisis realizado nos servirá para cotejar el § 299 StGB con el artículo 286 bis de nuestro CP, sin perjuicio de que en lo sucesivo volvamos a realizar alguna referencia al sistema alemán y realicemos las oportunas críticas al hacernos eco de las posturas seguidas por autores españoles que encuentran similitudes con las posturas alemanas.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como punto de partida a la hora de delimitar cuál pudiera ser el bien jurídico protegido, es preciso que indiquemos que según el Preámbulo de la LO 5/2010, el objeto de protección era la competencia justa y honesta[21]. Sin embargo, si bien nunca ha existido un verdadero consenso doctrinal sobre dicho bien jurídico ni sobre si es adecuada –o no– su protección penal, existían otros factores que dificultaban esa labor de identificación, como por ejemplo la propia redacción del tipo delictivo dada por la LO 5/2010, de la cual no se desprendía claramente que el bien jurídico fuera el expresado por el legislador en la Exposición de Motivos. De hecho, en su redacción original no se hacía mención alguna a la

---

[19] Cfr. KINDHÄUSER, U., *ibídem.*

[20] Entre los más sonados, cabe destacar los casos del *Allianz-Arena* o el caso *Media-Markt.* En el primero de ellos el BGH en su sentencia de 11 de noviembre de 2004 confirmó la condena impuesta por delitos corrupción privada y administración desleal por hechos consistentes en facilitar información de las ofertas de otros competidores que habían presentado proyectos para la construcción del estadio de fútbol *Allianz-Arena* de Múnich; en el segundo, el BGH en su sentencia de 11 de febrero de 2014, confirmó la condena impuesta a un ex jefe de división de la empresa *Media Markt* por hechos consistentes en aceptar sobornos de un empresario a cambio de aceptar que se vendieran contratos de línea ADSL en los establecimientos de la cadena.

[21] Vid. Preámbulo LO 5/2010, XIX: «Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes».

competencia[22], lo cual generó ciertas discrepancias en la doctrina al determinar si esa competencia leal o justa era «el bien jurídico único y exclusivo o requiere el complemento de otros intereses dignos de protección»[23]. En esta línea, Faraldo Cabana[24] sostenía que se trataba de un delito pluriofensivo, que protegía de manera inmediata los intereses económicos de los empresarios que compiten, y de forma mediata la competencia leal. De forma similar se pronuncia Bacigalupo Zapater al afirmar que el tipo penal protegía el interés general en la libre competencia pero también los intereses patrimoniales del titular de la empresa, postulándose de esta manera «la existencia de dos tipos penales: el tipo de la protección de la competencia y el tipo de la protección del titular de la empresa»[25].

Con todo ello, ante las discrepancias doctrinales y las propias contradicciones en la disposición normativa, el legislador de 2015 decidió dar una nueva redacción al precepto en orden a aclarar qué se protege en el marco de este tipo delictivo[26]. Así, según algunos autores

[22] Art. 286 bis 1 y 2 CP en la LO 5/2010*:* «1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales».

[23] Cfr. ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, cit., p. 257.

[24] Cfr. FARALDO CABANA, P., «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII, 2001-2002. Cursos e Congresos nº 135, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 72 y siguientes.

[25] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)», en *Monografías. Compliance y Derecho Penal,* BIB. 2011\987*,* (Aranzadi), 2011, pp. 1-2.

[26] Artículo 286 bis, apartados 1 y 2, redacción actual: «1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales».

como Encinar del Pozo, parece que con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 se *«ha avanzado en la consideración de que tal bien jurídico es la competencia leal*[27]».

En la misma línea argumentativa expuesta, Galán Muñoz afirma también que los artículos contenidos en la Sección 4.ª del Capítulo XI del Título XIII «Delitos de corrupción en los negocios», protegen «la leal competencia en el mercado frente a las lesiones que ocasionaría en dicho bien jurídico colectivo, la obtención de ventajas competitivas derivadas de sobornos»[28]. Por otra parte, para Fernández Castejón «la nueva redacción no puede dar lugar a debate sobre su exclusiva protección de la leal competencia»[29].

Se hace preciso pues delimitar qué se entiende por competencia leal. Para ello, resulta interesante acudir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en concreto a su artículo 4, donde se indica que «se reputa como desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». A *sensu* contrario podríamos entender pues que la competencia leal abarcaría todo comportamiento que entre dentro de las exigencias de la buena fe, entendiéndose este concepto como buena fe entre partes que constituyen una relación jurídica o de negocios, siempre en el marco de una relación privada. No obstante, debemos preguntarnos si este concepto, tal y como lo hemos definido, goza de la adecuación suficiente para ser analizada desde la óptica penal como posible bien jurídico protegido, pues en puridad se trata de una definición correspondiente al ámbito civil[30].

En cualquier caso, al margen de lo anterior, en nuestra opinión, no puede afirmarse con tal rotundidad que el bien jurídico protegido sea exclusivamente esa competencia leal, es más, ni tan siquiera puede afirmarse que el precepto proteja dicho bien jurídico[31]. Además, en el supuesto de que se estime necesaria esa protección, como ya hemos señalado, conviene analizar si tal interés jurídico goza de entidad o relevancia penal suficiente para ser digno de ella.

A continuación, realizaremos una valoración de la competencia leal en dos sentidos, éstos son, por qué el artículo 286 bis del Código Penal no protege dicha competencia, aún para el caso en el que estimemos que se trata de un interés jurídico que debe ser protegido por el Ordenamiento Jurídico Penal, y, en el caso de estar protegida por dicho precepto, si dicho bien jurídico es como venimos señalando merecedor de protección.

---

[27] Cfr. ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, cit., p. 272.

[28] Cfr. GALAN MUÑOZ, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores», cit., p. 168.

[29] Cfr. FERNANDEZ CASTEJON, E.B., «El nuevo tipo penal de corrupción en los negocios tras la LO 1/2015», en LOPEZ ALVAREZ, A. y GARCÍA NAVARRO, J.J. (coords.), *La corrupción política en España: una visión ética y jurídica,* 1ª ed., Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, p. 94.

[30] Vid. Artículos 7.1 y 1258 del Código Civil, entre otros.

[31] La doctrina mayoritaria alemana por el contrario, como apuntamos anteriormente, considera que el tipo penal recogido en el § 299 StGB sí protege la competencia leal. En esta línea vid. KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán», cit., p. 13.

En primer lugar, para explicar por qué la competencia leal o justa no está protegida en el citado precepto, hemos de atender a quiénes son los sujetos activos. En cuanto a la vertiente pasiva del delito, el precepto castiga al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad. Resulta difícil concebir la competencia leal como bien jurídico protegido por el tipo penal en tanto que los comportamientos de los sujetos activos del delito carecen de potencialidad suficiente como para dañar dicha competencia. Esos sujetos únicamente ostentan unos deberes de lealtad hacia el propio empresario o hacia los socios[32], quienes serán los principales garantes «del respeto a las reglas de competencia»[33] y quienes se encuentran excluidos del círculo de sujetos involucrados[34]. En los mismos términos, Bolea Bardón afirma que «la decisión del legislador de mantener fuera del tipo al titular de la empresa hace muy difícil sostener que el bien jurídico protegido en el delito de corrupción privada pueda ser exclusivamente la competencia leal»[35] y no es ya que lo haga difícil, sino que es radicalmente imposible que la justa competencia esté siendo protegida por el precepto dado lo expuesto, y, en cualquier caso, habrá que buscar un interés jurídico alternativo, si es que lo hubiere, que quede amparado por el tipo y poder así justificar su inclusión.

En segundo lugar, hemos de responder al cuestionamiento de si la afectación de dicha competencia contiene por sí sola un grado de lesividad suficiente que haga precisa la intervención penal[36]. Así, es compartida la opinión de Núñez Castaño en cuanto a que «la simple eficacia del mercado o las reglas de la buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no alcanzan el grado de importancia suficiente como para ser consideradas bienes jurídicos penales»[37], al margen del castigo en forma de sanción administrativa o disciplinaria que pudiera suponer el quebrantamiento o menoscabo de esas reglas.

---

[32] En este sentido, respecto de trabajadores o personas subordinadas al empresario mediante una relación laboral, nuestra jurisprudencia laboral ha reiterado en numerosas ocasiones que, *ex* artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores, entre otros, estos tienen el deber de actuar acorde al principio de buena fe contractual, englobándose dentro de este principio la honradez, la lealtad y la fidelidad entre las partes, sin hacerse mención alguna al mercado o a la libre competencia. Vid., por ejemplo, STS de 26 de octubre de 1995; STS de 5 de noviembre de 2007; STS de 19 de julio de 2010; STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2012; STSJ de Madrid de 15 de noviembre de 2017; etc.

[33] Cfr. NUÑEZ CASTAÑO, E., «Los delitos relacionados con la corrupción en el sector público y privado. Sistemas penales comparados», *Revista Penal*, núm. 32, (Tirant lo Blanch), 2013, p. 300.

[34] «No solo parece muy diluido el carácter lesivo de la infracción contenida en el art. 286 bis, sino que además, resulta difícil catalogarlo como un delito dirigido a sancionar en todo caso y fundamentalmente actos de exclusivo menoscabo a la competencia, porque si así fuera no habría por qué excluir del círculo de posibles autores de la modalidad de corrupción pasiva al titular de la sociedad o empresa». Cfr. MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis del CP)», cit., p. 429.

[35] Cfr. BOLEA BARDON, C., «El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis», ob. cit., p. 109.

[36] Cfr. BOLEA BARDON, C., *ibídem.*

[37] Cfr. NUÑEZ CASTAÑO, E., «Los delitos relacionados con la corrupción en el sector público y privado. Sistemas penales comparados», ob. cit., p. 300.

No debemos olvidar que, en un sistema penal garantista como el nuestro, el único fundamento legítimo del *ius puniendi* y de la intervención penal en relación con la restricción de los derechos y libertades de los ciudadanos solo puede encontrarse en la necesidad de protección de un interés o valor esencial que pudiera verse lesionado por la realización de un concreto comportamiento. Puesto que parece que la competencia justa y leal no reviste tal entidad de valor esencial[38], hemos de considerar, tal y como se indicó, la afección de otros posibles bienes jurídicos que justifiquen la necesidad de intervención y protección penal.

En este punto, resulta interesante la opinión de Bolea Bardón. Para la autora «lo que se intenta proteger a través de este delito es la afectación de la capacidad competitiva de la empresa *ad extra* y *ad intra*»[39], es decir, por una parte se protegería a otros competidores, en tanto que podrían quedar desplazados por otras ofertas que no siendo mejores incluyan algún tipo de soborno o ventaja; y, por otra, se protegería a la propia empresa, pues se podría prevenir que el directivo, administrador, empleado o colaborador, solicitara o aceptara bienes o servicios que no sean los más beneficiosos para la empresa.

Respecto a la capacidad competitiva *ad extra* sí es cierto, en nuestra opinión, que esa lesión de la capacidad competitiva de terceras empresas debe gozar de cierta protección, ya que se trata de una forma de corromper el mercado mediante la afectación de la competencia. No obstante hemos de cuestionarnos si dicha protección debe ser necesariamente penal. Teniendo en cuenta que nos encontramos en un sistema de libre competencia y libre mercado, donde los poderes públicos deben inmiscuirse lo menos posible, la tutela penal de esa capacidad *ad extra* se antoja excesiva, es más, de ser así, ello conllevaría una constante intervención penal, pues la mayor parte de las transacciones comerciales podrían encajar en el tipo. No quiere decirse con ello que se permitan este tipo de prácticas, sino que serían más idóneas otro tipo de sanciones, y no el castigo penal.

En cuanto a la capacidad competitiva de la empresa *ad intra,* en nuestra opinión no es, o era, necesario castigar este tipo de comportamientos a través de la vía del 286 bis CP, ello por dos razones. La primera que en el precepto nada se dice de que la oferta solicitada o aceptada sea o no más o menos beneficiosa para la empresa, es decir, podría darse el caso de que un directivo de una determinada empresa aceptara una oferta que es más beneficiosa para él y para la misma, y que sin embargo dicha oferta pudiera considerarse un delito de corrupción privada, ya que el precepto lo que castiga es que se solicite o acepte un «beneficio o ventaja no justificado»–lo cual será analizado en el siguiente apartado–. La segunda razón es que si estimamos que con el menoscabo de esa capacidad competitiva *ad intra* se afectan las relaciones internas de confianza en la empresa entre el empresario y quienes se

[38] En este sentido cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial,* 5ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 383, quien también señala que la leal competencia carece de la necesaria lesividad para ser objeto de tutela penal y que, además, no podría afirmarse que se perturba dicha competencia, aunque se «sobreentendiese que debe concurrir un peligro para los intereses patrimoniales de los competidores».

[39] Cfr. BOLEA BARDON, C., «El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis», cit., p. 110.

consideran sujetos activos del delito, lo más acertado sería plantear sanciones disciplinarias que en última instancia puedan llevar a un eventual despido de tal carácter –medidas que normalmente se deben prever en los códigos de ética y buenas conductas en el seno de un programa de *Compliance*–.

Otra parte de la doctrina entiende que lo que realmente se vería afectado por este tipo de conductas es el propio patrimonio de la empresa[40]. Siendo así, nuestro Código Penal ya dispone de herramientas suficientes para erradicar este tipo de comportamientos como es el delito de administración desleal de patrimonio ajeno contemplado en el artículo 252[41].

Además de los expuestos, la doctrina toma en cuenta otros bienes jurídicos como por ejemplo la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa[42], los cuales tampoco estimamos que sean *per se*, dignos de protección penal.

Como vemos no parece que exista proporcionalidad o adecuación suficiente que justifique la intervención del Derecho Penal, tanto si se trata de proteger la libre competencia como si se trata del resto de intereses jurídicos mencionados. Es más, podemos afirmar, al igual que hace Encinar del Pozo[43], que la teoría del bien jurídico se encuentra en una grave crisis, ello debido a que tras las últimas reformas en materia de Derecho Penal no resulta claro si de verdad se protegen intereses existentes que realmente precisan protección penal, o si por el contrario es el legislador el que crea o materializa dichos intereses al dictar la norma penal.

En definitiva, sobre la base de todo lo expuesto no podemos sino considerar que la intervención penal no es la vía más adecuada para la regulación de este tipo de comportamientos que bien podrían encontrar respuesta en la vía administrativa, o, si trascienden de dicho ámbito, podrían implicar la realización de un delito de administración desleal tipificado en nuestro Código Penal[44]. El único fundamento legítimo para la tipificación de tipos penales es la aparición de un nuevo interés merecedor –por su relevancia social y

[40] No obstante, tras la modificación del precepto en 2015, según la propia *voluntas legislatoris,* «el interés digno de protección no se identificaría con los intereses patrimoniales concretos de quienes intervienen en el tráfico mercantil (empresas), sino con las mismas reglas que garantizan la competencia entre los actores económicos: el "buen funcionamiento del mercado", el marco, en suma, que hace posible una asignación eficaz de los recursos y una fijación correcta de los precios». Cfr. MENDOZA CALDERON, S., «La corrupción en el sector farmacéutico: Análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el Derecho Penal español», *Revista General de Derecho Penal,* núm. 27*,* 2017, p. 28.

[41] Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial,* cit., p. 383.

[42] Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 454.

[43] Cfr. ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, cit., pp. 253-254.

[44] «La necesaria tutela de la competencia leal y del respeto a las reglas elementales de los mercados puede y debe realizarse prioritariamente a través de otros medios no estrictamente penales –recogidos en las normas de defensa de la competencia y contra la competencia desleal–, mientras que estos han de quedar limitados a supuestos verdaderamente graves y dignos de esta máxima represión». Cfr. MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis del CP)», cit., pp. 433-434.

jurídica–, y necesitado –por la ausencia de toda regulación al respecto– de protección. El artículo 286 bis CP, ni en su redacción inicial, ni tras la modificación efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, tiene cabida en un sistema de Derecho Penal Garantista.

De hecho, el único fundamento que legitima la inclusión de este nuevo tipo penal es la exigencia de transposición de la ya citada Directiva europea. Es por ello que Martínez-Buján Pérez, respecto de la competencia leal como bien jurídico, indica que ante la obligación que tiene el legislador de introducir este delito «si se quieren respetar los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, habrá que incorporar a la descripción típica elementos que denoten la afectación a ese bien jurídico»[45], lo cual en nuestra opinión es insuficiente, pues como ya se ha expresado no existe bien jurídico alguno al que proteger y no debe quedar al arbitrio del legislador la creación de los mismos –lo que, lamentablemente, está sucediendo–, pues si así fuera se trataría de una perversión de nuestro sistema.

Con todo ello, una vez más se constata que el legislador a la hora de desempeñar su labor adopta la postura propia del profesor Jakobs[46]. Para este autor la finalidad del Derecho Penal es la vigencia de la norma, de manera que la protección de un concreto bien jurídico pasaría a un segundo plano o incluso sería totalmente prescindible por cuanto el interés del Estado reflejado como norma positiva sería el fundamento esencial que legitimaría la intervención penal. Sobre la base de este planteamiento y dado que en nuestra opinión, como hemos expuesto, el artículo 286 bis no llega a proteger un bien o interés jurídico autónomo con suficiente entidad para considerarse como tal, parece que su único fundamento sería el hecho de desplegar un efecto preventivo-general[47] mediante la imposición de la pena, es decir, que lo que realmente pretende el legislador *de facto* es eliminar una posible *rebelión* contra la norma en cuestión y no proteger bien jurídico alguno[48], algo inconcebible en nuestro sistema Penal.

No compartimos la postura señalada, por cuanto entendemos que el único fundamento legítimo del *ius puniendi* y de la intervención penal en relación con la restricción de los derechos y libertades de los ciudadanos solo puede encontrarse en la necesidad de protección de un interés o valor esencial que pudiera verse lesionado por la realización de

---

45 Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial,* cit., p. 383.

46 Cfr. JAKOBS, G., «¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», en CHOCANO RODRÍGUEZ, R., (dir.), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* núm.1, (Grijley), 2000, pp. 154 y siguientes.

47 De hecho, como ya apuntamos con anterioridad, de manera similar sucede en el Derecho Penal alemán, pues si bien en un principio la normativa en materia de protección de la competencia permaneció en el denominado Derecho Penal accesorio, concentrándose en la Ley contra la Competencia Desleal, en 1997 se integran estos delitos en el Derecho Penal del núcleo del StGB, todo indica que por razones de prevención general, pretendiendo el legislador alemán hacer ver que estas conductas, además de afectar a la economía, son ético-socialmente reprochables. Cfr. BOLEA BARDON, C., «El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis», cit., p. 105.

48 Cfr. JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJÓO SÁNCHEZ, B.), Madrid (Civitas), 2003, pp. 47 y siguientes.

un concreto comportamiento. De este modo, la posibilidad de sancionar por una concreta conducta solo puede encontrarse en el hecho de la existencia de una ofensa para un bien jurídico merecedor y necesitado de protección y no en la mera existencia de una norma, penal en este caso, que se viera quebrantada por el actuar del sujeto. La norma en sí misma, o mejor dicho su vulneración, no es fundamento legítimo alguno para la intervención penal, sino la afección que respecto del bien jurídico que esa concreta norma protege, represente la conducta realizada.

De este modo, consideramos que la existencia de un bien jurídico protegido, su clara identificación así como la sanción de los comportamientos que pudieran implicar una ofensa respecto del mismo, es el único fundamento legítimo del *ius puniendi* del Estado. Es por ello, que como señala Roxin[49] «el Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos», existencia que el autor entiende debe garantizarse mediante la protección del bien jurídico, única forma de legitimar la restricción de los derechos y libertades de los ciudadanos. Postura esta que, en nuestra opinión, debería haber tomado en consideración el legislador, pues los intereses o bienes jurídicos que pudieran contemplarse en el artículo 286 *bis* CP, tanto antes como después de su modificación*,* estaban asegurados en la normativa administrativa[50], menos intrusiva en la libertad del ciudadano, y, en última instancia, la normativa penal vigente antes de la LO 1/2015.

III. MODALIDADES TÍPICAS EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Como ya se indicó, el artículo 286 bis CP recoge dos modalidades típicas, un supuesto de corrupción en los negocios pasiva en su apartado 1, y su correspondiente vertiente activa en el apartado 2, manteniendo ambas figuras «un evidente paralelismo con las de cohecho, incardinadas entre los delitos contra la Administración pública»[51], además de establecer un tipo atenuado en su apartado 3.

Precisamente, al hilo de sus semejanzas con los delitos de cohecho, destaca Bacigalupo Zapater «que el delito del art. 286. bis CP ha sido estructurado como un tipo de peligro abstracto. Esto significa que el delito se consumará aunque el autor no haya recibido ningún beneficio o no haya causado ningún perjuicio a la libre competencia o a un patrimonio ajeno,

[49] Cfr. ROXIN, K., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?», en HEFENDEHL, R., (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?,* Madrid (Marcial Pons), 2007, p. 446.

[50] Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

[51] Cfr. GALAN MUÑOZ, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores», cit., p. 168.

es decir: de la misma manera que el delito de cohecho –arts. 419 y ss. CP–»[52]. Es más, ambas conductas típicas se caracterizan porque tanto el corruptor como el corrompido pueden ser castigados como autores, al igual que en los delitos de cohecho.

De hecho, aunque lo frecuente es que se den ambas modalidades, puede darse el supuesto de que exista corrupción privada activa y no pasiva, o viceversa, dado los verbos que rigen el tipo penal.

Vistas las semejanzas anteriores al objeto de establecer un cierto paralelismo, pasemos a analizar el precepto.

1. Corrupción pasiva

Contemplada en el apartado 1 del precepto. Tal y como expresa Mendoza Buergo[53], se configura como un delito especial en tanto que solo puede ser cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o sociedad. Destaca Bacigalupo Zapater[54] que existe un elemento común a tres de las categorías de sujetos punibles –directivo, administrador o empleado–, consistiendo dicho elemento en la existencia de una relación estable con una entidad mercantil o una sociedad, cualquiera que sea su forma organizativa jurídica –razón por la cual entendemos que se incluyen las sociedades irregulares con participación en el tráfico jurídico y comercial–, siempre que dicha relación esté sometida a disposiciones estatutarias y al control de la junta general o del órgano de administración social.

En cuanto al colaborador, indica Bacigalupo Zapater que este no tiene por qué mantener una relación estable con la empresa o sociedad, bastando pues con que el colaborador ostente ciertos poderes que le permitan actuar en nombra de esta en determinadas operaciones mercantiles[55].

Bolea Bardón diferencia el elenco de sujetos activos en esta modalidad con el contemplado en Derecho alemán a propósito de este delito, señalando que en el mismo se excluye al ayudante o colaborador. Es por ello que la definición de colaborador debe interpretase *stricto sensu* según la autora, «entendiendo por tal solo al que tiene capacidad como mínimo de influir sobre la decisión en favor de una u otra opción (en relación con la adquisición de productos o contratación de servicios). Y además no hay que olvidar que al colaborador

[52] BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286. BIS CP)», cit., p. 4.

[53] Cfr. MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis del CP)», cit., p. 438.

[54] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)», cit., p. 4.

[55] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)», cit., p. 4.

se le podrá aplicar el subtipo atenuado previsto en el precepto, especialmente en aquellos casos en que la conducta de favorecimiento del hecho, aplicando las reglas generales, no pasaría de una complicidad en el delito»[56].

Como ya se puso de manifiesto en el apartado anterior, resulta criticable que dentro del ámbito subjetivo de aplicación se excluya al empresario individual o al dueño de una sociedad[57]. Para Galán Muñoz[58] esta opción legislativa es lógica. Señala el autor que los actos realizados por los sujetos contemplados en el precepto conllevan una mayor peligrosidad dado que no representan intereses propios y podrían actuar en su propio beneficio. No es compartida esta postura pues como ya se indicó dichos sujetos no tienen el deber de salvaguardar la competencia, sino exclusivamente un deber de lealtad hacia el empresario o socio, quien sí deberá respetar esa libre competencia. Por tanto, consideramos que hubiera sido imprescindible incluir a dichos sujetos en el precepto, pues con la configuración actual parece que el legislador se centra más en un modelo patrimonialista o incluso en un modelo de «infracción de deberes»[59].

Por otra parte, es preciso detenernos en la referencia a la «persona interpuesta». Dicha referencia permitirá castigar como autor a los *intraneus* en cualquier caso, aunque de hecho solo fueran inductores, siendo los intermediarios quienes ejecuten el acto, y solo pudiendo castigarse a dichos intermediarios como cooperadores necesarios dada su condición de *extraneus*[60]. En definitiva, la persona interpuesta en este supuesto –a diferencia de lo que sucede en la modalidad de corrupción activa– no podrá ser considerada coautor del delito en los casos en que no ostente la condición de directivo, administrador, empleado o colaborador, dado que se trata de la calificación típica requerida para la autoría. «Consecuentemente solo podrá ser un partícipe necesario [art. 28.2.b) CP], lo que, de todos modos, carecerá, por lo general, de influencia sobre el marco penal aplicable»[61].

En cuanto a la conducta típica, estará constituida pues por el hecho de *recibir, solicitar o aceptar* un beneficio o ventaja no justificado de cualquier naturaleza para sí o para un tercero. Conviene pues analizar en qué consiste ese recibir, solicitar o aceptar, es decir, cómo deben interpretarse los verbos rectores de esta conducta.

Podemos entender que el verbo recibir implica el llegar a tener disponibilidad material de ese beneficio o ventaja, en el caso de que se trate de un beneficio o ventaja consistente

---

[56] Cfr. BOLEA BARDON, C., «El delito de corrupción entre particulares. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm.2, 2013, p. 22.

[57] En la misma línea cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial,* cit., p. 385.

[58] Cfr. GALAN MUÑOZ, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores», cit., pp. 169-170.

[59] Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial,* cit., p. 385.

[60] Cfr. GALAN MUÑOZ, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores», cit., p.170.

[61] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)», cit., p. 4.

en algún bien mueble o inmueble susceptible de incorporación en el patrimonio del sujeto activo, o bien entender esa disponibilidad como la facultad de obtener realizado un determinado servicio o premio si el beneficio o ventaja tuviera tal consideración. Lo recibido debe hallarse de alguna manera dentro del ámbito de disposición del propio directivo, administrador, empleado o colaborador.

El verbo solicitar implica el instar a otra persona –que podría ser o no el *corruptor activo,* según atienda al requerimiento– a la entrega o puesta a disposición del beneficio o ventaja no justificado, sin que sea necesaria que la misma entre en el ámbito de disposición del sujeto.

Por otra parte, cuando el legislador utiliza el verbo aceptar debemos entender que el sujeto activo en este supuesto de corrupción lo que hace es aprobar o admitir la ventaja o beneficio no justificado, sin precisarse al igual que en el supuesto anterior que se reciba la misma, bastando con una mera concurrencia de voluntades al respecto.

En definitiva, «la solicitud y la aceptación no requieren que el sujeto tenga éxito con su petición o efectivamente reciba el beneficio aceptado. La consumación de la recepción, por el contrario, requiere que el beneficio o la ventaja hayan llegado a manos del sujeto»[62]. Nos encontramos pues ante un delito de mera actividad[63], sin que sea necesario que se consumen las actuaciones. Bastaría con solicitar el beneficio o ventaja, o con aceptarlo, sin que llegue a incorporarse de manera efectiva a la esfera patrimonial –o no, dependiendo del tipo de ventaja del que se trate– del sujeto activo. Con ello se pone de manifiesto realmente que no es necesaria la lesión de bien jurídico alguno, siendo suficiente con la creación de un peligro –delito de peligro abstracto–. Es suficiente con la realización de una sola de las conductas para entender realizado el tipo.

Precisamente, respecto a la consideración como delito de peligro abstracto que ya realizamos, si bien es doctrina mayoritaria, existen voces divergentes en este punto. Así, Bolea Bardón entiende que se trata de un delito de peligro concreto «de modo que quede claro que la realización del tipo requiere peligro de perjuicio para los intereses patrimoniales de la empresa (en el sentido de hacer que esta se quede con la peor oferta). Y, de constatarse efectivamente el perjuicio, entonces habría que acudir al concurso de delitos, bien con la apropiación indebida, bien con el delito societario de administración desleal, siempre que sea un administrador o un socio el que disponga de los bienes de la empresa o contraiga obligaciones a su cargo; o, incluso, con la estafa, cuando, por ejemplo, el directivo o administrador de la empresa que toma la decisión sobre la adquisición de un bien o contratación de un servicio es engañado por quien recibe el incentivo que le convence de estar adquiriendo la mejor oferta». No es compartida esta postura en tanto que, tal y como

[62] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)», cit., p. 5.

[63] Cfr. GALAN MUÑOZ, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores», cit., p. 171.

hemos indicado, no se exige lesión o menoscabo concreto de interés jurídico alguno para entender consumado el tipo.

Por otra parte, hemos de examinar el *beneficio o ventaja no justificado de cualquier naturaleza*. «Siguiendo las indicaciones de la DM de la UE [art. 2.1 a) y b)] el beneficio o ventaja puede ser de cualquier naturaleza y no exclusivamente patrimonial o económica»[64], y aunque los supuestos más frecuentes son los de valor económico, podrían incluso tener cabida invitaciones a fiestas o eventos. Debemos indicar que dicha ventaja o beneficio puede ser para sí o para un tercero, por lo que deben incluirse los supuestos en los que el *intraneus* solicita algo para un tercero[65].

Sin embargo, lo verdaderamente importante es que el beneficio o ventaja no esté justificado, –ya que entre la calificación de beneficio o ventaja no existen diferencias importantes, pues ambas tienen un significado similar en este supuesto– es decir, que se trate de «una prestación a la que el beneficiario no tiene derecho»[66]. Tendrá que concretarse pues la falta de justificación en relación a un comportamiento, sin importar el tipo de ventaja o beneficio del que se trate[67], es decir, tendremos que estar a lo que sea socialmente adecuado, a la teoría de la adecuación social[68]. En el delito concreto que nos ocupa, debemos entender basándonos en dicha teoría que «el tipo de la corrupción entre particulares debería ser interpretado de tal manera que el beneficio o la ventaja solo debería alcanzar aquellas mejoras de la situación del sujeto que verdaderamente hayan podido tener influencia en su decisión sobre la adquisición o venta de mercancías. Por ejemplo: los obsequios que habitualmente se realizan para navidad o en determinadas situaciones, como recuerdo de la participación en un determinado acto, no deberían ser considerados beneficios en el sentido del art. 286. bis CP[69]».

En cualquier caso, dado lo expuesto en el párrafo anterior, no resulta claro qué quiere decir el legislador con la expresión «no justificado» y, además, la redacción del precepto

---

[64] Cfr. NIETO MARTIN, A., «Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (I)», cit., p. 234.

[65] Por ejemplo «puesto de trabajo en la empresa para una hija del directivo que solicita el soborno», cfr. GALAN MUÑOZ, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores», cit., p. 171.

[66] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)», cit., p. 5.

[67] Hemos de atender a que la ventaja sea relevante para influir en la actuación y el comportamiento del sujeto. Así, cabe incluir favores sexuales, ascensos laborales, distinciones honoríficas, etc. Cfr. FARALDO CABANA, P., «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», cit., p. 76.

[68] En este punto hemos de hacer una breve referencia a dicha teoría, elaborada por Welzel, y en virtud de la cual «*quedan fuera del concepto del injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido*», es decir, que si un determinado comportamiento goza de adecuación y no está socialmente prohibido, dicho comportamiento tampoco podrá constituir un injusto penal. Cfr. CANCIO MELIÁ, M., «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* tomo 46, núm. 2, 1993, pp. 697-730.

[69] BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286. BIS CP)», cit., p. 6.

arroja un *numerus apertus* de ventajas o beneficios que tendrían cabida en estos delitos, por lo que deberán ser los jueces y tribunales quienes delimiten *ad casum* los conceptos, así como su subsunción en el precepto penal.

Por último, en lo que se refiere al tipo subjetivo debe concurrir dolo ya sea directo o eventual, y también debe concurrir un elemento subjetivo del injusto que acompañe a la conducta, este es, que la conducta se realice «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro»[70]. En este punto, debemos hacer hincapié en el término *indebido.* Así, para Muñoz Conde, «con esta última exigencia en realidad se está remitiendo, más que a un código de buena conducta, a las obligaciones de sigilo, lealtad, etc., que se fijan normalmente por vía contractual, por lo que difícilmente se puede hablar de corrupción cuando la conducta realizada no está expresamente prohibida en los contratos. En estos casos, es también importante determinar los usos sociales o, mejor, profesionales que suelen darse en el mundo de los negocios y en la competencia entre las empresas, que no suelen ser precisamente en esta materia hermanas de la caridad»[71].

2. Corrupción activa

Se recoge en el artículo 286 *bis* apartado 2.

En primer lugar, a diferencia de lo que sucede en el caso de la corrupción pasiva, nos encontramos ante un delito común que puede cometer cualquiera que sea penalmente responsable, «toda vez que no se exige cualidad alguna al sujeto activo del delito, por lo tanto, a priori, cualquiera podrá sobornar en los términos del artículo 286 bis. 2 CP»[72]. Bacigalupo Zapater expone que podría pensarse que se trata de un delito especial, ya que solo «las personas que quieren comprar, vender o contratar servicios profesionales pueden ser sujetos activos del delito» contenido en el apartado 2 del artículo 286 bis CP. No obstante, coincidimos plenamente con la afirmación del autor en cuanto que «cuando el texto legal se refiere a la compra, la venta o la contratación de servicios profesionales no lo hace para caracterizar al autor, sino para definir el marco dentro del cual debe ser realizada la acción y no para incluir un especial elemento de la autoría»[73].

Además, esta modalidad de corrupción activa también puede realizarse por sí o por persona interpuesta, es decir, que, al igual que sucede en el apartado 1, podrá tenerse por autor del delito a quien se sirva de terceros para desarrollar la conducta típica, considerándose dichos terceros a efectos penales como cooperadores necesarios. No es necesario

[70] Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial,* cit., pp. 386 y 387.

[71] Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 455.

[72] Cfr. MENDOZA CALDERON, S., «La corrupción en el sector farmacéutico: Análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el Derecho Penal español», cit., p. 33.

[73] BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286. BIS CP)», cit., p.4.

pues que el autor del delito sea un empresario, pudiendo serlo un trabajador que dependa del mismo o una persona totalmente ajena a la empresa[74].

En cuanto a las conductas típicas, prometer, ofrecer o conceder, al igual que sucede en el apartado anterior, «basta con la realización de una sola de las conductas descritas en el tipo para la realización del mismo»[75].

Resulta procedente ahondar en cómo deben interpretarse los verbos rectores en esta modalidad. Respecto de prometer y ofrecer, es obvio que no es necesario que exista un desplazamiento patrimonial o la realización de un determinado acto o servicio concreto a favor del director, administrador, empleado o colaborador, bastando pues con la mera promesa o insinuación, sin que sea necesaria reciprocidad o acuerdo de voluntades con la otra parte, pudiendo entenderse cumplido el tipo penal únicamente en cuanto al corruptor activo –pues como ya hemos dicho se trata de un delito de peligro abstracto–. Por otra parte, el verbo conceder sí parece, en nuestra opinión, implicar la entrega o puesta a disposición para la realización del beneficio o ventaja del que se trate, y sí implica un cierto comportamiento sinalagmático entre las partes, respondiendo ambas por el delito del artículo 286 bis CP en este caso.

En resumen, dados los verbos que integran la conducta típica, es posible que exista un ofrecimiento al administrador de una sociedad al objeto de obtener un beneficio o formalizar un negocio concreto, y que dicho administrador no acepte el ofrecimiento y denuncie los hechos, consumándose de esta manera el tipo delictivo de este apartado, al no exigirse la entrega efectiva de la ventaja o la contratación del servicio en su caso. De igual manera, a *sensu* contrario cuando se solicite por parte de un directivo, administrador, trabajador o colaborador de una empresa o sociedad, con capacidad de contratación, un beneficio o ventaja injustificada, solo se entenderá cumplido y consumado el tipo pasivo y no el activo si la persona a la que se dirige tal solicitud no atiende a la misma[76].

En este supuesto, lo que se prometa, ofrezca o conceda también debe ser un beneficio o ventaja no justificado, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto en el apartado anterior, en particular a lo indicado en cuanto a la adecuación social del bien[77] o prestación en concreto.

---

[74] Cfr. ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, cit., p. 282.

[75] Cfr. ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, cit., p. 359.

[76] Cfr. MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», cit. p. 3.

[77] Resulta interesante citar las llamadas prácticas de *kick-back,* que en algunos casos son prácticas cotidianas en materia de negocios y por tanto socialmente aceptadas, que podrían ser castigados en virtud del artículo 286 bis CP. Cuando hablamos de *kick-back* «se hace referencia básicamente a aquellos supuestos en los que el administrador o el representante de una empresa, en el momento de cerrar un contrato en nombre y representación de su principal, acuerda con la otra parte contratante que ésta le entregue una comisión que, posteriormente, repercute al alza en el importe total que acaba pagando su empresa al adquirir el producto o servicio contratados». Cfr. BOLEA BARDON, C., «Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*»,

Por lo que se refiere al tipo subjetivo, al igual que en el supuesto anterior se admite tanto el dolo directo como el dolo eventual[78]. Tal y como sucedía en el apartado 1 del precepto, en este caso también se exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, esto es, un favorecimiento indebido.

3. Tipo atenuado

En este punto cabe hacer una breve referencia al número tercero del artículo 286 *bis* CP, común a ambas modalidades de corrupción privada, que contempla un tipo atenuado «de los denominados de discrecionalidad reglada, en el que se pueden rebajar las penas de prisión y multa en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable, el que tiene sin duda la finalidad de atemperar el rigor que pueda deducirse de una conducta que aún encajando en los tipos del artículo 286 bis CP, sea socialmente menos reprochable y carezca de una gravedad que haga desproporcionadas las penas de los dos tipos aludidos de corrupción»[79]. Precisamente, y al hilo de lo examinado en el apartado II en cuanto al bien jurídico, debemos incidir en que la regulación de esta atenuante no se fundamenta en la protección de la competencia leal, sino en los criterios ya expuestos, es decir, en criterios meramente patrimoniales o en la relación entre los sujetos activos y el titular de la empresa.

IV. CONCLUSIONES

Tras la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, el artículo 286 *bis,* en sus apartados 1 y 2, busca dar solución a una serie de situaciones frecuentes en el normal devenir de los negocios privados, que dependiendo del contexto en el que tengan lugar serán –o no– socialmente adecuadas.

Tras realizar un estudio pormenorizado, hemos podido observar ciertas deficiencias en la formulación de los preceptos las cuales, sin duda alguna, acarrearán numerosos problemas en la práctica.

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 17, 2015, p. 2. No obstante, como ya hemos indicado hemos de atender al caso concreto: «Así, por ejemplo, la conducta del administrador consistente en no negociar a la baja el importe de lo que debe pagar su empresa, cuando hubiera podido adquirir el producto a un precio inferior renunciando a su comisión, no será típica en el sentido del art. 286 bis si la cuantía del importe es conforme a mercado. En efecto, si el administrador se queda con la mejor oferta (o, incluso, igual), no habrá afectación de la competencia por mucho que la ventaja o incentivo pudiera repercutir en beneficio de la empresa», cfr. BOLEA BARDON, C., cit., p. 9.

[78] Vid. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial,* cit., p. 388.

[79] MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», cit., p. 2.

En primer lugar, resulta imposible delimitar, en general, el interés o bien jurídico protegido, versando al respecto numerosas opiniones doctrinales, y, en particular, también existen numerosas dificultades que impiden apreciar que el bien jurídico sea la competencia justa o leal, pese a que el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 enunciaba dicho interés como objeto de protección penal al incluir por primera vez el tipo delictivo en el texto penal, y pese a que la Ley Orgánica 1/2015, como señalan algunos autores, pretendiera delimitar que efectivamente era dicha competencia el bien jurídico protegido. Probablemente la dificultad de delimitación radique en que, como ya indicamos, esta figura penal viene impuesta directamente por instancias supranacionales, sin tener en cuenta el Ordenamiento Jurídico Penal español y su postura garantista. Además, estimamos que la regulación de este tipo de conductas sería prescindible. No obstante, ya que se trata de una imposición, quizás el legislador debería haber redactado el precepto de otra forma si lo que pretendía era de verdad proteger la competencia justa y leal.

En segundo lugar, y enlazando con lo expuesto en el párrafo anterior, existe un problema importante en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo. No alcanzamos a comprender cómo pretende el legislador proteger la competencia leal en el mundo de los negocios si deja fuera del mencionado ámbito a los únicos sujetos que realmente podrían atentar contra ella, es decir, a los empresarios individuales o a los socios de empresas.

Por otra parte, hemos de referirnos a la falta de concreción en cuanto a lo que se entiende por beneficio o ventaja «no justificado», lo cual dará lugar a criterios dispares en la aplicación práctica del precepto.

Debemos indicar también que el modo en el que se ha configurado el delito de corrupción privada del artículo 286 *bis* apartados 1 y 2, dará lugar a importantes problemas concursales, tanto de leyes como de delitos. Piénsese por ejemplo en las prácticas de *kick-back,* es decir, cuando se incluye en el precio una suma adicional que en este caso es un soborno para al directivo o empleado, y que podrían dar lugar a un concurso de delitos entre corrupción privada y la administración desleal siempre que exista perjuicio al patrimonio administrado; también podrían existir problemas concursales con el delito de apropiación indebida; o en relación con el delito de descubrimiento de secretos, para el caso en el que se abonen comisiones a cambio de recibir información del resto de ofertas para poder hacer una mejor. Incluso podríamos tener problemas al solaparse este delito con algunas conductas que son consideradas infracciones administrativas en materia de defensa de la competencia.

Con todo ello, sería necesario dotar al precepto de una redacción más adecuada y efectiva que de verdad ayude a preservar la competencia leal, y más aún dada la importancia que cobra este delito en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica. De hecho, como ya se apuntó, las empresas prestan especial atención a este tipo de conductas, incorporando reglas y normas específicas en sus modelos de *Compliance,* en orden a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención legal y evitar así una eventual responsabilidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)», en *Monografías. Compliance y Derecho Penal,* BIB. 2011\987*,* (Aranzadi), 2011.

BOLEA BARDON, C., «El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis», en OTERO GONZALEZ, P. y CASTRO MORENO, A., (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, 1ª ed., Madrid (Dykinson), 2016, pp. 101-114.

BOLEA BARDON, C., «Deberes del administrador y prácticas de kick-back», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 17, 2015, pp. 1-31.

BOLEA BARDON, C., «El delito de corrupción entre particulares. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm.2, 2013, pp. 1-30.

CANCIO MELIÁ, M., «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* tomo 46, núm. 2, 1993, pp. 697-730.

ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 1ªed., Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2016.

FARALDO CABANA, P., «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII, 2001-2002, Cursos e Congresos núm. 135, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 60-98.

FERNANDEZ CASTEJON, E.B., «El nuevo tipo penal de corrupción en los negocios tras la LO 1/2015», en LOPEZ ALVAREZ, A. y GARCÍA NAVARRO, J.J., (coords.), *La corrupción política en España: una visión ética y jurídica,* 1ªed., Navarra (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, pp. 81-96.

GALAN MUÑOZ, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores», en GALAN MUÑOZ, A., y NUÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho penal económico y de la empresa,* 1ªed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 167-181.

JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJÓO SÁNCHEZ, B.), Madrid (Civitas), 2003.

JAKOBS, G., «¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», en CHOCANO RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* núm.1, (Grijley), 2000, pp. 43-60.

KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán» (traducción de GARCÍA CAVERO, P.), *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales,* núm. 3, 2007, pp. 1-18.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial,* 5ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis del CP)», en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., (dir.), *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero),* Madrid (Civitas), 2011, pp. 425-451.

MENDOZA CALDERON, S., «La corrupción en el sector farmacéutico: Análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el Derecho Penal español», *Revista General de Derecho Penal,* núm. 27*,* 2017, pp. 1-45.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2011. BIB 2011\1736, Cizur Menor (Aranzadi), 2011.

NIETO MARTIN, A., «Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (I)», en GOMEZ RIVERO, C., (dir.) *et al*., *Nociones de Derecho Penal, Parte Especial,* vol. II, 2ª ed., Madrid (Tecnos), 2015, pp. 229-238.

NUÑEZ CASTAÑO, E., «Los delitos relacionados con la corrupción en el sector público y privado. Sistemas penales comparados», *Revista Penal*, núm. 32, (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 283-330.

ROXIN, K., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?», en HEFENDEHL, R., (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?,* Madrid (Marcial Pons), 2007, pp. 443-458.

TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten,* 3ª ed., 2011.

PARA UNA HISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN ITALIANA. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO FASCISTA*

A BRIEF HISTORY OF THE ITALIAN ADMINISTRATION. FROM THE LIBERAL STATE TO THE FASCIST STATE

Ferdinando Mazzarella**

Resumen: Los orígenes de la administración italiana remiten a un momento anterior a la unificación política de Italia. Su historia se desarrolla a lo largo de un itinerario caracterizado por modificaciones graduales. En correspondencia con las transformaciones económicas, los cambios sociales y las orientaciones políticas, la administración italiana, entre el siglo XIX y el siglo XX, interpretó diferentes papeles, conforme a la evolución del equilibrio constitucional. Instrumento unas veces de acción política, otras de mediación social o de dirección economíca, en cada caso ella misma rediseñó su estructura y redefinió su papel, conforme, por un lado, a los pasajes constitucionales que condujeron a Italia desde el Estado liberal al Estato fascista y, por otro, a una línea de continuidad técnica que generó a veces evidentes paradojas.
Palabras clave: unificación administrativa, constitucionalismo liberal, estado de derecho, injerencia social, administraciones paralelas, estado fascista, corporativismo.

Abstract: The origins of the Italian Public Administration date back to a time prior to the political birth of Italy. Its history follows an itinerary based on gradual modifications in correspondence with economic, social, political and cultural changes. Between the 19th and the 20th Century, the Italian Public Administration played several roles. Going from being a political instrument to a means of social intervention and/or a vehicle of economic direction, the Italian Public Administration drew its own structures and modified its own roles, according with the constitutional development that leaded Italy from the liberal State to the fascist State. But there was also a technical continuity, which produced, sometimes, evident paradoxes.
Keywords: national public administration, liberal constitutionalism, rule of law, social intervention, parallel administrations, fascist state, corporatism.

* Fecha de recepción: 25 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 3 de abril de 2018.

** Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno. Università degli Studi di Palermo. Correo electrónico: ferdinando.mazzarella@unipa.it. El presente artículo refleja los contenidos de la ponencia impartida en el *I Congresso Ítalo-brasileiro de Direito Administrativo e de Direito Constitucional (Constituçăo, Estado e Democracia)* el 28 de septiembre de 2015 en la Facultade de Dereito de la Universidade Federal do Paraná de Curitiba. El autor agradece a Manuel Martínez Neira su disponibilidad para revisar el texto castellano.

Sumario: I. UNA ACLARACIÓN PRELIMINAR: EL PROTAGONISMO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO MODERNO; II. LA ADMINISTRACIÓN DE LA ITALIA LIBERAL. UN INSTRUMENTO DE UNIFICACIÓN NACIONAL Y DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO; III. LA ADMINISTRACIÓN A COMIENZOS DEL SIGLO XX. UN INSTRUMENTO DE MODERNIZACIÓN ECONÓMICA Y DE MEDIACIÓN SOCIAL; IV. LA ADMINISTRACIÓN DE LA «REVOLUCIÓN FASCISTA». UN INSTRUMENTO DE CONTROL POLÍTICO, DE DIRECCIÓN ECONÓMICA Y DE INCORPORACIÓN DE LA SOCIEDAD AL ESTADO; V. CONCLUSIONES. ENTRE CONTINUIDAD TÉCNICA Y DISCONTINUIDAD POLÍTICA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. UNA ACLARACIÓN PRELIMINAR: EL PROTAGONISMO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO MODERNO

La historia de la administración italiana suele remontarse a experiencias anteriores al comienzo de la historia de Italia, cuando en los Estados anteriores a la unificación italiana –en particular en el Reino de la casa de Saboya– se consolidaron las instituciones de la futura administración unitaria[1]. Sin embargo, para una introducción histórica sobre las tendencias de la administración, puede ser útil empezar en un momento aún más lejano, el momento en el cual la administración se hizo sujeto, poder distinto del legislativo y del judicial, organización cualificada de oficios dispuestos para el cumplimiento de tareas ejecutivas.

Con las transformaciones provocadas por la Revolución francesa, la administración ganaba efectivamente un estatuto subjetivo que la elevaba al eje del nuevo Estado moderno como titular exclusivo de un espacio –el administrativo– que por primera vez encontraba un poder de referencia distinto del judicial[2]: del «Estado jurisdiccional», basado en la primacía de un estatuto procesal, se pasaba, según la celebre imagen de Kelsen, al «Estado administrativo»[3], caracterizado por la centralidad de un aparato legal y racional de tipo

[1] MELIS, G., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bolonia (Il Mulino), 1996, p. 22. Para una breve síntesis, véase MELIS, G., «L'amministrazione», en ROMANELLI, R. (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'unità a oggi*, Roma (Donzelli), 1995, pp. 187-251.

[2] MANNORI, L., y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari (Laterza), 2001, pp. 182-221. Véanse las obras de síntesis de MANNORI, L., «Giudicare e amministrare: preistoria e genesi di un dualismo istituzionale», en *Tavolarotonda. Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell'Europa mediterranea*, vol. I, Milán (Giuffrè), 2004, pp. 119-142, MANNORI, L., «Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime», en ROMANELLI, R. (ed.), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bolonia (Il Mulino), 1997, pp. 39-65 (trad. esp. «Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, pp. 125-146), y MANNORI, L. y SORDI, B., «Giustizia e amministrazione», en *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari (Laterza), 2002, pp. 59-101, (trad. esp. «Justicia y administración», en *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid (Trotta), 2004, pp. 59-101).

[3] KELSEN, H., *Justiz und Verwaltung*, 1929, trad. it. «Giurisdizione e amministrazione», en KELSEN, H., *Il primato del parlamento*, Milán (Giuffrè), 1982, p. 153.

weberiano[4]. Un Estado «a pubblica amministrazione»[5], que hacía del poder ejecutivo el quicio de la nueva estructura constitucional, el poder encargado de manera monopolista, conforme al fundamental principio de la separación de poderes, de realizar en concreto los intereses públicos generales.

Al principio del siglo XIX, la administración era por lo tanto un actor de la trama constitucional. Ya no indicaba sólo un ámbito material, un conjunto de tareas e incumbencias, sino que se convertía en el sujeto de referencia de ese conjunto objetivo, el intérprete exclusivo de las prácticas administrativas. No una comparsa, un personaje secundario, sino un actor protagonista. Y como todo actor, más siendo protagonista, también la administración necesitaba de una escenografía, de un director y de técnicos.

En correspondencia con las transformaciones económicas, los cambios sociales y las orientaciones políticas, la administración italiana, entre el siglo XIX y el siglo XX, interpretó diferentes papeles, actuó en distintos escenários, cambió directores y técnicos, según la evolución del equilibrio constitucional. Instrumento unas veces de acción política, otras de mediación social o de dirección económica, en cada caso ella misma rediseñó su estructura y redefinió su papel, conforme por un lado a los pasajes constitucionales que condujeron a Italia desde el Estado liberal al Estado fascista, por otro lado a una línea de continuidad técnica que generó a veces evidentes paradojas.

II. LA ADMINISTRACIÓN DE LA ITALIA LIBERAL. UN INSTRUMENTO DE UNIFICACIÓN NACIONAL Y DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO

El marco en el que se desarrollaron los primeros momentos de vida de la administración italiana aparecía todavía monopolizado por las grandes cuestiones políticas que rompieron el equilibrio alcanzado por el Congreso de Viena: reivindicaciones de independencia, peticiones de libertad, procesos de unificación y de construcción de la identidad nacional[6]. Cruzada por este enredo de tensiones políticas, la Europa de la mitad del siglo XIX era un laboratorio experimental, en el cual los soberanos y las asambleas intentaban combinar los

[4] FIORAVANTI, M., «Stato (storia)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milán (Giuffrè), 1990, en particular pp. 712-720. Para un estudio exhaustivo sobre el cumplimiento de las tareas administrativas en el periodo anterior a la Revolución francesa MANNORI, L., «Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 19, 1990, pp. 323-504. Sobre el paradigma jurisdiccional COSTA, P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, 1969, rist. Milán (Giuffrè), 2002.

[5] MANNORI, L. y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 225-276.

[6] Muy útil el clásico de RUFFILLI, R.,«Problemi dell'organizzazione amministrativa nell'Italia liberale», en *Quaderni storici*, 6, 1971, 18/3, pp. 699-730, luego RUFFILLI, R., *Istituzioni Società Stato*, *vol. I, Il ruolo delle istituzioni amministrative nella formazione dello Stato in Italia*, Bolonia (Il Mulino), 1989, pp. 365-395.

principios del constitucionalismo moderno para neutralizar nuevas disgregaciones y para conciliar el principio de autoridad con las razones de la libertad[7].

En este contexto, la administración italiana constituía el principal instrumento de actuación de la voluntad política, en la doble dirección de la unificación nacional y de la construcción del Estado[8]. Indiferente hacia la esfera social, interesada únicamente por las cuestiones económicas directamente conectadas con la hacienda pública (presupuestos, deuda pública, contabilidad del Estado, fiscalidad, política monetaria, «camere di commercio», rentas estancadas, comunicaciones y transportes[9]), la administración se identificaba con el poder político. En un primer momento Cavour, jefe del gobierno del Estado de los Saboya y primer presidente del Consejo de la Italia unida –luego también los políticos de la «Destra storica» (1861-1876) y de la «Sinistra storica» (1876-1887)– aspiraron a la realización de un aparato administrativo eficiente, centralizado, sutil y «ligero»[10], organizado, en el centro y en la periferia, conforme a un riguroso criterio jerárquico.

Por un lado estaba la creación de un espacio nacional uniforme, el objetivo de realizar la unificación administrativa mediante el perfeccionamiento de un ordenamiento de las autonomías locales de tipo centralizado, basado sobre entes territoriales («province», «circondari», «mandamenti» y «comuni») sometidos a un rígido sistema de controles[11]. Por otro lado estaba la construcción de un Estado de inspiración liberal, la realización de una arquitectura constitucional que afectaba al campo de la administración al menos en tres aspectos: la afirmación de la responsabilidad del poder ejecutivo frente al legislativo; la introducción de un sistema de tutela jurisdiccional contra el arbitrio de los administradores; la construcción de una doctrina de la administración estatal por una primera ciencia del derecho administrativo[12].

---

[7] Para una visión de conjunto ALLEGRETTI, U., *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bolonia (Il Mulino), 1989, pp. 35-68 y 231-299, FIORAVANTI, M., «Liberalismo: le dottrine costituzionali», en FIORAVANTI, M., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín (Giappichelli), 1993, pp. 151-184, MATTEUCCI, N., «Dal costituzionalismo al liberalismo», en FIRPO, L. (dir.), *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, vol. IV, *L'età moderna*, tomo II, Turín (Utet), 1975, sobre todo pp. 140-168.

[8] Para una historia de la unificación administrativa ASTUTI, G., *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Nápoles (Morano), 1966.

[9] NAPOLITANO, G., «Le norme di unificazione economica», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, pp. 97-126.

[10] ASTUTO, G., *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*, Roma (Carocci), 2009, pp. 53-56.

[11] Véanse entre otros: AIMO, P., *Stato e poteri locali in Italia 1848-1995*, Roma (Carocci), 1998; CASSESE, S., «Centro e periferia in Italia. I grandi tornanti della loro storia», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1986, pp. 594-612, y ROMANELLI, R., «Centralismo e autonomie», en ROMANELLI, R. (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'unità a oggi*, cit., pp. 125-186.

[12] Sobre el desarrollo de una ciencia del derecho administrativo véanse: CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milán (Giuffrè), 2010, (trad. esp. *Derecho administrativo: historia y futuro*, Madrid (Derecho Global), 2014); CIANFEROTTI, G., *Storia della letteratura amministrativistica italiana, vol. I, Dall'unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali amministrazione e costituzione*, Milán (Giuffrè),

Aunque admitía un mínimo de autonomía a través de la electividad de los consejos de ayuntamiento y de provincia, la organización local promovida en 1865[13] perpetuaba de hecho el modelo de los Saboya del 1859[14], sometiendo los órganos de los entes territoriales a la dirección y el control del gobierno central. De esta forma, el alcalde («sindaco»), nombrado por el Rey entre los miembros del consejo del ayuntamiento, más que el represantante de la comunidad local, era el «capo dell'amministrazione comunale e uffiziale del Governo»[15]; el prefecto, heredero del intendente y del gobernador del Reino de la casa de Saboya, aparecía como el verdadero órgano de gobierno de las comunidades locales, el representante del «potere esecutivo in tutta la provincia»[16], el responsable administrativo de la unificación nacional[17]; las Superintendencias de educación («provveditorati agli studi»), reintroducidas en el 1867 en la estructura del Ministerio de educación pública[18], las Intendencias de Finanzas, instituidas en 1869 como articulaciones del Ministerio de Hacienda pública[19], y los oficios de ingeniería civil, puestos en 1882 bajo la dependencia del Ministerio de las Obras Públicas[20], consagraban el proyecto de una administración única, dotada de órganos y oficios periféricos, algunos también electivos, pero siempre dependientes del vértice jerárquico de la pirámide burocrática.

La estructura y las atribuciones de la administración contribuían además de manera determinante en la definición de la forma del Estado, que se orientaba hacia una monarquía constitucional basada en un principio dualista, donde tanto el rey como el parlamento participaban en la vida del gobierno[21]. Frente al riesgo de una monarquía constitucional pura, en la cual el jefe del gobierno y los ministros son la mera expresión de la voluntad del rey (art. 65 del «Statuto Albertino»: «il Re nomina e revoca i suoi ministri»), Cavour acentuó las prerrogativas del Parlamento, orientando la práctica constitucional hacia una forma de

---

1998; GIANNINI, M.S., «Profili storici della scienza del diritto amministrativo», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, núm. 2, 1973, pp. 179-274; MELIS, G., «La storia del diritto amministrativo», en *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, 2.ª ed., Milán (Giuffrè), 2003, pp. 95-171; SANDULLI, A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milán (Giuffrè), 2009.

[13] Ley de 20 de marzo de 1865, n. 2248, allegato A.

[14] Ley de 23 de octubre de 1859, n. 3702 (conocida como Ley Rattazzi). Véase PETRACCHI, A., *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano. Storia della legislazione piemontese sugli enti locali dalla fine dell'antico regime al chiudersi dell'età cavouriana (1770-1861)*, vol. I, Venecia (Neri Pozza), 1962.

[15] Art. 97 de la ley de 20 de marzo de 1865, n. 2248, allegato A.

[16] Art. 3 de la misma ley n. 2248. Véase antes el r.d. de 9 de octubre de 1861, n. 250.

[17] La bibliografía sobre la figura del prefecto en la Italia liberal es muy amplia; sirvan de referencia algunas obras como CASULA, R., *I prefetti nell'ordinamento italiano. Aspetti storici e comparatistici*, Milán (Giuffrè), 1972, PORRO, A., *Il prefetto e l'amministrazione periferica in Italia. Dall'intendente subalpino al prefetto italiano (1842-1871)*, Milán (Giuffrè), 1972, y TOSATTI, G., *Storia del Ministero dell'Interno. Dall'Unità alla regionalizzazione*, Bolonia (Il Mulino), 2009, en particular pp. 36-49.

[18] R.d. de 6 de diciembre de 1866, n. 3347.

[19] R.d. de 26 de septiembre de 1869, n. 5286.

[20] Ley de 5 de julio de 1882, n. 874.

[21] FIORAVANTI, M., «Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato», en SCHIAVONE, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari (Laterza), 1990, p. 11.

régimen parlamentario[22]. Conforme al modelo del «Governo di gabinetto», la dirección política era establecida por un Consejo de ministros –órgano colegial, dotado de propia y autónoma voluntad, distinta de la del presidente del Consejo y de la de los ministros– que tenía que recibir, en su unidad, la confianza del rey y del parlamento[23].

Precisamente, la lógica de la responsabilidad exigía un modelo administrativo unitario y centralizado, con un solo órgano en el vértice, el Ministerio, responsable de manera exclusiva de la ejecución de la dirección política en su ámbito de competencia[24]. En 1853, el Piemonte de los Saboya abandonaba por lo tanto el así llamado modelo «mixto», fundado sobre la coexistencia de «aziende» y «ministeri», y viraba hacia un modelo ministerial, articulado en ministerios estructurados conforme a una escala jerárquica («ministro», «segretario generale», «direttore generale», «direttore capo di divisione», «capo di sezione», «segretario di 1 e 2 classe», etc.) concebida para asegurar la exacta ejecución de las disposiciones políticas emitidas por el ministro: «l'amministrazione centrale dello Stato» –disponía el art. 1 de la ley del 23 marzo 1853, n. 1483, sobre la reordenación de la administración central y de la contabilidad general del Estado– «sarà concentrata nei Ministeri. I ministri provvederanno ai relativi servizi per mezzo degli uffici posti sotto l'immediata loro direzione. Gli uffici relativi ad un medesimo ramo di amministrazione potranno venire riuniti, e costituiranno direzioni generali, che faranno tuttavia parte integrante dei Ministeri»[25]. La administración de los Saboya asumía la configuración unitaria, jerárquica y piramidal que luego caracterizó la administración italiana.

Sin embargo, una burocracia eficiente, organizada y centralizada no era suficiente para la realización de un modelo constitucional de tipo liberal mientras su acción no fuera regulada por un derecho objetivo (el derecho administrativo) y sus actos sometidos al control de un juez: el derecho administrativo –como en el 1866 escribía en Brazil Antonio Joaquim Ribas– era «a sciencia dos direitos e deveres recíprocos da administração e dos administrados», la disciplina de la «organisação administrativa», del «modo pelo qual ella actua sobre a massa geral da população» y de las «fórmas de que os seus actos se reves-

[22] FIORAVANTI, M., «Lo Statuto e il costituzionalismo dell'età liberale», en FIORAVANTI, M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milán (Giuffrè), 2001, vol. II, pp. 821-833.

[23] Sobre el «Statuto albertino» y la interpretación que recibió, en sentido monárquico o parlamentario, véanse además: AMORTH, A., «Lo Statuto Albertino e le origini del sistema costituzionale italiano», en RAPONI, N. (ed.), *Dagli Stati preunitari d'antico regime all'unificazione*, Bolonia (Il Mulino), 1981, pp. 223-239; MERLINI, S., «Il governo costituzionale», en ROMANELLI, R. (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, cit., pp. 3-72; REBUFFA, G., *Lo Statuto albertino*, Bolonia (Il Mulino), 2003, pp. 85-105, y ROSBOCH, M., «Lo Statuto albertino e la sua prima applicazione», en ROSBOCH, M., *Il tempo dei diritti. Contributi storico-giuridici*, Cúneo (Saste), 2012, pp. 31-59.

[24] MELIS, G., *Fare lo Stato per fare gli italiani. Ricerche di storia delle istituzioni dell'Italia unita*, Bolonia (Il Mulino), 2014, pp. 33-39. Véase además CALANDRA, P., *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bolonia (Il Mulino), 1983, p. 20-24.

[25] La ley era completada e integrada por los dos reglamentos de 23 octubre de 1853, n. 1611, y de 30 octubre de 1853, n. 1615.

tem», pero también de las «modificações juridicas que em face delles e sob sua influencia soífrem os administrados em seus direitos e obrigações»[26]. Para respetar los principios del constitucionalismo liberal y la idea de un régimen constitucional capaz de conciliar, gracias al principio de legalidad y al de separación de los poderes, la autoridad y la libertad, era indispensable entonces la introducción de un sistema que protegiera los administrados de los administradores, un sistema de justicia administrativa. Algo que Italia introducía puntualmente entre el 1865 y el 1889, en forma de modelo de justicia dualista que se distribuía entre el juez ordinario, competente para los derechos subjetivos, y un juez administrativo especial, competente para los así llamados «intereses legítimos»[27].

En el culmen de esta primera fase de la historia italiana, la administración respondía perfectamente al modelo liberal de una monarquía constitucional de tipo parlamentario, pero también se adecuaba bien al planteamiento teórico de la doctrina del Estado de derecho, que justo entonces Vittorio Emanuele Orlando (1861-1952) intentaba trasplantar en Italia con perfiles originales[28]. La administración vivía en «osmosis»[29] con el poder político, arrimada al polo del Estado y separada del polo de la sociedad; era unitaria, compacta y centralizada, como indivisible era considerada la soberanía del Estado, único el pueblo y homogénea la sociedad; era técnica y neutral, equidistante de los intereses de los grupos sociales, indiferente a las dinámicas sociales, ajena a los particularismos de las fuerzas sociales; estaba sometida única y exclusivamente a la ley del Estado, un Estado que por vez primera asumía los caracteres de la soberanía y de la personalidad; tenía que actuar conforme a los intereses generales, sacrificando tal vez los intereses individuales, pero siempre respetando el derecho del Estado, que ya representaba el único fundamento de las libertades, después del abandono de toda perspectiva iusnaturalista y preestatal; estaba separada del poder judicial, pero sometida a un control jurisdiccional colateral, que garantizaba los derechos de los administrados; por último operaba a través de formas y modelos propios de una función de imperio y de autoridad.

---

[26] RIBAS, A.J., *Direito administrativo brasileiro*, Río de Janeiro (FL Pinto & C.), 1866, pp. 17-18.

[27] Véanse: AIMO, P., *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari (Laterza), 2000; PENE VIDARI, G.S., «Giustizia amministrativa (storia)», en *Digesto*, *Discipline pubblicistiche*, vol. VII, Turín (Utet), 1991, pp. 502-508, y SORDI, B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milán (Giuffrè), 1985.

[28] La bibliografía sobre Orlando es amplia. Véanse en primer lugar FIORAVANTI, M., «Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)», en FIORAVANTI, M., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 67-180, y FIORAVANTI, M., «Vittorio Emanuele Orlando», en *Il Parlamento italiano. 1861-1988*, vol. IX, Milán (CEI), 1988, pp. 273-290. Véanse también CIANFEROTTI, G., *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán (Giuffrè), 1980; ESPOSITO, C., «La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando», *en Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, 1953, pp. 69-95, y GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milán (Giuffrè), 2000, pp. 28-37 y 67-70. Para una breve síntesis véase MAZZARELLA, F., «Vittorio Emanuele Orlando. Un giurista al servizio dell'Italia», en *Mediterranea. Ricerche storiche*, núm. 23, diciembre 2011, pp. 577-582. Para más referencias bibliográficas MAZZARELLA, F., «Vittorio Emanuele Orlando. Il giurista, l'avvocato, lo statista», en «Le Carte e la Storia», 2018, núm. 1, pp. 11-24.

[29] CASSESE, S., *Le basi del diritto amministrativo*, Turín (Einaudi), 1989, p. 16.

III. LA ADMINISTRACIÓN A COMIENZOS DEL SIGLO XX. UN INSTRUMENTO DE MODERNIZACIÓN ECONÓMICA Y DE MEDIACIÓN SOCIAL

Entre finales del siglo XIX y comienzos del XX la relación entre Estado y sociedad se transformó radicalmente, resultando una sociedad cada vez más articulada en organizaciones, instituciones y asociaciones, y un Estado cada vez más compenetrado con esa sociedad, cada vez más comprometido con un espacio social hasta entonces dejado a la autorregulación[30]. El papel del Estado cambió en el sentido de un intervencionismo cada vez más fuerte en la esfera social, primero, y en la esfera económica, después[31]: un «*État providence*» que, como ya anunció el surgimiento de la primera legislación social, se hizo mediador y árbitro en el juego de los intereses opuestos, garante y protector de los sujetos más débiles, promotor y cada vez más a menudo protagonista de la iniciativa económica[32].

La injerencia social del Estado ponía en tela de juicio el dogma liberal de la separación entre Estado y sociedad[33], agravando el problema de la compatilidad entre igualdad jurídica formal y diferencias reales, unidad del Estado y pluralismo de la sociedad[34], ordenamiento estatal y ordenamientos jurídicos menores[35]. La rapidez y la variedad de las transformaciones que renovaban el rostro de Europa exigían intervenciones calibradas, disposiciones específicas y sectoriales; provocaban la ruptura de la unidad del Código y la proliferación de la legislación especial, la fragmentación del derecho común y el reconocimento de estatutos jurídicos diferenciados, la disolución del monopolio de la ley y la emersión de un nuevo pluralismo de las fuentes[36]. Como consecuencia lógica de todos estos elementos, se delineaba, frente a estas «molteplici e svariate energie», la visión de un «diritto pubblico moderno» cada vez más dominado por «un movimento sociale»: se estaba concretando la «crisi dello Stato moderno» que Santi Romano iba a proclamar en 1909[37].

---

30 ROMANELLI, R., *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bolonia (Il Mulino), 1988.

31 MANNORI, L. y SORDI, B., «Giustizia e amministrazione», cit., pp. 88-96.

32 EWALD, F., *L'État providence*, París (Grasset), 1986. Para un panorama histórico sobre la intervención del Estado italiano en la economía véase DE CECCO, M. y PEDONE, A., «Le istituzioni dell'economia», en ROMANELLI, R. (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, cit., pp. 253-300.

33 GOZZI, G., «Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto in Italia», en GOZZI, G., *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bolonia (Il Mulino), 1988, pp. 181-231.

34 COSTA, P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán (Giuffrè), 1986, pp. 263-278.

35 Véase MAZZARELLA, F., «Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 41, 2012, pp. 329-397.

36 CAZZETTA, G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milán (Giuffrè), 1991, y CAZZETTA, G., «Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto», en CAZZETTA, G., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milán (Giuffrè), 2007, pp. 27-65.

37 ROMANO, S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, luego en ROMANO, S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milán (Giuffrè), 1969,

El discurso jurídico, desde finales del siglo XIX, se impregnaba de socialidad, complejidad, solidaridad[38]. En la esfera del derecho civil se discutía de igualdad jurídica sustancial, de proporcionalidad[39], de «funzione sociale dei contratti»[40], de «*difetti sociali del Codice civile*»[41], de «*Codice privato-sociale*»[42], de «istituzioni sociali»[43], de «solidarietà»[44]. En la esfera del derecho comercial se denunciaban los «difetti sociali del Codice di commercio»[45]; se anunciaba una «lotta commerciale» entre «la classe dei produttori» y la de los comerciantes, entre «le coalizioni industriali» y las asociaciones de consumidores, entre «il gruppo dei proprietari fondiari» y el de los industriales[46]; sobre todo se preparaba el desarrollo de nuevos paradigmas jurídicos, fundados sobre la complejidad y la colectividad, como la empresa[47].

La esfera del derecho público, con el derecho administrativo y constitucional, no podía permanecer inmune a estos cambios. Sin una reforma del derecho privado de inspiración social y solidaria, sin una reflexión sobre el individualismo jurídico de ascendencia napoleónica, sin la emanación de los códigos de nueva generación pedidos por la ciencia

---

pp. 3-26. Véase GROSSI, P., «"Lo Stato moderno e la sua crisi" (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, pp. 1-22.

[38] MAZZARELLA, F., «Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 44, 2015, pp. 381-424, y MAZZARELLA, F., «La «Escuela social del derecho» entre Europa y Brasil. Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo», en MECCARELLI, M. y PALCHETTI, P. (eds.), *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid (Dykinson), 2015, pp. 157-201.

[39] Véase MAZZARELLA, F., «Darwinismo, storicismo, socialità. La «nuova tendenza» di Giuseppe Vadalà-Papale», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 41, 2012, pp. 583-626.

[40] CIMBALI, E., «La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria», en *Archivio giuridico*, fasc. I y II, 1884, luego en CIMBALI, E., *Studi di diritto civile*, Turín (Ute), 1900, pp. 31-70.

[41] SALVIOLI, G., «I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie», Discorso letto nella solenne inaugurazione degli studi il giorno 9 novembre 1890, en *Annuario della R. Università degli Studi di Palermo*, 1890-91, pp. 5-46.

[42] VADALÀ-PAPALE, G., «Per un Codice privato-sociale», en *Lo Spedalieri*, núm. 1, 1891, pp. 50-83, VADALÀ-PAPALE, G., «Diritto privato e Codice privato-sociale», en *La scienza del diritto privato*, núm. 1, 1893, pp. 7-39.

[43] VADALÀ-PAPALE, G., *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Roma-Turín-Florencia (Loescher), 1883, pp. 329 y 393.

[44] D'AGUANNO, G., «La riforma integrale della legislazione civile», en *La scienza del diritto privato*, núm. 1, 1893, p. 735.

[45] VIVANTE, C., «I difetti sociali del Codice di commercio», *La riforma sociale*, núm. 9, 1899, pp. 25-39.

[46] SRAFFA, A., «La lotta commerciale», en *La scienza del diritto privato*, núm. 2, 1894, pp. 220-240.

[47] MAZZARELLA, F., «La construcción de la noción de empresa en la cultura jurídica de la Europa industrial», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, pp. 39-68, o también MAZZARELLA, F., «La construcción de la noción jurídica de empresa en la cultura europea de la sociedad industrial», en *X Congresso Brasileiro de História Econômica e XI Conferência Internacional de História de Empresas*, 9-11 de setembro de 2013, Juiz de Fora (UFJF), 2013, Módulo HPE, pp. 185-207. Y por último MAZZARELLA, F., *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milán (Giuffrè), 2016.

neotérica, sin una reforma electoral realmente democrática, susceptible de cortar la línea de continuidad constitucional y de proyectar en el parlamento la representación de los grupos sociales, la función reguladora y mediadora de la administración asumía un papel insustituible[48]. La sociedad encontraba en las prácticas administrativas los canales de solución de los conflictos, el lugar de composición de las tensiones sociales.

El cambio de perspectiva aparecía también en las reflexiones de la doctrina del derecho público de finales del siglo XIX[49]. Frente a una injerencia «permanente, necessaria, organizzata», también Orlando, aunque manteniendose dentro del horizonte dogmático del Estado de derecho, sugería reconsiderar los límites «dell'azione dello Stato sulla società»[50]. En detrimento de la idea básica de la teoría del Estado de derecho, esto es, la idea de que «lo Stato si afferma in netta e vigorosa antitesi della società», ya no se podía negar el proceso de acercamiento que había conducido «la nozione di Stato [...] a porsi in immediato rapporto colla nozione di società»[51]. El proceso de injerencia del Estado ya era «trionfante ed incontrastabile» en una serie tan amplia de ámbitos (higiene, salud, comercio, industria, asistencia a pobres y huérfanos, prevención, seguridad social, urbanística, contratos, comunicaciones, transportes…) que justificaba también a nivel teórico «una dottrina dell'ingerenza sociale dello Stato»: la «scienza dell'amministrazione», una ciencia nueva, no jurídica sino social, que tenía por objeto no el Estado sino la sociedad[52].

El Estado se descubría abrazado a la sociedad: su unidad comprometida por la pluralidad de sujetos sociales interesados por la actividad de gobierno, su voluntad unitaria contaminada por las elecciones que rompían la unidad del pueblo y la abstracción de su personalidad rajada por lo concreto de los diferentes tipos humanos contemplados por la ley[53]. Al lado de la legislación en sentido propio, que regulaba «un rapporto di diritto», Orlando colocaba por un lado el derecho de ordenanza[54], con el cual el poder ejecutivo

---

[48] FIORAVANTI, M., «Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato», cit., pp. 21-39.

[49] BENEDUCE, P., «Culture dei giuristi e "revisione" orlandiana: le immagini della crisi», en MAZZACANE, A. (ed.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, Nápoles (Liguori), 1986, pp. 57-106, y GOZZI, G., *Modelli politici e questione sociale*, cit., pp. 81-126.

[50] ORLANDO, V.E., «Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione», en *Archivio giuridico*, 1887, luego en ORLANDO, V.E., *Diritto pubblico generale*, cit., p. 153. Muy importante, sobre estos aspectos del pensamiento de Orlando, el trabajo de FIORAVANTI, M., «Popolo e Stato», cit., vol. I, pp. 67-180.

[51] ORLANDO, V.E., «Diritto amministrativo», cit., pp. 155-165.

[52] ORLANDO, V.E., «Diritto amministrativo», cit., pp. 127-166. Sobre la parábola de la «ciencia de la administración», también como asignatura académica, véase MOZZARELLI, C. y NESPOR, S., *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello stato*, Venecia (Marsilio), 1981. Para una perspectiva tanto ampia cuanto clara SORDI, B., «Dall'attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello Stato sociale», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 46, 2017, *Giuristi e Stato sociale*, tomo I, pp. 175-198.

[53] Sobre las soluciones de compromiso propuestas por Orlando frente al problema de la crisis del Estado –en equilibrio entre soberanía estatal, tutela administrativa de los derechos e intervención social del Estado– véase MANGONI, L., «La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani», en *Studi Storici*, núm. 1, 1982, pp. 75-100.

[54] ORLANDO, V.E., «Studi giuridici sul governo parlamentare», en *Archivio giuridico*, 1886, luego en ORLANDO V.E., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 388-391.

participaba en la función legislativa, por otro lado las «leggi *improprie*», que, tales «solo in virtù dell'autorità da cui emanano e della forma che assumono», ya eran esenciales para las atribuciones de un «Stato moderno» ocupado «sempre più a specificare il proprio fine nel senso della tutela e dell'ingerenza nei rapporti sociali»[55]. A través de la legislación impropia –con la cual se regulaba la gestión de una red ferroviaria, se subvencionaba la industria, se regulaba la instrucción, se introducían formas de asistencia y de seguridad social, se limitaba el trabajo de los niños y de las mujeres o se aprobaba el presupuesto– el parlamento cumplía entonces una función de gobierno, una función materialmente ejecutiva, que tenía que considerarse, en los Estados "desarrollados", no «un'esorbitanza violatrice del diritto», ni tampoco «uno sconfinamento», sino una «esplicazione normale e fisiologica», con tal que quedase claro que esto sucedía por medio de un Estado que no era «rappresentanza degli elementi sociali», sino expresión orgánica de todo el pueblo[56]. Gracias a una interpretación evolutiva del principio de la separación de poderes, el parlamento y el gobierno, órganos del Estado unitario, colaboraban en la gobernación de la sociedad «in quella maniera complicata che risponde alla varietà degli interessi sociali moderni, all'intrecciarsi di tanti diversi rapporti, di tante delicate incombenze, di così molteplici funzioni»[57].

Si Orlando intentaba contener todas la novedades dentro de las experimentadas categorías de la doctrina del Estado liberal de derecho –clasificando la intervención del Estado en la sociedad en terminos de «ingerencia», manteniendo inalterada la dicotomía entre derecho público y derecho privado, confirmando, en definitiva, los confines entre lo jurídico, expresado por la dimensión autoritaria e imperativa del derecho administrativo, y lo social, expresado por la dimensión privada y patrimonial de la ciencia (no jurídica) de la administración[58]– otros autores, más independientes de la concepción monista del ordenamiento, como Romano (1875-1947), reconocían la existencia de un derecho público patrimonial, de una «patrimonialità di stampo pubblicistico»[59]. Además de la actividad tradicional, el nuevo Estado administrativo desarrollaba una «attività sociale», que no se podía encerrar en la esfera del derecho privado, ni tampoco considerar fuera del universo jurídico, sino que generaba relaciones de derecho público patrimonial, de las cuales surgían a favor de los administrados nuevos derechos públicos o «quasi pubblici»[60]. La actividad patrimonial del

[55] ORLANDO V.E., *Diritto pubblico generale*, cit. pp. 373-380.

[56] ORLANDO, V.E., «Studi giuridici sul governo parlamentare», cit., pp. 398-400. A propósito de la compleja posición de Orlando sobre el sistema representativo y el parlamentarismo, TESSITORE, F., *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Nápoles (Morano), 1963, pp. 117-173.

[57] ORLANDO, V.E., «Studi giuridici sul governo parlamentare», cit., p. 402.

[58] ORLANDO, V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Florencia (Barbera), 1892, pp. 19-43.

[59] FIORAVANTI, M., «Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano», en MAZZACANE, A., (ed.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., p. 316, pero más extensamente pp. 311-323, ahora en FIORAVANTI, M., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 412, 405-420.

[60] ROMANO, S., «La teoria dei diritti pubblici subbiettivi», en ORLANDO, V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milán (Sel), 1900, pp. 130-131, 142 y 210-211.

Estado era tan jurídica como la imperativa; la actividad social del Estado caía en la esfera del derecho administrativo precisamente como las de orden público, fiscalidad y dominio público[61].

La administración entraba en un proceso de ramificación, articulación y fragmentación. Ya no interactuaba solo con individuos, también con grupos y asociaciones; no solo con personas, también con patrimonios, bienes y empresas. Responsabilizada por la emergencia social, limitaba en un primer momento su intervención a la sola esfera social, a las tareas de la asistencia, de la seguridad, del control sobre el trabajo, de la mediación en los conflictos sociales[62]; pero desde principios del siglo XX, en concomitancia con el «despegue industrial» de la edad de Giolitti (1901-1914), se extendía hasta incluir el ámbito de lo económico, articulándose en estructuras descentralizadas, autónomas y paralelas, utilizando modelos del derecho privado que preconizaban el nacimiento del «Estado-empresa»[63].

A la dimensión política se añadían la social y más tarde la económica. Al incremento de las funciones públicas correspondía un crecimiento de los aparatos y del personal del Estado, con la institución de estructuras colaterales y autónomas respecto de los ministerios[64]. A las funciones propias de una administración de imperio (orden público, fisco y justicia) se añadían las de un Estado que se prestaba a ser un instrumento de mediación social y un propulsor de la economía. Ejemplos de esto son: la municipalización de los servicios públicos con la consiguiente creación de las empresas municipales (ley del 29 marzo 1903, n. 103), el suministro de prestaciones en los sectores de la salud, de los transportes (con la nacionalización del ferrocarril), de las comunicaciones, de la instrucción y de la asistencia, la creación de estructuras administrativas y empresariales autonomas (como la del ferrocarril, dependiente del ministerio de las obras públicas), la realización de obras públicas, y la institución de los primeros entes autónomos, como el Ina, en 1912, que constituyó el primer modelo organizativo de ente financiero, llamado a gestionar en régimen de monopolio «le assicurazioni sulla durata della vita umana»[65].

La misma «administración de guerra», a pesar de su excepcionalidad, confirmaba, en esta perspectiva, la tendencia expansiva de principios del siglo XX. Con el fin de movilizar los recursos económicos hacia los objetivos de guerra y las exigencias de abastecimiento, el

---

[61] SORDI, B., «Dall'attività sociale ai pubblici servizi», cit., pp. 187-190.

[62] Una «distancia» entre «instituciones y economía» sobre la cual véase SORDI, B., «'La mano visibile del diritto': mercato, impresa, istituzioni. Uno sguardo d'insieme», en SCIUMÈ, A. y FUSAR POLI, E. (ed.), *«Afferrare l'inafferrabile». I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, Milán (Giuffrè), 2013, pp. 1-6.

[63] MANNORI, L. y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 400-452, pero antes todo MELIS, G., *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 181-268, y MELIS, G., «Amministrazioni speciali e Mezzogiorno nell'esperienza dello Stato liberale», en *Studi Storici*, núm. 34, 1993, pp. 463-527.

[64] Brevemente, sobre estos cambios, MELIS, G., *Fare lo Stato per fare gli italiani*, cit., pp. 24-29.

[65] Art. 1 de la ley de 4 abril de 1912, n. 305.

Estado italiano, al igual que los otros países beligerantes, introducía procedimientos simplificados –sutiles e inmediatos–, aceleraba la expansión y la fragmentación de los aparatos, y acentuaba su papel de empresario y el proceso de legitimación de la así llamada «administración directa»[66]: el Estado asumía nuevas tareas, en la esfera social y económica, pero ya no las cumplía solo por medio de sus prerrogativas públicas, dentro del ámbito de la obligatoriedad, sino de manera directa, adoptando las formas y los actos del derecho privado[67].

Al término de esta segunda fase de su historia, la administración italiana estaba proyectada hacia la sociedad y mezclada con lo social, en línea con las transformaciones que determinaban la crisis del Estado liberal[68]; era pluralista y articulada –al igual que la sociedad– en una multiplicidad de entes, institutos, empresas, comisarías, oficios; se cruzaba con el poder legislativo, prestándose funciones y competencias, conforme a una versión atenuada y moderada del principio de la separación de poderes; adoptaba modelos consensuales y formas del derecho privado, que postulaban una redefinición de la noción de soberanía y una recolocación de los confines entre derecho privado y derecho público; añadía a las funciones de imperio las funciones de gestión y a la administración «indirecta» la administración «directa»[69].

IV. LA ADMINISTRACIÓN DE LA «REVOLUCIÓN FASCISTA». UN INSTRUMENTO DE CONTROL POLÍTICO, DE DIRECCIÓN ECONÓMICA Y DE INCORPORACIÓN DE LA SOCIEDAD AL ESTADO

La instauración del Fascismo, en 1922, introducía en la administración un fuerte componente ideológico que no comprometía la continuidad con la cultura liberal, pero que gradualmente comportaba el fin del Estado de derecho y la transformación del «Statuto albertino»[70], «rimasto allo Stato italiano» –utilizando una imagen de Giannini– «come

---

[66] Una visión sintética en CARACCIOLO, A., «L'intervento dello stato nei confronti delle strutture economiche durante la prima guerra mondiale», en ZANNI ROSIELLO, I. (ed.), *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, Bolonia (Il Mulino), 1976, pp. 243-255. Más extensamente MELIS, G., *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma (Ministero per i beni culturali e ambientali), 1988, pp. 11-35, y MELIS, G., *Amministrazione nuova e burocrazie tradizionali nell'Italia giolittiana e fascista*, Sácer (Gallizzi), pp. 215-226 (y sobre la suerte de la «administración de guerra» después de la guerra pp. 3-53).

[67] MANNORI, L. y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 470-477.

[68] Véase de nuevo MAZZARELLA, F., *Una crisi annunciata*, cit. Para un estudio sobre las imagenes de la crisis en la doctrina constitucionalista, CIANFEROTTI, G., «La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento», en MAZZACANE, A. (ed.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 157-170.

[69] KELSEN, H., «Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates», 1923-24, trad. it. «La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato», en KELSEN, H., *Il primato del parlamento*, cit., pp. 96-100.

[70] TRENTIN, S., *Les transformations récents du droit public italien. De la Charte de Charles-Albert à la création de l'État fasciste*, París (Giard), 1929 (trad. it. PIZZORUSSO, A. (ed.), *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, Venecia (Marsilio), 1983).

certe illustri facciate, che nate ad ornare dimore di signori della guerra e della pace, hanno mantenuto nei tempi la propria impassibile immobilità all'edificio divenuto via via fabbrica, abitazione di borghesi, e anche cinematografo o garage»[71].

En el punto de unión con los órganos constitucionales, la administración italiana sufría una profunda metamorfosis que consagraba la naturaleza autocrática, «governativa»[72] y dictatorial del Estado fascista. El poder ejecutivo se apoderaba de la función legislativa, se concentraba en el jefe del gobierno y se desembarazaba del principio de responsabilidad frente al parlamento[73]: el sacrificio del principio de separación de poderes representaba el precio necesario para salvaguardar «la unità organica dello Stato e della sua sovranità»[74]. Gracias a las reformas quirúrgicas introducidas por las así llamadas «leggi fascistissime», el gobierno marginaba el órgano parlamentario y conseguía el poder de emanar «le norme giuridiche necessarie per disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni dello Stato e l'ordinamento del personale ad esse addetto»[75], mientras el jefe del gobierno se elevaba a «Capo del governo e Primo Ministro Segretario di Stato» y obtenía incisivos poderes en la organización de los trabajos parlamentarios, siendo el «caposaldo di tutto il sistema pubblicistico»[76], únicamente (y teóricamente) «responsabile verso il Re dell'indirizzo generale politico del Governo»[77].

---

[71] GIANNINI, M.S., «Lo Statuto albertino e la Costituzione italiana», en JEMOLO, C.A. y GIANNINI, M.S. (eds.), *Lo Statuto albertino*, Florencia (Sansoni), 1946, p. 45.

[72] PANUNZIO, S., *Teoria generale dello Stato fascista. Appunti di lezioni*, Padua (Cedam), 1937, p. 79 y más extensamente sobre la nueva «funzione di governo» pp. 78-94.

[73] MORTATI, C., *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, 1931, rist. inalterada con un prefacio de CHELI, E., Milán (Giuffrè), 2000.

[74] ROCCO, A., «Relazione del 26 maggio 1925 sul disegno di legge sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche», *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco*, Milán (Giuffrè), 1938, vol. III, *La formazione dello Stato fascista. 1925-1934*, p. 869. Opuesta la posición de MOSCA, G., «Prerogative del Capo del Governo», Discorso pronunciato al Senato nella seduta del 19 dicembre 1925, en MOSCA, G., *Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Bari (Laterza), 1949, pp. 277-284, que hablaba de «esequie» del «regime parlamentare». Sobre las modificaciones constitucionales introducidas bajo el régimen fascista GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale d'Italia. 1848-1948*, Roma-Bari (Laterza), 1996[15], pp. 357-387; PALADIN, L., «Fascismo (Diritto costituzionale)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milán (Giuffrè), 1967, pp. 887-902; MARTUCCI, R., *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma (Carocci), 2002, pp. 199-231; y MELIS, G., «Fascismo (ordinamento costituzionale)», en *Digesto*, *Discipline Pubblicistiche*, vol. VI, Turín (Utet), 1991, pp. 259-273.

[75] Ley de 31 de enero de 1926, n. 100.

[76] PANUNZIO, S., *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., pp. 87-88.

[77] Art. 2 de la ley de 24 de diciembre de 1925, n. 2263. Según la opinión de MORTATI, C., *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 85-99, gracias al «nuovo ordinamento costituzionale» el Rey tenía finalmente su papel central, conforme al art. 67 del «Statuto».

Además, el nuevo Estado no era solo fascista, sino también ético[78], «educatore»[79], dirigista, autárquico[80], totalitario[81], corporativo[82]. Sin teatrales rupturas con la anterior tradición administrativa, sin desautorizar los viejos cuadros dirigentes de la burocracia liberal, el Fascismo plasmaba el aparato público para que fuera parte activa del proyecto político[83].

«Nella concezione fascista» –son palabras de Mussolini– «la burocrazia è un esercito»[84]. Por lo menos a nivel teórico, la administración se estructuraba conforme a un orden jerárquico de tipo militar, como si fuera una «milizia»[85]: a los principios de eficiencia, racionalidad, imparcialidad y organización se añadían los de disciplina, orden, fidelidad y lealtad. Se incrementaban las funciones de policía, seguridad pública, control, vigilancia e inspección; y, paralelamente, se alteraba la compresión de las libertades de opinión, prensa, reunión, asociación y circulación[86]. Se extendía la esfera de aplicación de medidas como

---

[78] BORTOLOTTO, G., *Lo Stato e la dottrina corporativa. Saggio d'una teoria generale*, Bolonia (Zanichelli), 1930, pp. 3-28.

[79] TURI, G., *Lo Stato educatore. Politica e intellettuali nell'Italia fascista*, Roma-Bari (Laterza), 2002.

[80] ROMANO, S., «Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato», 1930, ahora en ROMANO, S., *Scritti minori*, edición de ZANOBINI, G., reimpresión de la edición de 1950, Milán (Giuffrè), 1990, vol. II, *Diritto amministrativo*, pp. 351-358.

[81] A propósito de la utilización del término «totalitario» en la doctrina del derecho público de la época fascista y de la categoría «totalitarismo» en la historiografía véanse COSTA, P., «Lo Stato totalitario: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 28, 1999, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, tomo I, pp. 61-174, y GENTILE, E., *La via italiana al totalitarismo. Il Partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma (Carocci), 2001 (trad. esp. *La vía italiana al totalitarismo. Partido y Estado en el régimen fascista*, Buenos Aires (Siglo XXI editores), 2005).

[82] PANUNZIO, S., *Teoria generale dello Stato fascista*, cit. p. 28. Véase STOLZI, I., «Lo Stato corporativo», en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, *Diritto*, Roma (Istituto della Enciclopedia Italiana), 2012, pp. 497-503.

[83] Insisten adecuadamente sobre esta continuidad administrativa MELIS, G., *Fare lo Stato per fare gli italiani*, cit., pp. 147-162, y SORDI, B., «Corporativismo e dottrina dello Stato in Italia. Incidenze costituzionali e amministrative», en MAZZACANE, A., SOMMA, A., STOLLEIS M., (herausgegeben von), *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen*, Frankfurt am Main (Klostermann), 2005, pp. 142-145. La neutralidad y la independencia de la administración –como ha sido subrayado por FIORAVANTI, M., «Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato», cit., pp. 39-51– representaban para los juristas la principal garantía de continuidad respecto a la tradición liberal del Estado de derecho.

[84] MUSSOLINI, B., «Sulla dispensa dal servizio dei funzionari dello Stato», Camera dei Deputati, tornata del 19 giugno 1925, en MUSSOLINI, B., *Opera omnia*, ed. de SUSMEL E., vol. XXI, Florencia-Roma (La Fenice), 1956, p. 349.

[85] ROCCO, A., «Relazione del 28 maggio 1925 sul disegno di legge sulla dispensa dal servizio dei funzionari dello Stato», *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco*, cit., vol. III, *La formazione dello Stato fascista*, cit., p. 821. Sin embargo, sobre las contradicciones de las reformas fascistas véase MELIS, G., «La burocrazia», en DEL BOCA, A.; LEGNANI, M. y ROSSI M.G. (eds.), *Il regime fascista. Storia e storiografia*, Roma-Bari (Laterza), 1995, pp. 244-276.

[86] Véanse CASSESE, S., *Lo Stato fascista*, Bolonia (Il Mulino), 2010, pp. 33-37 y 47-64, CORSO, G., *L'ordine pubblico*, Bolonia (Il Mulino), 1979, en particular pp. 51-55, 145-151 y 281-297, TOSATTI, G., *Storia del Ministero dell'Interno*, cit., pp. 182-200; TOSATTI, G., «La repressione del dissenso politico tra l'età liberale e il fascismo. L'organizzazione della polizia», en *Studi Storici*, núm. 38, 1997, 1, pp. 238-252.

los secuestros, las confiscaciones, las autorizaciones y los permisos mientras se reducía la lista de los actos sometidos a la jurisdicción del Consejo de Estado[87]. Se acentuaba el control sobre las instituciones locales y la dependencia de la periferia con respecto al centro a través de la potenciación de los órganos de control («commissari straordinari», «prefetti»), la centralización de la hacienda local, y la colocación de órganos estatales («podestà», «preside», «segretario comunale») en lugar de órganos locales: los principios de autonomía, autodeterminación y electividad eran sustituidos sin solución de continuidad por los de centralidad, estatismo y designación[88]. Se instituía una conexión orgánica y funcional, una «simbiosis institucional», entre el partido y el Estado (el «partito-Stato»[89]), con la contemporánea afiliación de algunos órganos, como el «Gran Consiglio del Fascismo»[90], el secretario del partido y la «Milizia volontaria», a la estructura del partido y a la administración del Estado, y con la automática inclusión de algunos miembros del partido dentro de órganos constitucionales del Estado[91].

En fin, y sobre todo, el Fascismo aspiraba, a través del orden corporativo, a recomponer el pluralismo social y económico dentro de la unidad del Estado y a realizar «l'unità della società nello Stato, attraverso l'assunzione delle minori associazioni nella sua stessa organizzazione»[92], la «immedesimazione cosciente delle parti col tutto»[93]. Entre 1926 y 1939, a lo largo de un proceso lento y contradictorio, los arquitectos del régimen construían un edificio para integrar los diferentes componentes sociales y económicos de la nación[94]. Después de los Pactos de «Palazzo Chigi» (1923) y de «Palazzo Vidoni» (1925), la ley sindical reconfiguraba en clave colectiva el orden normativo de la sociedad, proveyendo los criterios para el reconocimiento jurídico de las asociaciones sindicales (de hecho, solo la fascista), regulando los efectos de los contratos colectivos e instituyendo la magistratura

[87] Sobre la jurisprudencia del «Consiglio di Stato» véase MELIS, G., *Fare lo Stato per fare gli italiani*, cit., pp. 163-230. Para una visión de conjunto sobre el sistema judicial del Fascismo, LACCHÈ, L. (ed.), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma (Donzelli), 2015, y SCHWARZENBERG, C., *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milán (Mursia), 1977.

[88] MELIS, G., *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 345-357; ROTELLI, E., «Le trasformazioni dell'ordinamento comunale e provinciale durante il regime fascista», en *Storia contemporanea*, núm. 4, 1973, pp. 57-121; TOSATTI, G., *Storia del Ministero dell'Interno*, cit., pp. 200-208; TOSATTI, G., «Il prefetto e l'esercizio del potere durante il periodo fascista», en *Studi Storici*, núm. 42, 2001, 4, pp. 1021-1039.

[89] PANUNZIO, S., *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., p. 285.

[90] Introducido en enero de 1923, fue constitucionalizado con la ley de 9 de dicembre de 1928, n. 2693.

[91] GENTILE, E., *La via italiana al totalitarismo*, cit., pp. 216-220. Véase de manera exhaustiva GREGORIO, M., *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milán (Giuffrè), 2013, pp. 157-177.

[92] ZANOBINI, G., *Corso di diritto corporativo*, Milán (Giuffrè), 1940 p. 29.

[93] PANUNZIO, S., *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., p. 25. Y para una «teoria generale della corporazione» pp. 123-165.

[94] Sobre el proceso de construcción del edificio corporativo véase AQUARONE, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Turín (Einaudi), 1978, tomo I, pp. 111-289, y GAGLIARDI, A., *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari (Laterza), 2010.

del trabajo[95]. Con un decreto de 2 de julio de 1926, el nuevo Ministerio de las corporaciones asumía el control y la coordinación de la esfera sindical, y pocos años después una ley de 1930 precisaba la composición y las atribuciones del «Consiglio nazionale delle corporazioni»[96]. Más adelante, en 1934, el legislador fascista instituía finalmente las Corporaciones, organizadas según el criterio del ciclo productivo[97]. En 1939 la nueva «Camera dei Fasci e delle Corporazioni» sustituía la Cámara de Diputados[98].

En la visión de la doctrina corporativa, el nuevo edificio –que con diferentes perspectivas imaginaban Bottai (1895-1959) y Panunzio (1886-1944)– era la solución del problema de la «crisi dello Stato moderno», porque consentía, archivando la experiencia del régimen parlamentario y su aclarada incapacidad de representar la sociedad de masas, regular autoritariamente la dimensión colectiva de la sociedad hasta incorporar establemente «tutte le forze sociali ed economiche espresse e realizzate dai cittadini» dentro de la estructura del Estado[99]. Despojado de la carga antiestatalista, el sindicato era un «ausiliario» del Estado[100], un «ente saldato all'amministrazione statale»[101]. Orientadas hacia la producción nacional, la propriedad y la empresa perdían su carácter típicamente privado[102]. Apartado de la vieja lógica iusnaturalista de que cada hombre es dueño de sus energías, el trabajo representaba un recurso nacional. Hasta el individuo, que en la visión liberal encarnaba el polo antitético al estatal, sufría un proceso de publicización hasta identificarse con el Estado[103].

---

[95] Ley de 3 de abril de 1926, n. 563, y decreto real de 1 de julio de 1926, n. 1130. Véase AQUARONE, A., «La politica sindacale del fascismo», en AQUARONE, A. y VERNASSA, M. (eds.), *Il regime fascista*, Bolonia (Il Mulino), 1974, pp. 233-257.

[96] Decreto real de 2 de julio de 1926, n. 1131, y ley de 20 de marzo de 1930, n. 206.

[97] Ley de 5 de febrero de 1934, n. 163, decretos del Jefe del Gobierno de 29 de mayo, 9 y 23 de junio de 1934.

[98] Ley de 19 enero de 1939, n. 129.

[99] BOTTAI, G., «Lo Stato corporativo: il suo ordinamento, le sue funzioni», 1930, ahora en BOTTAI, G., *Esperienza corporativa*, Florencia (Vallecchi), 1934, pp. 20-23. Véanse en particular SORDI, B., «Corporativismo e dottrina dello Stato in Italia», cit., pp. 129-146, y SPATTINI, G.C. «Corporativismo e diritto amministrativo», en *Diritto amministrativo*, núm. 18, 2010, pp. 1021-1062. Sobre la doctrina corporativa ORNAGHI, L., *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milán (Giuffrè), 1984, y STOLZI, I., *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milán (Giuffrè), 2007, pp. 97-200.

[100] PANUNZIO, S., *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., p. 25.

[101] BOTTAI, G., «Individuo, sindacato, corporazione e Stato nell'ordinamento corporativo», 1933, luego en BOTTAI, G., *Esperienza corporativa*, cit., p. 42.

[102] Declaración VII de la «Carta del Lavoro», aprobada por el Gran Consejo del Fascismo el 21 de abril de 1927: «lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione. L'organizzazione privata della produzione essendo una funzione d'interesse nazionale, l'organizzatore dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato».

[103] SPIRITO, U., «L'identificazione di individuo e Stato», en SPIRITO, U., *I fondamenti della economia corporativa*, Milán (Treves), 1936, ahora en SPIRITO, U., *Il corporativismo*, Florencia (Sansoni), 1970, pp. 195-208. Sobre la originalidad del pensamiento de Spirito, véase LANARO, U., «Appunti sul fascismo di «sinistra»», en AQUARONE, A. y VERNASSA, M. (eds.), *Il regime fascista*, cit., pp. 357-387.

A pesar de que el sistema corporativo finalmente fracasó en su misión y solo tuvo una función consultiva, el Fascismo consiguió igualmente dirigir la economía y organizar la sociedad con la así llamada «administración paralela»[104], «con strumenti diversi e più efficaci, con enti, leggi, atti amministrativi *che non hanno niente in comune con l'ordinamento corporativo*»[105]. Buena cuenta de todo ello da la amplia red de entes sectoriales, asociaciones encargadas de controlar, regular y promover sectores productivos, entes económicos y financieros autónomos –estructurados sobre el modelo de las sociedades comerciales y delegados a recoger, canalizar e invertir recursos financieros–, y entes de gestión social –encargados de proveer servicios de utilidad social, como la seguridad, la asistencia y la salud, o a organizar la vida cultural, deportiva y recreativa de los ciudadanos–[106].

En vísperas de la guerra, al término de esta tercera fase de su vida, la administración italiana no estaba ni separada, ni proyectada sobre el espacio social, sino que se hallaba integrada en él, teóricamente unida a la sociedad en un único cuerpo institucional conforme a un modelo de «Stato-società»[107]; era única, en cuanto conectada al vértice dictatorial del Estado, pero paradójicamente pluralista, en cuanto fragmentada en admnistraciones formalmente separadas (Estado, partido, sindicatos, corporaciones, entes económicos y financiarios, entes de sectores)[108]; llevaba a cabo funciones de ejecución, pero también de regulación y de normación, vaciando totalmente el principio de división de poderes; era neutral y a la vez política; era autoritaria e imperativa, aunque simultáneamente adoptaba, como nunca hasta ahora, formas del derecho mercantil y modelos del derecho privado.

V. CONCLUSIONES: ENTRE CONTINUIDAD TÉCNICA Y DISCONTINUIDAD POLÍTICA

La perpetuación –durante todo el periodo liberal y el periodo fascista– de las aspiraciones de centralización ministerial y de control de las autonomías locales, la continuidad de tendencias –antes, durante y después de la Gran guerra– y las paradojas del Estado fas-

[104] Véase MELIS, G., *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 357-368.

[105] CASSESE, S., «Corporazioni e intervento pubblico nell'economia», en AQUARONE, A. y VERNASSA, M. (eds.), *Il regime fascista*, cit., p. 352.

[106] Como los entes económicos para la agricultura (ley de 18 de marzo de 1942, n. 566), el «Ufficio vendite zolfi italiani» (r.d. de 11 de diciembre de 1933, n. 1699), el «Istituto cotoniero italiano» (r.d. 3 de marzo de 1934, n. 281), el «Ente nazionale per la cellulosa e per la carta» (ley de 13 de junio de 1935, n. 1453), el «Ente nazionale Metano» (ley de 2 de octubre de 1940, n. 1501), el «Istituto mobiliare italiano» (r.d. de 13 de novembre de 1931, n. 1398), el «Istituto per la Ricostruzione Industriale» (r.d.l. de 23 de enero de 1933, n. 5), etc.

[107] PANUNZIO, S., *Teoria generale dello Stato fascista*, cit., p. 24. «Uno dei principali caratteri, forse il più importante, dello Stato fascista» –escribía ZANOBINI, G., *Corso di diritto corporativo*, cit., p. 27– «è determinato dalla identificazione, che in esso si realizza fra i due termini, la società e lo Stato».

[108] Sobre las paradojas del Estado fascista CASSESE, S., *Lo Stato fascista*, cit., pp. 82-85, y PALADIN, L., «Ambiguità ed antinomie dell'ordinamento fascista», en ZANNI ROSIELLO, I. (ed.), *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, cit., pp. 159-181.

cista representan sólo algunos de los elementos que confirman la existencia de una línea de continuidad en la historia de la administración italiana, tan independiente de la evolución constitucional, de los cambios políticos y de las orientaciones ideológicas, como relacionada con un discurso técnico, social y económico.

Tampoco durante el Fascismo las líneas de desarrollo de la administración fueron exclusivamente la contingente manifestación de un momento político –esto es, la obvia consecuencia de la ideología del régimen– sino también el sedimento de un marco histórico en evolución, la solución técnica a un conjunto de exigencias sociales, económicas y tecnológicas procedentes del contexto nacional e internacional[109].

Como actor, como protagonista, la administración italiana interpretó diferentes papeles, actuó en diferentes películas, tantas como regímenes constitucionales se sucedieron en la historia de Italia; o en una sola película, si se acentúa la línea de continuidad que se perfila desde el nacimiento del Estado italiano hasta el comienzo de la República democrática. Una sola película que –quizás pueda conjeturarse en consideración a las continuidades existentes también entre el Estado fascista y el democrático– aún no ha terminado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AIMO, P., *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari (Laterza), 2000.

AIMO, P., *Stato e poteri locali in Italia 1848-1995*, Roma (Carocci), 1998.

ALLEGRETTI, U., *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bolonia (Il Mulino), 1989.

AQUARONE, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, 2 vol., Turín (Einaudi), 1978.

AQUARONE, A. y VERNASSA, M. (ed.), *Il regime fascista*, Bolonia (Il Mulino), 1974.

ASTUTI, G., *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Nápoles (Morano), 1966.

ASTUTO, G., *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*, Roma (Carocci), 2009.

CALANDRA, P., *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bolonia (Il Mulino), 1983.

[109] UNGARI, P., «Ideologie giuridiche e strategie istituzionali del fascismo», en AQUARONE, A. y VERNASSA, M. (eds.), *Il regime fascista*, cit., pp. 45-56.

CASSESE, S., *Lo Stato fascista*, Bolonia (Il Mulino), 2010.

CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milán (Giuffrè), 2010.

CIANFEROTTI, G., *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, vol. I, *Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali amministrazione e costituzione*, Milán (Giuffrè), 1998.

COSTA, P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán (Giuffrè), 1986.

FIORAVANTI, M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, 2 vol., Milán (Giuffrè), 2001.

FIORAVANTI, M., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín (Giappichelli), 1993.

FIORAVANTI, M., «Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato», en SCHIAVONE, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari (Laterza), 1990, pp. 3-87.

FIORAVANTI, M., «Stato (storia)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milán (Giuffrè), 1990, pp. 708-758.

GAGLIARDI, A., *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari (Laterza), 2010.

GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale d'Italia. 1848-1948*, 15.ª, ed., Roma-Bari (Laterza), 1996.

GIANNINI, M.S., «Profili storici della scienza del diritto amministrativo», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, núm. 2, 1973, pp. 179-274.

GOZZI, G., *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bolonia (Il Mulino), 1988.

GROSSI, P., «"Lo Stato moderno e la sua crisi" (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, pp. 1-22.

MANGONI, L., «La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani», en *Studi Storici*, 1982, núm. 1, pp. 75-100.

MANNORI, L. y SORDI, B., «Giustizia e amministrazione», en *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari (Laterza), 2002, pp. 59-101.

MANNORI, L. y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari (Laterza), 2001.

MARTUCCI, R., *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma (Carocci), 2002.

MAZZACANE, A. (ed.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, Nápoles (Liguori), 1986.

MAZZARELLA, F., «Vittorio Emanuele Orlando. Il giurista, l'avvocato, lo statista», *Le Carte e la Storia*, 2018, núm. 1, pp. 11-24.

MAZZARELLA, F., «Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 41, 2012, pp. 329-397.

MAZZARELLA, F., «Verso lo stato costituzionale di diritto», en VIOLA, F. (ed.), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bolonia (Il Mulino), 2012, pp. 27-49.

MAZZARELLA, F., «La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto», en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, núm. 16, 2011, pp. 57-79.

MAZZARELLA, F., «Vittorio Emanuele Orlando. Un giurista al servizio dell'Italia», en *Mediterranea. Ricerche storiche*, núm. 23, dicembre 2011, pp. 577-582.

MELIS, G., *Fare lo Stato per fare gli italiani. Ricerche di storia delle istituzioni dell'Italia unita*, Bolonia (Il Mulino), 2014.

MELIS, G., «La costruzione di una burocrazia unitaria», en *L'unificazione istituzionale e amministrativa dell'Italia. Convegni del 150° dell'Unità d'Italia*, Bolonia (Bolonia University Press), 2010, pp. 79-92.

MELIS, G., «La storia del diritto amministrativo», en *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, 2.ª ed., Milán (Giuffrè), 2003, pp. 95-171.

MELIS, G., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bolonia (Il Mulino), 1996.

MELIS, G., «La burocrazia», en DEL BOCA, A., LEGNANI, M. y ROSSI, M.G. (eds.), *Il regime fascista. Storia e storiografia*, Roma-Bari (Laterza), 1995, pp. 244-276.

MELIS, G., «Amministrazioni speciali e Mezzogiorno nell'esperienza dello Stato liberale», en *Studi Storici*, núm. 34, 1993, pp. 463-527.

MELIS, G., «Fascismo (ordinamento costituzionale)», en *Digesto*, *Discipline Pubblicistiche*, vol. VI, Turín (Utet), 1991, pp. 259-273.

MELIS, G., *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma (Ministero per i beni culturali e ambientali), 1988.

MELIS, G., *Amministrazione nuova e burocrazie tradizionali nell'Italia giolittiana e fascista*, Sácer (Gallizzi), 1984.

MOZZARELLI, C. y NESPOR, S., *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello stato*, Venecia (Marsilio), 1981.

ORNAGHI, L., *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milán (Giuffrè), 1984.

PALADIN, L., «Fascismo (Diritto costituzionale)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milán (Giuffrè), 1967, pp. 887-902.

ROMANELLI, R. (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma (Donzelli), 1995.

ROMANELLI, R., *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bolonia (Il Mulino), 1988.

RUFFILLI, R., «Problemi dell'organizzazione amministrativa nell'Italia liberale», en *Quaderni storici*, núm. 6, 1971, 18/3, pp. 699-730, luego en RUFFILLI, R., *Istituzioni Società Stato*, vol. I, *Il ruolo delle istituzioni amministrative nella formazione dello Stato in Italia*, Bolonia (Il Mulino), 1989, pp. 365-395.

SANDULLI, A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milán (Giuffrè), 2009.

SORDI, B., «Dall"attività sociale ai pubblici servizi: alle radici ottocentesche dello Stato sociale», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 46, 2017, *Giuristi e Stato sociale*, tomo I, pp. 175-198.

SORDI, B., «Corporativismo e dottrina dello Stato in Italia. Incidenze costituzionali e amministrative», en MAZZACANE, A., SOMMA, A. y STOLLEIS, M. (eds.), *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen*, Frankfurt am Main (Klostermann), 2005, pp. 129-146.

SORDI, B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milán (Giuffrè), 1985.

SPATTINI, G.C., «Corporativismo e diritto amministrativo», en *Diritto amministrativo*, núm. 4, 2010, pp. 1021-1062.

STOLZI, I., *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milán (Giuffrè), 2007.

TESSITORE, F., *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Nápoles (Morano), 1963.

TOSATTI, G., *Storia del Ministero dell''Interno. Dall'Unità alla regionalizzazione*, Bolonia (Il Mulino), 2009.

ZANNI ROSIELLO, I. (ed.), *Gli apparati statali dall'Unità al fascismo*, Bolonia (Il Mulino), 1976.

LOS ACTOS NEUTRALES Y EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES*

THE NEUTRAL ACTS AND THE MONEY-LAUNDERING OFFENCE

Daniel Méndez Gallo**

Resumen: La crisis económica ha diezmado las arcas públicas, provocando que se aumenten los esfuerzos para conseguir ingresos. Para ello, se intenta eliminar la existencia de capital no controlado por la Hacienda pública, a través de una legislación cada vez más expansiva. En materia de blanqueo de capitales también se ha vivido esta expansión, quedando incriminadas conductas con una clara vocación delictiva pero también otras que se realizan dentro de los estándares sociales, las conocidas como actos neutrales. Analizaremos la posible subsunción de tales acciones en el tipo del delito de blanqueo de capitales, mediante el estudio del debate doctrinal y jurisprudencial, para fijar los límites de la intervención del derecho penal respecto de las conductas socialmente adecuadas.
Palabras clave: blanqueo de capitales, actos neutrales, imputación objetiva, autoría, riesgo permitido.

Abstract: The economic crisis has decimated the public coffers, producing an increase in efforts to generate revenue. For this reason, eliminating the existence of capital beyond the supervision of the Tax Authority has been attempted through ever-expanding legislation. With regard to money laundering this expansion has also been imposed, criminalising not only conduct of a clear criminal vocation but also that which falls within social standards: the so-called neutral acts. We will analyse the possible subsumption of such actions in the money laundering offense by examining jurisprudence and case law, in order to establish the limits of the intervention of criminal law with respect to socially appropriate conduct.
Key words: money laundering, neutral acts, proximate cause, authorship, allowed risk.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. MARCO CONCEPTUAL DEL BLANQUEO DE CAPITALES; 1. Denominaciones; 2. Bien jurídico protegido; III. ACTOS NEUTRALES; 1. Concepto; 2. Problemática en el blanqueo de capitales; 3. ¿Cuándo un acto «neutral» puede constituir una acción de blanqueo?; 4. Actos neutrales en el artículo 301.2 y 301.3 CP; 5. Análisis jurisprudencial; 6. Especial referencia a la figura del abogado; IV CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFIA.

* Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2017.
Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2018.
** Graduado en Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: daniel.mendezg@hotmail.com.
Trabajo de Fin de Grado tutelado por Julio Díaz-Maroto y Villarejo.

I. INTRODUCCIÓN

Durante estos diez últimos años venimos sufriendo una grave crisis, que ha minado considerablemente las arcas públicas. Esto ha llevado a que desesperadamente se busquen ingresos para estas y una de las zonas donde se ha puesto especial interés es la de intentar reducir a lo mínimo posible los capitales que se mueven a las espaldas de la Hacienda Pública. Inspectores fiscales, Ministerio Fiscal, etc. han sido los encargados de llevar a cabo esta tarea, no sin contar a sus espaldas con una legislación tendente a ampliar cada vez más su radio de acción.

En este punto, se encuentra el delito de blanqueo de capitales. Tras la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, actualmente se encuentra vigente la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En esta última, el art. 301.1 CP dispone dos conductas para que concurra el citado delito: en primer lugar, es necesario que se adquieran, posean, utilicen, conviertan, o transmitan bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona y, de forma independiente; en segundo lugar, que se realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Esta nueva redacción nos lleva a analizar los actos cotidianos del tráfico diario que son ofertados y demandados a cualquier persona. Estos son los conocidos como actos neutrales. Y nos preguntamos si es posible que este tipo de actividades puedan quedar abarcadas por el tipo o deban mantenerse fuera por algún tipo de interpretación restrictiva.

El presente trabajo pretende exponer cuál es la situación actual de la discusión de los actos neutrales en referencia al blanqueo de capitales y dar una herramienta teórica que permita una restricción correcta del ámbito de este tipo delictivo. Entendemos que su punibilidad conllevaría graves riesgos constitucionales al incluir en el tipo conductas amparadas por el principio de libertad de la Constitución y por acercarnos a un derecho penal del enemigo. Para ello, en primer lugar, vamos a estudiar la problemática general sobre el blanqueo de capitales. Una vez sentados cuáles son los aspectos básicos de este delito, pasaremos a detallar qué es lo que entendemos por actos neutrales. A continuación, analizaremos cuáles son las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia sobre dicha problemática y cuáles son las propuestas que nos ofrecen. Por último, concluiremos ofreciendo nuestro pensamiento y solución sobre la posible punibilidad de los actos neutrales.

II. MARCO CONCEPTUAL DEL BLANQUEO DE CAPITALES

1. Denominaciones

El problema del blanqueo de capitales es por todos reconocido como un fenómeno de carácter supranacional y ligado a la delincuencia organizada. Tras la reforma del Código

Penal por la LO 5/ 2010[1], es este término el utilizado en nuestro CP para hacer referencia a este tipo de ilícito en los artículos 301 a 304. Con esto, se termina aceptando dicho término, manejado comúnmente por la sociedad y en el resto de los ordenamientos[2], del cual el legislador había intentado huir y gran parte de la doctrina ha criticado por su escaso rigor técnico y por tratarse de la jerga del hampa[3].

Una vez sentado lo anterior, se han terminado de superar denominaciones como la mantenida por el CP de 1995 «conductas afines a la receptación», que podrían llevar a equívoco[4]. No debemos olvidar, que el blanqueo no es una conducta receptadora, entre otras cosas, debido a que no es necesario el ánimo de lucro ni tampoco haber participado en el delito previo. En este sentido, hay que señalar la diferencia terminológica que recoge Blanco Cordero[5] entre blanqueo y lavado. Según este autor, estaríamos ante blanqueo cuando el dinero es generado lícitamente pero fuera del control de la Administración Tributaria, el denominado «dinero negro», mientras que, si es derivado de actividades delictivas nos encontraríamos con lavado de «dinero sucio». Se trata de una diferencia terminológica de la que discrepa Abel Souto[6] y cuyos argumentos, en nuestra opinión, resultan concluyentes para respaldarlos frente a los de Blanco Cordero. Como señala el autor, realizar una diferenciación entre blanqueo y lavado podría llevar a equívoco y hacer pensar que en legislaciones como la nuestra ya solo porque el delito sea nombrado como blanqueo de capitales incluya, por ejemplo, dentro de su objeto a la cuota defraudada del ilícito tributario; y que, en otras legislaciones como la alemana, se excluya porque se utilice el término «lavado». Por tanto, siguiendo la doctrina mayoritaria, al referirnos a blanqueo o lavado lo hacemos de forma indistinta aludiendo al mismo fenómeno[7].

Una vez aclarada la cuestión terminológica, debemos comenzar la exposición sobre el concepto del delito desde dos sentidos distintos. Como señala Blanco Cordero[8], dependiendo del origen del bien que se pretende blanquear nos encontraremos ante el sentido amplio o el sentido estricto. En primer lugar, si la legitimación es de bienes de procedencia ilegal, es decir, obtenidos de forma no delictiva pero sí al margen de la Administración Tributaria, estaremos ante el blanqueo de capitales en sentido amplio. Si se refiere exclusivamente a la reconversión de bienes de origen delictivo, estaríamos ante el sentido estricto del delito de

---

1 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que puso en vigencia el Código Penal de 1995 (BOE, núm. 152, de 23/06/2010).

2 En Estados Unidos «*money laundering*»; en Francia se prefiere hablar de «*blanchiment de l'argent*»; «*Geldwäsche*» es la expresión utilizada en Alemania.

3 BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2015, p. 98.

4 VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, p. 146.

5 BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 99.

6 ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Santiago de Compostela (Universidad de Santiago de Compostela), 2002, pp. 28-29.

7 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Blanqueo de capitales», en *Memento Práctico Penal 2017*, Madrid (Francis Lefebvre), 2017, p. 1338.

8 BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de blanqueo de capitales*, cit., p. 103.

blanqueo. Es la naturaleza de este último la que hace necesaria la intervención del derecho penal.

Por tanto, asumiendo que es el sentido estricto el de interés para el derecho penal, ahora sí podemos dar una definición analítica de este delito. La doctrina entiende de forma consensuada como blanqueo «el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico o financiero»[9].

De esta definición obtenemos los siguientes elementos. En primer lugar, se trata de un *proceso*. Por tanto, no es un acto aislado por el que los bienes pasen a tener apariencia legítima, sino un proceso dividido en fases[10], donde se oculta su procedencia o destino, para simular su auténtica naturaleza y conseguir poder disfrutar de los bienes sin levantar sospechas de su origen. El propio legislador reconoce en las conductas típicas contenidas en los artículos 301.1 y 301.2 CP que es un proceso de *ocultación***,** como indica el elemento subjetivo del apartado 1 «(…) para ocultar o encubrir su origen ilícito», y en el apartado 2, el acto típico de «ocultación o encubrimiento». Blanco Cordero hace especial referencia al objeto que se oculta, encuadrándose dentro de la doctrina mayoritaria que considera que el fin del blanqueo es ocultar el origen de los bienes.

Las fases de este proceso, según el GAFI[11] son: colocación, enmascaramiento e integración. Este informe no tiene carácter vinculante, pero nuestro alto tribunal ha optado también por reconocer que el proceso del fenómeno del blanqueo está compuesto por estas tres fases, recogidas en la STS 156/2011, de 21 de marzo, FJ 2. El ponente de esta sentencia D. Joaquín Giménez García destaca en el motivo sexto que: «el delito de blanqueo de capitales se vertebra en tres fases sucesivas y enlazadas. La primera fase está constituida por la colocación de los capitales en el mercado. La segunda consiste en una técnica de distracción para disimular su origen delictivo. La tercera es la reintegración en virtud de la cual el dinero, ya blanqueado vuelve a su titular».

Como se señala, el último elemento del concepto es la *integración*[12], conseguida a través de la apariencia final de legitimidad, que gracias a ella le permite dar una explicación de la naturaleza de los bienes y así poder reintegrarlos al tráfico económico legal. Consideramos que este es el elemento fundamental del concepto de blanqueo de capitales frente a lo que piensa una parte de la doctrina, que considera los actos de ocultación para dotar de apariencia legal a los bienes como el elemento central del concepto. Por ejemplo, Fabián Caparrós hace referencia al blanqueo como: «el proceso a través del cual se dota de apariencia legítima a unos bienes –con independencia de cuál sea la forma que adopten: muebles

[9] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Madrid (Dykinson), 1999, p. 5.

[10] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Blanqueo de capitales», cit., p. 1339.

[11] GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE, *Rapport sur la Lutte contre le blanchiment de capitaux*, Annexe 2, *Collection des rapports officiels*, París 1990, p. 91.

[12] DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Blanqueo de capitales», cit., p. 1339.

o inmuebles, tangibles o intangibles, etc.– procedentes de actividades criminales»[13]. Sin embargo, esta opinión provoca cierta inseguridad jurídica, pues de nada vale dotar a estos bienes de apariencia legal si no se incorporan al sistema económico para disponer de ellos, finalidad prioritaria para el disponente.

2. Bien jurídico protegido

Sentado todo lo expuesto en el apartado anterior, la referencia a la agregación de los bienes al orden socioeconómico legal nos lleva a destacar otro de los problemas más discutidos por la doctrina, como es el bien jurídico protegido; ya que, como señaló Vives Antón, su lesión es «el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad»[14].

Un repaso a la doctrina nos revela dos configuraciones predominantes: una se encamina a la protección de la Administración de Justicia y la otra a la tutela del orden socioeconómico.

Frente a estas dos corrientes, se enfrenta la tesis de Bajo Fernández, que considera que el blanqueo es una actividad irrelevante para el interés del derecho penal y que no solo no da lugar a tipificación alguna, sino que debe ser reconducida ya que permite la reincorporación a la legitimidad de los bienes sustraídos del control fiscal[15]. Este punto de vista tiene su explicación en que el autor defiende un concepto de blanqueo mucho más extenso, considerando el sentido amplio del blanqueo parte del interés del derecho penal. Así lo evidencia la definición del autor: «por blanqueo de dinero entendemos una estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza». Por ello, ve de forma positiva la reintegración, ya que ahora van a estar de nuevo los bienes fiscalizados y controlados, por lo que el Estado puede aprovecharse de ellos.

Este autor ha sido criticado por no distinguir entre dinero negro y sucio[16], ya que para el fenómeno del dinero negro existen métodos como la regularización fiscal para reintegrarlos al tráfico económico y con el dinero sucio esto no es posible. En especial, como señala Palma Herrera no debe confundirse el interés recaudatorio del fisco con el bien jurídica-

[13] FABIÁN CAPARRÓS, E., «Relaciones entre el blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)», en FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. II, Salamanca (Ediciones de la Universidad de Salamanca), 2002, p. 104.

[14] VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema penal*, 1.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, p. 484, nota 71.s.

[15] BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2.ª ed., Madrid (Ceura), 2010, pp. 714 y ss.

[16] FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid (Colex), 1998, p. 64, nota 106.

mente protegido, que es justamente que esas ganancias no entren en el sistema económico y empiecen a tributar como legítimas, ya que el Estado está obligado a proteger la libre y leal competencia en el mercado de los efectos anticompetitivos que genera la incorporación en su seno de capitales de origen delictivo[17].

Por tanto, hay que analizar el blanqueo desde el daño que puede causar a la sociedad y no solo desde una visión económica donde puede tener más inconvenientes que ventajas su tipificación.

Una vez sentado que el blanqueo sí que merece un juicio negativo, hay que analizar la discusión doctrinal sobre cuál es el *bien protegido*, teniendo en cuenta que debemos distinguir entre bien jurídico y la *ratio legis* de la norma. El primero es definido como «todo aquello que, desde un punto de vista del orden social, aparece como un valor positivo y, precisamente por ello, goza de la protección del derecho»[18] y la segunda es la finalidad objetiva de la norma. No se deben confundir estos dos conceptos pese a que la concepción teleológica del tipo los una. Por lo tanto, el bien jurídico es la representación de la función político-social de la norma y justifica su existencia. Es el componente primario y motriz de la *ratio*, que será la exteriorización de la voluntad del legislador, de los objetivos político criminales que llevan a este a incriminar una conducta. Esta distinción es fundamental ya que, como veremos más adelante, cuando analicemos los actos neutrales en relación con el blanqueo de capitales, si acudimos al bien jurídico para intentar delimitar el tipo del blanqueo, nos lleva a soluciones incompletas y problemáticas, siendo preferible acudir a la *ratio legis*, lo cual no quiere decir que no exista bien jurídico protegido.

Retomando la discusión sobre las dos configuraciones enfrentadas, una parte de la doctrina concibe la Administración de Justicia como el bien jurídico protegido y se basa en que estamos ante una colaboración posterior, ante una conducta encubridora, en la que se trata de obstaculizar el conocimiento de la Administración de Justicia del delito previo cometido.

Sin embargo, la idea de considerar a la Administración de Justicia como único bien jurídico no resulta del todo completa, ya que, si recordamos los tres elementos del blanqueo, esta corriente solo se ocupa de los dos primeros, olvidando la integración, calificada previamente como criterio determinante en la conceptualización de este delito. Además, basar este ilícito en esta protección, no lo distinguiría mucho del encubrimiento, que ya protege las lesiones contra la Administración de Justicia.

Así se mantiene por otra parte de la doctrina, como decíamos, la interpretación de que el bien protegido es el orden económico, sosteniendo su pensamiento en una interpretación sistemática del CP, donde ya en el anteproyecto de 1992 se señalaba que este era un delito que agredía «genuinamente» al orden socioeconómico. Más tarde, en el código de 1995,

[17] PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid (Edersa), 2000, pp. 274-275.
[18] RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal, Parte General*, Madrid (Civitas), 1977, pp. 276-277.

se introdujo dentro de los delitos contra el orden económico en el título XII. Esta visión abarcaría todas las fases del blanqueo.

Sin embargo, como bien señala Martínez-Buján, «el orden económico no sirve para designar, en rigor, un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico, ni siquiera en el caso de los delitos económicos en sentido estricto. De ahí que, a los efectos de interpretar la figura del blanqueo, resulten insuficientes las meras referencias a dicho orden sin mayores especificaciones»[19].

Por tanto, dentro de esta corriente doctrinal, se dividen los autores en varias posturas para determinar el bien jurídico técnico protegido dentro de este orden socioeconómico. Para un sector doctrinal, *la libre competencia* sería este bien jurídico, ya que contar con un flujo de bienes al simple coste de la comisión de delitos permite lograr fácilmente posiciones monopolísticas dañando el acceso a la economía lícita en igualdad de condiciones[20]. Esta postura de la protección de la libre competencia no es aceptada entre otros por Martínez-Buján o Díaz-Maroto, pues para este otro sector doctrinal se estaría protegiendo la *licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal*, interpretación a la que nos sumamos, ya que la protección de la libertad del tráfico contra los productos de origen ilícito es una condición esencial para la economía de mercado[21]. Y ello por tres razones: en primer lugar, porque creemos que los blanqueadores no buscan obtener una posición de monopolio, sino solamente disponer pacíficamente de los bienes sin levantar sospechas, cosa que en una posición de monopolio difícilmente sería imaginable; en segundo lugar, debido a que los costes en los que se incurren no tienen por qué ser menores, ya que habitualmente se soporta el coste de empresas deficitarias, solo útiles para el blanqueo; y por último, porque las conductas de blanqueo afectan de la misma manera a la competencia que los pactos colusorios, pero la inexistencia de una protección penal global nos muestra que si este fenómeno vulnerase exclusivamente la concurrencia nada explicaría que la punición solo se centrase en el blanqueo y no en todas las conductas que afectan de la misma manera que este[22].

No obstante, hay que tener en cuenta que la letra de la ley actual, muy semejante al anterior artículo 344 bis h), sigue definiendo el delito de un modo más inclinado a la protección de la Administración de Justicia y también que la gravedad de las penas no puede ser explicada solo con base en la lesión del orden socioeconómico[23], esto explica que tampoco resulte del todo satisfactoria esta tesis.

---

[19] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial,* 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 565; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, cit., p. 14; entre otros.

[20] BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de blanqueo de capitales*, cit., p. 324.

[21] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, cit., p. 565.

[22] ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, cit., pp. 335-338.

[23] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, cit., p. 564.

Tras todo lo señalado, no podemos coincidir con que el bien jurídico se agota exclusivamente ni en la protección de la Administración de Justicia ni en la del orden socioeconómico. En nuestra opinión, estamos ante un delito «pluriofensivo» que protege el correcto funcionamiento tanto de la Administración de Justicia como del tráfico económico y financiero legal, entendiéndose este cual concreción del orden socioeconómico.

Para completar la visión sobre esta intrincada problemática, no debemos dejar de analizar la tesis de Fernando Molina. El autor se aproxima al problema del bien jurídico de una manera diferente, y más original, al apoyar su tesis en tres cuestiones de la teoría general del delito: la teoría del bien jurídico, la del *inter criminis* y la de la participación.

Todo ello para justificar que el blanqueo es un delito pluriofensivo. Por un lado, afecta a la administración de justicia, de la misma manera que lo hace el encubrimiento, ya que en ambos casos se impide el conocimiento del delito original, provocando que no se puedan cumplir los fines de la pena y, por tanto, frustrando los sentimientos de justicia y la prevención de futuros delitos. Por otro lado, se lesionarían los bienes jurídicos pertenecientes a los delitos de los que procede el dinero blanqueado y de los que se cometan con dinero blanqueado. Esto es debido a que el autor entiende que el blanqueo es una participación amplia tanto en los delitos previos como en los delitos posteriores cometidos con dinero blanqueado, porque con el blanqueo se crea un clima de favorecimiento de comisión de delitos debido a la existencia de un mercado que ofrece una expectativa de poder lucrase de los bienes y de financiar los delitos posteriores con el dinero blanqueado[24].

Coincidimos con esta teoría en que, efectivamente, el blanqueo es un delito pluriofensivo, pero no se protegen los bienes jurídicos de los delitos previos, ya que la existencia del propio mercado no es por sí sola la que provoca la clara expectativa de lucrarse con los delitos o de financiar los delitos posteriores, que es más simple con dinero sin blanquear, como expresa el propio autor[25]. Lo que aquí genera el blanqueo es el daño al sistema socioeconómico mediante la introducción de capitales delictivos, que influyen de manera negativa en el mercado, viciándolo. Por ejemplo, perdiendo la confianza en él o el prestigio de sectores propensos al blanqueo.

La determinación del bien jurídico tiene una gran importancia respecto del núcleo de la obra, como son los actos neutrales, así como la diferencia entre *ratio legis* y bien jurídico protegido. Se vuelven ambas indispensables para poder realizar una adecuada restricción del tipo, como veremos más adelante. A esta cuestión sobre la posible inclusión como típicos de los actos neutrales, nos dedicaremos de ahora en adelante tras este resumen de la tipificación del delito de blanqueo de capitales en nuestro país.

---

[24] MOLINA FERNÁNDEZ, F., «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la "participación" en el delito», en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid (Marcial Pons), 2009, pp. 117-123.

[25] MOLINA FERNÁNDEZ, F., «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la "participación" en el delito», cit., p. 119.

III. ACTOS NEUTRALES

1. Concepto

La moderna teoría del delito se caracteriza por reelaborar los conceptos que rigen el sistema penal. De este modo, a principios de siglo se consideraba que, si una acción se podía subsumir dentro del tipo, aunque solo fuese de manera formal, ya se consideraba como típica. Ahora ya no solo es necesario que se dé esa mera subsunción, sino que, además, se añade a la tipicidad el elemento teleológico que provoca que la conducta deba ser peligrosa o dañina para el bien jurídico[26].

Ello genera la creación de uno de los debates doctrinales y jurisprudenciales más importantes de los últimos tiempos. Se trata de la discusión sobre si acciones normales, diarias, propias de negocios estándar, que se ofrecen dentro del mercado a cualquier cliente que las solicita, pueden llegar a ser penalmente típicas, por crear un riesgo jurídicamente desaprobado que dañe, como decíamos, el bien jurídico.

Estas acciones sobre las que se discute son los conocidos como «actos neutrales». La doctrina alemana se ha venido pronunciando en este sentido. Ya Welzel resaltó la atipicidad de aquellas, debido a que se producen dentro del marco del orden social y dentro de una gestión ordenada y las conductas que merecen un reproche penal son las que se apartan gravemente de los órdenes de la vida social. Hassemer sigue una misma línea indicando que son acciones diarias que se encuentran dentro de la libertad general de acción y que tienen una apariencia externa no delictiva, pese a que se puedan incluir dentro de un tipo penal.

Para ilustrar esto, vamos a recurrir al conocido ejemplo de Jakobs, en el que parece claro que el panadero que vende una barra que luego el comprador envenena para matar a su esposa, no puede ser condenado como partícipe de este asesinato. Pero más dudoso parece cuando al panadero le añadimos una información extra: que tenía conocimiento de que la barra de pan se utilizaría para matar a la esposa. Por ello, otra parte de la doctrina alemana no comparte que se pueda excluir la punibilidad de estas acciones neutrales de forma general, sino que habrá que estar al análisis de si el conocimiento nos revela una contribución con sentido delictivo para determinar su tipicidad, como señala Roxin[27].

La doctrina anglosajona también ha abordado el problema aquí tratado, pero recurriendo mayoritariamente a criterios subjetivos para restringir la punibilidad de este tipo de acciones. Dicha doctrina ha centrado la cuestión en la punibilidad de la venta de bienes normalmente comercializables *–ordinary marketable commodity–*. Los tribunales, al igual que la doctrina mayoritaria, restringen la punibilidad con base en el conocimiento que tenga

[26] BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada (Comares), 2003, p. 1.

[27] Recogidas todas ellas en BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* vol. 50, 1997, pp. 264-267.

el vendedor de la actuación que vaya a realizar posteriormente el comprador de este tipo de bienes. Si tenía dicho conocimiento antes de la venta y transmite la propiedad del bien, será una acción típica; por el contrario, si adquiriese dicho conocimiento después de transmitir la propiedad, pero antes de su entrega no sería un comportamiento culpable[28]. Esta solución a la que llegan los tribunales, en casos como *National Coal Baird v. Gamble*, es criticada por la doctrina mayoritaria, en especial por Smith y Hogan, que la califican de poco satisfactoria[29] ya que la distinción realizada por los tribunales es propia del derecho civil. Para los autores, no debe hacerse responsable al vendedor en función de la transmisión de la propiedad sino en función de la entrega del bien y de si adquirió el conocimiento de que dicho bien iba a ser utilizado para cometer un posterior delito antes o después de entregar el bien al comprador, siendo culpable cuando el conocimiento sea anterior a la entrega del bien[30] . Otra parte de la doctrina discute esta solución y aboga por no considerar nunca culpable al vendedor en este tipo de actuaciones, ya que supondría una extensión excesiva de la responsabilidad penal, al hacer garante al vendedor de la actuación posterior del comprador[31].

No solo la doctrina extranjera se ha ocupado de este asunto, también nuestra doctrina, que de una manera parecida se basa en la teoría de la imputación objetiva para fundamentar la exclusión de la tipicidad.

En primer lugar, Feijoo Sánchez[32] acude al principio de prohibición de regreso, exponiendo que no podrá ser punible una acción que tiene un sentido externo distinto del de favorecer un delito. La conducta que tiene un sentido social propio no puede ser objeto del derecho penal, siendo solo punible la que tiene como único sentido objetivo cooperar con el delito. Una vez sentado esto, entra en juego el principio de prohibición de regreso, según el cual, aunque se actúe favoreciendo el delito, no será punible esta participación cuando no haya datos objetivos que hagan pensar que el tercero ha decidido ejecutar el delito cuando se realiza dicho favorecimiento. Por ello, según el autor cuanto más objetivada esté la realización del tipo, más difícil será distanciarse de la tipicidad[33].

Por otro lado, Cerezo Mir[34] excluye la tipicidad con base en el principio de confianza. En consecuencia, para dicho profesor, si no conoció o no pudo conocer el deseo del autor de cometer el delito, su acto será atípico. Será López Peregrín quien busque una solución a través del riesgo permitido. Para esta autora, pese a que la conducta realizada suponga la

---

28 SMITH, J. y HOGAN, B., *Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2015, p. 228.

29 SMITH, J. y HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., p. 228.

30 SMITH, J. y HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., pp. 228-229.

31 WILLIAMS G., *Criminal Law: The General Part*, 2.ª ed., Londres (Stevens & Sons), 1961, p. 124; WILLIAMS G., *Textbook of Crime Law*, 1.ª ed., Londres (Stevens & Sons), 1978, pp. 293-294.

32 FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Límites de la participación criminal ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en el derecho penal?,* Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1999, pp. 56 y ss.

33 FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Límites de la participación criminal ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en el derecho penal?,* cit., p. 73.

34 CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español, Parte General, II. Teoría jurídica del delito,* 6.ª ed., Madrid (Tecnos), 1998, p. 172.

creación de un riesgo para el bien jurídico, no será penalmente desvalorada, independientemente del grado de conocimiento que se tenga del plan delictivo si es socialmente útil, ya que es una conducta necesaria con un sentido en sí mismo; esta utilidad social es la que inspira el riesgo permitido[35].

Por último, Gómez Tomillo hace referencia al sentido delictivo de la cooperación. Considerando punible la cooperación causal que se concreta en la producción del resultado, es decir, la cooperación que posea un contenido jurídicamente desaprobado que se materialice en el daño, será la cooperación penada[36]. En otras palabras, la que sin ella no se hubiese realizado el delito.

Nuestro alto tribunal se ha hecho eco de esta cuestión, y en su STS 974/2012, de 5 de diciembre, FJ 8º, nos presenta los «actos neutrales» como aquellos que son «insuficientes para erigir el comportamiento de su autor en forma participativa criminalizada bajo el título de cooperación necesaria», recordando su pronunciamiento de la STS 1300/2009, de 23 de diciembre. Recogiendo la jurisprudencia anterior: «en el marco de nuestra jurisprudencia, hemos abordado aspectos de esta cuestión al referirse al significado causal de acciones cotidianas respecto del hecho principal (STS 185/2005 –RJ 2005, 4970–), a la del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006 –RJ 2006, 8412–) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte de droga (STS 928/2006 –RJ 2007, 29–)», nos señala que perderán el carácter de neutral cuando «la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada». Por tanto, para el Tribunal Supremo conviene conocer como actos neutrales: «aquellos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por "típicos" penalmente. Y no lo son porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado». Esto ya lo muestra en su STS 34/2007, de 1 de febrero, al indicar que: «una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución».

La STS 942/2013, de 11 de diciembre, FJ 4º, basándose en la anterior jurisprudencia, nos da una definición que nos va a servir de referencia para el resto del trabajo al decir que los actos neutrales «son conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicos».

---

[35] LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., *La complicidad en el delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pp. 272-273.

[36] GOMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación,* Granada (Comares), 1998, p. 434.

2. Problemática en el blanqueo de capitales

Dentro del blanqueo de capitales existe el mismo problema respecto a este tipo de conductas, pero en este caso no en los tipos de participación sino en el marco de la autoría. Ello se debe a que el propio delito en sí es la tipificación independiente de una participación post-delictiva. Los problemas aparecen por la redacción del artículo 301.1 del CP, que parece sancionar dos conductas independientes, como resulta evidente si realizamos una interpretación literal del precepto, valoramos los antecedentes legislativos y tenemos en cuenta la voluntad del legislador. Por tanto, tienen cabida en el artículo, en primer lugar, todos los actos de adquisición, posesión, conversión y transmisión que se realicen con conocimiento del origen delictivo de los bienes y; en segundo lugar, todos los actos indeterminados realizados con la finalidad de ocultar, encubrir o auxiliar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones para eludir las consecuencias legales de sus actos[37].

Por ello, con esta redacción, no cabe duda de que quedan incluidas conductas como la de adquirir bienes de procedencia delictiva para ejecutar un plan de ocultación de los mismos o la de trasladar dinero sucio a un paraíso fiscal, que tienen una clara vocación blanqueadora. Pero también, esta amplísima redacción incluye los anteriormente mencionados actos neutrales, en los que existen dudas de si deben ser objeto de sanción pese a tener conocimiento del origen delictivo, ya que se realizan dentro de los estándares sociales. Ejemplos de ello serían conductas como la recepción de dinero de un panadero por parte de un narcotraficante por la venta de pan, la de un abogado por sus servicios o, más llamativo aún, la utilización de la piscina de un narcotraficante cuando se conoce que se construyó con dinero procedente del narcotráfico.

Es evidente que una construcción así necesita una interpretación restrictiva, a fin de que no se vea comprometido el contenido esencial de los derechos fundamentales económicos del ciudadano relativos a la participación en el tráfico de bienes y servicios, al someterle a un riesgo muy elevado de punibilidad[38]. De no ser así, se estaría ante un tipo que nos acerca al derecho penal del enemigo, en el que se considera al ciudadano un riesgo para la seguridad[39], no sancionándose solo los actos de blanqueo, sino todos los que quiebren ese aislamiento social del delincuente. Dado que la única vía de restricción que muestra la letra del artículo es el conocimiento del origen de los bienes, no resulta suficiente para resolver todos los casos, sobre todo en aquellos en el que desconocimiento es difícilmente defendible, como el

[37] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, cit., p. 575. En el mismo sentido, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de blanqueo de capitales*, cit., p. 606; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «El blanqueo de capitales y su regulación en España», *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 26, 2016, p. 15.

[38] BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», cit., p. 290.

[39] BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», cit., p. 291.

caso del abogado que defiende al narcotraficante. En estos casos, de aceptar su punibilidad, podrían afectar a derechos fundamentales y al propio funcionamiento del proceso penal[40].

Sentada la necesidad de una interpretación restrictiva, vamos a analizar los intentos de la doctrina y la jurisprudencia por delimitar en qué casos esos actos neutrales sí que se deben considerar como una acción de blanqueo.

3. ¿Cuándo un acto «neutral» puede constituir una acción de blanqueo?

La doctrina se encuentra dividida en dos vías de restricción del tipo. En primer lugar, vamos a analizar los fundamentos que dan los partidarios de excluir la tipicidad de las acciones con base en el tipo objetivo.

Un primer intento de limitar el tipo fue considerar que, mientras las conductas llevadas a cabo se muevan dentro del rol social normal y de los límites de la gestión ordenada, no podrán ser calificados como actos típicos. Este intento de considerar conductas *per se* neutrales no resulta del todo eficaz por su gran indeterminación[41] y porque cualquier conducta puede adquirir sentido delictivo si se dan una serie de condiciones. Por tanto, no se pueden considerar neutrales por defecto ni tan siquiera los actos estándar inherentes al ejercicio de una profesión[42]. Esta solución nos llevaría a absolver, por ejemplo, al transportista que dentro de su actividad profesional se dedica a transportar cantidades de dinero a paraísos fiscales.

Otro de ellos sería a través del principio de insignificancia exigiendo delimitar un valor de los bienes blanqueados, que, de no superarlo, conllevaría la atipicidad de las conductas *per se*. Esta visión ha recibido varias críticas, en primer lugar, desde una versión político-criminal, sería inútil, ya que los blanqueadores para evitar el castigo, recurrirían a los actos de *structuring,* dividiendo en pequeñas porciones los bienes blanqueados, además de la gran indeterminación que provoca, ya que es muy complicado poder precisar cuál es límite económico a partir del cual la conducta es típica[43].

Otros, directamente, asumen la tipicidad de todas las conductas expuestas en el artículo 301.1 del CP, menos la del abogado, basándose en la eximente del artículo 20.7 del CP, ya que el abogado estaría en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. Pero esta solución provoca más dudas de las que resuelve, ya que la ambigüedad del área de acción de esta eximente

[40] RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid (Marcial Pons), 2003, p. 131.

[41] BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», cit., p. 277.

[42] PÉREZ MANZANO, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», en BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S. (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid (Marcial Pons), 2009, p. 173.

[43] PÉREZ MANZANO, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», cit., p. 187.

no da respuesta a si, precisamente, el ejercicio legítimo de la profesión de abogado provoca la atipicidad del cobro de honorarios sabiendo la procedencia delictiva de los mismos[44].

La mayoría de la doctrina, para poder dar una respuesta razonada sobre la punibilidad de los actos neutrales, basa sus teorías en el fin de protección de la norma.

Ragués i Vallès es uno de los máximos exponentes de este concepto en la doctrina española al poner de manifiesto los problemas que ocurren al recurrir al bien jurídico. En primer lugar, analiza la postura de la mayoría de la doctrina, que apuesta por el orden socioeconómico como bien jurídico protegido, de forma que las únicas acciones que deben ser consideradas blanqueo son las que suponen una alteración de dicho orden. Pero, como podemos comprobar, la afectación a este bien rara vez se produce por actos aislados que, aun así, sí que son merecedores de pena (como la salida de capitales delictivos a paraísos fiscales) y observamos que en ninguna sentencia se hace alusión al comprobado impacto económico de ello[45]. Para salvar este problema sin renunciar al bien jurídico, debemos, o bien conformarnos con solo sancionar aquellas conductas que verdaderamente afectan al bien jurídico, dejando casi sin utilidad este tipo, o bien, pasar a considerar el blanqueo como un delito de acumulación en el que lo importante es el daño acumulado que cada acción va causando. La primera opción deja sin margen al tipo del blanqueo y la segunda lo convierte en un tipo con una nula capacidad de delimitar los supuestos sancionados[46].

Si pensamos que el bien jurídico protegido es el del delito previo, ello nos ofrece otro resultado confuso, que se basa en la teoría del mantenimiento. Por lo tanto, esta teoría solo sancionaría la comisión de conductas blanqueadoras que provoquen que sea más complicado que se dé el reintegro a su legítimo propietario. No obstante, empíricamente es complicado demostrar que sea más difícil recuperar el bien cuando es objeto de transmisión que cuando lo guarda cuidadosamente su propietario. Además, en bienes colectivos, falla porque las conductas que pueden realizarse después con los bienes que provienen de un acto de narcotráfico difícilmente van a suponer el menoscabo del bien jurídico del delito previo, como es, por ejemplo, la salud pública[47].

Debido a todo esto, el autor llega a la conclusión de que la tipificación del blanqueo es un instrumento político criminal que refuerza la pena prevista para los delitos previos y, por tanto, en el blanqueo de capitales no se protege ningún bien jurídico, sino que solo se completa la pena del delito previo para una mayor disuasión, *ex ante*, del autor.

---

[44] RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», cit., p. 146.

[45] RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», cit., p. 143.

[46] RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», cit., p. 149.

[47] RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», cit., pp. 149-150.

Una vez dejado claro cuál es fundamento de la prohibición para Ragués i Vallès, este autor procede a formular el siguiente criterio delimitador: «solo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de blanqueo si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella *ex post* puede valorarse como un incentivo para realizar el delito previo que disminuye de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito»[48]. Queda claro aquí que uno de los grandes incentivos para la realización del hecho previo es el incremento patrimonial que este generara, el cual se ve amenazado por la sanción del blanqueo, y que solo quedara consolidado con acciones post-delictivas que tiendan al mantenimiento de las ganancias, esto es, actos de ocultación y encubrimiento que las desvinculan del origen delictivo.

En conclusión, serán punibles los actos que, a través de la ocultación del origen, generen la consolidación de las ganancias en el patrimonio. Por tanto, la prestación de servicios o la venta de objetos que, pese a suponer una transformación de los bienes de la infracción previa, no generen dicho efecto de ocultación se deben considerar actos neutrales, porque en nada ayudan a que se consolide la capacidad económica, ya que no aleja la amenaza penal de esta. Por ello, la venta de pan por parte del panadero debe considerarse atípica. Lo mismo se predica de las acciones de ocultación de muy escasa cuantía, porque ni servirán de motivación *ex ante* para el autor, ni tampoco consolidarán la riqueza de este[49].

Gran aceptación ha tenido esta teoría, a la que se han sumado varios autores[50], entre ellos destacadamente Pérez Manzano. La autora coincide con Ragués en que no debe olvidarse el carácter instrumental del blanqueo respecto del delito previo. Debido a esto, critica que se les dé un sentido subjetivo a las expresiones «para ocultar o encubrir» o «para ayudar»[51]. Para la citada autora, estos términos expresan una relación instrumental y basa en ella su interpretación restrictiva. De este modo, pone en conexión las conductas expresadas en el artículo 301.1 del CP, como lo hace la doctrina que aboga por una interpretación restrictiva del artículo desde el plano subjetivo, con las finalidades de ocultar y encubrir, pero entendidas como actos de ocultación o encubrimiento del origen delictivo de los bienes en sentido objetivo. Así consigue salvar que la tipicidad dependa de la voluntad del blanqueador y ajustarse a un derecho penal que castiga en base a hechos. Concluye la autora, que esto último, puesto en conexión con el carácter instrumental del delito que sirve para consolidar el aumento económico producido por el anterior[52], generaría que solo

[48] RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», cit., p. 154.

[49] RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», cit., pp. 155 a 157.

[50] MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, cit., p. 591.

[51] PÉREZ MANZANO, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», cit., p. 183.

[52] Explicado ampliamente por RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», cit., pp. 150-154.

puedan ser típicas las conductas expuestas en el artículo 301.1 del CP cuando supongan una ocultación o encubrimiento que provoque una desconexión con la conducta anterior y así la consolidación de las ganancias generadas por el delito previo[53].

Por último, frente a la opinión de que deben excluirse de la tipicidad cualquier actividad en el marco de una actividad profesional socialmente lícita, debemos distinguir dos situaciones siguiendo a Pérez Manzano.

En primer lugar, cuando se trata de profesiones en las que exista una reglamentación legal sobre el blanqueo en la que el legislador establece una ponderación de los riesgos que plantea la actividad, el criterio determinante para evidenciar el aumento del riesgo permitido será la desviación o no del estándar de conducta que haya especificado el legislador y luego ese riesgo debe formalizarse en el resultado.

En segundo lugar, cuando no haya una reglamentación que pondere los riesgos, entenderemos que una conducta profesional puede llegar a ser típica en función del contexto en el que se inserte[54]. Para ser típica la acción debe adaptarse al plan delictivo, lo que supondrá un aumento del riesgo permitido, pero además ese aumento de riesgo se debe concretar en el resultado, por lo que, como decimos, la actividad debe suponer un acto que consolide las ganancias del delito anterior, debido a la desvinculación que provoca de su origen.

Otro sector doctrinal[55], que busca delimitar el tipo a través del tipo subjetivo, propone varias soluciones. Antes de nada, debemos señalar que fundamenta su posición en que cuando concurre dolo directo, es decir, pleno conocimiento del origen delictivo de los bienes, la conducta debe ser punible. Mientras que no lo sería si solo existen meras sospechas, es decir, dolo eventual. Para ello quieren excluir el dolo eventual de la propia palabra «a sabiendas» y «sabiendo», solo considerando que admiten dolo directo y que en el resto de los casos se declare la atipicidad. Esta teoría muestra la insuficiencia de no ser capaz de explicar por qué una conducta realizada con dolo eventual debe ser atípica si es ya por la generalidad de la doctrina admitido el dolo eventual y más aún cuando el tipo castiga la imprudencia.

Por otro lado, tampoco se pueden hacer depender todas las conductas del elemento subjetivo de este artículo, consistente en el ánimo de ocultar, encubrir o ayudar, debido a que esto nos acerca a un derecho penal de la intención, ya que haría depender la punibilidad de la motivación del autor, no compatible con un estado de derecho que solo admite el castigo basado en los hechos[56].

---

[53] PÉREZ MANZANO, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», cit., pp. 184-185.

[54] PÉREZ MANZANO, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», cit., p. 177.

[55] Recogido en BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», cit., pp. 273-276.

[56] RAGUÉS I VALLÈS, R., «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo de capitales», cit., pp. 144-145.

Además, otra solución nos explica que debemos distinguir dos conductas: la que puede ser realizada por cualquier persona, las acciones diarias, las de consumo; y, por otra parte, las acciones que solo un grupo específico de profesionales puede realizar, las cuales han sido objeto de regulación y de un aumento de exigencias de cuidado. Por ello, ante situaciones dudosas o sospechosas, se admitiría el dolo eventual como elemento del tipo para estos profesionales, ya que no deberían llevar a cabo el negocio por su especial deber de cuidado y se declararía la atipicidad del dolo eventual en el resto[57]. Esta solución no parece ser muy convincente, ya que deja en peor posición a un profesional de la banca que a un comerciante cuando objetivamente en realidad los dos están realizando la misma conducta.

Por último, de aceptar el dolo eventual, estos autores proponen un cambio legislativo que excluya explícitamente algunas conductas como las de consumo diario o de subsistencia del autor del delito previo[58].

4. Actos neutrales en el artículo 301.2 y 301.3 CP

En primer lugar, el delito del artículo 301.2 del CP suele ser cometido en actividades profesionales, por ejemplo, el empleado de banca que realiza un ingreso, pero que lo hace con conocimiento o sospecha de la procedencia del capital utilizado. En este caso, una conducta que jurídicamente es atípica se convertiría en típica por el conocimiento de la procedencia del dinero. Se trataría de ocultaciones manipulativas o clandestinas[59].

Por lo tanto, se puede reproducir aquí la solución expresada más arriba sobre la adecuación profesional y los actos neutrales para solucionar este problema en este tipo de conductas. Las acciones del artículo 303.3 del CP siguen la misma suerte, ya que solo son la tipificación de la posibilidad del castigo imprudente de las acciones dolosas reflejadas en el artículo 301.1 del CP y no hay que olvidar que se trata de un tipo común.

5. Análisis jurisprudencial

El TS, Sala 2ª, se pronunció notoriamente sobre los actos neutrales en el blanqueo de capitales en su STS 34/2007, de 1 febrero, en la que sienta varios precedentes. Aquí el Tribunal enjuicia un recurso presentado ante la condena como autor del delito del artículo 301 del CP al recurrente por cooperar, prestando su nombre, como testaferro de dos parientes con antecedentes penales por tráfico de drogas en la compra de un inmueble. En primer lugar, el

[57] BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», cit., p. 274.

[58] BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», cit., p. 276.

[59] BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», cit., p. 287.

Alto Tribunal identifica la conducta ante la que estamos y considera que: «la participación en un negocio jurídico simulado, en principio, no es por sí un hecho típico ni penalmente relevante. En realidad, se lo puede considerar un acto neutral desde el punto de vista penal». Y las define como «comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos». Desde este punto de partida, «una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución».

Por tanto, concluye el Tribunal que la exigencia para que se dé la tipicidad de estos actos es la: «realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo»; y continua diciendo el TS que «en estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada».

Por ello el Tribunal, como gran parte de la doctrina comentada en este trabajo, parece concluir que el estudio de la cuestión se debe hacer en sede de tipicidad objetiva. El Tribunal pone de manifiesto los resultados erróneos que se obtienen si la imputación se establece con base en supuestos conocimientos: «si se aplicara en tales casos la teoría subjetiva de la autoría de la participación, el acto de tomar parte en el negocio jurídico simulado como testaferro solo debería ser considerado como un acto de participación, dado que parece evidente que el testaferro no ha querido el acto como propio. Pero nuestra jurisprudencia ha rechazado, sobre todo una vez abandonada la teoría del "acuerdo previo", la posibilidad de distinguir autoría y participación sobre la base del interés subjetivo de cada partícipe al tomar parte en el hecho».

Por todo ello analiza primero que se cumplan las exigencias de la tipicidad objetiva: «una acción como testaferro puede conllevar un ocultamiento, que, en ocasiones, puede aumentar el riesgo de comisión de un delito, como ocurre en los casos en los que se lo lleva a cabo sin una explicación objetiva plausible de la simulación, es decir, fundada en causas manifiestamente lícitas». Para una vez cumplido esto, condenar por imprudencia en base a la falta de conocimiento.

Más tarde el Alto Tribunal también tuvo la oportunidad de expresarse en cuanto a esta cuestión en la STS 942/2013, de 11 diciembre, en la que se condena a un constructor por construir una casa a la mujer de un narcotraficante o para una empresa interpuesta conociendo este la falta de ingresos legales de la mujer.

En primer lugar, el TS intenta restringir el ámbito de acción del artículo 301 del CP conectado la finalidad de ocultar, encubrir o auxiliar con todas las conductas expresadas en el artículo, por lo que además de cumplir con el tipo objetivo se deberá acreditar la vo-

luntad de activar el proceso de blanqueo: «la concreta finalidad, que es predicable tanto de "cualquier otro acto", como de las acciones consistentes en adquirir, convertir o transmitir».

La sentencia coincide con lo expuesto en la STS 34/2007 en cuanto la definición de blanqueo y las exigencias para atribuirles relevancia penal, citando textualmente los argumentos expuestos por la anterior. En esta sentencia se desarrolla la vía que se comenzaba en la anterior STS señalando la exigencia de que se dé el conocimiento del contexto delictivo en el que se enmarca la acción, ya que como dice: «pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero».

Por lo que el conocimiento del constructor le lleva a ser condenado: «en ese marco de conducta de los terceros, que exterioriza ya una finalidad delictiva, el recurrente aportó su profesión como constructor para facilitar el tránsito de ese dinero desde el metálico hasta su transformación en un inmueble de nueva construcción, aceptando que los pagos figuraran como realizados por una mercantil a pesar de que sabía que la obra se realizaba para el matrimonio formado por Victorino y María Consuelo, siendo ésta quien continuaba ocupándose del desarrollo de las obras. Con lo cual, llevó a cabo una conducta que contribuía a facilitar la lesión del bien jurídico mediante la ocultación del origen delictivo del dinero a través de su conversión en un bien inmueble de nueva construcción».

Esta sentencia parece abrir una vía por la cual se decanta el TS para afrontar el problema de los actos neutrales. La STS 91/2014, de 7 febrero, concuerda con la sentencia anterior, tanto en la visión restrictiva del artículo 301 del CP, como en la necesidad del autor en conocer el contexto delictivo en el que se enmarca su acción. Por ello condena a una hija que, por su proximidad familiar, al adquirir viviendas, vehículos, ingresos en cuentas corrientes y productos financieros, conocía que sus padres a través de ella, estaban procediendo a reconvertir importantes cantidades de dinero procedentes del narcotráfico con evidente finalidad de ocultar su procedencia. Ocurre lo mismo en la STS 487/2014 que nada nuevo aporta a la ya reiterada jurisprudencia. En este caso se condena a un director de sucursal bancaria que conociendo que el dinero procede de delitos relacionados con la corrupción, abre una cuenta a una sociedad no residente y otras a terceros, canalizando las remesas en metálico por transferencia a otros países y colaborando en el uso del dinero y su transformación para ocultar su origen ilícito. La sentencia da por reproducidas las exigencias que se han venido exigiendo en la jurisprudencia y concluye que concurren en el caso: «el procedimiento seguido por el acusado en su trabajo profesional estaba impregnado de todas las connotaciones de opacidad y oscurantismo propias de una conducta ilegal, presentando así un áurea de ilicitud que poco tiene que ver con el ejercicio neutral de una profesión, pues todo apunta de forma patente en la línea de una conducta con un sentido punible que excluía de plano la adecuación social de su proceder por ajustarse al desempeño legítimo de la labor bancaria. Y si a ello le añadimos lo que en su momento pactó con el acusado Ce-

sáreo Maximino, de quien sabía que se trataba de un auténtico testaferro, y el conocimiento de la procedencia delictiva del dinero y de los objetivos de blanqueo que buscaban ambos hermanos». Y por tanto declara la tipicidad.

Concluimos que la jurisprudencia que se ha consolidado en los últimos años considera que las acciones que se mantengan dentro de la actividad negocial de la vida cotidiana o profesional no serán punibles, y solo lo serán cuando formen parte del plan delictivo, es decir se inserten en un contexto delictivo que haga superar los límites del papel social profesional que desarrolla, elevando el riesgo permitido. Además, será necesario que el sujeto conozca este contexto para comprobar esa colusión de voluntades entre el que realiza el a priori acto neutral y el autor del delito previo. En ese momento los actos neutrales dejan de serlo. Por ello, podría decirse que la jurisprudencia se ha alejado de los modelos de manual de los actos neutrales, ya que expone en las sentencias que, si hay conocimiento, no hay acto neutral, parece olvidar que normalmente estas conductas se dan como colaboración con conocimiento. Esto se debe a que la relación de las conductas del artículo 301 del CP con las finalidades de ocultar y encubrir las entiende de manera subjetiva.

6. Especial referencia a la figura del abogado

En cuanto a las acciones neutrales del abogado, nos vamos a centrar en dos frentes. En primer lugar, si el incumplimiento de las obligaciones como abogado puede dar lugar a una responsabilidad penal por blanqueo en aplicación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Y, en segundo lugar, cuándo el cobro de honorarios por el abogado deja de ser una conducta neutral.

Abordando la primera cuestión vemos que la contravención de estos deberes puede constituir una ocultación de los bienes del autor del delito previo. Para ello, en primer lugar, hay que delimitar qué conductas son las que se pueden conectar con el delito por ser hábiles para llevar a cabo la ocultación, ya que el resto permanecerán atípicas, porque no colaborar con la persecución del blanqueo, no activa la responsabilidad por el tipo del blanqueo. Igualmente, el no cumplir los deberes de impedir delitos no convierte en autor de esos delitos y, por tanto, son infracciones de omisión pura que, para que exista su punibilidad, deben ser tipificados expresamente. Esto se debe al principio de autorresponsabilidad que concreta la ausencia de deberes de garante sobre otros sujetos responsables de sí mismos y evidencia atipicidad de las conductas mencionadas anteriormente. Vemos que tiene este carácter la infracción de identificar a los clientes, la de conservar documentación durante el tiempo establecido, la de informar a la administración, la de no revelar al cliente la transmisión de esa información y la de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos[60]. Una vez hecho esto, hay que recalcar que su simple infracción no da lugar al delito de blanqueo, solo se

[60] PÉREZ MANZANO, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», cit., p. 203.

producirá tal si esta acción cumple con los requisitos de la tipicidad objetiva ampliamente expuestos, es decir, si la infracción supone una ocultación que desvincula los bienes de su origen provocando la consolidación de la riqueza del autor.

Los mismo se debe predicar del cobro de honorarios por parte del abogado, conociendo el origen de ellos. Por lo tanto, la cuestión también se debe resolver desde la tipicidad objetiva. Por ello, debemos concluir que el cobro de honorarios realizado dentro de la normalidad de las prácticas habituales nunca dará lugar al delito de blanqueo, solo será punible cuando se dé este cobro para ocultar el origen de los bienes y consolidar el patrimonio del infractor, es decir, cuando este cobro ya no sea propiamente un cobro por los servicios realizados, sino un elemento más de unión de voluntades entre el abogado y el infractor previo para blanquear.

IV. CONCLUSIONES

El problema que nace con la teoría moderna penal sobre los actos neutrales ha traspasado el alcance de la discusión académica, alcanzando una mayor cobertura en las decisiones jurisprudenciales, al tener que pronunciarse los tribunales sobre la punibilidad o no de este tipo de acciones.

Esto se debe a que los tipos de cooperación recogidos en los artículos 28 b) y 29 del CP contienen una regulación tan amplia que puede dar lugar a la subsunción en él de conductas que se desarrollan en el tráfico económico diario, pero que pueden servir de ayuda a los delincuentes en sus planes delictivos. Esto nos sitúa ante la teoría de los actos neutrales.

Como destacábamos, la doctrina se esfuerza en proponer criterios para restringir la punibilidad de este tipo de acciones. Parece coincidir de forma prácticamente unánime en que las carencias provocadas por intentar delimitar la punibilidad a través del ámbito subjetivo hacen que se deba ubicar el problema en el marco de la tipicidad. Por tanto, la acción debe ser causal, pero, además, debe cumplir con los requisitos de la imputación objetiva, es decir, que provoque un aumento del riesgo permitido y que este se concrete en el resultado. Se ha contrastado en este trabajo que los criterios para determinar si se supera ese riesgo permitido son muy variados: van desde las teorías sobre la adecuación social al principio de confianza pasando por el de prohibición de regreso, entre muchas otras.

Un primer punto a destacar en este análisis de los actos neutrales es la incidencia que tienen en el seno del delito de blanqueo de capitales, donde el delito lo definíamos como un proceso de operaciones mediante el cual los bienes o dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero. Pero, como hemos matizado, la problemática se da en el campo de la autoría y no de la participación, ya que este mismo delito es la tipificación de una participación post-delictiva, generándose un amplísimo debate sobre si deben ser merecedoras de castigo o debe restringirse el radio de acción del delito para salvar su tipicidad.

En este sentido, la configuración por la que ha optado el legislador español del delito de blanqueo de capitales en su artículo 301.1 del CP no ha cerrado el debate doctrinal y jurisprudencial, sino todo lo contrario, tras la inclusión de las conductas de «poseer» y «utilizar», con las que, por recomendaciones internacionales no muy acertadas y necesidades políticas debido a la grave crisis del momento, parece quedar claro que se ha querido configurar la sanción de dos conductas de forma independiente. Con ello se ha creado un elefantiásico tipo delictivo que incluye una gran mayoría de lo que consideramos como actos neutrales, actos acordes con el desarrollo normal de la sociedad, que no cabe tener por típicos. Creemos que se está intentando aislar económicamente a los autores del delito previo y esta idea provoca serias dudas de carácter constitucional, ya que estos actos están protegidos por el ámbito general de libertad que garantiza la Constitución y, además, provocarían una inversión del carácter de *ultima ratio* del derecho penal, siendo punibles la mayoría de actos y, de forma extraordinaria, quedando fuera de la sanción.

Por todo ello, creemos que es más que necesario hacer una interpretación restrictiva, porque buscar un aislamiento social como parece indicar la literalidad del texto, es dudoso e irreal porque basta con que el blanqueador se vaya a un pueblo lejano donde no le conozcan para que se le venda pan.

Creemos que la interpretación más apropiada se basa, en primer lugar, en entender que el artículo 301.1 del CP tipifica dos conductas independientes, por tanto, no cabe vincular las conductas de este apartado con la finalidad de ocultar, encubrir o ayudar, en sentido subjetivo. No creemos, que esta opción que destaca la jurisprudencia sea la correcta para restringir el tipo. En segundo lugar, consideramos que esta cuestión debe analizarse desde la perspectiva de la imputación objetiva, que no solo se debe dar una subsunción formal de la conducta en el tipo, sino que deben cumplirse los requisitos de la imputación objetiva, es decir, que se dé un aumento del riesgo permitido que finalmente se materialice en el resultado.

Una vez aclarado esto, para encontrar la herramienta correcta para restringir el tipo, coincidimos con parte de la doctrina en que se debe plantear la cuestión desde la óptica del fin de protección de la norma. Pero aquí no podemos estar de acuerdo en que no existen bienes jurídicos protegidos en este delito, pues como se dijo, debemos distinguir, en primer lugar, la protección del bien jurídico y la *ratio legis* de la norma. Una vez sentado que la punición del blanqueo se debe a su utilización como un instrumento, consideramos que las conductas solo podrán ser típicas, cuando: aumenten el riesgo permitido, es decir, las conductas de ocultación y encubrimiento en sentido objetivo; y cuando le sirvan, *ex ante*, al potencial autor del delito previo como motivación para realizarlo. Por ello, estas conductas son aquellas que dejan sin efecto el carácter instrumental del blanqueo y serán las que traspasen ese riesgo permitido. Para que la conducta sea considerada como una ocultación o encubrimiento, esta debe introducirse dentro del plan delictivo del autor del delito previo, para apreciar si existe esa relación delictiva debemos acudir a criterios de solución adicionales, como la proximidad al hecho antijurídico, o el conocimiento o reconocimiento del

plan delictivo. Por último, ese aumento del riesgo permitido además de producirse se debe concretar en el resultado prohibido, estas serán, las acciones que mediante una ocultación desvinculen los bienes de su origen delictivo y así consoliden el aumento patrimonial del delincuente.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Santiago de Compostela (Universidad de Santiago de Compostela), 2002.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2.ª ed., Madrid (Ramón Areces), 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S. (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid (Marcial Pons), 2009.

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2015.

BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada (Comares), 2003.

BLANCO CORDERO, I., «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* vol. 50, 1997, pp. 263-291.

CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español, Parte General, II. Teoría jurídica del delito,* 6.ª ed., Madrid (Tecnos), 1998.

DEL CARPIO DELGADO, J., «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales»*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2016.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Blanqueo de capitales», en *Memento Práctico Penal 2017*, Madrid (Francis Lefebvre), 2017.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *«*El Blanqueo de capitales y su regulación en España*»*, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 26, 2016, pp. 3-36.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*, Madrid (Dykinson), 1999.

FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid (Colex), 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Límites de la participación criminal ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en el derecho penal?*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1999.

FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. II, Salamanca (Ediciones de la Universidad de Salamanca), 2002.

GOMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación,* Granada (Comares), 1998.

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

MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial,* 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la "participación" en el delito», *en Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid (Marcial Pons), 2009.

PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid (Edersa), 2000.

RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal, Parte General*, Madrid (Civitas), 1977.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid (Marcial Pons), 2003.

SMITH J. y HOGAN B., *Criminal Law*, 14.ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2015.

VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996.

VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema penal*, 1.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 1996.

WILLIAMS G., *Textbook of Crime Law*, 1.ª ed., Londres (Stevens & Sons), 1978.

WILLIAMS G., *Criminal Law: The General Part*, 2.ª ed., Londres (Stevens & Sons), 1961.

LOS CURIE Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL*

MARIE AND PIERRE CURIE AND INDUSTRIAL PROPERTY

Pedro Fernando Sabando Sequí**

Resumen: Los esposos Curie –Pierre Curie y Marie Salomea Sklodowska Curie– interaccionaron, en su actividad profesional, con la propiedad intelectual e industrial durante los años finales del siglo XIX y los comienzos del siglo XX. Los Curie abordaron la investigación de los rayos uránicos, lo cual les llevó a descubrir los elementos polonio (Po) y radio (Ra), al estudio de los radioelementos y a la descripción del fenómeno de la radiactividad. En 1903, los esposos compartieron el Premio Nobel de Física con Henry Becquerel. En 1911, Marie Curie fue galardonada con el Premio Nobel de Química. Esta publicación valora la relación de los Curie con la propiedad industrial, en relación con las patentes de los aparatos diseñados por Pierre Curie y con la decisión posterior de no patentar el método de purificación del radio. Marie Curie también defendió los derechos de autor de sus textos y el papel del científico en la sociedad.
Palabras clave: propiedad intelectual, patentes, radiactividad.

Abstract: The spouses Curie, Pierre Curie and Marie Salomea Sklodowska Curie, in their professional activity, interacted with intellectual property, during the final years of the 19th century and the beginning of the 20th century. The Curies addressed the investigation of uranium rays, which led them to discover the elements polonium (Po) and radium (Ra), the study of the radioelements and the description of the phenomenon of radioactivity. In 1903, the spouses shared the Nobel Prize in physics with Henry Becquerel. In 1911, Marie Curie was awarded the Nobel Prize in chemistry. This publication evaluates the relationship between the Curies and industrial property, regarding the patenting of the devices designed by Pierre Curie and the subsequent decision not to patent the method of purification of the radium (Ra). Marie Curie also defended the copyright of her texts and the role of scientists in society.
Key words: intellectual property, radioactivity, patents

Sumario; I. INTRODUCCIÓN; II. LA LEGISLACIÓN DE PATENTES EN FRANCIA DURANTE EL SIGLO XIX; III. PERIODOS EN LA TRAYECTORIA INVESTIGADORA DE LOS CURIE. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LAS PATENTES; 1. Periodo inicial de Pierre Curie (1878-1895). Investigación, aparatos y patentes en colaboración con su hermano Jacques (1878 a 1883); 2. Etapa de Plenitud de Pierre Curie y Marie Sklodowoska (1895-1906).

* Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2017.
Fecha de aceptación: 11 de abril de 2018.

** Profesor ayudante del Área de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: pedro.sabando@uam.es.

Descubrimiento del polonio y el radio; A. Decisión de no patentar el método de purificación del radio; 3. Tercer Periodo, Marie Curie en solitario (1906-1934). A. Viajes a Estados Unidos. Textos memorísticos; B. Marie Curie defiende los derechos del investigador en la Academia de Medicina y la Sociedad de Naciones; IV. CIRCUNSTANCIAS QUE PUDIERON INFLUIR EN LA DECISIÓN DE NO PATENTAR EL DESCUBRIMIENTO DEL RADIO; 1. Influencias familiares, educacionales y solidarias; 2. Factores éticos, visión altruista de la ciencia y del científico; 3. Colaboración entre ciencia pura y aplicada; V. REPERCUSIONES DE LA DECISIÓN DE NO PATENTAR; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA; Tabla I. Curie: Instrumentos Físicos.

I. INTRODUCCIÓN

Pierre Curie (1859-1906) inició su actividad científica con la obtención de la licenciatura en Ciencias Físicas en la Universidad de la Sorbona, en la que fue nombrado profesor ayudante de física. Marie Sklodowoska (1867-1934), al finalizar las licenciaturas de física y matemáticas en la Sorbona (1893-1894), conoce a Pierre y comienzan a trabajar juntos en la Escuela Municipal de Física y Química Industrial (ESPCI), donde Pierre era profesor de física.

Su relación con la propiedad industrial se inició con las solicitudes de patentes para los diversos instrumentos físicos de medición, que Pierre Curie diseñó en su periodo de joven físico junto a su hermano Jacques (1878-1883) y, posteriormente, con Marie Curie. Los esposos, en su plenitud científica, descubren dos elementos: el polonio (Po) y el radio (Ra). Juntos adoptan la decisión de no patentar su descubrimiento (1898), ni de la obtención, ni del aislamiento del radio (1992). Ello constituyó un hecho desinteresado de la ciencia que tuvo posteriores repercusiones personales y sociales[1].

Marie Curie acuñó el término radiactividad para describir la emisión de radiaciones del uranio. En la actualidad, el término se refiere a la ciencia de los radioelementos, una rama de la física. Sus investigaciones en el campo de la radiactividad reflejan la suma de cuidadosas investigaciones en el mundo de la ciencia físico-química. En sus últimos años, dedicó grandes esfuerzos a promover los derechos del investigador como miembro de la Academia de Medicina de París y de la Sociedad de Naciones (actual ONU), y participó en la defensa de los derechos de autor de sus obras científicas, de sus escritos para uso docente o profesional y de sus obras memorísticas. En la actualidad, sus textos se encuentran en formato libre por haber expirado el periodo de protección de los derechos de autor. Se mantiene el derecho moral de carácter extrapatrimonial, inherente a la propia autoría de la obra. Desde los fondos digitalizados de la Academia de Ciencias Francesa (*Académie*

[1] En 1908, la Société Française de Physique, recopiló y publicó las obras completas de Pierre Curie, con una introducción de Marie Curie [*Oeuvres de Pierre Curie*, Paris, Gauthier-Villars]. En 1984, la Sociedad Francesa de Física las actualizó y reimprimió, (Éditions des archives contemporaines).

des Sciences de France)[2], y de la Biblioteca Nacional de Francia (*Bibliothéque Nationale Française*)[3], se puede acceder a los trabajos de Pierre Curie durante sus años de vida científica y los 11 años de trabajo junto a Marie, todos en acceso libre.

La relación de los Curie con la propiedad intelectual se plasma en los textos *Pierre Curie*[4] y *Pierre Curie with Autobiographical Notes*[5], redactados por Marie Curie en 1921, tras su primer viaje a Estados Unidos. En los textos describe los orígenes familiares de ambos, la organización de la convivencia, el entorno de trabajo, sus esfuerzos en la investigación del radio, sus anhelos de futuro y reflexiona sobre las consecuencias personales, sociales e históricas de la decisión de renunciar a patentar el método de purificación del radio. Los dos relatos se redactaron en 1921, transcurridos 15 años de la muerte de Pierre Curie (1906), a los 23 años del descubrimiento del radio, en la Academia de Ciencias de París, junto con la decisión de no patentar el descubrimiento del radio (1898-1901). Estos años permitieron a Marie Curie reflexionar ante las aplicaciones del radio y los posteriores acontecimientos de tipo personal, profesional y científico. En español se dispone de la traducción de los textos de *Pierre Curie* y *Pierre Curie y Notas Autobiográficas*[6].

II. LA LEGISLACIÓN DE PATENTES EN FRANCIA DURANTE EL SIGLO XIX

El primer derecho destinado a proteger los descubrimientos e innovaciones surgió en 1474 en la ciudad de Venecia. En la etapa científica de los Curie, los ciudadanos en Francia se rigen por los documentos legislativos del Código Civil de 1804[7] y el *Manual del inventor de Francia y sus Colonias (Manuel de l'inventeur France et ses Colonies)*, del año 1844,

---

[2] La Academia de Ciencias Francesa (*Académie des Sciences de France*) muestra en sus archivos digitales, dentro del apartado dedicado a Pierre Curie, los manuscritos originales de la descripción de la radiactividad, del descubrimiento del polonio y del radio, y la memoria de los trabajos de Pierre Curie, en formato pdf, e incluye el listado de los trabajos de Pierre y Marie Curie, en los *Comptes Rendus hebdomadaires des séances de l'Académie des sciences*, en el fondo *Gallica* de la Biblioteca nacional francesa.

[3] La Biblioteca Nacional Francesa, a través del fondo digital *Gallica* de su web, permite el acceso a los documentos y actualizaciones.

[4] CURIE, M., *Pierre Curie / par Mme Curie*, París (Payot), 1924 (reeditado en 1955).

[5] CURIE, M., *Pierre Curie with Autobiographical Notes*, 1.ª ed., Nueva York (Macmillan Company), 1923. La Universidad de Virginia, en sus archivos digitales, muestra los escritos biográficos relativos a la biografía «*Pierre Curie*» y su autobiografía «*Autobiographical Note*s», 1923. Versión digital de la página web del *Electronic Text Center* de la Universidad de Virginia.

[6] CURIE, M., *Escritos Biográficos de Marie Curie,* que incluye la traducción al castellano de los textos *Pierre Curie*, Editions Odile Jacob, 1996 (en francés) y *Authobiographical Notes*, *Pierre Curie*, (Electronic Text Center, University of Virginia Library), el *Estudio sobre los cuadernos de laboratorio del descubrimiento del Polonio y del Radio* (reproducción del cuaderno de trabajo de los esposos, realizado por Irène Joliot- Curie) y el *Diario Personal* de Marie Curie. Dirección, selección y prólogo de Xavier Roque, Bellaterra, Cerdanyola del Valles (Ediciones UAB, *El espejo y la lámpara*), 2011.

[7] *Code civil des français*: éd. originale et seule officielle. À Paris, de l´Imprimerie de la République. An XII. 1804. Disponible en Bibliothèque nationale de France.

respecto a la propiedad intelectual. El artículo 3 de este documento legislativo regula las patentes y declara que los tratamientos médicos deben ser no patentables y las instituciones deben velar por su desarrollo[8]. Esta legislación de patentes se sustenta en la ley original de 1791, que establece que las drogas (médicas) pueden ser patentadas, aunque los temas de salud pública presentan prioridad sobre los intereses de la propiedad intelectual.

La posición de Francia en este periodo es muy distinta de la que mantienen, en el mismo periodo, los Estados Unidos: se estimula y apoya la capacidad inventiva. Ya en su primera Constitución, aprobada el 17 de septiembre de 1787, se redactó una disposición para la protección de la propiedad intelectual. El Artículo I, de la Sección 8, señala: «El Congreso tendrá facultad (…) para promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos, por un tiempo limitado» (The Congress shall have Power (…) to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Tımes to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries. United States Constitution, article i, section 8)[9].

En 1790, Estados Unidos aprueba la primera ley federal de patentes, titulada «Ley para promover el progreso de las artes útiles», *Patent Act*[10].

III. PERIODOS EN LA TRAYECTORIA INVESTIGADORA DE LOS CURIE Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Las actividades científicas de los esposos Curie se pueden agrupar en tres periodos. El periodo inicial de Pierre Curie en sus años de formación de joven postgrado como profesor ayudante de física en la Universidad de la Sorbona y, desde 1883, en la Escuela Municipal de Física y Química Industrial. El segundo periodo comienza tras el encuentro de Pierre Curie y Marie Sklodowska, cuando ambos inician sus trabajos científicos, y dura hasta el fallecimiento de Pierre (1894-1906); el último periodo es el de Marie Curie, viuda, en solitario (1906-1934).

1. Periodo inicial de Pierre Curie (1878-1895). Investigación, aparatos y patentes en colaboración con su hermano Jacques (1878 a 1883)

Pierre Curie finalizó la licenciatura en Ciencias Físicas en el curso 1877, en la Facultad de Ciencias de la Sorbona de París. El mismo año comenzó su actividad investigadora,

[8] *Manuel de l´inventeur en France et ses colonies, documents rapportés par ordre chronologique*. Loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention. OMPI.

[9] Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Tıtle 17 of the United States Code December 2016.

[10] Patent Act of 1790, Ch. 7, 1 Stat. 109-112 (April 10, 1790).

en calidad de profesor ayudante, en el laboratorio de Física de la citada Universidad (Prof. Quentin Paul Desains). Allí realiza sus primeros trabajos de investigación, en los que aborda el estudio de la cristalografía, la simetría, o la piroelectricidad, en colaboración con su hermano mayor Jacques Curie, profesor ayudante de Mineralogía en la Facultad de Farmacia de la Sorbona. Ambos describen el fenómeno de la piezoelectricidad, que permite trasformar el estrés mecánico en diferencia de potencial eléctrico, cuando se aplica a cristales como el cuarzo[11]**.** La piezoelectricidad generó múltiples aplicaciones prácticas entre las que merece destacar el diseño del «electrómetro Curie», empleado por el matrimonio para el estudio de los fenómenos radiactivos[12]. En años posteriores, Paul Langevin, discípulo de Pierre, aplicó la piezoelectricidad al diseño de un sonar piezoeléctrico, como detector de submarinos ultrasónico, utilizado en la primera Guerra Mundial. En 1883, la fructífera colaboración científica entre los hermanos cesa, al obtener Jacques Curie la cátedra de Mineralogía en la Universidad de Montpellier. En el mismo año, en un periodo de gran competencia industrial, se inaugura en París la «École Municipale de Physique et de Chímie Industrielles», actual «École Supérieure de Physique et de Chímie Industrielles» (ESPCI), escuela creada con el fin de dotar al país de ingenieros con experiencia en ciencia aplicada a la industria. Pierre Curie es nombrado profesor de clases prácticas y abandona su puesto de profesor ayudante en la Sorbona. En la ESPCI dicta sus clases y realiza estudios técnico–experimentales de nuevos instrumentos físicos como los espectroscopios, la balanza de precisión (aperiódica y de lectura directa), el cuarzo piezoeléctrico, el dinamómetro de transmisión, el condensador absoluto de eslabón de cadena y los electrómetros (aperiódico, de láminas de cuarzo y astático). Los instrumentos físicos que diseñan y patentan los hermanos Curie, desde 1885, se fabrican y comercializan por la industria *Bourbouze* y a partir de 1890, lo hace la *Sociét*é *Centrale de Produits Chimiques*[13]. La Tabla I resume los instrumentos físicos diseñados y patentados por Pierre Curie.

2. Etapa de plenitud, Pierre Curie y Marie Sklodowoska (1894 a 1906). Descubrimiento del polonio y el radio

Esta etapa incluye el descubrimiento de los elementos polonio (Po) y radio (Ra), la presentación de la tesis doctoral de Marie Curie, la concesión, en 1903 del Premio Nobel de Física a los esposos Curie, compartido con Henri Becquerel[14], las lecturas de las tesis doctorales de Pierre Curie y Marie Curie, y finaliza con el fallecimiento de Pierre Curie, en 1906.

---

[11] CURIE, P., y J., «Deformations électriques du quartz», *Comptes Rendus de l´Académie des Sciences*, vol. 95, 1882, pp. 914-917.

[12] MOLINIÉ, P. y BOUDIA, S., «Une application méconnue et poutant cèlébre de l'électrostatique: les travaux de Marie Curie, de la decouverte du radium à la métrologie de la radioactivité», *Journal of Electrostatics,* vol. 64, 2006, pp. 7-9.

[13] PIERRE C., «Appareils Nouveaux», en *Notice sur les travaux scientifiques de M. P. Curie* 1902, pp. 25-29. El pdf del manuscrito original se puede consultar en la *Académie des Sciences Francaise*, en el apartado histórico, en memoria de Pierre Curie, y en el fondo digital *Gallica* de la *Bibliothéque Nationale Française*.

[14] The Nobel Prize in Physics 1903. *Nobelprize.org***.**

En 1895, Pierre Curie defendió su tesis doctoral en la Facultad de Ciencias de Paris, titulada «Investigaciones acerca de las propiedades magnéticas de los cuerpos a diversas temperaturas desde la temperatura ambiente hasta 1400 Cº». En ella muestra sus trabajos acerca de los diversos tipos de magnetismo y define su relación con la temperatura, o «ley de Curie» (principio básico de los termómetros magnéticos, utilizados para medir las bajas temperaturas)[15].

En 1894, a partir del encuentro con Marie, comenzaron a trabajar en la «École Municipale de Physique et de Chimie Industrielles» de París (ESPCI), donde Pierre Curie dictó sus clases durante 20 años (1883-1903). El profesor Schutzenberg, primer director de la escuela, les permitió investigar juntos en uno de los laboratorios del centro (1894-1903). La ESPCI también les otorgó la cobertura legal para poder realizar sus investigaciones.

Los jóvenes celebran su matrimonio el 25 de julio de 1895. Marie elige abordar la investigación de los rayos uránicos, descritos en 1896 por H. Becquerel a partir de las observaciones iniciales realizadas por W. C. Röntgen, como línea de estudio para su tesis doctoral. En *Notas Autobiográficas* describió la elección: «Yo acababa de elegir un tema para mi tesis doctoral. Me habían llamado la atención los interesantes estudios de Henry Becquerel sobre las sales de un extraño metal llamado uranio. Becquerel demostró que, al colocar sales de uranio en una placa fotográfica, cubierta de papel negro, la placa se modifica como si hubiera recibido luz. Dicho efecto es producido por unos rayos que emite la sal de uranio y que son diferentes de los rayos de luz corrientes, ya que pueden atravesar el papel negro»[16]. Pierre Curie relató: «El estudio de este fenómeno nos pareció muy atractivo, más aún por el hecho de que, al tratarse de una cuestión nueva por completo, ni existía bibliografía al respecto, así que decidí investigar sobre ello». En la elección también influyó la posibilidad de utilizar los aparatos diseñados y patentados por los hermanos Curie, junto con los conocimientos teóricos y la habilidad necesaria para medir la radiación: «Para medir las débiles corrientes que se pueden hacer pasar por el aire ionizado a través de los rayos de uranio, contaba con un método excelente ideado por Pierre y Jacques Curie, que consiste en compensar en un electrómetro sensible la cantidad de electricidad de la corriente con la de un cuarzo piezoeléctrico. Así pues, la instalación estaba compuesta por un electrómetro Curie, un cuarzo piezoeléctrico y una cámara de ionización»[17].

En 1898, Marie Curie inició en la ESPCI el análisis sistemático de las muestras de metales y minerales, facilitados por los colegas de Pierre, y midió la descarga de los rayos uránicos sobre un espectroscopio, descrita por Becquerel. Marie incorporó la técnica electrométrica ideada por los hermanos Curie, un método más sensible con el cual demostró que

[15] CURIE, P., «Les propriétés magnétiques des corps à diverses températures», [publicación original en A*nnales de Chimie et de Physique*, (1895), 7.ª serie, t. V; p. 289]. Reimpreso en *Oeuvres de Pierre Curie*, Paris: Gauthier-Villars, 1908, ob. cit., cap., 22, pp. 232-334.

[16] CURIE, M., «Notas Autobiográficas», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie,* cit., cap 2, p. 140.

[17] CURIE, M., «Pierre Curie. El sueño convertido en realidad. El descubrimiento del radio», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie*, cit, cap, 5, pp. 84.

el torio y los compuestos de uranio, como la pechblenda, emiten la radiación descrita por Bequerel, y su intensidad depende únicamente de la cantidad de uranio o torio que contienen los distintos compuestos estudiados. En la sesión del 12 de abril de 1898 de la *Académie des Sciences* de París, el Profesor Lippmann comunicó los resultados del trabajo de su antigua alumna Mme Sklodowska Curie titulado «Radiaciones emitidas por los compuestos de uranio y de torio». La publicación describió el método empleado para analizar los nuevos elementos y fue pionera en expresar el término radiactividad para definir la radiación de los elementos del torio y los compuestos de uranio. También explicó que la capacidad de irradiar está unida al interior del átomo, siendo esta su contribución conceptual más importante al desarrollo de la física[18].

A la vista de los resultados obtenidos, los esposos decidieron abordar juntos la investigación de los rayos uránicos, motivo por el cual Pierre Curie abandonaría sus investigaciones en cristalografía. El 20 de julio de 1898, junto a Becquerel, comunican a la *Académie des Sciences* el descubrimiento en la pechblenda de una nueva sustancia radiactiva, a la cual bautizan como Polonio (Po), *Acerca de una nueva sustancia radiactiva contenida en la pechblenda*[19]. Unos meses más tarde, el 26 de diciembre de 1898, en colaboración con Gustave Bémont, comunicaron en la *Académie des Sciences* el hallazgo de una segunda sustancia radiactiva a la que llaman Radio (Ra), con el título *Acerca de otra nueva sustancia fuertemente radiactiva contenida en la pechblenda*[20]. La metodología empleada por los esposos para la obtención y purificación del radio (Ra) se encuentra detallada en los cuadernos originales de trabajo del laboratorio, de 16 de diciembre de 1897[21], y en los trabajos iniciales de la radiactividad, presentados en la Academia de Ciencias entre los meses de abril y diciembre de 1898**.** La comunidad científica requería la obtención del peso atómico del radio (Ra) para aceptarlo como un nuevo elemento. En 1902, Marie purifica cloruro de radio, con el cual estableció el peso atómico del radio (Ra) en 223,3 y lo sitúa en el puesto 88 de la tabla periódica de Mendeléiev. El peso atómico del Ra, actualmente aceptado en la tabla periódica es 226,0254. En 1901, los esposos Curie, en colaboración con M. Débierne, describieron la radiactividad inducida[22]**.** El 25 junio de 1903, Marie defendió su tesis doctoral en la Facultad de Ciencias de la Sorbona, titulada *Investigaciones sobre las sustancias radiactivas,* con la que obtendría el grado de doctora en Ciencias Físicas[23].

---

[18] SKLODOWSKA CURIE, M. y LIPPMANN, M., «Rayons émis par les composes de l´uranium et du thorium», *C.R.T.,* vol.126, 1898, pp. 1101-1103.

[19] CURIE, P.; CURIE, S. y BECQUEREL, H., «Sur une substance nouvelle radiactive, contenu dans la pechblende», *C.R.T*, vol. 127, 1898, pp. 175-178.

[20] CURIE, P.; CURIE, M. y BÉMONT, G., «Sur une nouvelle substance fortement radio-active, contenu dans la pechblende»,C.R.T., vol. 127, 1898, pp. 1215-1217.

[21] JOLIOT- CURIE, I., «Estudio sobre los cuadernos de laboratorio del descubrimiento del Polonio y del Radio», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie,* cit., pp. 205-235.

[22] SÁNCHEZ RON, J.M., «Intentando aislar el radio. Colaboración con André Debierne. El descubrimiento del actinio», en *Marie Curie y su tiempo*, Barcelona (Ed. Crítica), 2000, pp. 64-67.

[23] SKLODOWSKA CURIE, M., «Recherches sur les substances radioactives», Paris (Gauthier-Villars), 1904.

En diciembre de 1903, conceden a los esposos Curie el Premio Nobel de Física, compartido con Henry Becquerel. En 1904, después de recibir el premio Nobel, el gobierno francés creó y dotó la cátedra de *Física General y Radiactividad*, en la Universidad de la Sorbona, para Pierre Curie, que abandonó su plaza de profesor de física en la ESPCI (1883-1903). Marie es nombrada jefe del laboratorio de Física, adscrito a la misma.

A. Decisión de No Patentar el Método de Purificación del radio

El 26 de diciembre de 1898, los esposos Curie presentaron en la Academia de Ciencias el descubrimiento del radio, y el 21 de julio de 1902 publicaron su aislamiento y peso atómico. En el transcurso de estas fechas, adoptaron la decisión de no patentar el método de obtención y purificación del radio. Marie Curie lo relata en *Pierre Curie*: «Nuestras investigaciones habían desencadenado un movimiento científico (…) Pierre Curie adoptó una actitud extraordinariamente liberal. De mutuo acuerdo, renunciamos a cualquier provecho material de nuestro descubrimiento, de ahí que no patentáramos nada y que publicáramos, sin reservas, todos los resultados de nuestras investigaciones, así como el procedimiento para preparar el radio. Incluso respondimos a todas las preguntas que nos hacían al respecto»[24]. En *Notas Autobiográficas* escribe: «Mi marido y yo siempre nos negamos a sacar ningún provecho material de nuestros descubrimientos. Desde el principio publicamos, sin reservas, todo el procedimiento para preparar el radio. No patentamos nada ni nos reservamos ninguna ventaja en la explotación industrial; tampoco guardamos ningún secreto»[25].

3. Tercer Periodo; Marie Curie en solitario (1906-1934)

En 1906, tras el fallecimiento trágico de su esposo Pierre Curie, Marie reanudó su actividad personal e intelectual, reemplazando a Pierre en la cátedra de Física de la Sorbona, siendo la primera mujer en ocupar una cátedra en la institución[26].

En 1911, Marie fue galardonada con un segundo Premio Nobel, en esta ocasión, en la disciplina de Química. Su discurso de aceptación fue: «Radio y los nuevos conceptos en Química»[27]**.** En este periodo, con el apoyo del Instituto Pasteur y la Universidad de Paris, logró dotar un laboratorio llamado *Instituto del Radium*, en memoria de Pierre

[24] CURIE, M,. «Pierre Curie. La lucha por los medios de trabajo. La carga de la celebridad. Primer esfuerzo del Estado. Es demasiado tarde», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie*, cit., cap. 6. p. 95.

[25] CURIE, M., «Notas Autobiográficas de Marie Curie», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie*, cit., cap. 3, p. 170.

[26] CURIE, M., «Pierre Curie, Matrimonio y organización de la vida familiar. Personalidad y carácter», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie,* cit., cap. 4, pp. 69-81.

[27] CURIE, M., Marie Curie. Nobel Lecture: *Radium and the New Concepts in Chemistry*. Nobelprize. org. Nobel Media AB 2014.

Curie e inaugurado en julio de 1914. Al finalizar la primera Guerra Mundial, Marie Curie, desde la dirección del *Instituto del Radium*, prosiguió con el estudio fisicoquímico de los radioelementos y participó en el grupo de consenso creado para establecer el marco metrológico de estandarización del Ra, con el fin de homologar las dosis de radio empleadas como agentes terapéuticos en procesos oncológicos, así como de facilitar las comparaciones entre minerales radiactivos por los geólogos y los físicos. En 1911, el patrón oro del radio fue depositado en la Oficina Internacional de Pesos y Medidas de Sèvres. En el *Instituto del Radium*, Marie Curie alentó la investigación y comunicación internacional. En calidad de miembro de la Academia de Medicina de París y del Comité para la Cooperación Intelectual de la Liga de Naciones desempeñó actividades institucionales, y viajó a Estados Unidos y a Madrid, dando una conferencia en la Residencia de Estudiantes el 13 de abril de 1931[28].

A. Viajes a Estados Unidos, Textos memorísticos

En 1921, Marie Curie viajó a Estados Unidos, donde recibió de manos del presidente Harding la donación de un gramo de radio, subvencionado con 100.000 dólares obtenidos por suscripción popular entre las mujeres americanas, patrocinada por la periodista Marie Meloney. Hemmungs Wirtén, la profesora del departamento de Cambio Social y Cultura en la Universidad Linköping (Suecia), en su libro *Making Marie Curie. Intellectual Property and Celebrity Culture in an Age of Information*, opina que la donación de un gramo de radio es la expresión del reconocimiento de la sociedad americana, en especial las mujeres, a la decisión adoptada por Marie y Pierre Curie, en 1902, de no patentar el descubrimiento del radio ni su método de obtención, así como por la cesión de uso y utilidad a la sociedad[29].

Al finalizar el viaje, la periodista Marie Meloney consigue de Marie Curie el permiso de copia y traducción al inglés de la biografía de su esposo, *Pierre Curie* redactada en francés y también que escriba su autobiografía en inglés. En Estados Unidos, ambos textos se publicarían en un único volumen con el título de *Pierre Curie with Autobiographical Notes*[30]. En 1929, en su segunda visita a Estados Unidos, de nuevo recibió la donación de un gramo de radio, con el fin de apoyar y dotar de fondos al *Instituto del Radium* de Polonia.

---

[28] CURIE, M., «La Radiactividad y la evolución de la ciencia», Conferencia publicada por la Residencia de Estudiantes, *Arbor*, vol. CLXXXVII, Extra 1, 2011, pp. 47-53.

[29] HEMMUNGS WIRTÉN, E., «The Gift(s) That Kept on Giving Circulating Radium and Curie», en el libro *Making Marie Curie. Intellectual Property and Celebrity Culture in an Age of Information*, Chicago (The University of Chicago Press), 2015, cap 3, pp. 75-109.

[30] HEMMUNGS WIRTÉN, E., «Epilogue», en el libro *Making Marie Curie. Intellectual Property and Celebrity Culture in an Age of Information*, cit., pp 149-156.

B. Marie Curie defiende los derechos del investigador en la Academia de Medicina y en la Sociedad de Naciones

El 7 de febrero de 1922, Marie Curie ingresaría por unanimidad en la Academia de Medicina de París, por el descubrimiento del radio y su labor en la Curie-terapia. Fue la primera mujer miembro de la institución[31].

Participó en la defensa iniciada a propuesta de Sr. L. Slots sobre la propiedad científica, que reclama la igualdad de trato entre el derecho del científico y el derecho de autor. En la sesión del 23 de junio de 1931, Marie Curie intervino en calidad de ponente para presentar los resultados de la Comisión, compuesta por los Sres. d'Arsonval, Hanriot, Bezançon, Sargento, Léon Bernard y la Sra. Curie y creada con el fin de estudiar la cuestión de la propiedad científica. Marie leyó la resolución en los siguientes términos: «La Academia de Medicina (…) constata que una legislación estableciendo el derecho del científico será un acto de justicia que permitirá, no sólo mejorar la situación individual de los autores de los descubrimientos científicos, sino también para promover el progreso de la ciencia, abordando la terrible crisis que sufren los laboratorios, los hospitales y otras instituciones de utilidad social. Reconoce que los estudios técnicos ya realizados, tanto desde el punto de vista nacional como en el campo internacional, da esperanza a conducir al nuevo derecho a una fórmula satisfactoria. Alienta la creación del derecho del científico y expresa el deseo y la esperanza de que el reconocimiento de este derecho se apresure por la iniciativa de las autoridades públicas»[32].

La Academia de Medicina encargó a Fourneau responder a las propuestas «Sur la question de la propriété scientifique», leídas por la ponente M. Curie en la sesión del 7 de julio de 1931. Fourneau propone sus conclusiones:

> «1. Supresión, por la vía de extinción, de las escuelas, los laboratorios, e incluso las universidades cuya utilidad no sea demostrada.
> 2. Reducción gradual al mínimo necesario, e incluso la eliminación completa a una cierta edad, de toda obligación impuesta a los profesores titulares a cualquier requisito de exámenes, cursos.
> 3. Distribución de créditos adicionales teniendo en cuenta solo el número y valor de las publicaciones y de los trabajadores.
> La opinión de los científicos pertenecientes a las mismas ramas será solicitada para el otorgamiento de créditos y deberá ejercerse libremente en una votación

[31] *ELECTION D¨UN MEMBRE ASSOCIÉ LIBRE*. *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*. Biblioteca de la Academia Nacional MEDEC. Séance 7 février 1922, vol. 87, p 155.

[32] CURIE (Mme) «Discussion du Rapport sur la question de la propriété scientifique». *Bulletin de l'Académie nationale de médecine. www.gallica.bnf.fr / Bibliothèque de l'Académie nationale de médecine. (MEDEC)*. séance du 23 juin 1931, vol. 105, pp. 982-986.

> secreta. También se deberán regular los ascensos teniendo en cuenta, sobre todo, el valor de la obra científica de los profesores y de los estudiantes bajo su dirección.
> 4. Eliminar a la entrada de las carreras científicas los concursos demasiado difíciles y muy numerosos que, si crean una cierta selección, bastante artificial del resto, desgastan los puntos fuertes y retrasan el tiempo de trabajo personal y original.
> 5. Desarrollo de la enseñanza práctica de la ciencia, abriendo ampliamente todos los laboratorios de las Facultades a los trabajadores sin otro examen más que el de bachiller, asegurando la enseñanza práctica de la ciencia a un número suficiente de asistentes, y permitiendo, la creación de almacenes centrales, la adquisición sencilla de los artículos y los productos necesarios para la investigación. Todas estas circunstancias serán realizadas en grandes institutos equipadas con los medios de trabajo más modernos donde se encontrarán agrupados los laboratorios y los centros de investigación científica dedicados a las mismas ramas de la química orgánica e inorgánica, la física, la geología, la fisiología, la química física, la farmacología, etc. El dinero necesario para la construcción y desarrollo de los laboratorios y para las investigaciones viajes que se requerirán y las plantillas de personal estarán a cargo de una gran lotería nacional, del tipo que ha aportado a Dublín más de 230 millones para sus hospitales, y proporciona anualmente a la Universidad de Madrid, más de 20 millones para la creación y el desarrollo de la Ciudad Universitaria. La Academia de Medicina decide remitir estas propuestas a la Comisión»[33].

En la sesión de la MEDEC del 19 de diciembre de 1931, M. Bezançon presentaría las conclusiones del Informe sobre la propiedad científica, iniciado por la propuesta de Sr. L. Klotz, la comisión compuesta por los Sres. d'Arsonval, Hanriot, Bezançon, Sargento, Léon Bernard y Sra. Curie, y la propuesta de M. Fourneau.

La Academia observaría que la legislación que establece el derecho del científico sería un acto de justicia que no solo mejoraría la situación individual de los autores de los descubrimientos científicos, sino que también promovería el progreso de la ciencia al remediar la formidable crisis que afecta a laboratorios, hospitales y otras instituciones de servicios sociales. La Academia se declaró a favor de la creación del derecho del científico y expresó el deseo de que el reconocimiento de este derecho fuese acelerado por la iniciativa de las autoridades públicas[34].

El 15 de mayo de 1922, el Consejo de la Sociedad de Naciones nombró a Marie Curie miembro de la Comisión Internacional de Cooperación Intelectual (CICI). En este foro, a partir de sus vivencias científicas y políticas, colaboró en la defensa de los derechos de autor y la propiedad intelectual de las aplicaciones industriales, con la creación de retornos

[33] FOURNEAU, E., «Discussion du rapport de M^me. Curie Sur la question de la propriété scientifique», *Bulletin de l'Académie de Médecine*. *www.gallica.bnf.fr /(MEDEC)*, séance du 7 juillet 1931, vol.106, pp. 3-9.

[34] BEZANÇON, M., «Rapport Sur la propriété scientifique», *Bulletin de l'Académie de Médecine*. *www.gallica.bnf.fr /(MEDEC).* Séance du 19 décembre 1931, vol. 106, pp. 691-692.

y beneficios económicos para la investigación. Estimuló el conocimiento de la difusión de la información científica, la coordinación bibliográfica y los resultados científicos, en especial la colaboración internacional. Intervino activamente hasta su fallecimiento en 1934[35,36].

V. CIRCUNSTANCIAS QUE PUDIERON INFLUIR EN LA DECISIÓN DE NO PATENTAR EL DESCUBRIMIENTO DEL RADIO

Entre las circunstancias que pudieron influir en no patentar el método de obtención del radio destacan las influencias familiares, las educacionales, su ideal de la ética científica, la necesidad de profesionales dedicados a la investigación y la de establecer colaboraciones entre la ciencia pura y la aplicada.

1. Influencias familiares, educacionales y solidarias

Las influencias familiares de Pierre Curie y Marie Slowdoska muestran similitudes, aunque proceden de distintos países y costumbres. Los progenitores de ambos eran profesionales de la pequeña burguesía. El padre de Pierre, Eugene Curie, era médico. Los padres de Marie eran profesores de enseñanza secundaria. Ambos crecieron en atmósferas intelectuales, solidarias y altruistas. Sus infancias transcurrieron durante la restauración del siglo XIX, en sus respectivos lugares de origen: Pierre (1859) en París en el esplendor de las artes y las ciencias; Marie (1867) en Varsovia, sometida al régimen zarista, donde las jóvenes, a partir de cumplir los 15 años, eran objeto de una discriminación educativa de género, que no les permitía continuar estudios superiores. Debido a su anhelo, voluntad y al apoyo familiar conseguiría trasladarse a París y finalizar en la facultad de ciencias de la Sorbona las licenciaturas de Física (1893) y Matemáticas (1894)[37,38]. En su juventud, ambas familias les inculcaron ejemplos de solidaridad. En París, Pierre ayudó a su padre en un puesto de socorro para tratar a los heridos de las barricadas de la Comuna de París (movimiento que gobernó esta ciudad, del 8 de marzo al 28 de mayo de 1871). En Varsovia, Marie, educada en una atmosfera de patriotismo, participó junto a un grupo de intelectuales dando clases a sus compatriotas, en apoyo de la educación igualitaria, la llamada «Universidad volante»

---

[35] MICHEL, P., «Marie Curie, ¿une femme engagée?», *Clio. Historia, Mujeres y sociedades.* Ed: Editions Belin. [En línea], 24 | 2006, puesto en línea 01 de diciembre 2008, consultado el 29 de abril de 2015.

[36] HEMMUNGS WIRTÉN, E., «Intellectuals of the World, Unite! Curie and the League of Nations», en el libro *Making Marie Curie. Intellectual Property and Celebrity Culture in an Age of Information*, cit., cap. 4, pp. 110-144.

[37] CURIE, M., «Notas Autobiográficas de Marie Curie», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie*, cit., cap. 3, pp. 123 a 182.

[38] YUSTE, B., RIVAS-CABALLERO, S.L., *Sklodowska Curie. Una polaca en Paris*, 2.ª ed., Madrid (Edicel), 2011, pp. 9 a 40.

(una organización polaca clandestina)[39]. En ambos casos, estas actitudes patrióticas tuvieron consecuencias para sus respectivos progenitores: el padre de Marie fue retirado de la dirección del centro escolar y su desarrollo profesional fue obstaculizado por el control ruso en el sistema educativo polaco, y al padre de Pierre le abandonaron los pacientes de su consulta particular. En las dos situaciones las familias tuvieron que adaptarse a vivir con menores recursos económicos.

Marie Curie, en su madurez, también mostró actitudes solidarias Así en el transcurso de la primera Guerra Mundial, donde participó de forma activa en la defensa de Francia, logró dotar furgonetas con equipos de rayos X, los «petites Curie» (que se desplazaban a los frentes de guerra con la finalidad de diagnosticar las lesiones de metralla de los heridos), y enseñó el manejo de los instrumentos radiológicos al personal técnico y sanitario. Las experiencias adquiridas durante este periodo las relató en el libro *La Radiología y la Guerra*[40].

2. Factores éticos, visión altruista de la ciencia y del científico

Marie, en las últimas páginas de la biografía de Pierre, narra su visión de la ciencia «Nuestra sociedad (…) no comprende el valor de la ciencia, ni que esta forma parte de su patrimonio espiritual más precioso, ni que es la base de todos los progresos que facilitan la vida y aligeran el sufrimiento» [41] y expresa su opinión de la actitud del científico, en sus *Notas Autobiográficas:* «(…) idealistas (...), creo que una sociedad bien organizada debería asegurarles unos medios de trabajo eficientes, así como una vida sin inquietudes materiales, de modo que puedan consagrarse a la investigación científica» [42].

La sociedad científica europea creía en la importancia de una ciencia altruista, motivo por el cual no se estimulaba la solicitud de patentes. En Europa, durante este periodo, se consideraba que patentar los descubrimientos era casi un hecho inmoral o una ciencia de nivel inferior de tipo aplicada y/o mercantil. Así, W. C. Röntgen, descubridor de los rayos X, tampoco patentó su descubrimiento, una aportación científica de grandes aplicaciones prácticas que fue galardonada, en 1901, con el primer Premio Nobel de Física. Röntgen donaría la dotación del premio a organizaciones benéficas, y terminaría falleciendo en la pobreza[43,44].

---

[39] YUSTE, B., RIVAS-CABALLERO, S.L., *Maria Sklodowska Curie. Ella misma,* Ayer y hoy de la historia. 1.ªed., Madrid (Ed. Palabra SA), 2016, pp. 30-31.

[40] CURIE, M., *La Radiologie et La Guerre*. Paris, (Libraire Félix Alcan 108, Boulevard Saint-Germain), 1921.

[41] CURIE, M., «Pierre Curie. El duelo de la nación. Los laboratorios, estancias sagradas», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie,* cit., cap. 7, pp. 115-120.

[42] CURIE, M., «Notas Autobiográficas de Marie Curie», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie*, cit., cap. 3, p. 171.

[43] The Nobel Prize in Physics 1901, Wilhelm Conrad Röntgen, *www.Nobelprize.org*.

[44] GOLDSMITH, B., Marie *Curie, genio obsesivo,* (Antoni Bosch), 2005, p. 113.

3. Colaboración entre ciencia pura y aplicada

Los esposos Curie, desde sus comienzos, no establecieron diferencias entre ciencia pura y aplicada a la industria. El primer trabajo de investigación de Marie Sklowdoska fue, por subvención de la Sociedad de Fomento de la Industria, para estudiar las propiedades magnéticas de diversos aceros[45,46]. Con el fin de estudiar las características físico-químicas del nuevo elemento precisaron purificar radio, y para lograr su objetivo se enfrentaron a ciertas dificultades. Debido a su escasa presencia en los minerales de uranio (lo que originó el elevado precio del nuevo elemento), debieron comprar, con las dotaciones económicas de los premios de la Academia de Ciencias y del premio Nobel, las primeras toneladas de mineral de pecblenda, procedentes de las minas de Saint Joachimstahl en Bohemia. Los Curie aportaron los procedimientos para purificar el radio, y la empresa química *Société Centrale de Produits Chimiques,* fabricante de los aparatos físicos patentados por Pierre y Jacques Curie, colaboró en su aislamiento y purificación, a partir de las toneladas de residuos del mineral de uranio[47]. Marie también colaboró con la *Société Minière Industrielle Franco-Brasilienne*, la *Standard Chemical Company* y la *Union Miniere du Haut Katanga* [48].

VI. REPERCUSIONES DE LA DECISIÓN DE NO PATENTAR

Marie, en sus escritos, expresó las dificultades económicas que hubo de afrontar como resultado de no patentar sus hallazgos. Los Curie no dejaron una herencia a sus hijos, ni guardaron fondos para su vejez. Roque describe este hecho: «La descubridora del radio ha renunciado a una fortuna al no patentar sus métodos para producir el elemento más valioso del planeta»[49].

En el momento de adoptar la decisión, también es posible que no pensasen en las futuras aplicaciones terapéuticas del radio. Roque opina que, en el momento del descubrimiento del radio, no vislumbraron el futuro del nuevo elemento y de la radiactividad, «no conocían el potencial industrial y económico del nuevo elemento», aunque es preciso señalar el estudio realizado por Pierre Curie y Henry Bequerel, en colaboración con los médicos del hospital de Saint-Louis de Paris, *Acción fisiológica de las radiaciones del radio,* con el objetivo de utilizar el radio para tratar las enfermedades cutáneas y el cáncer, leído a la

---

[45] SKŁODOWSKA-CURIE, M., «Propriétés magnétiques des aciers trempés». *Comptes rendus hebdomadaires des séances de l'Académie des sciences*. 1897, vol. 125, pp. 1165-1168.

[46] HEMMUNGS WIRTÉN, E., «Me, Myself, I», en el libro *Making Marie Curie. Intellectual Property and Celebrity Culture in an Age of Information*,cit., cap 1, p. 29.

[47] ROQUÉ, X., «Ciencia e industria en el desarrollo de la radiactividad: el caso de Marie Curie», *Arbor* CLVI, 613 (enero 1997), pp. 25-49.

[48] ROQUÉ, X., «Marie Curie And The Radium Industry: A Preliminary Sketch», *History and Technology*, 1997, vol.,13, pp. 267-291.

[49] CURIE, M., «Releer a Curie», en el libro *Escritos Biográficos de Marie Curie,* cit., p. 19.

Academia de Ciencias en 1901[50], donde valoran su posible utilidad terapéutica. Por otra parte, los Curie eran conscientes de la ayuda económica que suponían las patentes, ya que recibían los *royalties* de las patentes de las balanzas e instrumentos físicos diseñados por Pierre, que en sus primeros años aportaron al matrimonio ingresos de 1500 francos equivalentes a 1/4 de su salario anual[51].

También Hemmungs Wirtén, al abordar la investigación sobre la propiedad intelectual de los Curie, piensa que, en la Francia de 1898 (año del descubrimiento del radio), las mujeres casadas no tenían personalidad jurídica propia (capítulo VI, artículos 213 y 217 del Código Civil de 1804), y por tanto no podían acceder a la propiedad individual que incluía la propiedad industrial. Este hecho podría haber alejado a Marie en su calidad de científica a patentar el descubrimiento del radio, aunque no se debe olvidar que la investigación fue realizada por ambos científicos[52].

VII. CONCLUSIONES

Los Curie patentaron los aparatos de medición física, estableciendo así una colaboración con la ciencia aplicada a través de las empresas que fabricaban los aparatos de medición física. En el descubrimiento del novedoso elemento radio, optaron por no patentar y publicar sus investigaciones, aunque valoraron el uso terapéutico del mismo. Las importantes restricciones de la legislación francesa acerca de las patentes médicas podrían haber influido en su decisión.

Por otra parte, el legado de enseñanzas familiares y actitudes solidarias seguramente influyeron en el desinterés económico a patentar el método de aislamiento del radio. Marie Curie en su etapa final reflexionó sobre su decisión de generosidad social.

Marie Curie adquirió, en el periodo de entreguerras, un gran prestigio social por su participación en labores humanitarias, solidarias y científicas desempeñadas durante la primera Guerra mundial, semejantes a las de su juventud. Ello la condujo a defender el derecho del científico o del sabio con la finalidad de intentar superar la diferencia de trato legislativo en relación con el trato referido a la propiedad intelectual de los derechos de autor, en su calidad de miembro de la Academia de Medicina de Paris y de la Sociedad de Naciones. Siempre mantuvo su ideal del científico altruista, aunque su afán fue establecer una ciencia publica, y así trató de convencer a políticos y gobiernos para que apoyasen la creación de laboratorios de investigación, incluyendo sus aplicaciones prácticas, donde pudiesen trabajar e investigar científicos idealistas. Su labor en la Academia de Medicina

[50] CURIE, P. y BECQUEREL, H., «Action physiologique des rayons du radium», *Comptes Rendus de l'Académie des sciences*, T. 132, 1901, pp. 1289-1291.

[51] HEMMUNGS WIRTÉN, E., «Me, Myself, I», en el libro *Making Marie Curie. Intellectual Property and Celebrity Culture in an Age of Information*, cit., cap. 1, p. 20

[52] HEMMUNGS WIRTÉN, E., «Me, Myself, I», en el libro *Making Marie Curie. Intellectual Property and Celebrity Culture in an Age of Information*, cit., cap. 1, p. 30.

de París muestra el ejemplo de solidaridad popular, que propició que algunos gobiernos entendiesen la importancia de los investigadores y su trabajo en la ciencia básica y sus aplicaciones. «No podemos confiar en crear un mundo mejor sin mejorar los individuos»[53], escribió, lo cual expresa sus ideas de progreso social.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CURIE, E., *La vida heroica de María Curie, descubridora del radio (contada por su hija)*, ed. 26ª, Madrid (Colección Austral, Espasa-Calpe), 1966.

CURIE, M., *Escritos Biográficos de Marie Curie.* Dirección de Xavier Roque, Bellaterra, Cerdanyola del Valles (Ediciones UAB, El espejo y la lámpara), 2011.

DRY, S., *Curie*, Madrid (Tutor), 2006.

GOLDSMITH B., *Marie Curie, genio obsesivo*, Barcelona (Ed. Antoni Bosch), 2005.

HEMMUNGS WIRTÉN, E., *Making Marie Curie. Intellectual Property and Celebrity Culture in an Age of Information*, Chicago (The University of Chicago Press) 2015.

MONTERO, R., *La ridícula idea de no volver a verte*, Barcelona (Ed. Planeta, Seix Barral), 2013.

SÁNCHEZ RON, J.M., *Marie Curie y su tiempo*, Barcelona (Ed. Crítica), 2000.

YUSTE, B., RIVAS-CABALLERO, S.L., *Sklodowska Curie. Una polaca en París*, Madrid (Ed. Edicel), 2ª Ed, 2011.

YUSTE, B., RIVAS-CABALLERO, S.L., *María Sklodowska Curie. Ella misma,* Madrid, (Ed. Palabra SA), 2016.

[53] CURIE, M., «Notas Autobiográficas», ob. cit., del libro, *Escritos Biográficos de Marie Curie*, cit., cap. 1, p. 131.

Tabla I. Aparatos fisicos*

APARATOS FISICOS *Bibliografía* Fabricante
QUARTZ PIÉZO-ÉLECTRIQUE, en colaboración con M. J. Curie. *Journal Lumière électrique t.XXII,1886, p.57* M.Bourbouze, desde 1890 la Société Centrale de Produits Chimiques
ÉLECTROMÊTRE A BILAME DE QUARTZ, en colaboración con M.J. Curie *Comptes Rendus de l´Académie des Sciences, t. CVI,1888, p.1287* Société Centrale de Produits Chimiques
ÉLECTROMÊTRE ASTATIQUE, en colaboración con M.R. Blondot *Comptes Rendus de l´Académie des Sciences, t. CII,1888, p. 811*
ÉLECTROSCOPE POUR L´ÉTUDE DES CORPS-RADIO-ACTIFS *Bulletin de la Société de Physique, 19 janvier 1900, nº. 60, p. 591* Société Centrale de Produits Chimiques
DYNAMOMÉTRE DE TRANSMISSION AVEC SYSTÉME DE MESURE OPTIQUE *Comptes Rendus de l´Académie des Sciences, t. CIII,1886,nº56, p. 45 o 551*
BALANCE DE PRECISION APÉRIODIQUE ET A LECTURE DIRECTE DES DERNIERS POIDS *Comptes Rendus de l´Académie des Sciences, t. CVIII, 1889, nº 54, p. 563* Société Centrale de Produits Chimiques

(*) Estas referencias se han obtenido del capítulo «APPAREILS NOUVEAUX», pp. 25-29, en «Notice sur les travaux scientifiques de M. P. Curie» (1902), el manuscrito en el apartado de P. Curie, archivos de Academia de Ciencias Francesa, y en las obras completas de Pierre Curie con una introducción de Marie Curie (*Oeuvres de Pierre Curie*, Paris, Gauthier-Villars, 1908).

PREMIO JÓVENES INVESTIGADORES

LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL EN CRÍMENES INTERNACIONALES: UNA PROPUESTA PARA AMPLIAR EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL ESTATUTO DE ROMA*

CORPORATE PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CRIMES: A PROPOSAL TO EXTEND THE SCOPE OF THE ROME STATUTE TO CORPORATIONS

Alejandro Ayala González**

Resumen: En el presente artículo se plantea la posibilidad de ampliar el ámbito subjetivo del Estatuto de Roma para incluir a las personas jurídicas (empresariales) como responsables por su participación en la comisión de crímenes internacionales. Con este fin, se examinan los precedentes del Derecho Penal Internacional para demostrar la viabilidad de inculpar criminalmente a dichas entidades en el marco internacional. Posteriormente se presenta un modelo de imputación de las personas jurídicas empresariales basado en la teoría del defecto de organización y homologable al modelo de responsabilidad del superior. Asimismo, se analizan las formas idóneas de participación mediante las cuales las corporaciones pueden contribuir a la comisión de crímenes internacionales. Finalmente, se estudia la posibilidad técnica de ampliar la competencia *ratione personae* de la Corte Penal Internacional.
Palabras clave: Derecho Penal Internacional, responsabilidad penal de las personas jurídicas, Estatuto de Roma, participación empresarial en crímenes internacionales.

Abstract: The following paper examines the issue of extending the subjective scope of the Rome Statute over corporations. In this regard, international criminal precedents are analysed so as to demonstrate that corporations can be held liable for international wrongdoing. Additionally, it puts forward a model for explaining the criminal liability of legal persons which is both based on the theory of the organizational default and comparable to the doctrine of superior responsibility. Moreover, the different forms of criminal liability included in the Rome Statute are assessed to determine how a corporation could be charged for an international criminal offence. To conclude, the technical possibility of extending the *ratione personae* competence of the International Criminal Court is studied.
Keywords: International Criminal Law, corporate criminal liability, Rome Statute, corporate participation in international crimes.

* Fecha de recepción: 31 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 26 de marzo de 2018.

** Finalista en la modalidad de Derecho público y Filosofía jurídica del VII Premio Jóvenes Investigadores. Trabajo presentado bajo la dirección de la Catedrática Silvina Bacigalupo Saggese. Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas (Universidad Carlos III de Madrid) y Máster de Acceso a la Profesión de Abogado (Universidad Autónoma de Madrid). Abogado en ejercicio. Correo electrónico: alejandro.aya.gonza@gmail.com.
Mis agradecimientos a la Profesora Dra. Soledad Torrecuadrada por sus observaciones.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL EN CRÍMENES INTERNACIONALES: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS; 1. La participación empresarial en crímenes internacionales: concepto; 2. La participación empresarial en crímenes internacionales: fundamento; III. LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL CORPORATIVA COMO PRECEDENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL; 1. La responsabilidad internacional penal corporativa ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg; 2. La obstrucción corporativa a la Justicia impartida por el Tribunal Especial para Líbano; IV. UN MODELO DE IMPUTACIÓN PARA APRECIAR LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL CRIMINAL; 1. La propuesta francesa durante los trabajos de preparación del Estatuto de Roma; 2. Un modelo de imputación para la participación empresarial criminal; V. LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL CRIMINAL EN EL ESTATUTO DE ROMA; 1. La participación empresarial criminal a través de las cooperaciones criminales del artículo 25.3.c; 2. La participación empresarial criminal y la Empresa Criminal Conjunta; 3. Responsabilidad criminal corporativa por instigación al genocidio; VI. LA INTRODUCCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL CRIMINAL EN EL ESTATUTO DE ROMA; VII. CONCLUSIÓN; VIII. BIBLIOGRAFÍA; IX. LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La complicidad empresarial en materia de violación de derechos humanos es foco de una discusión de primer orden en el ámbito internacional. Se trata de un concepto de común utilización cuyo alcance no ha sido nítidamente definido pero que, en esencia, se refiere a la intervención que las personas jurídicas empresariales tienen en transgresiones del denominado Derecho de los derechos humanos (en adelante DDH) y la responsabilidad que se deriva de la misma[1]. Es, podría decirse, un intento de aunar en el marco del Derecho Internacional la evolución de la responsabilidad social corporativa, por un lado, y el impacto que las relaciones empresariales transnacionales y las cadenas de suministros globales tienen en materia de derechos humanos, por otro.

Piénsese, por ejemplo, en supuestos en los que la explotación empresarial de un recurso natural supone la imposición de condiciones extremas o desalojos forzosos de poblaciones ubicadas en los correspondientes yacimientos. O en aquellos en los que una compañía aérea privada colabora en el traslado de prisioneros a Estados donde quedan expuestos a tortura o desapariciones forzadas. La complicidad empresarial en materia de violación de derechos humanos viene a otorgar una cobertura de protección a tales situaciones.

Ahora bien, la responsabilidad de las entidades en estos casos desborda los límites del DDH y se adentra en el ámbito del Derecho Penal Internacional (en lo sucesivo, DPI) en tanto que tales actividades pueden considerarse constitutivas de crímenes internacionales. El

[1] Para un interesante análisis sistemático sobre la complicidad empresarial en materia de violación de derechos humanos, vid. CLAPHAM, A y JERBI, S., «Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses», *Hastings International & Comparative Law Review*, 2000, *passim*.

DPI tiene orígenes históricos distintos al DDH y utiliza mecanismos diferentes, pero ambas ramas normativas tienen en común un pilar subyacente básico: la defensa y el respeto por la humanidad. De este modo, diferentes crímenes internacionales constituyen violaciones manifiestas de los derechos humanos, pero no todas las violaciones de derechos humanos constituyen crímenes internacionales[2]. Así, el concepto de complicidad empresarial en materia de violación de derechos humanos puede no ser el adecuado para dilucidar la responsabilidad que los entes colectivos pudieran tener que afrontar por participar en conculcaciones del DDH cuando estas sean, a su vez, constitutivas de crímenes internacionales.

El Estatuto de Roma (en lo sucesivo, ER) establece que la CPI solo tiene competencia sobre las personas físicas (artículo 25.1 del ER), siendo así que las organizaciones[3] involucradas en los ejemplos indicados quedarían fuera del correspondiente reproche criminal a nivel internacional. En este sentido, entendiendo la complicidad empresarial en materia de violación de derechos humanos como un concepto necesario pero insuficiente para el efectivo respeto del DDH, este trabajo propone ampliar el ámbito subjetivo del ER e incluir a las personas jurídicas como posibles responsables de crímenes internacionales. Esto es, reconocer la «participación empresarial en crímenes internacionales» en el marco del DPI.

Con tal objetivo, el presente trabajo pretende abordar varias problemáticas al respecto. Tras analizar el propio concepto y sus fundamentos brevemente (apartado II), se examina si la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el marco del DPI es una cuestión novedosa y paradigmática o si, en cambio, existen precedentes (III). A continuación, se propone un modelo de imputación penal para las personas jurídicas (IV) y se analizan las categorías participativas previstas en el propio ER a fin de dar cabida en el mismo a la participación empresarial en crímenes internacionales (V). Por último, se estudia si es técnicamente viable la introducción de la participación empresarial en crímenes internacionales en el ER (VI).

II. LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL EN CRÍMENES INTERNACIONALES: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

1. La participación empresarial en crímenes internacionales: concepto

El objeto de este trabajo es analizar la posibilidad de incluir la participación empresarial en crímenes internacionales en el ámbito subjetivo del ER. Procede por tanto, en primera

[2] *Complicidad empresarial y responsabilidad legal, Vol. 2, Derecho penal y crímenes internacionales*, Ginebra (Comisión Internacional de Juristas), 2010, p. 3.

[3] Por las características de este trabajo, se omite hacer referencia alguna a grupos armados u organizaciones análogas o entidades sin ánimo de lucro (organizaciones no gubernamentales, etc.) pero no por ello se rechaza su posible inclusión en el ER siguiendo otras propuestas, como, por ejemplo, CLAPHAM, A., «Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups», *Journal of Interational Criminal Justice*, vol. 6, 2008, *passim*. Nótese que en este trabajo se utilizan los términos persona jurídica, empresa, entidad, organización o corporación de manera intercambiable.

instancia, dotar de un contenido delimitado al propio concepto a fin de evitar indefiniciones y problemas de alcance subjetivo. En este sentido, la participación empresarial en crímenes internacionales se compone básicamente de tres elementos.

El primero, «participación», se usa desde la más estricta perspectiva *ius* penalista y hace referencia a las formas de perpetración de ilícitos criminales (internacionales), recogidas en los artículos 25 y 28 del ER. En segundo lugar, «empresarial» hace referencia a aquellas entidades que (a) poseen derechos y obligaciones internacionales (b) son capaces de defenderlos y hacerlos valer a nivel internacional[4] y (c) desarrollan actividades comerciales, industriales o análogas con ánimo de lucro. Por último, el ámbito de los «crímenes internacionales» se refiere, principalmente, a los crímenes internacionales en sentido estricto, esto es, los enunciados en el artículo 5.1 del ER[5].

En definitiva, el concepto busca afirmar la responsabilidad criminal a la que, en opinión del autor, las personas jurídicas empresariales deberían verse sometidas por su involucración en la comisión de crímenes internacionales[6].

---

[4] JÄGERS, N., «The Legal Status of Multinational Corporations Under International Law», en ADDO, M. K. (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya (Kluwer Law International), 1999, p. 262.

[5] Por las limitaciones de este trabajo, no se analizan las ofensas contra la Administración de Justicia del artículo 70 del ER pero, atendiendo a las resoluciones acaecidas en el Tribunal Especial de Líbano, esta cuestión no debe quedar al margen de consideración en todo caso (vid. infra III. 2). Sobre el concepto de crímenes internacionales, en sentido amplio y estricto, vid. BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law. Volume 1. Crimes*, Nueva York (Transnational Publishers), 1999, pp. 55-95 y, del mismo autor, *Introduction to Criminal Law: Second Revised Edition*, Leiden-Boston (Martinus Nijhoff Publisher), 2013, pp. 144-145 y 148-149. Desde algún sector se ha abogado por el uso del concepto «crímenes de atrocidad» en lugar de crímenes internacionales. Vid. SCHEFFER, D. «Genocide and Atrocity Crimes», *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, vol. 1, núm. 3, 2014, *passim*.

[6] En un sentido convergente, entre otros, vid. CLAPHAM, A., «Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups», cit.; KALECK, W. y SAAGE-MAAβ, M. «Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and its Challenges», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 699-724; FARRELL, N., «Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 873-894; KREMNITZER, M., «A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 909-918. Desde una perspectiva más global, entre otros, vid. CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford (Oxford University Press), 2006, *passim*; ALSTON, P., *Non-state Actors and Human Rights*, Nueva York (Oxford University Press), 2006, *passim*; DE SCHUTTER, O., Transnational Corporations and Human Rights (Studies in International Law), Portland (Hart Publishing), 2006, *passim*; DE BRABANDERE, E., «Non-state Actors and Human Rights: Corporate Responsibility and the Attempts to Formalize the Role of Corporations as Participants in the International Legal System», en D'ASPREMONT, J. (ed.) *Participants in The International Legal System. Multiple Perspectives on Non-State Actors on International Law*, Oxford (Routledge), 2011, *passim*.

2. La participación empresarial en crímenes internacionales: fundamento

A la vista del contenido que se le otorga conceptualmente, la participación empresarial en crímenes internacionales podría parecer una novedosa cuestión *lege ferenda*. Sin embargo, lo cierto es que durante los trabajos preparativos del ER se presentaron proposiciones dirigidas a normativizar la responsabilidad de los entes colectivos en el DPI. El correspondiente grupo de trabajo presentó, por iniciativa de Francia, una propuesta en esta línea, la cual, a pesar de limitarse a la inclusión de sociedades del ámbito privado con ánimo de lucro, fue finalmente rechazada (esta propuesta es analizada infra; vid. IV.1). Fueron varias las motivaciones que sustentaron esta decisión excluyente, a saber, la responsabilidad colectiva no es concordante con el *telos* de la CPI (sancionar la responsabilidad individual); la falta de reconocimiento universal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dificultaría el carácter complementario de la CPI (artículo 1 del ER), así como por la concurrencia de impedimentos relativos a la práctica forense y la prueba[7].

Sin perjuicio de lo anterior, la evolución normativa de los ordenamientos nacionales –dirigida lentamente al reconocimiento positivo de la responsabilidad corporativa– invita a reflexionar sobre la modificación del foro internacional. Aunque originariamente el DPI pudiera tener vocación de perseguir tan solo a las personas físicas, actualmente la tendencia punitiva en el ámbito local se torna cada vez más sobre las personas jurídicas, por lo que ese fundamento primario no tiene por qué ser entendido como un impedimento insuperable. Si el Derecho penal ha avanzado en esta dirección a nivel interno, no hay por qué negar, sin más, una posible evolución del DPI en esta línea. No se entiende por qué las personas jurídicas son vedadas con tanto maximalismo en el ámbito subjetivo del DPI, defendiendo que solo los individuos pueden ser sujetos del mismo, cuando la propia subjetividad y responsabilidad internacional de la persona física fueron paradigmáticas en sí mismas y gozan a día de reconocimiento universal[8]. En teoría, esta evolución y aceptación pueden también darse con respecto a las organizaciones.

Asimismo, si las jurisdicciones locales han conseguido –o están en vías de– superar las dificultades adjetivas y probatorias que implica el hecho de que las personas jurídicas sean sujetos pasivos del procedimiento penal, no hay por qué rechazar que este tipo de obstáculos puedan ser superados en el ámbito del DPI.

---

[7] AMBOS, K., *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Caracas (Universidad Católica Andrés Bello), 2005, pp. 23 y 107 y ss. Para profundizar en los motivos de no inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ER, vid., entre otros, CLAPHAM, A., «The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court» en KAMMINGA. M. y ZIA-ZARIFI, S. (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, La Haya (Kluwer Law International), 2000, pp. 139-196, y AMBOS, K., «General Principles of Criminal Law in the Rome Statute», *Criminal Law Forums*, vol. 10, 1999, p. 10.

[8] Para profundizar en la posición del individuo ante el Derecho internacional, vid. BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal. Estudios de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao (Servicio Editorial-Universidad del País Vasco), 2004, pp. 38-44.

Dicho lo cual, el reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por el ER tendría un efecto no poco relevante desde la perspectiva de la prevención general y especial[9]. Sería un importante incentivo para que las corporaciones cumplieran con el orden internacional: una investigación y, en su caso, un enjuiciamiento ante la CPI podría tener importantes repercusiones en sus resultados empresariales. Esta apreciación cobra relevancia si se tiene en cuenta que, conforme al DPI, cabe la posibilidad de que un cómplice de un crimen internacional sea encausado aun cuando el autor principal no haya podido ser identificado o haya sido absuelto[10].

De igual manera, que el ER afirmara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin duda, tendría un efecto de prevención general positiva en el sentido de crear y afirmar la conciencia internacional de la existencia de la norma y contribuyendo a su estabilización[11], así como un reforzamiento del reconocimiento y averiguación de la verdad[12]. Desde una perspectiva más general, reforzaría la defensa de los derechos humanos así como los deberes y obligaciones que las personas jurídicas tienen para con aquellos[13].

También permitiría, se entiende, una mayor efectividad en materia de reparación de las víctimas: cuestión que no es baladí pues constituye uno de los fines primordiales del ER, como se desprende del papel que se les otorga a aquellas ante la CPI tanto sustantiva como adjetivamente[14].

En esta línea, y sin perder de vista las diferencias que existen entre el DPI y el Derecho penal, debe remarcarse que la complejidad de la sociedad moderna ha llevado al segundo a ejercer su control jurídico mediante herramientas de autorregulación social propias del llamado derecho reflexivo[15]. Y ello le ha guiado, a nivel local, a reconocer la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Pues bien, no cabe duda de que esta complejidad se multiplica en el terreno internacional y que los *delicta iuris Gentium*, por su idiosin-

---

[9] En todo caso, la magnitud del efecto disuasorio del DPI es discutido desde diferentes sectores en tanto que «[l]a prevención general negativa del derecho penal internacional se ve dificultada por su déficit crónico de imperio. Las probabilidades de tener que comparecer ante un tribunal como consecuencia de un crimen de derecho internacional son hasta la fecha pequeñas». Vid. WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 88.

[10] Caso Akayesu ICTR-96-4-T, de 2.9.1998, párr. 531.

[11] Vid. AKHAVAN, P., «Beyond Impunity: Can International Criminal justice Prevent Future Atrocities?», *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 1, 2001, p. 30.

[12] Vid. WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, cit., p. 89.

[13] Vid. Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, acogidos por la Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, del Consejo de Derecho Humanos [A/HRC/RES/17/4].

[14] CRYER, R. *et al*., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge (Cambridge University Press), 2007, p. 361.

[15] Para profundizar en las particularidades del derecho reflexivo, vid. TEUBNER, G., «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review*, vol. 17, núm. 2, 1983, pp. 239-286. y, del mismo autor, «Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», *Law & Society Review*, vol. 18, núm. 2, 1984, pp. 291-301. Para ver su aplicación en el ámbito *ius* penalista, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid (Marcial Pons) 2005, *passim*.

crasia y naturaleza, resultan ser más intrincados que los «delitos internos». Por ello, el reconocimiento de la participación empresarial criminal no sería más que una aceptación y extrapolación de esta complejidad de la sociedad moderna al ámbito internacional, lo que permitiría dotar al DPI de mimbres y herramientas reflexivas para monitorizar y regular determinados riesgos existentes.

En esta lógica, la participación empresarial en crímenes internacionales no es más que un paso hacia la erradicación de la cultura de impunidad que no sin (cierto ápice de) razón se afirma en el DPI[16]. Atendiendo al modelo de imputación propuesto (vid. infra IV.2), el reconocimiento de la responsabilidad de los entes colectivos en el DPI fomentaría la implementación de medidas en el seno corporativo dirigidas a evitar o reducir el riesgo de la comisión de crímenes internacionales durante el desarrollo de su actividad. Y con ello se reforzaría la prevención de nuevos ilícitos, fin al que la CPI aspira (párrafo 5 del preámbulo del ER). Así, el ordenamiento internacional dejaría de otorgar una Justicia meramente reactiva sino más bien proactiva, en el sentido de desincentivar, y no solo sancionar, la comisión de crímenes internacionales.

III. LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL CORPORATIVA COMO PRECEDENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La CPI tan solo puede ejercer su competencia sobre personas físicas (artículo 25.1 del ER). Por su parte, los estatutos de los tribunales constituidos en el marco del DPI (Núremberg, Tokio, Yugoslavia, Camboya, etc.) tampoco han reconocido expresamente la potestad de procesar a personas jurídicas. No obstante lo anterior, existen precedentes jurisprudenciales que permiten sostener que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no es una cuestión ajena al DPI.

1. La responsabilidad internacional penal corporativa ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg no contemplaba, como se ha indicado supra, a las personas jurídicas como eventuales autores de crímenes internacio-

[16] BASSIOUNI , M. C., «The Philosophy and Policy of International Criminal Justice» en D'VORAH, L. C., y BOHLANDER, .M (eds.), *Man's Inhumanity to Man*, La Haya (Kluwer Law International), 2003, pp. 65 y ss. Para confrontar esta tesis, vid. PASTOR, D. R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona (Atelier), 2006, pp. 75 y ss. y 178 y ss. De una manera más genérica sobre la impunidad en el ámbito del Derecho penal (no meramente DPI), vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-97, 2008, *passim*.

nales. Los responsables y acusados de las barbaries bélicas cometidas durante la Segunda Guerra Mundial fueron personas físicas.

Sin embargo, sí contemplaba la posibilidad de declarar criminal a una organización de personas (artículo 9). Sin que esta previsión por sí sola sea relevante –pero sin que ello signifique perderla de vista–, lo cierto es que durante los Juicios de Núremberg se reconoció, de manera implícita y subliminal, la responsabilidad criminal corporativa.

El caso *I.G. Farben*[17] puede considerarse la primera vez que se condenó a un grupo de individuos al cargo, colectivamente, de una organización[18]. Miembros del grupo empresarial I.G. Farben fueron juzgados por uso de fuerza laboral esclava y complicidad en crímenes de agresión y asesinato en masa. En las resoluciones del asunto el Tribunal admitió, *inter alia*, que «[c]uando individuos privados, incluidas las personas jurídicas, proceden a explotar la ocupación militar adquiriendo propiedad privada contra el consentimiento de su legítimo propietario, no estando dicha acción justificada por ninguna provisión de la Convención de la Haya, están violando el Derecho Internacional»[19]. También señaló que «con respecto a los cargos relativos a la actividad de Farben […] encontramos más allá de toda duda razonable que los ilícitos contra la propiedad […] fueron cometidos por Farben», indicando que «tales acciones de Farben constituyen una violación del derecho a la propiedad privada, protegida por las leyes y usos de la guerra»[20]. En otras palabras, aunque el Tribunal insistiera en diferentes ocasiones en que Farben, como persona jurídica, no estaba bajo su jurisdicción porque su Estatuto no reconocía tal posibilidad, atribuyó a aquélla como sujeto jurídico –y no a sus miembros– actos contrarios al Derecho de guerra.

Por otro lado, el Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg enjuició, en el caso *Krupp*[21], hechos constitutivos de crímenes de guerra y contra la humanidad por uso de mano de obra esclava y adquisición de propiedades expoliadas por diferentes individuos. No obstante, en distintas ocasiones, esta imputación penal tuvo lugar después de una dilatada y detallada explicación de los actos de la organización Krupp, señalada como el principal actor y perpetrador de los crímenes en cuestión. En ciertas ocasiones fueron las acciones de la empresa colectiva, y no las individuales, las que se consideraron criminales[22]. Se determinó, por ejemplo, que «la confiscación de la planta de Austin […] y la subsecuente retención

[17] *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals. The I.G. Farben Case*, vol. VIII, Washington D.C., 1949.

[18] RAMASASTRY, A., «Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon. An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, núm. 20, 2002, p. 106.

[19] *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. VIII, cit., p. 1132. (trad. propia).

[20] *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. VIII, cit., p. 1140. (trad. propia).

[21] *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals. The Krupp Case*, vol. IX, Washington D.C., 1949.

[22] RAMASASTRY, A., «Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon. An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations», cit. p. 108.

por parte de la firma Krupp constituyen una violación del artículo 48 del Convenio de la Haya»[23]. Igualmente, el órgano jurisdiccional internacional afirmó que «los actos ilegales de expolio y saqueo fueron cometidas por, y en nombre de, la firma Krupp»[24].

Es visible que en ambos casos se atribuyeron actos contrarios al *ius in bello* a personas jurídicas directamente y no solo a sus miembros de manera individual. Se reprochó a las propias entidades su involucración en la comisión de crímenes internacionales. Así, ya en los Juicios de Núremberg la responsabilidad corporativa era una cuestión subliminalmente aceptada. Este hecho, conjugado con la tipificación criminal que el DPI hace de diferentes actos contrarios al Derecho Internacional Humanitario, invita a pensar que la participación empresarial en crímenes internacionales podría tener una cabida pacífica en el ER (al menos desde una perspectiva doctrinal).

2. La obstrucción corporativa a la Justicia impartida por el Tribunal Especial para Líbano

Además del referido reconocimiento tácito durante los Juicios de Núremberg, es posible encontrar dos precedentes más recientes en los que se proclama la viabilidad de la responsabilidad de los entes colectivos al amparo del DPI. En los casos *New TV S.A.L.*[25] y *Akhbar Beirut S.A.L.*[26], el Tribunal Especial para Líbano admitió y reconoció abiertamente que las personas jurídicas podían obstruir su administración de Justicia y ser declaradas responsables por ello.

La compañía New TV S.A.L., operadora de Al Jadeed TV, y uno de sus responsables de contenido, por un lado, y la sociedad Akhbar Beirut S.A.L. y uno de sus miembros del Consejo de Administración, por el otro, fueron acusadas de desacato. El motivo era la publicación de información sensible sobre testigos confidenciales del caso *Ayyash et al*[27] tras haber sido expresamente requeridos para no hacerlo. Tal actuación fue entendida como una presunta vulneración de la Regla 60bis (A) de las Reglas de Procedimiento y Prueba («desacato y obstrucción a la justicia»).

Ambas incoaciones fueron recurridas por las defensas sobre la base de que el Tribunal carecía de competencia para su procesamiento al no existir fundamento legal alguno para el enjuiciamiento de personas jurídicas en el Estatuto del Tribunal[28], ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba ni en el DPI en general. Siendo admitida esta valoración en primera instancia en ambos procedimientos, la decisión fue impugnada por el Fiscal y acabó siendo

[23] *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. IX, cit., p. 1352. (trad. propia).

[24] *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. IX, cit., p. 1370. (trad. propia).

[25] Caso New TV S.A.L. y AI Khayat, STL-14-05/PT/AP/AR126.1, de 2.10.2014.

[26] Caso Akhbar Beirut S.A.L. e Ibrahim Mohamed Al-Amin STL-14-06/PT/AP/AR126.1, de 6.11.2014.

[27] Caso Ayyash et al. STL-11-01, de 11.07.2016.

[28] Resolución 1757 (2007), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5685ª sesión, celebrada el 30 de mayo de 2007.

revocada por la Sala de Apelaciones, la cual acordó que la competencia del Tribunal Especial para Líbano se extendía sobre las personas jurídicas respecto a las infracciones del artículo 60.bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

El razonamiento en ambos supuestos fue similar. La Sala de Apelaciones entendió que era «en el interés de la Justicia interpretar que el Tribunal tenía jurisdicción subjetiva bajo la Regla 60.bis sobre las personas jurídicas»[29]. De otra manera –enfatizó–, si se vetaba asimismo, el Tribunal no podría ejercitar todas sus facultades. Partiendo de una diferenciación entre las versiones en inglés, francés y árabe, interpretó el artículo 60.bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba[30] y llegó a la conclusión de que en un contexto legal las expresiones «aquellos que a sabiendas e intencionadamente» y «cualquier persona» incluyen tanto a los seres humanos como a las personas jurídicas[31]. Asimismo, señaló la tendencia en alza en las jurisdicciones locales de responsabilizar a los entes colectivos por sus «transgresiones»[32]. Así, la ausencia de un precedente en materia de procesamiento de personas jurídicas no podía ser interpretada como óbice para ello, sino simplemente como una cuestión que nunca había surgido. En tanto que las corporaciones tienen una capacidad de poder e influencia superior a la de una persona corriente, inmunizarlas por desacato podría implicar vacíos de impunidad[33].

En definitiva, el Tribunal Especial para Líbano falló que las personas jurídicas podían ser declaras responsables en el ámbito internacional por obstruir a la administración de Justicia.

Al margen de las limitaciones que puedan tener estos precedentes[34], lo cierto es que los casos *New TV S.A.L.* y *Akhbar Beirut S.A.L.* han supuesto el reconocimiento expreso de

---

[29] Decisión de la Sala de Apelaciones sobre recurso de apelación relativo a la competencia personal en procedimientos por desacato, New TV S.A.L. y AI Khayat (STL-14-05/PT/AP/AR126.1), de 23.06.2015, párr. 91 (trad. propia).

[30] Dicho precepto estipulaba (énfasis añadido): «El Tribunal, en el ejercicio de sus poderes inherentes, podrá sancionar por desacato a *aquellos* que a sabiendas e intencionadamente interfieran con su administración de justicia, de acuerdo con la jurisdicción otorgada por este Estatuto. Esto incluye, pero no se limita, el poder sancionar por desacatado a *cualquier persona* que: (…) (iii) divulgue información relativa al procedimiento a sabiendas de violar una orden del Juez o el Tribunal» (trad. propia).

[31] Decisión de la Sala de Apelaciones sobre recurso de apelación relativo a la competencia personal en procedimientos por desacato, New TV S.A.L. y AI Khayat (STL-14-05/PT/AP/AR126.1), de 23.06.2015, párr. 36.

[32] Ídem. párr. 46.

[33] Ídem. párrs. 76 a 80.

[34] Las limitaciones derivan de varios factores. En primer lugar, su aplicación en el DPI puede entenderse restringida en tanto que el Tribunal Especial para Líbano es un órgano jurisdiccional penal internacionalizado o híbrido cuyo ámbito competencial es muy limitado («enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano Rafiq Hariri», ex artículo 1 Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para Líbano). Por otro lado, la responsabilidad imputada derivaba de actuaciones obstructoras de la Justicia pero no de crímenes internacionales en sentido estricto, objeto principal del DPI. Asimismo, el razonamiento expuesto y seguido por la Sala de Apelaciones no está exenta de inconsistencias. Para profundizar tanto fáctica como

que las personas jurídicas pueden ser declaradas criminalmente responsables en el marco del DPI. Los entes colectivos ya han sido por tanto parte pasiva en un procedimiento jurisdiccional desarrollado al amparo del DPI.

En consecuencia, si se realiza una lectura sistemática de los cuatro precedentes señalados, puede concluirse que el axioma *societas delinquere non potest* no parece constituir una máxima inamovible del DPI. Por ello, se entiende que la inclusión de las personas jurídicas en el ámbito subjetivo del ER no tendría por qué ser incompatible con los principios elementales del orden jurídico criminal internacional.

IV. UN MODELO DE IMPUTACIÓN PARA APRECIAR LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL CRIMINAL

1. La propuesta francesa durante los trabajos de preparación del Estatuto de Roma

Vista la viabilidad teórica de la participación empresarial criminal en el DPI, la pregunta que surge en este estado de la cuestión es cómo puede imputarse la comisión de un crimen a una persona jurídica. La dogmática penal ha desarrollado diferentes modelos a este tenor[35]. El análisis de cada uno de ellos excede del objeto de este trabajo pero sí que parece conveniente formular el siguiente apunte desde la perspectiva internacional.

Si atendemos a las distintas propuestas dogmáticas, podría pensarse que la vigencia del principio de culpabilidad en el DPI impediría un sistema vicarial de responsabilidad criminal corporativa. No obstante, esta posición no parece la más adecuada. En primer lugar, porque la atribución de hechos ajenos cimienta la propia lógica del Derecho Internacional (los Estados y las Organizaciones Internacionales responden, al fin y al cabo, por los actos de sus representantes). En segundo lugar, el DPI sigue la teoría del delito propia del *common law*, en donde la responsabilidad penal vicarial está abiertamente reconocida. Por otro lado, si bien sujeto a ciertas connotaciones limitativas[36], es cierto que la vigencia del principio de culpabilidad fue originariamente reconocida por los Tribunales de Núremberg y se puede

jurídicamente sobre los casos New TV S.A.L. y Akhbar Beirut S.A.L., vid. BERNAZ, N., «Corporate Criminal Liability under International Law the New TVS.A.L. and Akhbar Beirut S.A.L. Cases at the Special Tribunal for Lebanon», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, 2015, pp. 313-330.

[35] Para un análisis sucinto pero pormenorizado sobre las distintas propuestas doctrinales dirigidas a explicar la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal, remítase, dentro de la doctrina española, a ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTS de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)», *La Ley Penal*, núm. 119, marzo-abril, 2016, *passim*.

[36] Durante los juicios de Núremberg, la relajación del principio de culpabilidad era superior a la que existe actualmente en el ER. Por ejemplo, se crearon las figuras de la conspiración o pertenencia a una organización criminal, inexistentes hasta la fecha en el DPI. Para profundizar en este sentido, vid. AMBOS, K., *Estudios de Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 134 y ss.

afirmar su reconocimiento por el ER[37]. Ahora bien, el DPI ha sido objeto de un ejercicio de expansión de los criterios de imputación y culpabilidad que ha supuesto la admisión de formas de responsabilidad de amplio alcance que relajan el contenido del principio, tales como la empresa criminal conjunta o la responsabilidad del superior (artículos 25.3.d y 28 del ER, respectivamente)[38]. Por ende, se entiende que el sistema vicarial sería viable en el DPI.

Teniendo en cuenta esta perspectiva, lo cierto es que en un plano no muy dispar se situó la propuesta francesa a la que nos referíamos supra. La misma estipulaba cuanto sigue[39]:

> «Sin perjuicio de cualquier responsabilidad criminal que pueda determinarse con respecto a una persona física en virtud de este Estatuto, la Corte ejercerá su jurisdicción sobre las personas jurídicas. La acusación será ejercida por el Fiscal y la Corte condenará a la persona jurídica si: **a)** la acusación ejercida por el Fiscal contra la persona física y la persona jurídica cumplen con las condiciones de los subpárrafos b) y c); y **b)** la persona física acusada estaba en una posición de control de la persona jurídica de acuerdo con la ley nacional conforme a la cual la persona jurídica fue constituida en el momento en el que el crimen fue cometido; y **c)** el crimen fue cometido por una persona física actuando en representación y el consentimiento explícito de la persona jurídica y en el curso de sus actividades; y **d)** la persona natural es condenada por el delito acusado».

Como se puede comprobar, la propuesta esbozaba un modelo de responsabilidad por atribución (sistema vicarial) basado en el *identification principle*[40] (apartado b) y en la *respondeat superior doctrine*[41] (apartado c), en la que no se determinaba una responsabilidad autónoma de persona jurídica (apartado d).

Sin perjuicio del mérito que hay que reconocerle al encomendamiento francés, parece que el mismo no resulta ser del todo satisfactorio ya que, dejando a un lado las cuestiones procesales, partir de la existencia de una «posición de control» como presupuesto de responsabilidad puede no responder a la compleja realidad de las estructuras empresariales

[37] Id., «General Principles of Criminal Law in the Rome Statute», cit., p. 7.

[38] En defensa de limitar las construcciones doctrinales para imputar crímenes internacionales y que así sean respetuosas con, entre otros, el principio de culpabilidad, vid. GIL GIL, A., «Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución», en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (eds), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid (Dykinson), 2013, *passim*.

[39] Documento de Trabajo sobre Artículo 23, párr. 5-6, A/Conf.183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2,3. Julio de 1998 (trad. propia).

[40] El principio de identificación establece que solo las conductas (*actus reus*) y estados mentales (*mens rea*) de las personas que representan la dirección de una persona jurídica pueden imputarse a la propia organización.

[41] La doctrina del *respondeat superior* establece una suerte de responsabilidad vicarial siguiendo un modelo de principal-agente en el que el primero es responsable por los actos del segundo.

actuales[42]. Por otro lado, hacer depender la responsabilidad de la persona jurídica de una sanción previa de la persona física puede ser un perverso incentivo para que esta se esconda tras el velo corporativo a fin de evitar el reproche judicial. Asimismo, la necesidad de un expreso consentimiento de la persona jurídica, más allá de problemas de identificación y atribución subjetiva que encierra una anuencia prestada «por» una entidad, se erige como un elemento contrario la lógica de buena fe de cualquier organización. En todo caso, como se ha visto supra (vid. II.2), la ausencia de aceptación e incorporación de la propuesta se debió a otras motivaciones.

2. Un modelo de imputación para la participación empresarial criminal

Dadas las críticas señaladas, en este trabajo se propone un modelo de imputación distinto. En esencia, se plantea un modelo de responsabilidad atendiendo a la teoría del hecho de conexión cuyo fundamento de la culpabilidad consiste en el defecto de organización y defectuosa estructura de cumplimiento, en donde la responsabilidad corporativa sea propia y acumulativa con respecto a la de la correspondiente persona física[43].

Concretamente, se propone que una persona jurídica sea criminalmente responsable en el marco del DPI cuando una persona física, actuando en el *curso normal de su actividad* y en *representación y bajo control* suyo, haya participado en un crimen internacional, *con independencia de la responsabilidad individual* de dicha persona física, si de haberse implementado las *medidas razonables y efectivas* para efectuar *el debido control* sobre ella se hubiera prevenido, o reducido significativamente, el riesgo de participación.

Esta propuesta pretende superar las críticas formuladas contra la labor francesa durante los trabajos preparativos del ER. Por un lado, se atiende a la teoría del agente de tal manera que bastaría con que, en el caso en concreto, la persona física tuviera una competencia sectorial con autonomía operativa para obligar a la compañía[44], sin necesidad de tener

---

[42] ASWORTH, A. y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2013, p. 150-153.

[43] Esta propuesta no supone, ni mucho menos, una innovación dentro de las categorías que doctrinalmente se han desarrollado para explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para un análisis en profundidad de este modelo teórico, remítase entre otros, en la doctrina española, a BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona (Bosch), 1998, pp. 169-172 y 390-398; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTS de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)», cit. p. 5. y GÓMEZ TOMILLO, M. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi), 2015, pp. 78-94 y 134-154. En todo caso, no se es ajeno a las serias dificultades jurídico-dogmáticas que se pueden plantear al aunamiento de teorizaciones pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, a saber, la teoría del hecho de conexión –propia de la dogmática del Derecho continental o romano-germánico– y la teoría del delito del *common law* acogida por el DPI.

[44] SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas», *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, p. 132.

una «posición de control» según el derecho interno en el que la corporación se encuentra instituida. Con ello se evita además que la responsabilidad internacional dependa de fundamentos de derecho nacional. Por otro lado, se establece un sistema de responsabilidades autónomas que permite el reproche criminal aun cuando no se pueda descubrir quién actuó exactamente, ya sea porque haya fallecido o haya evitado la acción de la justicia.

Ahora bien, mantiene la referencia al giro de empresa –sancionar a una persona jurídica por actos cometidos por sus miembros durante actividades ajenas a la suya propia no parece una opción acertada–, debiéndose entender en un sentido material y no formal. Se añade el defecto organizativo como fundamento de culpabilidad: las entidades serían culpables por no haber ejercido el debido control sobre sus integrantes criminalmente responsables. Se reprocharía internacionalmente que las organizaciones hubiesen omitido la adopción de las medidas razonables y efectivas que hubieran permitido evitar o reducir significativamente la comisión del crimen internacional perpetrado durante el desarrollo de su actividad.

Con este modelo de imputación se impondrían positivamente en el derecho internacional obligaciones ciertas y efectivas de control a las personas jurídicas sobre sus integrantes. Se fomentaría, pues, que las organizaciones adoptaran e implementaran modelos de supervisión y cumplimiento con una relevancia normativa significativa, al haber sido consolidadas a nivel internacional. A este tenor, cabe reseñar que este extremo podría verse reforzado mediante la inclusión de una eximente o atenuante propia de la responsabilidad criminal de las corporaciones por contar con este tipo de sistemas –siempre que fueran efectivos y adecuados ex ante desde una perspectiva objetiva–, tal y como se hace a nivel interno en distintas jurisdicciones.

En definitiva, desde una perspectiva sistemática, lo que realmente se está planteando es un modelo homólogo –pero no necesariamente equivalente– al de la responsabilidad del superior contemplada en el artículo 28 del ER[45]. Simplemente se propone ampliar el ámbito subjetivo de los sujetos obligados e incluir entre los mismos a las personas jurídicas como superior civil potencialmente responsable.

El instituto de la responsabilidad del superior constituye una responsabilidad por omisión punible por no haber adoptado las medidas razonables y necesarias para impedir o, en su caso sancionar, la comisión de un crimen por parte de un subalterno[46] sobre el que

[45] Acertadamente, la tradicionalmente conocida «responsabilidad por mando» es ya denominada «responsabilidad del superior», en un intento de abarcar a los superiores del ámbito civil no sujetos a la jerarquía castrense. Vid. FENRICK, W. J. «Some International Law Problems Related to Prosecuciones before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 6, 1995, p. 110 y AMBOS, K., «Responsabilidad penal del superior en el Derecho penal internacional», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas*, vol. LLII, 1999, p. 528. El estándar más estricto del artículo 28 del ER para militares encuentra su lógica en dos razones: la necesidad en mantener una mayor exigencia disciplinaria en el ámbito castrense, por un lado, y la inefectividad de la disuasión, por el otro.

[46] ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., «Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 17, núm. 13, 2015, p.10.

ostenta una autoridad y control efectivo[47]. Desde una perspectiva subjetiva, la omisión puede darse por imprudencia consciente o inconsciente, si bien este segundo supuesto es solo predicable en el ámbito militar[48]. En todo caso, si el superior ha intervenido de alguna manera en la comisión del crimen, la responsabilidad prevista en el artículo 28 del ER debe ceder a favor de la responsabilidad por autoría o por participación, según el caso[49].

Dejando a un lado la controvertida clasificación y naturaleza dogmática de la institución de la responsabilidad de los superiores[50], lo que interesa es la punibilidad de la omisión culpable contraria al deber específico de control que el derecho internacional impone a un sujeto en concreto. Se trata de que las personas jurídicas cuenten con tales obligaciones, en el mismo sentido que las físicas, cuyo incumplimiento permita el reproche criminal,

---

[47] ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., *Autoría y participación en Derecho Penal Internacional: los crímenes de atrocidad*, Granada (Comares), 2015, pp. 335-336.

[48] AMBOS, K., «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility» *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, p. 179 y WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, cit., pp. 321-322. La imprudencia inconsciente se predica del estándar del artículo 28 del ER «deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase claramente». Por su parte, la consciente proviene de la cláusula «hubiera debido saber», solo prevista para los superiores castrenses.Para profundizar, vid. BASSIOUNI, M.C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, La Haya (Klumer Law International), 1999, p. 442.

[49] MELONI, C., *Command Responsibility in International Criminal Law*, La Haya (T.M.C. Asser Press), 2010, p. 85. Los elementos de la responsabilidad del superior han sido determinados por la CPI en la Decisión de Confirmación de Cargos contra don Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05/05-01/08-424, de 15.06.2009, párr. 407: (i) ostentación de «mando y control efectivo» o «autoridad y control efectivo» sobre el subordinado que participó en el crimen; (ii) el crimen debe ser resultado de la omisión del ejercicio de control por parte del superior; (iii) el superior sabía, o debía haber sabido por las circunstancias del momento, que se estaba cometiendo el crimen; y (iv) ausencia de adopción de medidas necesarias y razonables al alcance del superior para prevenir o reprimir la comisión del crimen o ausencia de denuncia ante las autoridades competentes a los efectos de investigar y enjuiciar el crimen.

[50] A nivel jurisprudencial, ha sido vista como una forma especial de omisión impropia (omisión por comisión) fundamentada en el estatus del superior (Caso Mucić et al. IT-96-21, de 20.02.2001, párr. 185 y 197, entre otras). También ha sido interpretada como una forma de responsabilidad *sui generis* (Caso Hadžihasanović & Kubura IT-01-47, de 15.03.2006, entre otras). Doctrinalmente ha sido entendida como un crimen de omisión propia (K. AMBOS), como una forma de participación o un crimen en sí mismo, según el criterio diferenciador del conocimiento o desconocimiento por parte del superior de los crímenes cometidos (E. VAN SLIEDREGT O A. CASSESE, con distintos matices cada autor). Para profundizar en estas y otras propuestas, vid. ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., *Autoría y participación en Derecho Penal Internacional: los crímenes de atrocidad*, cit., pp. 304-313. Para profundizar en los orígenes, naturaleza, desarrollo y elementos de la responsabilidad del superior, vid. GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad por omisión de los mandos y los superiores en Derecho Penal Internacional*, Madrid (Thomson Reuters-Aranzadi), 2016, *passim*, y ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., *Autoría y participación en Derecho Penal Internacional: los crímenes de atrocidad*, cit., pp. 293-348. En todo caso, nótese que el mero hecho de que un superior no controle a sus subalternos no conlleva responsabilidad por sí solo, sino que requiere la comisión de un crimen. A este respecto, vid. MELONI, C., «Command Responsibility. Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 3, 2007, p. 628. Nótase que algunos autores entienden que la tentativa es suficiente. Vid., entre otros, GARROCHO SALCEDO, A.M., «La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la Decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo», en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (eds), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid (Dykinson), p. 151.

al margen de las responsabilidades en la que puedan incurrir los individuos. Con ello, sin perjuicio de los supuestos en los que concurriría la responsabilidad de la persona física y la persona jurídica, se conseguiría que los vacíos de impunidad se redujesen en aquellos supuestos en los que la omisión de la primera pudiera no ser sancionable, introduciendo una segunda capa superior de control –la corporativa–.

El reproche criminal de la persona jurídica se fundamentaría –tomando prestada la nomenclatura del propio artículo 28 del ER– en la omisión de tomar las «medidas necesarias y razonables»[51], resultando determinante para su concreción el derecho internacional humanitario[52]. Esta ratio, aplicada a las organizaciones, fomentaría la implementación y el desarrollo de herramientas y mecanismos internos en el seno corporativo dirigidos a supervisar y controlar la actividad empresarial para evitar la comisión de crímenes internacionales.

Lo característico del control enunciado en el artículo 28 reside en la capacidad de evitar y castigar la comisión de crímenes[53], siendo así que el elemento central de la relación superior-subalterno se encuentra en la concurrencia de un control efectivo del primero sobre el segundo[54]. Dada esta exigencia respecto a las personas físicas, se ha mantenido el giro de empresa como condición del modelo de imputación propuesto a fin de otorgarle un rango análogo.

En conclusión, lo que se propone es, en esencia, un modelo en el que se imponen deberes de supervisión y control a las personas jurídicas (superior) sobre sus empleados (subordinados) de tal manera que su omisión suponga el reproche criminal corporativo. Tan solo se amplía el rango subjetivo del artículo 28 del ER situando a las organizaciones en la posición de garante que actualmente corresponde a los superiores civiles-personas físicas.

V. LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL CRIMINAL EN EL ESTATUTO DE ROMA

Determinado el esquema de atribución de actos criminales a los entes colectivos, conviene delimitar el modo en el que pueden participar en crímenes internacionales. Para ello, utilizaremos las categorías de autoría y participación previstas en el propio ER (artículo 25 y 28)[55].

---

[51] Dadas las características y limitaciones de este trabajo, se excluye concretar cuál debería ser el concreto contenido de las medidas y modelos de supervisión y control por las que se abogan, pero no excederían conceptualmente de aquellas reflejadas en el ámbito del Derecho comparado, una vez se adaptasen a la realidad de los crímenes internacionales.

[52] Vid. WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, cit., p. 324.

[53] Caso Mucić et al. IT-96-21, de 20.02.2001, párr. 256.

[54] Id., párr. 196.

[55] Para profundizar en las distintas categorías de autoría y participación previstas en el Estatuto, vid., entre otros, ESER, A., «Individual Criminal Responsibility», en A. CASSESE, P. GAETA y JONES, J.R., *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Oxford (Oxford University Press), 2002, *passim*;

1. La participación empresarial criminal a través de las cooperaciones criminales del artículo 25.3.c

El artículo 25.3.c del ER parece un vehículo idóneo para apreciar la participación empresarial en la comisión de ilícitos criminales. Este precepto sanciona otorgar asistencia en forma de complicidad, encubrimiento o colaboración, incluyendo la facilitación de los medios para la comisión de un crimen. Estas «cooperaciones» se han definido como la ejecución de actos que, con un efecto sustancial, estén dirigidos a asistir, instigar o dar apoyo moral a la perpetración de un ilícito[56].

Ante tal definición cabe hacer varios apuntes. Respecto al elemento *actus reus*, la necesidad de que existiera un efecto sustancial no estaba estipulada en los Estatutos de los Tribunales Militares ni de los Tribunales *ad hoc*, pero la jurisprudencia lo estableció como requisito[57]. Por ello, puede inferirse que la CPI seguirá el mismo criterio ante la ausencia de mención en el ER. Igualmente, a pesar del silencio normativo, se puede especular, ante la existencia de precedentes al respecto, que no se requerirá nexo causal entre la asistencia y la comisión del crimen[58].

En lo referente al elemento *mens rea*, es suficiente con que se conozca –que no compartir– la intención del autor[59] y, conforme a la redacción del precepto, se tenga «el propósito de facilitar la comisión del crimen». Se requiere así un elemento cognitivo consistente en tener intención de ayudar a la comisión del crimen pero que no abarca conocer los elementos del crimen en concreto: basta con saber que se cometerá uno entre varios[60]. Consecuentemente, la cooperación implica un requisito subjetivo específico más estricto que el mero conocimiento[61].

WERLE, G., «Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, *passim*; AMBOS, K., «Article 25: Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 3ª ed, Múnich (Verlag C.H. Beck), 2015, *passim*. Se atienden a las modalidades previstas en los artículos 25 y 28 del ER aun a sabiendas de que son categorías normativamente estructuradas y pensadas para personas físicas, aceptándose la limitación dogmática que todavía existe en el marco de la definición de la autoría y participación penal de las personas jurídicas y sin perjuicio de que una traslación automática pueda no ser del todo satisfactoria en términos doctrinales.

[56] Entre otros, Caso Furundzija IT-95-17/1-T, de 20.12.1998, párr. 235. Se debe mostrar cautela al entender el apoyo moral que una persona jurídica empresarial puede dar, pues no puede ser criminalmente responsable por su mera presencia estratégica en un Estado en el que tienen lugar crímenes internacionales. En este sentido, vid. CLAPHAM, A y JERBI, S., «Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses», cit., pp. 347 y ss.

[57] *Complicidad empresarial y responsabilidad legal, Vol. 2, Derecho penal y crímenes internacionales*, cit., p. 19.

[58] Caso Blaskic IT -95-14-A, de 29 de julio de 2004, párr. 44 y 45.

[59] Caso Furundzija IT-95-17/1-T, de 20.12.1998, párr.56

[60] Caso Blaskic IT -95-14-A, de 29.07.2004, párr. 45-50.

[61] AMBOS, K., «General Principles of Criminal Law in the Rome Statute», cit., p. 10.

De este modo, para que una empresa pudiera ser considerada criminalmente responsable vía artículo 25.3.c debería asistir, intencionadamente y con un efecto sustancial, al autor de un crimen internacional mediante cualquier acto de colaboración o encubrimiento (incluyendo el suministro de los medios para la comisión).

En todo caso, nótese que la especificación «incluso suministrando los medios para su comisión» que el precepto incluye no debe entenderse como una expulsión de dicha conducta del alcance otras formas de participación, sino más bien la revés: se trata de una aclaración dirigida a determinar que dicha conducta, subsumible en otras formas participativas del ER, puede ser también («incluso») una cooperación del 25.3.c.

Ahora bien, el requisito subjetivo específico y la condición de efecto sustancial podrían complicar, por su rigidez, la involucración empresarial en crímenes internacionales mediante esta forma de participación: contribuir a propósito a la comisión de un crimen de manera esencial no parece responder a los esquemas de funcionamiento de ninguna empresa que pretenda mostrar un mínimo de responsabilidad social (o al menos eso quisiéramos creer).

2. La participación empresarial criminal y la Empresa Criminal Conjunta

Las cooperaciones del artículo 25.3.c no son el único vehículo de complicidad que el ER prevé: el artículo 25.3.d recoge la empresa criminal común (en adelante, ECC). Para apreciarla tradicionalmente se ha señalado la necesidad de concurrencia de una serie de elementos[62]. Brevemente, respecto al *actus reus*, debe (a) existir un grupo de personas (b) con un plan común en el que (c) debe darse una contribución propia del acusado en la consecución de dicho plan[63], sin necesidad de que sea esencial[64] pero sí significativa[65].Por otro

[62] La sistematización que se desarrolla converge con la «clásica» elaboración doctrinal de los Tribunales ad hoc pero no se es ajeno a la conceptualización de la CPI en la Decisión de Confirmación de Cargos contra don Thomas Lubanga Dyilo ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29.01.2007, párr. 343-348 y en el Caso Lubanga Dyilo ICC-01/04-01/06-1842, de 14.03.2012, párr. 1006. Según la misma, resumidamente, los requisitos objetivos serían: (i) la existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas que, en caso de ejecutarse, implica la comisión de un crimen internacional; y (ii) que el sujeto activo realice una contribución esencial al hecho de manera coordinada con el resto de coautores. Por su parte, los requisitos subjetivos serían: (i) que el elemento subjetivo del crimen concurra en el propio sujeto; (ii) los participantes del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que la implementación de dicho plan puede implicar la realización del *actus reus* de un crimen; y (iii) que el sujeto activo sea consciente de las circunstancias fácticas concurrentes. Esta configuración podría implicar un cambio en el acercamiento de este trabajo en tanto que modificaría el entendimiento de la ECC, que dejaría de ser una forma de coautoría para configurarse como una coautoría por dominio funcional del hecho. Para profundizar en esta línea, vid. ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., «La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación den el Estatuto de Roma», *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, vol. 1, 2013, *passim*.

[63] Caso Vasiljevic IT-98-32-T, de 29.11.2002, párr.100 y Caso Tadic T-94-1, de 15.7.1999, párr.188 y ss.

[64] Caso Tadic T-94-1, de 15.7.1999, párr.188 y ss.

[65] Caso Brđanin IT-99-36-A, de 03.04.2007, párr. 430 y Caso Krajišnik IT-00-39-A, de 17.03.2009, párr. 215. Nótese que la contribución significativa constituye un parámetro inferior a la contribución esencial, requerida

lado, con respecto al *mens rea* se han determinado tres tipos: (a) la forma básica, en la que todos los participantes de la ECC comparten la misma intención (b) la categoría sistemática, conforme a la cual el acusado conoce la criminalidad del sistema en el que participa y actúa en él a sabiendas, y (c) el *mens rea* extendido, en el que los actos criminales exceden del plan común pero son una natural y previsible consecuencia de la ejecución del plan, pero se acepta tal riesgo[66].

El grupo de personas –incluidas las jurídicas, de conformidad con lo defendido en estas páginas– no tiene que pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política[67]; simplemente deben ponerse libremente de acuerdo para cometer uno o más crímenes, o al menos, que tal comisión sea el medio para la consecución de los fines a los que se dirige el plan común, pudiendo ser este espontáneo[68]. Por tanto, podría abarcar actividades dirigidas por diferentes entidades (empresariales y gubernamentales) en la consecución de un fin común (*joint venture* o misiones desarrolladas en conjunto por fuerzas militares y empresas de seguridad privada). Por ejemplo, si un gobierno notoriamente represivo practicara desapariciones o traslados forzosos de una población que se asentase en el área de un yacimiento como consecuencia de un acuerdo comercial entre un grupo empresarial y dicho gobierno para la extracción de un bien natural, las corporaciones involucradas podrían llegar a ser criminalmente responsables por tales acciones, por no haber anticipado las previsibles tácticas gubernamentales de extracción.

Se debe indicar que el *mens rea* extendido corresponde a las exigencias del modelo de imputación propuesto basado en la falta del debido control. Así, especialmente en contextos de relaciones comerciales de larga duración[69], el suministro de medios que resultase en la comisión de crimen internacional, pero en el que no concurriese el elemento subjetivo específico de la cooperación del artículo 25.3.c, podría ser castigado por este cauce (por ejemplo, venta de un software de reconocimiento facial utilizado para prácticas genocidas o aportación de químicos utilizados en exterminio de poblaciones civiles).

---

por el dominio del hecho, determinante a efectos de delimitar categorías de autoría y participación. En este sentido, vid. OLÁSOLO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 322.

[66] Caso Tadic T-94-1, de 15.7.1999, párr.188 y ss.

[67] Recuérdese a este tenor que la *teoría de las estructuras de poder organizadas* permite entender a la autoridad competente para organizar un plan criminal responsable plena del hecho por tener un dominio del resultado, sin perjuicio de que el ejecutor, fuese quien fuera (fungibilidad del ejecutor), sería igualmente responsable por tener un dominio de la acción. Vid. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid (Marcial Pons), 2016, pp. 237 y ss.

[68] Caso Tadic T-94-1, de 15.7.1999, párr. 227.

[69] Se hace hincapié en la duración de la relación comercial porque sería el factor que permitiría la evolución de una forma de *mens rea* extendida a la categoría sistemática. El paso de tiempo permitiría obtener información (pública o privada) sobre la comisión de crímenes internacionales. Pero existen otros factores que aumentan la previsibilidad de dicha comisión. Para mayor profundización, vid. *Complicidad empresarial y responsabilidad legal, Vol. 2, Derecho penal y crímenes internacionales*, cit. pp. 26 y ss.

Asimismo, al no ser necesaria una aportación sustancial, la ECC alcanzaría situaciones en las que organizaciones empresariales colaborasen activamente en crímenes internacionales que de otra manera quedarían impunes. Piénsese en el siguiente supuesto: una empresa de servicios de seguridad privada que organizara la vigilancia de las salas de interrogatorio en las que tienen lugar torturas de prisioneros de guerra. Pudiendo ser discutible que la aportación en este caso fuera meramente subsidiaria, ¿dejaría de merecer reproche criminal?[70]

De esta manera, una corporación podría ser criminalmente responsable cuando, colaborando con un grupo con una finalidad común, fuera consciente –o lo debiera haber sido– de la previsibilidad y probabilidad de estar contribuyendo con sus acciones a la comisión de un crimen[71].

3. Responsabilidad criminal corporativa por instigación al genocidio

Por último, aunque de alcance limitado por ser una forma de participación muy específica, las personas jurídicas podrían ser criminalmente responsables por instigar al genocidio (artículo 25.3.e). De acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*[72], se trata de un tipo de responsabilidad basado en una situación de creación de peligro y no de resultado, por lo que no requiere la consumación del genocidio para ser apreciada. Esta modalidad cubre supuestos en los que el perpetrador pide pública y expresamente la comisión de un crimen de genocidio (siendo insuficientes las meras expresiones provocativas), pero también casos en los que sin manifestarlo explícitamente, lo hace de una manera inconfundible para la audiencia.

Se entiende que podrían incurrir en este tipo de participación los medios de comunicación (prensa escrita, televisivos, radiofónicos, etc.) mediante los cuales alguno de sus empleados (redactores, presentadores, etc.) instigaran a cometer un crimen de genocidio, por una falta de control del uso que sus subordinados hacen de sus bienes empresariales.

En conclusión, atendiendo al modelo de imputación propuesto en este artículo, las personas jurídicas podrían ser responsables por su participación en crímenes internacionales mediante las cooperaciones del artículo 25.3.c del ER, perpetraciones cometidas en el seno de una ECC o mediante la instigación al genocidio.

---

[70] Esta afirmación se hace sin desatender lo señalado supra en nota 63.

[71] CLAPHAM, A., «Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups», cit., 911.

[72] Caso Akayesu ICTR-96-4-T, de 2.9.1998, *passim*.

VI. LA INTRODUCCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL CRIMINAL EN EL ESTATUTO DE ROMA

Como se viene poniendo de manifiesto a lo largo de todo el artículo, lo que se propone es ampliar la competencia *ratione personae* de la CPI e incluir en la misma a las personas jurídicas a través del reconocimiento normativo del ER de la participación empresarial en crímenes internacionales. Dicho de otra manera, lo que se está planteando es una reforma del propio instrumento convencional.

Pues bien, esta modificación sería técnicamente articulable a través del mecanismo de presentación de enmiendas al ER que el propio artículo 121 del tratado recoge. De hecho, si bien no a través de este mecanismo sino del previsto en el artículo 123, esta reforma no sería la primera a la que se sometería el ER. En efecto, en el año 2010 se celebró la primera Conferencia de Revisión, en la cual se acordaron las enmiendas Resolución RC/Res.5 y la Resolución RC/Res.6, relativas a los crímenes de guerra y crimen de agresión, respectivamente[73].

Según el artículo 121, trascurridos siete años desde la entrada en vigor del ER (esto es, desde el día 1 de julio de 2002), cualquier Estado Parte puede proponer enmiendas al tratado ante el Secretario General de las Naciones Unidas. La enmienda presentada requerirá de un quorum de dos tercios de los Estados Partes para ser aprobada, entrando en vigor un año después de que los siete octavos de aquellos hayan depositado los correspondientes instrumentos de ratificación y de adhesión ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

Es en este estadio de la cuestión en la que el reconocimiento positivo de la participación empresarial en crímenes internacionales encontraría las mayores complicaciones. La mayoría cualificada exigida para poder incorporar una enmienda al ER requiere, en términos generales, una importante voluntad coincidente de los Estados Partes. Y no es un secreto que alcanzarla no sería tarea sencilla, al menos, a día de hoy, si atendemos a las críticas y dificultades que el propio tratado internacional ha tenido que hacer frente en los últimos tiempos[74].

De igual manera, en este sentido debe destacarse que la ausencia de un reconocimiento universal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nivel local dificulta el carácter complementario de la CPI (artículo 1 del ER), con las negativas consecuencias

[73] Para analizar los antecedentes y resultados de la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, vid. PIERNAS LÓPEZ, J. J. «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma», *Anuario Español del Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 285-302.

[74] Estas son, principalmente, la negativa de varios Estados firmantes a ratificar el instrumento (Israel, Sudán, Rusia y Estados Unidos de América), por un lado, y su denuncia por parte de varios Estados como Sudáfrica (formulada el día 19 de octubre de 2016), Burundi (27 de octubre de 2016) y Gambia (10 de noviembre de 2016), presentadas al amparo del artículo 127 del ER. En este contexto, en opinión del autor, la incorporación de la participación empresarial criminal en el ER no podría servir de pretexto para rebajar las obligaciones ya contraídas para con el DPI por parte de los Estados Partes.

que ello tendría en materia de admisibilidad (artículo 17 del ER). Y ello redundaría en una reticencia a conseguir los quórums del artículo 121. Máxime si tenemos en cuenta que el ER no permite reservas (artículo 120 del ER) –aunque podría pensarse, en su caso y si hubiese voluntad, en un mecanismo homólogo al previsto en el apartado 5 del artículo 121[75]–.

Por ello, si bien es técnicamente plausible y se entiende que la incorporación en el ER de la participación empresarial criminal es compatible con sus principios y fundamentos en los términos expuestos, hay que reconocer que es posible que sea una cuestión que no pueda ser abordada de inmediato. Tal vez, la tendencia creciente dirigida a reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito local permita en un futuro no muy lejano examinar esta propuesta con mayor exhaustividad.

VII. CONCLUSIÓN

La discusión sobre la complicidad empresarial en materia de violación de derechos humanos invita a reflexionar sobre la posibilidad de ampliar el ámbito subjetivo del ER para incluir a las personas jurídicas, a fin de garantizar, o al menos incrementar, la protección del orden internacional más elemental. Así, en el presente trabajo se propone extender el foro de la CPI, circunscrita a las personas físicas (artículo 25 del ER), para extender su competencia *ratione personae* sobre las personas jurídicas a través del reconocimiento normativo de la participación empresarial en crímenes internacionales.

Lejos de intentar abarcar la totalidad de la problemática que rodea a la inclusión de las personas jurídicas en el ámbito subjetivo del ER (pues la complejidad de la materia no permite que pueda ser analizada en un espacio de estas características), este trabajo ha tratado de examinar diferentes cuestiones que surgen alrededor de la participación empresarial en crímenes internacionales.

En primer lugar, se ha visto que diferentes precedentes del DPI (los casos *I.G. Farben*, *Krupp* –implícitamente– y los casos Caso *New TV S.A.L.* y *Akhbar Beirut S.A.L.*) admiten la posibilidad de imputar actuaciones criminales a personas jurídicas. Por ello, el reconocimiento de la responsabilidad criminal corporativa en el ER no sería una novedad paradigmática. De hecho, tal es así que, a pesar de que finalmente fue rechazada, durante los trabajos preparativos del instrumento convencional se estudió y evaluó tal posibilidad.

Por otro lado, se ha propuesto un modelo de imputación basado en la teoría del hecho de conexión cuyos cimientos residen en la atribución de una posición de garante a las personas jurídicas que conlleve el deber de controlar y supervisar la actividad de sus integrantes

[75] El precepto establece lo siguiente: «Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto [relativo a la tipificación de los crímenes internacionales] entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda».

y cuya omisión implique el reproche criminal por parte del CPI (el defecto de organización como fundamento de la culpabilidad corporativa). Así, desde una perspectiva sistemática, lo que en esencia se plantea es un modelo homologable al recogido en el artículo 28 del ER (responsabilidad del superior) y, por tanto, compatible con los postulados del DPI.

Igualmente, de los diferentes tipos de participación recogidos en el ER, la ECC, especialmente en su versión de *mens rea* extendida, es el medio idóneo del ER para dirimir la responsabilidad derivada de la participación empresarial en crímenes internacionales. Sin perjuicio de ello, también se ha visto que es perfectamente compatible la viabilidad jurídica de otras formas de participación, tales como las cooperaciones del artículo 25.3.c del ER o la instigación al genocidio.

Por último, la ampliación de la competencia *ratione personae* de la CPI es técnicamente posible a través del mecanismo de enmiendas previsto en el artículo 121 del propio ER. Sin embargo, no se puede negar que las mayorías cualificadas exigidas por el precepto podrían implicar serias dificultades, al menos a día de hoy, para introducir en el tratado la participación empresarial en crímenes internacionales.

Con todo, a la vista queda que las mayores dificultades que encontraría la participación empresarial en crímenes internacionales radicarían más en cuestiones de voluntad política que de Derecho propiamente dicho –lo que no dejar de ser una cuestión mayor, en todo caso–. Hay que subrayar, con el objeto de influir en dicha voluntad, que la inclusión de la participación empresarial en crímenes internacionales en el ámbito subjetivo del ER permitiría a la CPI incrementar sus potestades como máximo garante del orden penal internacional. Ello reduciría la sensación de impunidad que con cierta frecuencia se le reprocha y aumentaría su espectro protector sobre las conculcaciones del DPI, en general, y las vulneraciones más flagrantes de los derechos humanos, en concreto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AKHAVAN, P., «Beyond Impunity: Can International Criminal justice Prevent Future Atrocities?», *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 1, 2001.

ALSTON, P., *Non-state Actors and Human Rights*, Nueva York (Oxford University Press), 2006.

AMBOS, K., «Article 25: Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER, O., (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 3ª ed, Múnich (Verlag C.H. Beck), 2015, pp. 743-770.

AMBOS, K., «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility» *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 159-183.

AMBOS, K., *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Caracas (Universidad Católica Andrés Bello), 2005.

AMBOS, K., «Responsabilidad penal del superior en el Derecho penal internacional», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas*, vol. LLII, 1999, pp. 527-592.

AMBOS, K., «General Principles of Criminal Law in the Rome Statute», *Criminal Law Forums*, vol. 10, 1999, pp. 1-34.

ASWORTH, A. y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2013.

BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona (Bosch),1998.

BASSIOUNI, M.C., *Introduction to Criminal Law: Second Revised Edition*, Leiden-Boston (Martinus Nijhoff Publisher), 2013.

BASSIOUNI, M.C., «The Philosophy and Policy of International Criminal Justice» en D'VORAH, L. C., y BOHLANDER, M. (eds.), *Man's Inhumanity to Man*, La Haya (Kluwer Law International), 2003.

BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law, Volume 1. Crimes*, Nueva York (Transnational Publishers), 1999.

BASSIOUNI , M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, La Haya (Kluwer Law International), 1999.

BERNAZ, N., «Corporate Criminal Liability under International Law the New TVS.A.L. and Akhbar Beirut S.A.L. Cases at the Special Tribunal for Lebanon», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, 2015, pp. 313-330.

BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal. Estudios de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao (Servicio Editorial-Universidad del País Vasco), 2004.

CLAPHAM, A., «Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, Oxford, 2008, pp. 899-926.

CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford (Oxford University Press), 2006.

CLAPHAM, A., «The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court», en KAMMINGA. M. y ZIA-ZARIFI, S. (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, La Haya (Kluwer Law International), 2000, pp. 139-196.

CLAPHAM, A y JERBI, S., «Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses», *Hastings International & Comparative Law Review*, 2000, pp. 339-349.

Complicidad empresarial y responsabilidad legal, Vol. 2, Derecho penal y crímenes internacionales, Ginebra (Comisión Internacional de Juristas), 2010.

CRYER, R. *et al*., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge (Cambridge University Press), 2007.

DE BRABANDERE, E., «Non-state Actors and Human Rights: Corporate Responsibility and the Attempts to Formalize the Role of Corporations as Participants in the International Legal System», en D'ASPREMONT, J. (ed.), *Participants in The International Legal System. Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Oxford (Routledge), 2011, pp. 268-283.

DE SCHUTTER, O., *Transnational Corporations and Human Rights (Studies in International Law)*, Portland (Hart Publishing), 2006.

ESER, A., «Individual Criminal Responsibility», en CASSESE, A.; GAETA, P. y JONES, J.R. (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, Oxford (Oxford University Press), 2002, pp. 767-948.

FARRELL, N., «Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 873-894.

FENRICK, W. J. «Some International Law Problems Related to Prosecutions before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 6, 1995.

GARROCHO SALCEDO, A.M., *La responsabilidad por omisión de los mandos y los superiores en Derecho Penal Internacional*, Madrid (Thomson Reuters-Aranzadi), 2016.

GARROCHO SALCEDO, A.M., «La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la Decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo», en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid (Dykinson), 2013, pp. 147-184.

GIL GIL, A., «Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución», en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid (Dykinson), 2013, pp. 511-587.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid (Marcial Pons), 2005.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi), 2015.

JÄGERS, N., «The Legal Status of Multinational Corporations Under International Law», en ADDO, M. K. (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya (Kluwer Law International), 1999, pp. 259-270.

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

KREMNITZER, M., «A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 3, 2010, pp. 909-918.

MELONI, C., *Command Responsibility in International Criminal Law*, La Haya (T.M.C. Asser Press), 2010.

MELONI, C., «Command Responsibility. Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 619-637.

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., *Autoría y participación en Derecho Penal Internacional: los crímenes de atrocidad*, Granada (Comares), 2015.

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., «Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 17, núm. 13, 2015, pp. 1-18.

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., «La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación den el Estatuto de Roma», Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP), vol. 1, 2013, pp. 86-104.

OLÁSOLO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.

PASTOR, D. R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona (Atelier), 2006.

PIERNAS LÓPEZ, J. J. «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma», *Anuario Español del Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 285-302.

Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, acogidos por la Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, del Consejo de Derecho Humanos [A/HRC/RES/17/4].

RAMASASTRY, A., «Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon. An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations», *Berkeley Journal International Law*, vol. 20, núm. 20, 2002, pp. 91-159.

ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid (Marcial Pons), 2016.

SCHEFFER, D. «Genocide and Atrocity Crimes», *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, vol. I, núm. 3, 2014, pp. 229-250.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas», *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, pp. 129-148.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-97, 2008, 149-171.

TEUBNER, G., «Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», *Law & Society Review*, vol. 18, 1984, pp. 291-301.

TEUBNER, G., «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review*, vol. 17, 1983, pp. 239-286.

WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.

WERLE, G., «Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 953-975.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Jurisprudencia aplicada a la práctica: modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTS de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y de 16 de marzo de 2016)», *La Ley Penal*, núm. 119, marzo-abril, 2016.

IX. LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS

Caso Farben, en *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals,* vol. VIII, Washington D.C., 1949.

Caso Krupp, en *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. IX, Washington D.C., 1949.

Caso Furundzija IT-95-17/1-T, de 20.12.1998.

Caso Akayesu ICTR-96-4-T, de 2.9.1998.

Caso Tadic T-94-1, de 15.7.1999.

Caso Mucić et al. IT96-21, de 20.02.2001.

Caso Vasiljevic IT-98-32-T de 29.11.2002.

Caso Blaskic IT -95-14-A, de 29.07.2004.

Caso Hadžihasanović & Kubura IT-01-47, de 15.03. 2006.

Caso Brđanin IT-99-36-A, de 03.04.2007.

Caso Krajišnik IT-00-39-A, de 17.03.2009.

Decisión de Confirmación de Cargos contra don Thomas Lubanga Dyilo ICC-01/04 01/06-803-Ten, de 29.01.2007.

Decisión de Confirmación de Cargos contra don Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05/05-01/08-424, de 15.06.2009.

Caso Lubanga Dyilo ICC-01/04-01/06-1842, de 14.03.2012.

Caso New TV S.A.L. y AI Khayat, STL-14-05/PT/AP/AR126.1, de 2.10.2014.

Caso Akhbar Beirut S.A.L. e Ibrahim Mohamed Al-Amin STL-14-06/PT/AP/AR126.1, de 6.11.2014.

Decisión de la Sala de Apelaciones sobre recurso de apelación relativo a la competencia personal en procedimientos por desacato, New TV S.A.L. y AI Khayat (STL-14-05/PT/AP/AR126.1), de 23.06.2015.

Caso Ayyash et al. STL-11-01, de 11.07.2016.

LUCES Y SOMBRAS DEL COPAGO EN EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA*

BRIGHT AND GREY AREAS IN THE CO-PAYMENT OF THE SYSTEM FOR PERSONAL AUTONOMY AND CARE FOR DEPENDENT PEOPLE

Eduardo Ayala González**

Resumen: Los servicios públicos esenciales, tradicionalmente, han sido financiados a través de impuestos. Sin embargo, en los últimos años, un nuevo concepto tributario ha surgido en nuestro país: el copago. La crisis del Estado de bienestar ha hecho que el gobierno saliera en busca de nuevos mecanismos de financiación para tratar de mantener los Presupuesto Generales equilibrados con graves consecuencias para aquellos que son más vulnerables: las personas dependientes. Este trabajo tiene el objetivo de estudiar los problemas que desde un punto de vista jurídico ha suscitado el establecimiento del copago en los servicios de Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).
Palabras clave: SAAD, copago, tasa, principio de equivalencia, capacidad económica.

Abstract: Welfare services were traditionally funded by taxes. However, a new tax concept have risen in our country in the last years: co- payment. The welfare state crisis has provoked for a need for governments to look for new ways to balance the government budget with negative effects in those who are most vulnerable: dependent people. The aim of this paper is to study the legal problems created by the establishment of a co-payment in the System for Personal Autonomy and Care for Dependent People (SAAD).
Keywords: SAAD, co-payment, tax, principle of equivalence, economic capacity.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. ANÁLISIS DISPOSITIVO DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (SAAD); 1. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción a la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (LAPAD); 2. Los criterios de participación económica del beneficiario a través del Acuerdo de 2012 del Consejo Territorial del SAAD, para la mejora del sistema para la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia; III. NATURALEZA JURÍDICA DEL

* Fecha de recepción: 31 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 24 de marzo de 2018.

** Finalista en la modalidad de Derecho público y Filosofía jurídica del VII Premio Jóvenes Investigadores. Estudiante de Derecho y Administración y Dirección de Empresas en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: eduardo.ayala@estudiante.uam.es.

Este artículo tiene su origen en el trabajo de investigación presentado al Premio. El trabajo, desde entonces, ha sufrido una reelaboración para su publicación en esta Revista, en la que se han tenido en cuenta las sugerencias formuladas en su día por el Jurado del premio en el acto de su defensa pública. Agradezco al Prof. Andrés García Martínez por la supervisión y el apoyo recibido durante la realización de la investigación.

COPAGO; 1. La contraprestación económica debida a la Administración Pública Territorial; 2. La contraprestación debida a los entes en régimen de Derecho privado. La modificación de la Ley de Contratos del Sector Público; IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN ACTUAL; 1. ¿Es la descentralización del copago en el SAAD un problema para la igualdad? La respuesta de la STC 27/2017 al debate competencial del copago; 2. La renta y el patrimonio como medida de la capacidad económica; 3. ¿Son los límites del copago regresivos?; V. UN CAMBIO DE RUMBO. LA PROPOSICIÓN DE LEY QUE MODIFICARÁ LA LAPAD EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN EN EL COSTE DE LAS PRESTACIONES; VI. ¿ES NECESARIO ESTABLECER EL COPAGO EN EL SAAD? RESPUESTAS A LOS SUPUESTOS BENEFICIOS DEL COPAGO; VII. CONCLUSIONES Y BREVE REFLEXIÓN; VIII. BIBLIOGRAFÍA; IX. LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores retos de la política social de nuestro país es la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal, recogido en nuestra Constitución (CE) en los artículos 49 y 50. Manifestaciones del Estado Social que consagra el artículo 1 de nuestra Carta Magna, dichos artículos prevén la creación de un sistema de servicios sociales que amplíe la acción protectora «potenciando el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y plenamente universales»[1].

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción a la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (LAPAD), que incluye un sistema de servicios personales y prestaciones económicas, materializa el cuarto pilar del Estado de Bienestar que había estado ausente en nuestro sistema.

El modelo de financiación de este sistema se corresponde con un modelo mixto. Por un lado, las prestaciones económicas y parte de los servicios públicos asistenciales serán financiados a través de los impuestos cobrados a los contribuyentes en función de su capacidad económica por las distintas Administraciones Públicas implicadas, y a tres niveles. En el primero de ellos, se establece un «nivel mínimo de protección», determinado por la Administración General del Estado (AGE) para cada beneficiario del sistema como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia, financiado íntegramente por el Estado y gestionado por las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, se prevé un «nivel acordado» de protección entre la AGE y cada Comunidad Autónoma, que incrementa el nivel mínimo fijado por el Estado, a través de los convenios de colaboración que se firmen en desarrollo del marco de cooperación interadministrativa concertado en el Consejo Territorial del SAAD. Por último, el denominado «nivel adicional» de protección lo establecen las Comunidades Autónomas, que será sufragado a través de sus presupuestos.

[1] STSJ de Castilla y León, de 27 de octubre de 2015, (rec. n.º 137/2007).

Sin embargo, debido al volumen de gastos que se derivan de las prestaciones y del número de destinatarios[2], el legislador entendió que era necesario que los beneficiarios aportasen parte de sus ingresos para financiar el sistema. Es decir, el legislador estableció el sistema conocido popularmente como copago[3] en el SAAD.

Con el fin de responsabilizar al prestatario del coste del servicio y reducir el gasto público, mediante el copago, se introduce el principio de beneficio o equivalencia en el sistema de financiación de los servicios sociales: es el beneficiario del servicio, y no el resto de los contribuyentes a través de sus impuestos, quien paga todo o parte del coste imputable.

La introducción de este sistema de financiación individual y no redistributiva plantea cuestiones de índole jurídica. Será objeto del presente estudio el análisis del copago desde el punto de vista del Derecho Financiero y Tributario en el SAAD. Primero, se hará un estudio de las normas que regulan el sistema; en un segundo apartado, se analizará la naturaleza jurídica de estos pagos, diferenciando cuando el pago es debido a los entes públicos territoriales y cuando el pago es debido a los entes en régimen de derecho privado; acto seguido, se realizará un análisis crítico de la legislación actual y de las dudas que ha suscitado en su aplicación; además, se expondrá y analizará la proposición de ley que podrá modificar la regulación actual del copago a nivel estatal; en un penúltimo apartado, se responderá a los supuestos beneficios que expone la rama económica para justificar la necesidad del copago; y, por último, junto a las conclusiones se hará una breve reflexión sobre la verdadera necesidad del copago en una prestación tan básica como el SAAD.

II. ANÁLISIS DISPOSITIVO DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (SAAD)

1. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción a la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (LAPAD)

Como hemos adelantado, el SAAD se regula en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción a la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia

[2] A día 31 de enero de 2018, la cifra de personas beneficiarias con prestación es de 957.864, el número de beneficiarios con prestación más elevado desde la entrada en vigor de la LAPAD. Datos recogidos a través del MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD en «Análisis explicativo de las estadísticas mensuales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia». Disponible en: <http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/estsisaad_compl20180131.pdf.> [Consultado: 16 de marzo de 2018].

[3] Sin embargo, algunos autores como Acosta Gallo defienden que el término más exacto sería «repago», ya que el servicio público es pagado dos veces, al tratarse de un gasto satisfecho por todos los ciudadanos a través de impuestos y a través de la tasa que debe pagar el usuario. Vid. ACOSTA GALLO, P., «Restricciones de Gasto, gestión privada y copago en el Servicio Público de Salud», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, 2012, p. 72.

(LAPAD). Mediante esta ley, tal y como establece Ramos Gallarín[4], «se procura reforzar y racionalizar el conjunto de recursos disponibles, dentro del ineludible respeto a las reglas de funcionamiento del propio sistema de bienestar».

La propia exposición de motivos como el art. 3.b) de la ley establecen que se reconoce un derecho subjetivo para las personas en situación de dependencia de acceso de carácter universal, en condiciones de igualdad y no discriminación.

La LAPAD define un catálogo de prestaciones personales y económicas aunque indicando una preferencia expresa por las personales pues las segundas deben ser una vía alternativa cuando la oferta sea insuficiente o concurran circunstancias particulares que lo aconsejen (art. 17.1). Estos servicios incluyen desde la prestación económica para cuidados en el entorno familiar (art. 18) a servicios de atención residencial (art. 25.1)[5].

Pero son dos los artículos a destacar: el 33 y 14. El artículo 33.1 LAPAD prevé la obligatoria participación económica del beneficiario dependiendo del tipo y coste del servicio. Así, el apartado segundo dispone la necesidad del respeto a la capacidad económica del individuo a la hora de calcular la prestación. No obstante, el límite más importante es el impuesto por el apartado cuarto, y es que ningún ciudadano podrá quedar excluido por carecer de recursos suficientes para satisfacer el servicio, lo que enfatiza su carácter de servicio esencial.

Por tanto, el artículo 33 LAPAD instaura el deber de contribuir de los usuarios a través del copago, pero con una serie de límites. En el caso de las prestaciones económicas, el copago se obtiene mediante unas retenciones en la prestación, mientras que en las prestaciones de servicios se realiza aplicando un gravamen a la renta de dichas personas.

En conexión con el artículo 33, se encuentra el artículo 14 LAPAD cuyo apartado séptimo prevé que sea un órgano independiente, el Consejo Territorial del SAAD, quien a través de acuerdos, proponga los criterios de capacidad económica para su determinación reglamentaria.

---

[4] RAMOS GALLARÍN, J. A., «Los municipios en el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia», *Anuario de Derecho Municipal 2009*, núm. 3, 2010 p. 198.

[5] En concreto, el SAAD incluye las siguientes prestaciones de servicios: servicios de prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal (art.21); servicios de teleasistencia (art. 22.1); servicios de ayuda a domicilio con el fin de atender a sus necesidades de la vida diaria (art. 23), que son las atenciones a las necesidades del hogar y cuidados personales; servicios de Centro de Día y de Noche (art. 24.1); y, servicios de atención residencial (art. 25.1). Además existen cuatro modalidades de prestación económica: prestaciones económicas vinculadas al servicio cuyo fin es la adquisición de servicios de atención en aquellos casos en que no sea posible acceder al servicio público que se dará en función de su grado y nivel de dependencia (art. 17); prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18); prestaciones económicas de asistencia personal cuya finalidad es la contratación de un profesional para mejorar el grado de autonomía de las personas con gran dependencia (art. 19); y, ayudas económicas para facilitar la autonomía personal, consistentes en subvenciones destinadas tanto a la adquisición de instrumentos o ayudas técnicas que faciliten la autonomía personal como a la realización de obras o reformas en el hogar que mejoren la accesibilidad del mismo (disposición adicional tercera).

2. Los criterios de participación económica del beneficiario a través del Acuerdo de 2012 del Consejo Territorial del SAAD, para la mejora del sistema para la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia

El Acuerdo de 2012 establece que la capacidad económica personal de los beneficiarios se determinará en atención a su renta y patrimonio. Más concretamente, la capacidad económica del beneficiario será la correspondiente a la renta, incrementada en un 5 por ciento de su patrimonio neto a partir de los 65 años de edad, en un 3 por ciento de los 35 a los 65 y un 1 por ciento a los menores de 35 años.

Para el cálculo de la renta, este Acuerdo considera los ingresos del beneficiario, derivados tanto del trabajo como del capital, así como cualesquiera otros sustitutivos de aquellos. Para ello se atenderá a las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), las leyes aplicables del Impuesto sobre Sociedades (IS), así como la del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) y al Impuesto sobre el Patrimonio (IP). En el caso de que una persona sea beneficiaria con cónyuge en régimen de gananciales o participación de bienes, o cuando se presente una declaración conjunta en el IRPF, la renta será la mitad de la suma de los ingresos de ambos miembros de la pareja. No se incluyen las ayudas para protección contra la violencia de género.

Por su parte, considera patrimonio del beneficiario el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder. El Acuerdo establece que solo se computará la vivienda habitual cuando la persona beneficiaria reciba el servicio de atención residencial o la prestación económica vinculada a tal servicio y no tenga personas a su cargo que residan en la vivienda, computándose como valor el catastral y, en su defecto, el escriturado.

En cuanto al tiempo, el periodo a computar para determinar la capacidad económica será el correspondiente al último ejercicio fiscal cuyo periodo de presentación de la declaración haya vencido a la fecha de presentación de la solicitud.

Establece igualmente que existe un mínimo exento de participación económica de la persona beneficiaria debido a su escasa capacidad económica[6]. Viene referenciado a la cuantía mensual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM)[7]. Es decir, aquellos que tengan unos ingresos iguales o inferiores al IPREM, no tendrán que realizar

[6] En palabras textuales de la STSJ de Galicia, de 20 de julio de 2016, (rec. n.º 271/2015), cuando hace una interpretación de la normativa autonómica en materia de dependencia, «se deduce que en determinadas circunstancias los usuarios del servicio se ven beneficiados por la gratuidad o han de contribuir al copago en función de su capacidad económica, por lo que ello ha de tener reflejo en los precios del servicio».

[7] Es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, subvenciones o el subsidio de desempleo. Se publica anualmente en la Ley de Presupuestos. Todas las Comunidades Autónomas utilizan dicho indicador excepto Cataluña que utiliza el IRSC que es un indicador de renta de suficiencia.

aportaciones económicas para recibir los servicios. Pero este límite no se aplica a la atención residencial. El fin de la norma es que la renta y el patrimonio del beneficiario no se destinen en su totalidad al copago, salvaguardando unos ingresos mínimos para su vida diaria.

La aportación de estos al coste se determina de forma progresiva hasta un máximo del 90% del coste del servicio. El coste del servicio se realizará a partir de indicadores de referencia para el coste de los distintos servicios y prestaciones contenidos en el catálogo de la LAPAD. Este límite del 90%, ha sido defendido por los propios tribunales afirmando que son acordes con la Constitución y la naturaleza de la prestación. Así para la STSJ de Cantabria, del 15 de diciembre de 2015, (rec. n.º 235/2015), «Los principios constitucionales, (…) la finalidad de la normativa y preceptos legales que aluden a la capacidad económica y a los deberes programáticos de la Administración, no permiten concluir la ilegalidad del concreto porcentaje fijado normativamente para el copago, no discutido este en cuanto legal, si se parte del hecho de que siempre se requiere la capacidad económica de la beneficiaria del servicio hasta unos límites»[8].

Estos principios se aplican para el cálculo de la capacidad económica en cada tipo de servicios que ofrece el SAAD. En cada servicio, el cálculo es distinto.

Pero estas disposiciones son solo unas normas base. Las Comunidades Autónomas pueden establecer medidas complementarias que aumenten la aportación del usuario cuando así lo regulen en su normativa[9]. En el supuesto de que alguna Comunidad Autónoma vaya a utilizar un indicador de mínimos exentos de capacidad económica diferente al acordado, que suponga una condición más ventajosa para los beneficiarios de la misma, el Acuerdo establece que será financiado con cargo al «nivel adicional».

Aunque el centro del estudio serán la normativa estatal y la autonómica hay que resaltar que los Entes Locales también pueden intervenir en los servicios de atención a la dependencia, siempre supeditados al marco legislativo establecido por la correspondiente Comunidad Autónoma donde se sitúen.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL COPAGO EN EL SAAD

Uno de los primeros problemas que se pueden encontrar en la LAPAD es que no define la naturaleza jurídica del copago. Determinar su naturaleza jurídica no es cuestión menor, pues si consideramos que tiene naturaleza tributaria y, por tanto, que es una tasa, le

[8] En esta sentencia el recurrente invocaba la nulidad de las resoluciones del Instituto Cántabro de Servicios Sociales en cuanto que incrementaba la aportación económica para su estancia en un centro residencial. Entre otros, se alegaba en contra de tener que pagar unos porcentajes tan altos en las prestaciones.

[9] A modo de ejemplo, al contrario que en el resto de las Comunidades Autónomas, en la Región de Murcia el beneficiario puede llegar a aportar el 100% del coste de referencia. Un ejemplo contrario al expuesto sería el de las Islas Baleares al imponer un límite máximo del 65% del coste de referencia, exceptuando el servicio residencial, que no podrá ser superior al 90% del coste.

asistirán al usuario las garantías dispuestas en nuestra Constitución (principio de reserva de ley y capacidad económica) y los requisitos que establecen las distintas leyes tributarias (en especial, el límite de no pagar más que el coste del servicio). Para resolver la cuestión diferenciaremos entre el pago realizado a los entes públicos territoriales y el pago realizado a los entes privados.

1. La contraprestación económica debida a la Administración Pública Territorial

La indefinición en la ley ha sido aprovechada por el legislador, tanto estatal como autonómico, para dar al copago una denominación lejos del ámbito tributario utilizando términos como aportación, contribución, canon, precio público[10]. Ello puede deberse a que las Administraciones Públicas, tal y como apunta Lucas Durán[11], pretenden «elegir la figura que menos les vincule desde el punto de vista de su regulación jurídica, lo cual tiene como contrapunto que sea la figura que menos garantías reconozcan al ciudadano».

Sin embargo, no podemos obviar que el artículo 31 de nuestra Constitución crea un concepto constitucional de tributo al establecer unos principios aplicables a ellos, por lo que tendrá naturaleza tributaria toda prestación que responda a dicho concepto, no siendo vinculante la denominación del legislador[12]. Por tanto, no siendo relevante el *nomen iuris* utilizado sino la naturaleza de la prestación, atenderemos a la sentencia en la cual se basa nuestro Tribunal Constitucional para distinguir entre precio público y tasa, la STC 185/1995, de 14 de diciembre[13]. Según la visión de nuestro Alto Tribunal tendrá carácter tributario el pago a una Administración Pública siempre que exista una nota de no voluntariedad o coactividad, por ser imprescindible para la vida privada o social del solicitante, y/o no se presten o realicen por el sector privado. Además, el pago debe contribuir al sostenimiento

[10] Véase, a modo de ejemplo, el Decreto 144/2010, de 24 de noviembre, por el que se establecen los precios públicos correspondientes a determinados servicios sociales especializados del Principado de Asturias; o, Decreto 33/2012, de 26 de junio, por el que se regulan los precios públicos de las prestaciones y servicios del instituto cántabro de servicios sociales destinados a la atención a personas en situación de dependencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

[11] LUCAS DURÁN, M., «Colaboración público-privada y sistema de dependencia: participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones», en *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privado y gasto público*, 1ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016, p. 405. No es una visión única ya que Navarro García dice que «el establecimiento de un precio público es más beneficioso económicamente para las Administraciones ya que pueden obtener beneficios y además no deben cumplir los mismos principios que sí que deben respetar los ingresos tributarios» vid. en NAVARRO GARCÍA, A., «El copago como mecanismo de financiación de los servicios de atención a la dependencia», *Tributos Locales,* num. 103, 2012, p. 31.

[12] ZORNOZA PÉREZ, J. y ORTIZ CALLE, E., «Las tasas», en *Los Tributos Locales*, 2ª ed., Cizur Menor (Civitas-Thomson Reuters), 2010, p. 810; DELGADO PACHECO, A., «Los tributos sectoriales desde un punto de vista constitucional», *Desafíos de la Hacienda Pública Española*, núm. 10, 2012, p. 31.

[13] En esta sentencia el Tribunal Constitucional declara inconstitucional determinados preceptos de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, por entender que, en determinados supuestos, estos precios públicos se inscriben en el concepto de prestaciones patrimoniales de carácter público para las que el art. 31.3 C.E. exige la reserva de ley en la determinación de sus elementos esenciales.

del gasto público sometiendo a gravamen un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica[14].

Al poder ser prestados tanto por entes privados como públicos y al contribuir tanto directa como indirectamente a las arcas públicas, el problema se centra en la obligatoriedad del pago. Al ser estas prestaciones indispensables para la vida de los usuarios, al ser necesarias para su salud y autonomía personal[15], parece ser que las contribuciones al SAAD están más próximas a las tasas que a los otros conceptos no tributarios[16]. Y es que no podemos olvidar que existe una obligación de los poderes públicos, en virtud de los artículos 49 y 50 CE, de proporcionar estos servicios, siendo difícil considerar que sean servicios de recepción voluntaria al ser necesario para el desarrollo de una vida digna reconocida en el artículo 10 de nuestra Carta Magna. Por tanto, estos copagos deben estar protegidos por todas las garantías reconocidas en el ordenamiento a este tipo de prestaciones patrimoniales.

La idea de que el copago en el SAAD es una tasa y no un precio público también ha sido amparada por los tribunales. Por ejemplo, así lo entendió la STSJ de la Comunidad Valenciana en su sentencia, del 1 de octubre de 2014, (rec. n.º 2711/2013)[17]. El Tribunal entendió que al ser los destinatarios de las prestaciones personas mayores y personas con discapacidad, es decir, personas en situación de especial vulnerabilidad, y al tratarse de prestaciones de servicios que para estas personas son primarios e imprescindibles, no deberían considerarse dichos copagos como precios públicos, sino como tasas y deberían ampararles todas las garantías que para ellas establecen la Constitución y las normas tributarias[18].

---

[14] Este último criterio fue añadido y confirmado por el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores como en la STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15 o la STC 102/2005, de 20 de abril, FJ 6. Esta es la doctrina que ha seguido nuestro Alto Tribunal desde entonces para definir la naturaleza jurídica de las tasas, véase, a modo de ejemplo, la STC 233/1999, de 16 de diciembre; la STC 63/2003, de 27 de marzo; la STC 84/2014, de 29 de mayo; o, la STC 62/2015, de 22 de mayo.

[15] MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., «La financiación del Sistema Nacional de Dependencia», *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2006, p. 37.

[16] Su carácter de obligatorio por ser indispensable para la vida viene señalado incluso en el preámbulo de la LAPAD cuando establece que «El reto no es otro que atender a las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de la ciudadanía».

[17] Recurso interpuesto contra el Decreto 113/2013, de 2 de agosto, del Consell, por el que se establece el régimen y las cuantías de los precios públicos a percibir en ámbito de los servicios sociales. La conclusión a la que llega esta sentencia fue utilizada en posteriores resoluciones como la STSJ de Valencia, de 20 de noviembre de 2014, (rec. nº. 2426/2013).

[18] No obstante, esta línea jurisprudencial autonómica no ha sido unánime. Una opinión contraria sería la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia del 27 de octubre de 2015, (rec. nº 137/2015), frente al recurso interpuesto contra el Decreto 77/2011 que establece precios públicos en los servicios del SAAD. Este tribunal autonómico se ampara en que, al ser posible su prestación a través del sector privado, cuyo origen se encuentra en la propia solicitud con la financiación propia del beneficiario de los mismos y pudiéndose financiar por el mismo, nos encontraríamos ante un precio público y no una tasa.

2. La contraprestación debida a los entes en régimen de Derecho privado. La modificación de la Ley de Contratos del Sector Público

Por otra parte, el que este tipo de prestaciones puedan llegar a realizarse a través de entes en régimen de Derecho privado genera una duda adicional ¿El pago que se realiza a un ente privado puede considerarse tasa?

Hasta el momento, podíamos encontrar distintas posiciones doctrinales. Para autores como Lucas Durán[19] o Lozano Serrano[20], estos pagos debidos a entes privados no pueden llegar a considerarse tasas, pero sí pueden entenderse como una prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.3 CE y, por tanto, deberían gozar de las garantías previstas por los tributos. Sin embargo, para autores como Ruiz Garijo[21] o Navarro García[22], esta contribución económica es una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria y, por tanto, una tasa, defendiendo que lo esencial es el carácter de servicio público y no el concreto prestador del servicio. Me encuentro más de acuerdo con esta segunda tesis, al considerar que debe primar el carácter del servicio sobre el propio prestador del servicio para así evitar que la naturaleza jurídica de las contraprestaciones debidas en el SAAD, así como en el resto de los servicios públicos, y las garantías que a ellas se vinculan, queden al mero arbitrio de la interposición o no de un ente privado.

Sin embargo, el legislador ha querido incidir en este debate mediante la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Así, su artículo 289.2 como sus disposiciones finales novena, décima y duodécima por las que se modifican la Ley de Tasas y Precios Públicos, la Ley General Tributaria y la Ley Reguladora de las Haciendas Locales han querido establecer qué debemos entender por «prestación patrimonial de carácter pública de naturaleza no tributaria». En concreto, la disposición final décima, por la cual se modifica la disposición adicional primera de la Ley General Tributaria, establece que «se considerarán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias aquellas que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión

[19] LUCAS DURÁN, M., «Colaboración público-privada y sistema de dependencia: participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones», cit., p. 411.

[20] LOZANO SERRANO, C., «Artículo 158: Límites al Recorte y Copago de Servicios Fundamentales», en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, 1ª ed., Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2014, p. 193.

[21] RUIZ GARIJO, M., «Potestad tarifaria y fórmulas de copago en la financiación privada de los servicios públicos», en *Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructuras públicas LI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 1ª ed., Madrid (Instituto de Estudios Financieros), 2008, p. 141.

[22] NAVARRO GARCÍA, A., *Los riesgos del copago y su polémica expansión: análisis jurídico,* 1ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch), 2017, p. 258.

indirecta. En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado». Por otra parte, podemos encontrar que en su artículo 289, cuando regula la contraprestación de los usuarios en el contrato de concesión de servicios, llama a dicha prestación patrimonial, tarifa.

El legislador ha querido cerrar el debate en torno a la naturaleza de las contraprestaciones por la prestación de servicios públicos, fuera cual fuese el modo de gestión del servicio, estableciendo que aun cuando el servicio sea coactivo, por ser indispensable para la vida del beneficiario como establecía la doctrina constitucional, y la prestación se lleve a través de una fórmula de Derecho privado, será una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza no tributaria y, en concreto, una tarifa, también denominado precio privado.

Aplicado al objeto de estudio, parece ser que cuando el prestador de los servicios en atención a la dependencia sea un ente privado, en virtud de cualquier fórmula de Derecho privado, y se le abone a este directamente el copago que debe prestar el usuario, no se le podrá considerar una tasa, como habíamos definido anteriormente, y, por tanto, no estará amparado por el principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE o por el límite legal de no pagar más precio que el coste del servicio. Al contrario, el legislador ha establecido que en estos supuestos deberá entenderse que es una prestación patrimonial de carácter público no tributario, en concreto, una tarifa, quedando sometido solamente al principio de reserva de ley que establece el artículo 31.3 CE[23].

Así, esta regulación ha querido cerrar el debate en torno a la naturaleza jurídica de los pagos en los servicios públicos prestados por el régimen privado, que de ser así tendría como consecuencia la desvinculación en estos pagos de las garantías constitucionales reconocidas a los tributos. No obstante, creo que el debate dista mucho de estar cerrado. Aunque en distintos servicios este debate puede que se haya cerrado, no será así en los servicios públicos esenciales, en los cuales estas normas no podrán ser aplicables. En el caso de las prestaciones del SAAD conllevaría la eliminación de la garantía de no poder pagar más que el coste del servicio, pudiéndose adquirir beneficios de un servicio que es indispensable para personas especialmente vulnerables y en situación de necesidad, y llevándose a cabo una relegación del reconocimiento constitucional de la capacidad económica hacia uno

[23] Nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 83/2014, de 29 de mayo, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad frente al Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público y de racionalización del uso de los medicamentos, establece que «No hay que olvidar que los principios que la Constitución consagra en el apartado 1 de su art. 31 operan como criterios inspiradores del sistema tributario siendo exigibles, aunque con diferente intensidad, respecto de las prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria, y no, en consecuencia, de cualquier prestación patrimonial que, careciendo de naturaleza tributaria, queda sometida al principio de reserva de ley previsto en el apartado 3 de ese mismo precepto constitucional».

meramente legal cuando sea prestado por entes en régimen de Derecho privado, haciendo que dicho principio sea más voluble e inestable.

Y es que de ser así, sería contrario a la reiterada doctrina constitucional sobre la naturaleza jurídica de las tasas. No podemos olvidar que el concepto de tributo no es un concepto legal sino constitucional y, por tanto, no está en manos del legislador elegir cuando una contraprestación es o no un tributo. Aunque el *nomen iuris* sea distinto, las prestaciones en el SAAD cuando sean realizadas por un ente en régimen privado seguirán siendo coactivas, por ser indispensables para los usuarios para conllevar una vida digna, continuarán siendo prestadas por el sector público y privado y, además, no dejarán de contribuir al sostenimiento del gasto público. Aunque se le quiera llamar «tarifa» su naturaleza jurídica seguirá siendo tributaria, en concreto, una tasa, y le deberán amparar todas las garantías recogidas en la Constitución.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN ACTUAL

1. ¿Es la descentralización del copago en el SAAD un problema para la igualdad? La respuesta de la STC 27/2017 al debate competencial del copago

Desde un punto de vista competencial, en virtud del 148.1.20ª CE las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia exclusiva en el ámbito de la asistencia social, algo que ha sido recogido por todos los estatutos[24]. A su vez, el Estado puede establecer la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos a lo largo del territorio en virtud del 149.1.1ª CE. Este artículo fue el invocado por el Estado como título competencial para la articulación del sistema de protección de la dependencia a través de la LAPAD[25].

Por tanto, parece claro que son los distintos territorios autonómicos los competentes para desarrollar la normativa del SAAD, aunque deban estar coordinados y armonizados por las normas del Estado. En palabras textuales de Ramos Gallarín[26], «las Comunidades Autónomas ejercen un claro liderazgo competencial en la materia. El diseño del SAAD les

[24] Véase, a modo de ejemplo, el artículo 27.23 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; el artículo 26.1.23 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; o el artículo 49.24 Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

[25] Autores como Navarro García entienden que el Estado se ha extralimitado en sus funciones y ha invadido la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, debido a que el alcance del 149.1ª CE es restringido según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional vid. en NAVARRO GARCÍA, A., «El copago como mecanismo de financiación de los servicios de atención a la dependencia», cit., p. 23.

[26] RAMOS GALLARÍN, J. A., «Los municipios en el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia», cit., p. 209.

reconoce papeles fundamentales en la planificación, organización y gestión de los servicios y prestaciones».

En lo que respecta al copago, la LAPAD y el Acuerdo del Consejo Territorial de 2012 otorgan la competencia para la determinación del modelo del copago a las Comunidades Autónomas. Por tanto, serán las Comunidades Autónomas quienes regulen las tarifas de gravamen, las exenciones, deducciones, tramos de rentas, etc., a través de sus distintas normas.

Esta falta de obligatoriedad de normativa común sobre el copago hace que las distintas autonomías puedan optar entre replicar el régimen dispuesto en el Acuerdo o establecer un régimen jurídico diferente. Por ello, parte de la doctrina piensa que existe una cierta desigualdad territorial[27]. La prestación económica de un beneficiario en la misma situación va a variar sustancialmente dependiendo de en qué Comunidad Autónoma resida[28]. Así, para Montserrat Codorniu[29], la existencia de una gran diversidad de copagos provoca «una sensación de inequidad entre los usuarios ya que es difícil entender que por el mismo servicio su "copago" sea diferente en un territorio o en otro».

Además, la dispersión normativa generada por el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales a través de leyes, decretos y ordenanzas puede producir una situación de inseguridad jurídica para el ciudadano al no establecer de forma clara cuál es la norma aplicable[30]. Debido a la indefensión generada, estos autores exigen un contenido mínimo regulado a nivel estatal, en virtud del 149.1.1ª CE, para evitar una discriminación negativa dependiendo del lugar de residencia.

No obstante, el Tribunal Constitucional parece que ha querido dar luz al debate que hemos expuesto en la STC 27/2017, del 2 de febrero[31]. Pero a su vez responde a un problema de vital importancia para la dependencia ¿son las Comunidades Autónomas competentes para el establecimiento y regulación de nuevos copagos?

---

[27] Véase, a modo de ejemplo, DURÁN BERNARDINO, M., «El copago en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia», *Temas laborales,* núm. 126, 2014; o MONTSERRAT CODORNIU, J., «La "tercera vía de financiación": la contribución económica del usuario», *Presupuestos y Gasto Público,* núm. 56, 2009.

[28] Las diferencias en las prestaciones pagadas por los usuarios puede deberse a diversos factores como el límite exento de copago, la cantidad reservada a gastos personales, el máximo de participación o incluso las fórmulas matemáticas utilizadas para determinar la contribución económica del beneficiario. Para un análisis más extenso sobre las posibles diferencias entre las normativas autonómicas véase DE ARAOZ SÁNCHEZ DÓPICO, I., *Informe sobre la regulación de la participación económica del beneficiario en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)*, FEAPS, 2013.

[29] MONTSERRAT CODORNIU, J., «La "tercera vía de financiación": la contribución económica del usuario», ob. cit., pp. 136 a 137.

[30] DE ARAOZ SÁNCHEZ DÓPICO, I., *Informe sobre la regulación de la participación económica del beneficiario en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD),* cit., pp. 4-5.

[31] Fue un recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 35 y 44 de la Ley de las Cortes Valencianas 7/2014, de 22 de diciembre, de medidas fiscales de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, que establecían normas para determinar el copago, al entender que violaban los principios de justicia financiera, capacidad económica y el de igualdad.

Para el Alto Tribunal, no hay ningún impedimento en que el legislador pueda regular, en virtud del 149.1.1ª CE, las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el cumplimiento del deber de contribuir de los usuarios dependientes en el SAAD a través de copagos. No obstante, para el Tribunal es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida que tengan competencia sobre la materia, podrán aprobar normas relacionadas con ese derecho, pues la obligación del 149.1.1ª CE no debe ser entendida como una prohibición de divergencia autonómica.

Es más, entiende que el Estado ya ha cumplido al establecer las condiciones básicas para garantizar la igualdad mediante la LAPAD. En otras palabras, que la Ley 39/2006 establezca el deber de los usuarios de participar económicamente en la financiación del sistema, con las garantías y criterios del artículo 33, pero sin establecer de una manera definida el copago concreto, no supone un impedimento para su desarrollo por las distintas Comunidades Autónomas. Por tanto, el Tribunal Constitucional acaba llegando a la conclusión de que las Comunidades Autónomas pueden regular las tasas por prestación de servicios de atención social en el ámbito del SAAD sin invadir la competencia estatal del art. 149.1.1ª CE, en virtud del art. 148.1.20ª CE, pues la Ley 39/2006 y, en concreto, el art. 33, ya establece unas condiciones básicas uniformes que garantizan la igualdad en todo el territorio. Además, aplicando la doctrina de que «la tasa sigue al servicio», si la Comunidad Autónoma es competente para crear las tasas en el SAAD también lo será para concretar la capacidad económica del usuario dependiente que va a configurarse como elemento de cuantificación de las mismas.

En mi opinión, las Comunidades Autónomas deben tener las competencias administrativas y financieras para llevar a cabo sus políticas, debiendo garantizar el Estado un nivel homogéneo de servicios públicos fundamentales en todo el territorio. En el caso concreto, las Comunidades Autónomas, siempre que respeten los límites del 33 LAPAD, en especial, el principio de universalidad así como los límites de su naturaleza jurídica (el principio de capacidad económica, el principio de reserva de ley y el límite del coste del servicio) podrán regular, en virtud del 148.1.20ª CE, la cuantía a exigir y la creación de nuevos copagos.

2. La renta y el patrimonio como medida de la capacidad económica

La capacidad económica del beneficiario se determina a través de la renta y el patrimonio (art. 33 LAPAD). Para el cálculo de la renta, se consideran los ingresos del beneficiario, derivados tanto del trabajo como del capital, así como cualesquiera otros sustitutivos de aquellos.

Que el legislador no utilice para determinar la capacidad económica todas las rentas es algo que no se puede dejar de mencionar por las desigualdades que de ello puede derivar. Por poner un ejemplo rápido, imaginemos que una persona jubilada recibe 700 euros de pensión (considerado renta del trabajo), mientras que otra persona jubilada recibe 600 euros

y ese mismo año recibe un ingreso de 60.000 euros derivado de la ganancia patrimonial que supone la venta de un inmueble de su propiedad. Al no tomar en consideración la renta total del contribuyente, el primer jubilado deberá pagar más que el segundo teniendo una renta inferior.

A ello hay que sumarle que no todos los individuos están obligados a presentar declaración de IRPF, o que incluso algunos obligados no la hacen.

Otro problema que no ha suscitado pocas críticas entre los autores es el uso del patrimonio para cuantificar la capacidad económica[32]. Para la determinación del patrimonio, el Acuerdo de 2012 del Consejo Territorial se remite a la normativa sobre el IP.

En el IP sólo se exige el pago del mismo a los patrimonios que sean superiores a 700.000 euros más otros 300.000 euros de vivienda habitual, es decir, más de un millón de euros netos. Además, en algunas Comunidades Autónomas (entre ellas, Madrid) existe una bonificación por su totalidad, de modo que aunque exista obligación de declarar, la sanción por incumplimiento es tan insignificante que lo normal será que no se declare.

Pero no es solo eso. Como señala Montserrat Codorniu[33], aunque se declare, la remisión al IP hace que la normativa aplicable sea muy confusa, pues no existe un documento fiable para reunir los datos patrimoniales de los contribuyentes, además de los problemas relativos a su identificación y su valoración. Afirma que la inexistencia de declaraciones fiscales y la dificultad de detectar ciertos patrimonios (por ejemplo, obras artísticas de gran valor) implican que la determinación del patrimonio se realiza según declaración del individuo y, por tanto, la ocultación de bienes puede llegar a suponer un problema para la equidad perjudicando a los patrimonios más bajos.

Además, el incremento de la capacidad económica a través del patrimonio parece una medida regresiva. Debido a la existencia de límites en la aportación del coste del servicio, quien de verdad sufre este incremento de la capacidad económica son las rentas medias y bajas pues las rentas altas ya habrán alcanzado el importe máximo permitido a través de su renta sin incluir su patrimonio[34].

Por otra parte, no podemos olvidar que el patrimonio es una renta no monetaria y que, por tanto, no genera liquidez, lo que puede llegar a suponer un problema para el beneficiario.

---

[32] Son muchos los autores que señalan los problemas de considerar el patrimonio un factor para determinar la capacidad económica. Véase, a modo de ejemplo, LUCAS DURÁN, M., «Colaboración público-privada y sistema de dependencia: participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones», cit., p. 420; MONTSERRAT CODORNIU, J., «La "tercera vía de financiación": la contribución económica del usuario», cit., p. 134.

[33] MONTSERRAT CODORNIU, J., «La "tercera vía de financiación": la contribución económica del usuario», cit., p. 134.

[34] MONTSERRAT CODORNIU, J., «El copago en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia: costes e impacto en las rentas de los usuarios», *Papeles de Economía,* núm. 129, 2011, p. 201.

Para aquellas personas que poseen un gran patrimonio pero una renta baja puede derivar a situaciones de dificultad de pago, pudiendo llegar a la situación extrema de tener que vender su patrimonio para hacer frente al pago[35]. Pero no solo es un perjuicio para el beneficiario sino que también lo es para la Administración. Como señalan Montserrat Codorniu y Montejo Sarrias[36], en estos casos la Administración Pública pasa a ser «acreedora» del usuario generando unos costes administrativos derivados del control y gestiones de la deuda cuando el usuario venda el patrimonio o fallezca.

Por tanto, es fácil llegar a la conclusión de que el sistema está bastante lejos de ser perfecto. Una posible solución entiendo que sería incluir todas las rentas-tipo del IRPF y, debido a la confusión que se genera por la dispersión normativa así como el perjuicio a las rentas medias y bajas, eliminar el concepto de patrimonio[37].

3. ¿Son los límites del copago regresivos?

El Acuerdo de 2012 del Consejo Territorial establece límites sobre el precio de referencia de los servicios, en virtud del principio de capacidad económica. Concretamente, el precio máximo a pagar, por regla general, es el 90% del servicio. Dicho de otra manera, el usuario debe pagar la totalidad del coste del servicio pero su cuota será bonificada en función de su capacidad económica.

Ahora bien, establecer un tope que no llegue a la totalidad del servicio parece para algunos autores una medida regresiva. Así, para Montserrat Codorniu y Montejo Sarrias[38], aunque la idea es que en virtud de la capacidad económica se pague de manera progresiva, el límite dispuesto del 90% del precio de referencia hace que deje de ser progresivo pues a partir de ese punto la participación del usuario va decreciendo a medida que aumenta la renta. Los tramos altos se benefician de un descuento que no tienen el resto de las rentas. Esto es igual en los casos de copagos mínimos o fijos a aportar que pueden comportar un esfuerzo económico para aquellas personas en situaciones precarias, mientras que a medida que aumenta la renta el esfuerzo económico se va reduciendo.

---

[35] NAVARRO GARCÍA, A., *Los riesgos del copago y su polémica expansión: análisis jurídico,* cit., p. 159.

[36] MONTSERRAT CODORNIU J. y MONTEJO SARRIAS, I., «El Copago en la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: Análisis de las medidas introducidas en la Resolución de 13/7/2012», *Actas de la Dependencia,* núm. 6, 2012, p. 81.

[37] Así, para Montserrat Codorniu la determinación de la contribución económica a través del patrimonio es una forma encubierta de reactivar el IP gravando únicamente a las personas en situación de dependencia, siendo más efectivo y solidario si se aplicase un impuesto general sobre todos los ciudadanos. Vid en MONTSERRAT CODORNIU, J., «La política redistributiva de las prestaciones de la dependencia: Análisis del impacto del copago en las rentas de los usuarios», *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10, 2010, p. 11.

[38] MONTSERRAT CODORNIU J. y MONTEJO SARRIAS, I., «El Copago en la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: Análisis de las medidas introducidas en la Resolución de 13/7/2012», cit., pp. 79 y 83.

En otro de sus trabajos pero siguiendo la misma línea, Montserrat Codorniu[39] argumenta que el establecimiento de bonificaciones en la cuota, en vez de establecer una escala progresiva en función de la renta, penaliza a las rentas más bajas pues el único tope del que disfrutarían el resto de rentas sería el límite del mínimo exento de participación económica de la persona beneficiaria, el cual puede ser insuficiente para hacer frente al resto de gastos personales no cubiertos por el sistema.

Para estos autores se quiebra el principio de solidaridad contemplado en la Ley en cuanto que los beneficiarios deben pagar de acuerdo con su capacidad económica.

Una idea para conseguir una mayor progresividad en una política de copagos es, sin olvidar el límite de no pagar más que el precio del servicio[40], la exclusión de los usuarios con rentas altas de las bonificaciones aplicables al resto de los individuos, de forma que estos, sin quedar excluidos del SAAD, contribuyan a su financiación pagando el precio del servicio correspondiente. Este criterio también podría aplicarse en el caso de las prestaciones económicas, lo cual equivaldría a excluir de la prestación por cuidados en el entorno familiar a aquellos individuos que cuentan con la capacidad económica suficiente para financiarse esos servicios[41].

El pago de la totalidad del servicio lo han dispuesto algunas normativas autonómicas, como puede ser el ejemplo de la Región de Murcia. Que en un momento de crisis económica y de recortes, aquellos que más dispongan puedan pagar hasta el total del precio de referencia del servicio parece acorde con el principio de capacidad económica. Sin embargo, lo que no parece acorde con los criterios de capacidad económica es lo que recogen algunas disposiciones autonómicas. Autonomías como Aragón y Cantabria[42], acorde con el

[39] MONTSERRAT CODORNIU, J., «El impacto de la crisis en el Sistema de Atención a la Dependencia: ¿Hacia un cambio de modelo?», *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España,* 2014, p. 13.

[40] Y subrayamos este límite pues se podría dar el supuesto hipotético, como ya sucede en otros servicios, que las tasas traten de financiar la totalidad del coste del servicio. Cuando esto sucede, el límite de la cuantificación de las tasas sería el coste global del servicio, tal y como dispone la doctrina del Tribunal Supremo –por ejemplo, la STS, de 3 de diciembre de 2009, (rec. nº 6302/2008), o la STS, de 19 de abril de 2005, (rec. nº 1092/1999)– y no el importe individualizado de cada contribuyente. Aunque hay autores que avalan esta interpretación, como Zornoza Pérez y Ortiz Calle, otros autores, como Báez Moreno, la critican porque, en el caso de las rentas superiores a la media, se pagará un importe más elevado que el coste que le corresponde, comportándose, en realidad, como un impuesto encubierto, desligándose de la igualdad tributaria y la capacidad económica. Vid. en BÁEZ MORENO, A., «Las tasas y los criterios de justicia en los ingresos públicos una depuración adicional del ámbito de aplicación del principio de capacidad contributiva», *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, núm. 144, 2009, pp. 961-967 y ZORNOZA PÉREZ, J. y ORTIZ CALLE, E., «Las tasas», cit., pp. 864-879.

[41] MONTSERRAT CODORNIU, J., «El copago en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia: costes e impacto en las rentas de los usuarios», ob. cit., p. 202.

[42] El artículo 77.2 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón y el artículo 53.3 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria señalan los caracteres de esta deuda en cuanto disponen que tendrán carácter de ingreso de derecho público y se exigirá por los procedimientos establecidos en las normas tributarias y de recaudación, incluyendo la vía de apremio.

7.6 del Acuerdo de 2012 han establecido que cuando no se tuviera la capacidad económica suficiente para pagar el servicio se generará una deuda con la Administración. Que en un servicio esencial al que acceden personas de especial vulnerabilidad, por no tener los recursos económicos suficientes, se pueda generar una deuda, no solo no parece acorde con los criterios de capacidad económica, por el cual se debería otorgar una exención por la parte que no puede pagar, sino que esta manifestación del principio de equivalencia parece que iría en contra de la propia cláusula Estado social de nuestra Constitución que, en palabras de Barquero Estevan[43], está «dirigida a la disminución de las desigualdades de renta y riqueza o a garantizar a los ciudadanos una serie de prestaciones básica con independencia de su capacidad de gasto».

V. UN CAMBIO DE RUMBO. LA PROPOSICIÓN DE LEY QUE MODIFICARÁ LA LAPAD EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN EN EL COSTE DE LAS PRESTACIONES

Actualmente se está tramitando en nuestras cámaras parlamentarias una iniciativa legislativa popular[44] para modificar la LAPAD, en concreto, los artículos que regulan el copago, los artículos 14 y 33.

En virtud del título competencial estatal del artículo 149.1.1ª CE, se pretende «reorientar y fortalecer este dispositivo de protección social, dotándolo de mayor equidad y apertura, y contrarrestando los efectos perversos evidenciados» tal y como establece su exposición de motivos.

Así, se modifica el artículo 14 en su apartado séptimo estableciendo que será objeto de reglamento no sólo la capacidad económica sino también la regulación de la participación en el coste de las prestaciones. Además se amplían los factores de renta y patrimonio para añadir la edad de aparición de la situación de dependencia y su mayor o menor prolongación a lo largo de la vida de la persona beneficiaria.

En lo que respecta al artículo 33 el apartado primero es modificado para incidir en que para el cálculo de la participación del beneficiario se atenderá exclusivamente a su capacidad económica personal. También establece una serie de topes y garantías que antes estaban en el Acuerdo de 2012, dándoles así una protección legal. Primero, la norma establece que quedarán exentos de participación en el coste aquellos cuya capacidad económica personal no supere en 2.5 veces el IPREM. Segundo, en ningún caso

[43] BARQUERO ESTEVAN, J. M., *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho,* 1ª ed, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2002, p. 141.

[44] Número de expediente: 120/00001 de la XI Legislatura. Iniciativa presentada por Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del CERMI, y aprobada para ser tomada en consideración con el voto favorable de todos los grupos parlamentarios, exceptuando al Grupo Parlamentario Vasco. Actualmente se encuentra en el plazo de enmiendas. Texto íntegro en: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-2-1.PDF> [Consultado: 18 de enero 2018].

la participación superará el 60 por ciento del precio de referencia del coste del servicio. Finalmente, establece que la cantidad mínima para gastos personales será del 40 por ciento del IPREM correspondiente.

Aunque la nueva LAPAD debe ser acogida como una buena noticia, pues, aun faltando las posibles modificaciones que pueda sufrir por las enmiendas presentadas, aumentará la protección de las rentas más bajas estableciendo unos límites con rango legal más beneficiosos para estas, no por ello habrá que dejar de señalar ciertas cautelas y realizar alguna que otra pequeña crítica.

Lo primero que podemos resaltar, es que la ley no ha querido señalar la naturaleza jurídica del copago, dejando el debate otra vez abierto y dejándolo al albedrío de las Comunidades Autónomas. Posiblemente el legislador lo haya hecho siendo consciente del riesgo que supondría una invasión de las competencias autonómicas al ser estas las competentes para crear y regular sus propios ingresos fiscales para ejecutar sus competencias materiales del artículo 148 CE[45].

Que los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios estén previstos en un nuevo Acuerdo puede suscitar dudas sobre su validez. No debemos olvidar el copago en los servicios del SAAD, ya sea prestado por entes públicos o privados, son prestaciones patrimoniales de carácter público y, por tanto, están amparados por el principio de reserva de ley del artículo 31.3 de nuestra Carta Magna. Por tanto, tal y como establece la STC 185/1995, la creación de estas prestaciones y sus elementos esenciales deben estar recogidas en una norma de carácter legal, pero pudiendo remitirse a una norma de carácter reglamentario cuando sea indispensable por motivos técnicos y se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad.

Esto ya sucedió cuando los criterios de cuantificación de la capacidad económica del Acuerdo de 2008 fueron anulados por la Sentencia de la Audiencia de Nacional, del 25 de febrero de 2011, (rec. n.º 90/2009), y confirmado por el Tribunal Supremo mediante Auto, de fecha 3 de noviembre de 2011, (rec. n.º 2056/2011), al entender que dichos criterios deberían estar recogidos en una norma de carácter general. Sin embargo, la principal diferencia que tendrá el futuro Acuerdo del Consejo Territorial respecto del de 2008 y, por la que opino que no deberá considerarse nulo, es que la norma de carácter legal ya habrá establecido los máximos y mínimos que el reglamento debe respetar, no dejando la regulación *ex novo* a esta norma.

Por otra parte, habrá que ver como es acogida esta normativa por las distintas Comunidades Autónomas, pues podría resultar una invasión de sus competencias al ser ellas las que deben determinar el modelo del copago ex artículo 148.1.20ª CE. El establecimiento

[45] LÓPEZ TERRADA, E. y SALA GALVÁN, G., «La financiación del sistema y la aportación del beneficiario» en *La Situación de Dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de Dependencia,* 1ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, p. 572.

de unos límites tan marcados por una ley estatal, puede llegar a entenderse como una reducción del margen de maniobra que tienen las Comunidades Autónomas en una competencia que se considera exclusivas para ellas. Así, Comunidades Autónomas como la Región de Murcia, tendrán que modificar el límite del coste del precio de referencia de su totalidad al 60 por ciento.

La nueva normativa sigue adoleciendo el mismo vicio de incluir el patrimonio como criterio de participación económica. Más allá de los problemas de liquidez o la posible manipulación de su declaración expuesta en apartados anteriores, el que se haya reducido el precio a pagar al 60 por ciento puede ser considerado regresivo si seguimos incluyendo el patrimonio como criterio para calcular la capacidad económica. Pues aunque bien es cierto que ahora se beneficiaran más usuarios de este tope impuesto, la inclusión del patrimonio como criterio de capacidad económica afectará a las rentas más bajas, que no se verán beneficiadas por dicho límite. El siguiente paso que debería dar la normativa, es la eliminación del concepto de patrimonio como criterio de capacidad económica.

VI. ¿ES NECESARIO ESTABLECER EL COPAGO EN EL SAAD? RESPUESTAS A LOS SUPUESTOS BENEFICIOS DEL COPAGO

Las finalidades del establecimiento de un copago en los servicios públicos atienden a causas económicas. Autores como Puig Junoy[46] han establecido que el copago atiende a tres finalidades básicas: maximizar la eficiencia a través de la racionalización del consumo, conseguir una mayor recaudación y proporcionar información sobre las preferencias individuales de los ciudadanos. Estas finalidades no son excluyentes entre sí y pueden ser buscadas de manera simultánea. Sin embargo, que estas finalidades actúen también en el ámbito de las prestaciones del SAAD puede llegar a cuestionarse.

La primera finalidad atiende a que la ausencia de un precio puede llegar a producir un consumo mayor, incluso excesivo, del que se produciría si los usuarios pagaran un precio. Al establecer este precio se reduciría la demanda, pues solo se solicitaría cuando este fuera necesario o, a usar medios alternativos de menor coste. Así, se pretende evitar el uso innecesario teniendo como beneficio que se reduzca de manera indirecta el gasto público excesivo llegando a reducir la presión fiscal sobre los contribuyentes. Es más, en aquellos casos en los que la prestación sea escasa, al reducir los consumos innecesarios se atiende la demanda de aquellos consumidores que realmente necesiten aquellos servicios.

Sin embargo, estas afirmaciones no pueden llegar a considerarse como absolutas, y menos en los servicios en atención a la dependencia. Como bien hemos venido estableciendo hasta ahora, las prestaciones del SAAD son indispensables para los beneficiarios, personas de gran vulnerabilidad, para su salud y la posibilidad de conllevar una vida digna. La nece-

[46] PUIG JUNOY, J., «Los mecanismos de copago: precios, tasas y tiques moderadores», en *Los nuevos instrumentos de la gestión pública*, 1ª ed., Barcelona (La Caixa), 2003, p. 58.

sidad de recibir estas prestaciones y la falta de servicios alternativos de menor coste a los que acudir hace que la demanda sea inelástica[47] y, por tanto, aun estableciendo un copago, la demanda seguiría siendo prácticamente la misma solo teniendo el efecto perverso de expulsar a aquellos beneficiarios que en realidad no pueden permitírselo.

Incluso que se pueda a reducir el propio coste del servicio sería discutible. Así Lozano Serrano[48] argumenta que solo se conseguirá este efecto disuasorio cuando la nueva cuantía sea tan alta que resulte prohibitiva para el usuario que no tenga suficiente capacidad económica, provocando su exclusión del servicio. Sin embargo, si al final se debe atender al excluido en una situación peor que en la que estaba antes de su exclusión, el coste del servicio y, por tanto, su precio será aún mayor.

La finalidad recaudatoria es la principal. Se ha entendido que en un momento como el actual, en el cual la crisis económica y financiera está provocando desestabilidad presupuestaria en el ámbito estatal y autonómico, sea necesario el pago de estas prestaciones por parte de sus beneficiarios para no tener que sufragarlo en su totalidad a través del gasto público. La parte que es sufragada por las personas dependientes es una cantidad pequeña del propio sistema[49], suponiendo para ellos un gran sacrificio económico. Sin embargo, no podemos olvidar que en nuestro sistema tributario rige un principio de equidad para los ciudadanos, el principio de solidaridad. Este principio reclama que los costes del SAAD, de los que depende uno de los bienes más preciados, como la dignidad de la persona y la salud, vinculados a necesidades que le vienen impuestas por las más diversas circunstancias que no siempre están en la mano del ciudadano, no se deberían asumir individual sino colectivamente[50]. Por tanto, estos servicios deberían financiarse vía impuestos.

La última finalidad atiende a que el copago se puede utilizar como elemento de información, a fin de conocer las preferencias o valoraciones de los ciudadanos acerca de los servicios públicos. De acuerdo con esta finalidad, cuando la prestación es gratuita, se consumen de forma abusiva y, cuando se establece un sistema de copago, los consumidores muestran sus preferencias individuales provocando la caída significativa de la demanda de algunos servicios, a la vez que mostrarán las necesidades que se consideran básicas para los ciudadanos. En la formulación de esta finalidad subyace «la idea de que es preferible el

[47] MONTSERRAT CODORNIU, J., «La política redistributiva de las prestaciones de la dependencia: Análisis del impacto del copago en las rentas de los usuarios», cit., p. 4.

[48] LOZANO SERRANO, C., «Artículo 158: Límites al Recorte y Copago de Servicios Fundamentales», ob. cit., pp. 174-175.

[49] Los usuarios sufragan un 20% de los costes totales del sistema. COMISÓN PARA EL ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA, «Informe de la Comisión para el análisis de la situación para la dependencia, de su sostenibilidad y de los actuales mecanismos de financiación, para evaluar su adecuación a las necesidades asociadas a la dependencia», 2017, p. 78.

[50] BARQUERO ESTEVAN, J. M., *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 122.

mercado frente al sistema democrático en la satisfacción de las necesidades públicas, pues las preferencias de los ciudadanos se exteriorizan mediante el sistema tributario»[51].

Sin embargo, en los servicios de recepción obligatoria, en palabras textuales de Martínez Sánchez[52], «no tiene sentido que pretendamos conocer cuáles son las preferencias de la ciudadanía, toda vez que no hay elección a estos efectos relevante (no se elige entre sobrevivir o no)».

Y es que, no es el mercado quien decide cuáles son las necesidades que deben ser satisfechas por los servicios públicos, sino los propios poderes públicos, en especial, el poder legislativo que, al establecerlas, no debe hacer distinción entre el poder adquisitivo de los ciudadanos. Como bien defiende Barquero Estevan[53], nuestros parlamentarios deben actuar con plena independencia de quién esté pagando el servicio y deben adecuar sus decisiones a las exigencias del interés general y esto solo se consigue mediante la financiación a través de impuestos.

Por tanto, estas finalidades no son aplicables al Sistema de Atención a la Dependencia y contradicen, no solo al sistema impositivo que nuestra Constitución plantea, sino también al Estado social y democrático de Derecho que establece su artículo primero.

Las normas reguladoras del SAAD no son más que otro ejemplo de la tendencia de nuestro Estado de aumentar la financiación a través de las tasas en detrimento de los impuestos. Un Estado en el cuál la solidaridad y la capacidad económica van perdiendo fuerza como principios configuradores de nuestro sistema impositivo dando paso al principio de equivalencia. Llevado al peor de los extremos, un sistema impositivo cuyo principio configurador fuera el principio de equivalencia, un sistema en el cual los servicios públicos y fundamentales para el libre desarrollo de las personas se financien a través de tasas, sería una seria contradicción con el Estado que describe nuestro artículo primero pues «si el ordenamiento jurídico español tiene como una de sus principales finalidades el aseguramiento efectivo de los derechos fundamentales de todos, no puede conectar el acceso a los servicios básicos (esenciales) a la existencia de la suficiente capacidad económica de los usuarios para sufragar el coste generado»[54]. Y es que lo que no podemos obviar, es que aquellos usuarios que solicitan un servicio público esencial –como el que es objeto de estudio– no están mostrando una mayor capacidad económica y, por tanto, una mayor capacidad de dar riqueza, sino, al contrario, están demostrando una mayor necesidad de recibirla[55].

---

[51] RUIZ ALMENDRAL, V., «Hay Impuestos Justos», *Claves de Razón Práctica,* núm. 159, 2006, p. 56.

[52] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., *El principio de equivalencia en el sistema tributario español*, 1ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2014, p. 169.

[53] BARQUERO ESTEVAN, J. M., *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 145-146.

[54] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., *El principio de equivalencia en el sistema tributario español,* cit., p. 170.

[55] SIMON ACOSTA, E., *Las Tasas de las Entidades Locales. (El Hecho Imponible)*, 1ª ed., Pamplona (Aranzadi), 1999, p. 29; BÁEZ MORENO, A., «Las tasas y los criterios de justicia en los ingresos públicos una depuración adicional del ámbito de aplicación del principio de capacidad contributiva», cit., p. 958.

VII. CONCLUSIONES Y BREVE REFLEXIÓN

Podemos concluir, por tanto, que el SAAD se financia a través de un modelo mixto: a través de los impuestos generales y a través del copago.

La naturaleza jurídica que tenga esta prestación será distinta dependiendo si el pago es debido a un ente público o a un ente privado. Cuando sea un ente público territorial quien preste el servicio, la contraprestación debida será una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria, en concreto, una tasa. Cuando sea un ente privado el prestador del servicio, tras la reciente modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, el pago de los usuarios será considerado una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza no tributaria, en concreto, una tarifa o precio privado, aunque sea indispensable para la vida de los usuarios. Con esta modificación se ha intentado cerrar el debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del pago por las prestaciones recibidas en el SAAD así como en el resto de servicios de carácter público. Sin embargo, el debate sigue abierto y esta regulación es merecedora de cierta crítica, al ser contraria la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

En este modelo, los criterios de participación económica los establece el Consejo Territorial del SAAD, a través de acuerdos, pero dejando un amplio margen a las Comunidades Autónomas para que apliquen los criterios que consideren más convenientes, siendo para algunos autores contrario al principio de igualdad. Sin embargo, aunque el Tribunal Constitucional no se opone a que el Estado pueda establecer los mínimos de capacidad económica a través de una norma de carácter legal, entiende que las Comunidades Autónomas, en virtud del 148.1.20ª CE, tienen competencia para poder establecer los criterios de participación económica y regular nuevas tasas.

Para calcular la contribución económica se tendrá en cuenta la renta y el patrimonio del beneficiario. Para la renta se utilizan sólo algunos tipos de rentas del IRPF, pudiendo derivar en desigualdades. La remisión al IP hace que la normativa aplicable sea muy confusa, habida cuenta de la inexistencia de un documento fiable.

Además, los topes que se establecen son regresivos al afectar a las rentas más bajas, no teniendo justificación que aquellos que tienen una mayor capacidad económica no paguen el 100% del coste. Una idea para conseguir una mayor progresividad en una política de copagos es la exclusión de los usuarios con rentas altas de las bonificaciones aplicables al resto de los individuos, de forma que éstos, sin quedar excluidos del SAAD, contribuyan a su financiación pagando el precio del servicio correspondiente.

Por otra parte, la nueva ley que entrará en vigor este año parece un avance hacia un sistema más justo en términos tributarios. Sin embargo, aunque faltando su posterior desarrollo reglamentario, seguirá adoleciendo de algunos de los problemas que tenía la regulación

anterior. El más importante es el uso del patrimonio como criterio para la cuantificación económica, pues seguirá afectando a las personas que menos recursos tienen.

Además, podrá incrementar el estado actual del debate competencial en materia de dependencia, al poder considerar que al establecer unos máximos y mínimos de carácter legal que las Administraciones Autonómicas no podrán contradecir se están invadiendo las competencias de las Comunidades Autónomas de poder regular sus propios ingresos autonómicos en las materias propias de su competencia.

Sin embargo, aunque la nueva regulación cree un sistema más equitativo, el mayor peligro encontrado es que este modelo de financiación es otro paso más hacia un Estado que aumenta su financiación vía tasas en detrimento de los impuestos, un Estado que quien escribe no puede llegar a defender. Este Estado defendido por la rama económica entiende que los servicios esenciales deben estar regidos por las normas del mercado, poniendo en duda al Estado social y democrático de Derecho.

Más allá de las ventajas que pueda suponer el principio de equivalencia, se está poniendo en duda un principio básico de nuestra Constitución, el principio de solidaridad. Hay que subrayar que los costes del SAAD vienen vinculados a necesidades que vienen impuestas por circunstancias fuera del ámbito de control del ciudadano y que, por tanto, tienen que asumirse de manera colectiva. Y es que los efectos distributivos que busca nuestro sistema impositivo se logran a través del gasto público para beneficiar a aquellos que menos tienen. La posibilidad de que el servicio se condicione a una tasa, y que pueda llegar a generarse una deuda o incluso negarse de facto a quien no pueda asumirla no debería ser aceptado por la sociedad. Este tipo de normativas no pueden obviar que una amplia mayoría de los ciudadanos también están dispuestos a contribuir mediante impuestos al bienestar de los demás.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA GALLO, P., «Restricciones de Gasto, gestión privada y copago en el Servicio Público de Salud», *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 4, 2012, pp. 70-86.

BÁEZ MORENO, A., «Las tasas y los criterios de justicia en los ingresos públicos una depuración adicional del ámbito de aplicación del principio de capacidad contributiva», *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, núm. 144, 2009, pp. 953-969.

BARQUERO ESTEVAN, J. M., *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed., Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2002.

COMISIÓN PARA EL ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA, «Informe de la Comisión para el análisis de la situación para la dependencia, de

su sostenibilidad y de los actuales mecanismos de financiación, para evaluar su adecuación a las necesidades asociadas a la dependencia», 2017.

DE ARAOZ SÁNCHEZ DÓPICO, I., «Informe sobre la regulación de la participación económica del beneficiario en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)», FEAPS, 2013.

DELGADO PACHECO, A., «Los tributos sectoriales desde un punto de vista constitucional», *Desafíos de la Hacienda Pública Española*, núm. 10, 2012, pp. 29-38.

DURÁN BERNARDINO, M., «El copago en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia», *Temas laborales*, núm. 126, 2014, pp. 273-282.

LÓPEZ TERRADA, E. y SALA GALVÁN, G., «La financiación del sistema y la aportación del beneficiario», en *La Situación de Dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de Dependencia*, 1ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, pp. 543-620.

LOZANO SERRANO, C., «Artículo 158: Límites al Recorte y Copago de Servicios Fundamentales», en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, 1ª ed., Pamplona, (Thomson Reuters-Aranzadi), 2014, pp. 171-197.

LUCAS DURÁN, M., «Colaboración público-privada y sistema de dependencia: participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones», en *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privado y gasto público*, 1ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016, pp. 402-426.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., «La financiación del Sistema Nacional de Dependencia», *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2006, pp. 33-40.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., *El principio de equivalencia en el sistema tributario español*, 1ª ed, Madrid (Marcial Pons), 2014.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD en *Análisis explicativo de las estadísticas mensuales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.* Disponible en: <http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/estsisaad_compl20180131.pdf.> [Consultado: 16 de marzo de 2018].

MONTSERRAT CODORNIU, J., «El impacto de la crisis en el Sistema de Atención a la Dependencia: ¿Hacia un cambio de modelo?», *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España,* 2014.

MONTSERRAT CODORNIU, J., «El copago en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia: costes e impacto en las rentas de los usuarios», *Papeles de Economía*, núm. 129, 2011.

MONTSERRAT CODORNIU, J., «La política redistributiva de las prestaciones de la dependencia: Análisis del impacto del copago en las rentas de los usuarios», *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10, 2010.

MONTSERRAT CODORNIU, J., «La "tercera vía de financiación": la contribución económica del usuario», *Presupuestos y Gasto Público*, núm. 56, 2009, pp. 127-143.

MONTSERRAT CODORNIU J. y MONTEJO SARRIAS, I. «El Copago en la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: Análisis de las medidas introducidas en la Resolución de 13/7/2012», *Actas de la Dependencia*, núm. 6, 2012 pp. 75-99.

NAVARRO GARCÍA, A., *Los riesgos del copago y su polémica expansión: análisis jurídico,* 1ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch), 2017.

NAVARRO GARCÍA, A., «El copago como mecanismo de financiación de los servicios de atención a la dependencia», *Tributos Locales*, núm. 103, 2012, pp. 15-38.

PUIG JUNOY, J., «Los mecanismos de copago: precios, tasas y tiques moderadores» en *Los nuevos instrumentos de la gestión pública*, 1ª ed., Barcelona (La Caixa), 2003, pp. 55-96.

RAMOS GALLARÍN, J. A., «Los municipios en el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia», *Anuario de Derecho Municipal 2009,* núm. 3, 2010, pp. 195-220.

RUIZ ALMENDRAL, V., «Hay Impuestos Justos», *Claves de Razón Práctica*, núm. 159, 2006, pp. 54-59.

RUIZ GARIJO, M., «Potestad tarifaria y fórmulas de copago en la financiación privada de los servicios públicos», en *Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructuras públicas LI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 1ª ed., Madrid (Instituto de Estudios Financieros), 2008, pp. 133-144.

SIMON ACOSTA, E., *Las Tasas de las Entidades Locales. (El Hecho Imponible)*, 1ª ed., Pamplona (Aranzadi), 1999.

ZORNOZA PÉREZ, J. y ORTIZ CALLE, E., «Las tasas», en *Los Tributos Locales*, 2ª ed., Cizur Menor (Civitas-Thomson Reuters), 2010, pp. 791-917.

IX. LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS

STC 27/2017, del 2 de febrero.

STC 62/2015, de 22 de mayo.

STC 84/2014, de 29 de mayo.

STC 83/2014, de 29 de mayo.

STC 102/2005, de 20 de abril.

STC 63/2003, de 27 de marzo.

STC 233/1999, de 16 de diciembre.

STC 182/1997, de 28 de octubre.

STC 185/1995, de 14 de diciembre.

ATS, de 3 de noviembre de 2011, (rec. n.º 2056/2011).

STS, de 3 de diciembre de 2009, (rec. nº 6302/2008).

STS, de 19 de abril de 2005, (rec. nº 1092/1999).

SAN, de 25 de febrero de 2011, (rec. n.º 90/2009).

STSJ de Galicia, de 20 de julio de 2016, (rec. n.º 271/2015).

STSJ de Cantabria, del 15 de diciembre 2015, (rec. n.º 235/2015).

STSJ de Castilla y León, de 27 de octubre de 2015, (rec. n.º 137/2007).

STSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de noviembre de 2014, (rec. n.º 2426/2013).

STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de octubre de 2014, (rec. n.º 2711/2013).

LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL*

THE WILLFUL BLINDNESS IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Elena Bel González**

Resumen: La aparición de la ignorancia deliberada en el ordenamiento jurídico-penal español supone un enorme cambio en el sistema de imputación subjetiva al permitir castigar como dolosas actuaciones en las que el sujeto no conocía los elementos del tipo pero podía y debía conocerlos. Esta nueva figura conlleva la equiparación del conocimiento efectivo de los elementos del tipo con el deber de conocerlos, convirtiendo la constatación del dolo cognitivo en un juicio de atribución y normativizando por completo el concepto de dolo.
Palabras clave: dolo, ignorancia deliberada, normativización.

Abstract: The rise of the willful blindness doctrine in the Spanish legal system implies a structural change in the subjective imputation system, given that according to this doctrine, it is posible to punish as intentional act a conduct which may be described as ignoring elements of crime that could and should have been known by the perpetrator. This new approach entails the equalization of effective knowledge of the elements of a crime with the duty to know them, therefore understanding the ascertainment of intent in criminal law as an act of attribution, and leading to a complete normativization of the concept of intent.
Keywords: intent, willful blindness, normativization.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. ESTUDIO DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO; 1. Ignorancia deliberada como elemento volitivo del dolo; 2. Ignorancia deliberada como elemento cognitivo del dolo; A. Casos ya cubiertos por el concepto de dolo eventual; B. Casos no cubiertos por el concepto de dolo eventual; 3. Ignorancia deliberada como dolo o como imprudencia; 4. Tendencia jurisprudencial restrictiva; 5. Ignorancia deliberada como expresión de indiferencia; 6. Conclusiones; III. POSIBLES PROBLEMAS DERIVADOS DE LA INTRODUCCIÓN DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL; 1. Dolo sin conocimiento y principio de legalidad; 2. Adelantamiento implícito del momento relevante de la imputación; 3. Pre-

* Fecha de recepción: 11 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 10 de abril de 2018.

** Accésit en la modalidad de Derecho público y Filosofía jurídica del VII Premio Jóvenes Investigadores. Graduada en Derecho y en Ciencia Política y Administración pública por la Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo fue presentado como proyecto de fin de Grado con la ayuda y supervisión de Manuel Cancio Meliá. Correo electrónico: ele.bel@estudiante.uam.es.

sunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba; 4. ¿Responsabilizar por todas las consecuencias? *Dolus indirectus;* IV. ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA DEFENDER LA TEORÍA; 1. Ignorancia deliberada en sentido estricto: ¿laguna legal?; 2. Tratamiento injustamente benigno del error de hecho y teoría de Jakobs; 3. Importancia de las razones que llevan al desconocimiento; V. REPERCUSIONES EN EL CONCEPTO DE DOLO; VI. CONCLUSIONES FINALES; VII. BIBLIOGRAFÍA; VIII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del año 2000 surge en la jurisprudencia española una nueva figura doctrinal importada del derecho anglosajón: la ignorancia deliberada. Esta es definida como: «Principio que dispone que aquel que no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y se beneficia de la situación, se hace responsable de las consecuencias penales de su actuar».

Según esta doctrina los casos de desconocimiento de los elementos del tipo provocado voluntariamente por el sujeto deben ser considerados como casos de conocimiento efectivo. Y las situaciones en las que el sujeto se ha puesto deliberadamente en un estado de ceguera se entienden merecedoras de las mismas penas que las estipuladas para los delitos dolosos.

La introducción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico-penal supone un gran impacto sobre nuestro sistema de imputación subjetiva. Actualmente contamos con dos modalidades de imputación subjetiva: el dolo y la imprudencia, que justifican el diferente trato punitivo de las acciones en relación con el grado de conocimiento que posee el sujeto sobre los elementos del tipo penal en el que incurre. La ignorancia deliberada aparece en un contexto de cambio, en el que en las últimas tres décadas se ha producido un giro de orientación en la definición del dolo en Europa continental con las teorías cognitivistas. Su equiparación con el dolo permite la existencia de un dolo sin conocimiento, rompiendo con las bases consensuadas respecto del concepto mínimo de dolo como «conocimiento de aquellas circunstancias que integran el tipo penal aplicable» y complicando aún más el debate sobre un nuevo concepto de dolo.

La fuerte repercusión de la figura en el lado subjetivo del hecho, así como la falta de claridad y consenso con la que aparece en la jurisprudencia, hace necesario un esfuerzo de reflexión para comprender qué lugar debe ocupar en nuestra teoría del tipo subjetivo.

Un mejor entendimiento de la figura podría ayudar a un establecimiento más justo de las penas. Y una definición precisa de la situación de ignorancia deliberada comprendería la necesidad de penar con mayor dureza a aquellos sujetos que no cuentan con el conocimiento mínimo para apreciar una actuación dolosa-eventual porque han provocado intencionadamente su desconocimiento debido a un grave desinterés hacia el Derecho, que a otros sujetos que desconocieron por factores ajenos a su voluntad. Por ello, al imponer una pena en estos casos se debería tener en cuenta el por qué los diferentes sujetos dejaron de conocer. Una aclaración sobre esta figura evitaría situaciones injustas tanto por dejar

impunes o castigar como imprudentes comportamientos en los que el autor se ha cegado voluntariamente por razones contrarias a nuestro ordenamiento jurídico, como por castigar como dolosas actuaciones en las que no aparezcan indicios claros que permitan tachar la ignorancia del sujeto como merecedora de las penas estipuladas para los delitos dolosos.

Este trabajo se divide en dos partes. En la primera de ellas se analiza cómo se ha venido utilizando esta nueva teoría por el Tribunal Supremo y en la segunda se estudian las posibles dificultades teóricas que puede generar la introducción de esta doctrina en nuestro ordenamiento jurídico, así como los problemas que quiere resolver.

II. ESTUDIO DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En esta parte del trabajo se analizarán y clasificarán según una serie de categorías diferentes sentencias del Tribunal Supremo (en adelante TS) en las que es utilizada la ignorancia deliberada. Ante la falta de uniformidad de criterios de uso por parte de la jurisprudencia se ha considerado importante realizar un esfuerzo de sistematización para intentar ordenar el material y poder así acceder a una mejor comprensión de esta doctrina. Sin embargo, dicha clasificación dista mucho de ser exacta pues la propia ambigüedad con la que se presenta la figura en la jurisprudencia impide catalogar con precisión su uso.

1. Ignorancia deliberada como elemento volitivo del dolo

La primera vez que aparece la ignorancia deliberada en la Sala Segunda del TS es en la sentencia de 10 de enero de 1999. En ella se analiza la alegación de un sujeto condenado por haber transportado a Andorra gran cantidad de dinero en efectivo, en la que afirma no haber sabido que tales cantidades provenían del tráfico de drogas.

El TS argumenta que se desprende que «el sujeto tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de las drogas de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir, no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y se beneficia de esta situación –cobra un 4% de comisión–, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y debe responder de sus consecuencias».

Como explica Ragués en su monografía, en esta sentencia se mezclan dos argumentos distintos para sostener que el sujeto ha actuado con dolo. El primero hace referencia a que el sujeto conocía la procedencia ilícita del dinero que transportaba basándose en que la cantidad era muy importante y en la naturaleza clandestina de las operaciones, de esta manera se da por probada la existencia del elemento cognitivo necesaria para la actuación

con dolo. El segundo argumento hace referencia al elemento volitivo del dolo (aceptación del origen ilícito del dinero), este elemento es probado mediante dos indicios: el hecho de que el sujeto se hubiese colocado en una situación de ignorancia deliberada acerca de la naturaleza del negocio y el beneficio económico que obtuvo (4% de comisión).

Tras darse por probado el elemento cognitivo del dolo al afirmarse que el acusado tenía conocimiento del origen ilícito del dinero, el TS sostiene la existencia de la ignorancia deliberada como forma de probar el elemento volitivo. Para eliminar esta contradicción Ragués interpreta que el TS quiso decir que el sujeto contaba con una grave sospecha (lo que coincidiría con el elemento cognitivo en el dolo eventual) y que su decisión de no confirmar sus dudas es un indicio de su aceptación. La confusión con la que nace la ignorancia deliberada en nuestra jurisprudencia no es más que un síntoma de todos los problemas teóricos que esta conlleva. Sin embargo, lo relevante de esta sentencia es la definición que se da de la ignorancia deliberada como situación en la que el sujeto no quiere saber aquello que puede y debe conocer, beneficiándose de la situación.

De la misma manera esta figura es utilizada en diferentes sentencias del TS. Y en todas ellas la ignorancia deliberada es entendida como elemento volitivo del dolo y se menciona tras haber dado por probado el elemento cognitivo.

2. Ignorancia deliberada como elemento cognitivo del dolo

Posteriormente, la ignorancia deliberada pasa a ser utilizada por el TS como un sustitutivo del conocimiento bastando, en algunos casos, su simple mención para afirmar que el sujeto conocía lo que estaba haciendo. Así la ignorancia deliberada alcanza autonomía como un nuevo título de imputación subjetiva. Dentro de esta categoría podemos diferenciar dos subcategorías:

A. Casos ya cubiertos por el dolo eventual

La primera de ellas hace referencia a aquellas sentencias en las que el TS aduce la ignorancia deliberada en casos en los que el sujeto contaba con los conocimientos mínimos para que su actuación fuese considerada dolosa-eventual. Dentro de este universo de casos se intentó averiguar si aun existiendo motivos suficientes para imputar al autor con dolo eventual se realizó correctamente la fundamentación del conocimiento. Así, esta subcategoría se vuelve a dividir en dos categorías inferiores:

Sentencias en las que se menciona la ignorancia deliberada de manera superflua. El TS nombra la ignorancia deliberada como sustitutivo del conocimiento de los elementos del tipo justo después de probar mediante indicios dicho conocimiento. El recurso a la ignorancia deliberada en estos casos es innecesario. La ignorancia deliberada es utilizada para argumentar que la alegación de desconocimiento por parte del sujeto es irrelevante

y que, aunque no contáramos con los indicios expuestos, el carácter deliberado del desconocimiento hace merecedor al sujeto de las penas del delito doloso. A continuación se exponen algunos ejemplos:

Sentencia sobre blanqueo de capitales en la que tras motivar el conocimiento de los recurrentes mediante la existencia de tres indicios (varios viajes a Portugal, incesantes cantidades blanqueadas por ellos y utilización de identidad falsa), se afirma que lo cierto es que a través de la ignorancia deliberada o principio de indiferencia se puede estimar acreditado el conocimiento y consentimiento de ambos recurrentes en el blanqueo de capitales (*STS 1142/2005, de 20 de septiembre*).

En otra sentencia, el TS argumenta que el Tribunal de instancia partió de indicios plurales, de naturaleza inequívoca y acreditados, de los cuales se desprende de manera natural y conforme a la lógica de la experiencia humana el conocimiento del recurrente. Para más adelante agregar que con el simple uso de la ignorancia deliberada se hubiese llegado a la misma conclusión (*STS 1044/2005, de 21 de septiembre*). Dice así:

> «… el tribunal de instancia dispuso de prueba directa de la aprehensión de la sustancia tóxica que le fue intervenida a la acusada en cantidad y circunstancias que permiten deducir válidamente que iban destinadas a su distribución para el consumo ilegal. El razonamiento de tal sala es ajustado a la realidad de los hechos y a la prueba practicada en consideración a las manifestaciones de la acusada y de los demás coacusados. Cabe añadir que la sola aceptación del encargo en determinadas circunstancias proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba de acuerdo con el principio de la ignorancia deliberada».

En la *STS 741/2007, de 27 de julio* el TS asegura que «el Tribunal sentenciador encuentra, identifica y enumera un importante acervo probatorio suficiente para justificar su incriminación, y ello lo hace con independencia de la confesión efectuada por los otros condenados, de suerte que verificamos en este control casacional con pruebas autónomas» (de naturaleza directa e indiciaria). «En este control casacional verificamos que existió prueba de cargo válida que fue identificada por el Tribunal, y asimismo que este indicó los concretos elementos incriminatorios que le permitieron arribar al juicio de certeza». Y tras afirmar todo lo anterior añade que «hemos de recordar que de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, que cuando se está en posición de conocer y en la obligación de conocer, y se evita ese conocimiento, se adquiere responsabilidad». Aunque, continúa: «aquí no se está en un caso de pereza mental o moral, el recurrente conoció».

Sentencias en las que, aunque el autor contaba con el conocimiento necesario para imputarle dolo, el Tribunal Supremo ha eludido analizar los indicios de este conocimiento apelando a la ignorancia deliberada. La ignorancia deliberada aparece como prueba suficiente para argumentar la existencia del elemento cognitivo, quedando clara la equiparación que se hace de la ignorancia deliberada y el conocimiento efectivo. El solo hecho de que

el sujeto no haya querido conocer le hace acreedor de las consecuencias penales establecidas en la modalidad dolosa del delito. Esto permite que no sea necesaria la prueba del conocimiento para afirmar una actuación dolosa si el sujeto provocó deliberadamente su desconocimiento, posibilidad que aparece en las sentencias que se analizan a continuación:

En los hechos el recurrente admite la realización de unas transferencias pero niega tener conocimiento del origen ilícito del dinero. En su declaración señala que no quiso preguntar por dicho origen, afirmación que basta al Tribunal para afirmar su ignorancia deliberada como elemento cognitivo. El argumento es el siguiente: el recurrente recibe dinero por facilitar sus claves para la transferencia pero no quiere indagar en el origen del dinero transferido, luego se representa la ilicitud del origen. El recurrente pudo saber lo que debió conocer y prefirió no saber, lo que evidencia que conoció o sospechó con vehemencia la procedencia ilícita del dinero (*STS 839/2014, de 2 de diciembre*).

En la *STS 222/2008 de 29 de abril* se afirma que la queja del recurrente sobre la falta de motivación judicial de su conocimiento sobre el tipo de droga que llevaba (alega que no sabía que era cocaína y que podría haber sido hachís) queda neutralizada porque la Sala ya ha declarado con reiteración la teoría de la ignorancia deliberada sobre la naturaleza de la droga. En este sentido declara que respecto a ese desconocimiento el Tribunal debe seguir la doctrina jurisprudencial según la cual incumbe a quien lleva a cabo una acción el despejar las dudas que puedan surgir acerca de la verdadera naturaleza y contornos de su estructura.

También, en la *STS 145/2008 de 8 de abril* se utiliza la teoría de la ignorancia deliberada para afirmar el conocimiento de los acusados acerca de la irregular procedencia de los bienes que encubrieron esposa e hijo del responsable de una organización delictiva. El TS asegura que el conocimiento por parte de los recurrentes del origen ilícito de los bienes objeto de las operaciones llevadas a cabo ha de ser acreditado mediante indicios, pero al resultar imposible la prueba directa de conocimiento, resulta suficiente la ignorancia deliberada (siendo los recurrentes esposa e hijo del principal responsable de la organización delictiva, con antecedentes relativos a la comisión de infracciones contra la salud pública, y con un elevado nivel de vida a pesar de no realizar actividades económicas lícitas) que convence a los Juzgadores del conocimiento de ambos.

B. Casos no cubiertos por el dolo eventual

Con esta segunda subcategoría se ha pretendido encontrar sentencias en las que se mencione la ignorancia deliberada para argumentar la existencia de conocimiento en casos en los que ni siquiera existían indicios de que el sujeto contaba con los conocimientos mínimos necesarios para el dolo. Cabe señalar que la gran mayoría de sentencias del TS en las que aparece la ignorancia deliberada como sustitutivo del elemento cognitivo del dolo hacen referencia a casos que podrían ser subsumibles en el concepto tradicional de dolo eventual: el sujeto, en todo caso, contaba con el nivel de conocimientos mínimos necesarios.

No obstante se ha encontrado alguna sentencia en la que no existían indicios de conocimiento o estos eran insuficientes pero finalmente se condena por comisión dolosa. Estas situaciones son las que convierten la ignorancia deliberada en una nueva forma de imputación subjetiva que permite condenar por comisión dolosa sin indicios de conocimiento.

Así lo explica Ragués:

> «La doctrina de la ignorancia deliberada ha ido cobrando vida propia, hasta el punto de afirmarse en algunas resoluciones que en estos casos de provocación del desconocimiento no es siquiera necesario acreditar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo para imponer una condena por delito doloso. Así las cosas, el desconocimiento provocado ha alcanzado autonomía como un nuevo título de imputación subjetiva que únicamente se vincula con la figura legal del dolo a efectos punitivos».

Como se verá, en estas sentencias se prueban los indicios de que el sujeto conocía que estaba transportando droga y con esos mismos indicios se afirma que el sujeto también conocía su notoria importancia o cantidad. Extrapolando los indicios que prueban el conocimiento del tráfico al conocimiento de la agravante, sin estar esto verdaderamente probado.

Por ejemplo: *STS 349/2008, de 5 de junio*, en la que se da por acreditado el conocimiento en un delito de tráfico de drogas, pero no hay indicios que prueben el conocimiento del importe concreto de la sustancia por parte del sujeto. Mediante la figura de la ignorancia deliberada la alegación de desconocimiento respecto de la notoria cantidad de la droga se trata como irrelevante, pues quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y trata de beneficiarse, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar. Finalmente, sin haber indicios de conocimiento de la concreta cantidad de droga se condena por delito de tráfico de drogas con la agravante de cantidad de notoria importancia.

En otra sentencia se afirma el conocimiento de Marcos respecto de la naturaleza de la droga que traficaba su esposa «aun admitiendo que el procesado Marcos no supiera con exactitud la naturaleza de la sustancia sobre la que traficaba su esposa» porque «resultaría únicamente que no quería saber aquello que puede y debe conocer, y de ello no puede pretender beneficiarse tras ser descubierto, tal extremo no le exime de responder de las consecuencias de su ilícito actuar» (*STS 446/2008, de 9 de julio*).

3. Ignorancia deliberada como dolo o como imprudencia

El TS ha dictado otras resoluciones en las que admite que los casos de ignorancia deliberada pueden pertenecer al dolo y a la imprudencia, afirmación que contradice la jurisprudencia analizada hasta ahora en la que la ignorancia deliberada se equipara al dolo. Esta comprensión de la ignorancia deliberada guarda relación con la idea defendida por Ragués de que no toda

ignorancia deliberada es equiparable al dolo, sino solo aquella que cumpla determinados requisitos. A diferencia de las anteriores sentencias en las que el TS remite los supuestos de ignorancia deliberada exclusivamente al dolo, en estas sentencias admite que algunos casos de desconocimiento provocado pueden corresponder al dolo y otros a la imprudencia. Esta novedad compromete la coherencia de la línea jurisprudencial. Algunos ejemplos:

STS 1034/2005, de 14 de septiembre: «En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual y en otros a título de culpa».

STS 1012/2006, de 19 de octubre: La doctrina de la *willful blindness* se aplica «tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero».

STS 961/2010, de 11 de noviembre: En esta sentencia sobre blanqueo de capitales la recurrente niega la concurrencia en el hecho típico del elemento subjetivo (conocimiento de la naturaleza ilícita de los 80.000 euros). Se argumenta que la acusada desplegó la conducta en un contexto plagado de datos indiciarios acreditativos de que conocía, sino como seguro, como altamente probable, el origen del dinero. Después, en el fundamento segundo, el TS afirma la posibilidad de una conducta dolosa y culposa del blanqueo de dinero, ambos comportamientos posibles dentro de la «ignorancia deliberada».

4. Tendencia jurisprudencial restrictiva

Existen sentencias en las que parece que el TS se da cuenta de los problemas que conlleva la introducción precipitada de esta teoría en la jurisprudencia española, llamando a la precaución y reflexión sobre el uso de la misma. Así, también hace hincapié en la diferencia entre lo que el sujeto realmente sabía y lo que debió conocer, no pudiéndose hacer referencia, según el TS, a lo que el sujeto debió conocer pero no conocía para fundamentar un delito doloso. A continuación se ven algunos ejemplos:

> «[…] El Tribunal de instancia afirma el conocimiento a través de lo que denomina ignorancia deliberada. El legislador dejó claro que el elemento cognitivo del dolo constituye un presupuesto de la responsabilidad penal que debe ser expresamente probado en el proceso. En alguno de los precedentes de esta Sala se ha mencionado la ignorancia deliberada como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo (para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo). Este punto de vista ha sido fuertemente criticado en la doctrina porque se considera que no resulta adecuado a las exigencias

> del principio de culpabilidad, ya que comporta un riesgo de que la fórmula de ignorancia deliberada pueda ser utilizada para eludir la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual o para invertir la carga de la prueba» (*STS 415/2016, de 17 de mayo*).

«El TS rechaza el recurso que la sentencia de instancia hace a la ignorancia deliberada como argumento para establecer la conclusión sobre el elemento subjetivo de la estafa que imputa. Hay una difícil compatibilidad de tal método con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. En el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo […]» (*STS 987/2012, de 3 de diciembre*).

El TS entiende que es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada (no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y se beneficia de la situación) está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio y debe responder. Pero también alerta de que no conviene llevar esta idea más allá de lo que autoriza su propio significado porque se corre el riesgo de avalar un entendimiento de aquella doctrina que ofrezca a los tribunales un instrumento para eludir el deber de motivación y obviar la prueba del conocimiento. Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del tipo por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos puede implicar la desnaturalización del desafío probatorio que incumbe a las acusaciones. La condena del acusado solo puede basarse en lo que este sabía, y no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debió conocer y no se conoce no puede servir de fundamento para la afirmación del dolo (*STS 954/2009, de 30 de septiembre*).

La jurisprudencia de esta Sala rechaza la doctrina de la ignorancia deliberada para conformar la probanza del conocimiento. Esta doctrina ha sido empleada para conformar una inversión de la carga de la prueba al rellenar la tipicidad subjetiva del delito no sobre la base de una actividad probatoria sobre el conocimiento sino sobre la no realización de una conducta de indagación por parte de la persona que actúa (*STS 653/2014, de 7 de octubre*).

En esta línea jurisprudencial el TS niega la posibilidad de equiparar los casos de ignorancia deliberada al dolo, ya que vulneraría el principio de presunción de inocencia. Las sentencias que forman parte de esta categoría refuerzan la diferencia existente entre lo que verdaderamente conocía el sujeto y aquellos conocimientos que se le atribuyen mediante la ceguera provocada.

5. Ignorancia deliberada como expresión de indiferencia

Se estudia una última categoría de sentencias en las que los casos de ignorancia deliberada se equiparan a los supuestos de dolo debido a que expresan una indiferencia grave

hacia el interés jurídico por parte del sujeto. Estas sentencias en las que se hace una mención directa al concepto de indiferencia muestran más claramente que lo que realmente se quiere castigar cuando imputamos a título de dolo no es el conocimiento efectivo que tuviera la persona sobre los elementos del hecho típico sino su actitud hacia el ordenamiento jurídico. Deja de equipararse la ignorancia deliberada al conocimiento, y pasa a entenderse que se imputa dolo debido a que el ignorante deliberado demuestra una «hostilidad» hacia el Derecho que le hace merecedor de las penas estipuladas para estos delitos.

Es relevante dentro de esta categoría comentar la *sentencia 234/2012 de 16 de marzo*, en la que el TS fija «los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual». En los tres presupuestos que establece como necesarios para la equiparación de la ignorancia deliberada y el dolo hace fuerte hincapié en este concepto de indiferencia:

El primer presupuesto hace referencia a la existencia de una sospecha o conciencia de que se va a realizar un acto ilícito, la sospecha puede no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo con la nitidez exigida para el dolo pero sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia.

El segundo requisito tiene que ver con una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia aun teniendo la posibilidad de disponer de la información. Esta decisión de desconocer debe prolongarse en el tiempo «reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor».

Y el tercer y último elemento necesario para dicha equiparación es «un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia».

6. Conclusiones

Como puede observarse nos encontramos con una jurisprudencia extremadamente confusa. No hay uniformidad ni claridad en el desarrollo de la figura, utilizándose de diversas maneras según el caso con el que nos encontremos.

Se puede apreciar en la jurisprudencia la relación que mantiene la figura de la ignorancia deliberada con el concepto normativo de dolo, al quedar la definición de este más relacionada con un juicio de atribución de lo que se debió conocer que con un juicio de descubrimiento de lo que realmente se conocía. El proceso de normativización del dolo comienza con la desaparición de su elemento volitivo, quedando definido únicamente mediante su elemento cognitivo. En relación con esto llama la atención el empleo que se está dando en ocasiones a la ignorancia deliberada como elemento volitivo, y en otras como elemento cognitivo.

En el apartado «casos ya cubiertos por el dolo eventual» nos encontramos un grupo de sentencias que utilizan la ignorancia deliberada una vez que ya se ha dado por probada la existencia de conocimiento. En aquellas sentencias que hayan asumido claramente un punto de vista cognitivista, esto significa que están usando la ignorancia deliberada para reforzar un razonamiento que ya es suficiente en sí, o a modo de *obiter dicta*: aun sin contar con los indicios que nos llevan a afirmar el conocimiento, podríamos afirmarlo mediante la ignorancia deliberada. En aquellas otras en las que, en realidad, se sigue manteniendo un punto de vista tradicional del dolo como conocer y querer, podría estar tomándose la ignorancia deliberada para afirmar la existencia del elemento volitivo del dolo. En estos últimos casos el TS estaría usando la figura como elemento volitivo oculto.

III. POSIBLES PROBLEMAS DERIVADOS DE LA INTRODUCCIÓN DE LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

A continuación se analizan los diferentes problemas que la incorporación de esta nueva figura podría suponer para nuestro derecho penal, así como su impacto en el sistema de imputación subjetiva.

1. Dolo sin conocimiento y principio de legalidad

El efecto que tiene la doctrina de la ignorancia deliberada es que el desconocimiento intencionado sobre los elementos del tipo se trata como dolo. Al equipararse el desconocimiento provocado al conocimiento efectivo y, por tanto, al dolo tal y como se entiende hoy en día, se podría castigar como dolosa aquella actuación en la que el sujeto no tenía conocimiento de los hechos que constituían la infracción penal. De esta manera, se abren las puertas a la posibilidad de un dolo sin conocimiento. Dicha posibilidad no está exenta de problemas porque rompe con el concepto mínimo de dolo definido como «conocimiento de las circunstancias que integran el tipo penal aplicable». Imputar dolo sin contar con los conocimientos mínimos necesarios para apreciarlo en su modalidad eventual acarrea problemas de legalidad según algunos autores, ya que «se aparta de las exigencias de conocimiento del tipo objetivo necesarias para la imputación dolosa y elude sus requisitos legales y probatorios».

Hemos de tener en cuenta que el concepto de dolo con el que actualmente operamos no viene definido en la ley. El artículo 14.1 de nuestro Código penal establece que «el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente»; castigando menos, e incluso dejando de castigar, a los que actúan con una errónea representación de los elementos del tipo. A este respecto el TS se ha pronunciado afirmando que «cuando una persona

obra sin error, es claro que obra dolosamente, pues el dolo se excluye solo cuando existe un error sobre los elementos del tipo objetivo». La doctrina y jurisprudencia mayoritarias han entendido que una conducta solo puede castigarse como dolosa si el sujeto ha obrado con determinados conocimientos (idea presente tanto en las teorías volitivas como cognitivas del dolo), y que error y desconocimiento son conceptos equiparables a todos los efectos. Siguiendo con este argumento, «entender que no existe un error allí donde el sujeto no quería o no estaba interesado en saber puede interpretarse como una normativización *contra legem*». Considerar que error y desconocimiento son conceptos equiparables nos obligaría a concluir que castigar dolosamente los casos de desconocimiento provocado solo es posible mediante una reforma legislativa. Debido a que nuestro Código penal establece que error de hecho y dolo son incompatibles.

En contraposición, Ragués ha puntualizado que error y desconocimiento no tienen por qué ser conceptos equiparables. El error, entendido como «concepto equivocado» o «juicio falso», hace referencia a «tener o tomar algo por otra cosa» o «tener un juicio incierto o contrario a la verdad». Teniendo en consideración estas definiciones, no todo desconocimiento conlleva necesariamente un error, puesto que aquel desconocimiento provocado deliberadamente por un sujeto no es fruto de una acción desacertada, ni de una equivocación al valorar la existencia de un elemento típico, más bien todo lo contrario. Así, todo error supondría desconocimiento pero no todo desconocimiento implicaría necesariamente un error. Se hace complicado de aceptar que aquel que no quiere conocer una determinada realidad se encuentre en situación de error. Por esto Ragués concluye, en discrepancia con lo destacado por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, que castigar la ignorancia deliberada como dolosa no supondría en nuestro sistema jurídico ningún problema de legalidad, ya que solo el error excluye el dolo.

2. Adelantamiento implícito del momento relevante de la imputación

Otra de las críticas lanzadas por Feijoo a esta figura es que con la teoría de la ignorancia deliberada se adelanta el momento de la «intencionalidad». El dolo comprendido actualmente como intención ilícita se define en términos de «conocimiento y voluntad» como forma de materializar dicha intención y facilitar la prueba de la misma. En las situaciones de ignorancia deliberada, tal y como se explicará más adelante, dicha intención no puede probarse mediante los conocimientos que el sujeto tenía al realizar el hecho típico (pues tal conocimiento no existe), sino en una fase anterior en la que el sujeto decide deliberadamente ignorar los elementos de la infracción penal.

Con la ignorancia deliberada el sujeto que provoca intencionadamente su ceguera es tratado como el que realiza el hecho delictivo de forma dolosa. Y el momento decisivo para decidir si el autor ha de ser castigado por un delito doloso o imprudente deja de ser el momento en el que el autor realizó el hecho delictivo para pasar a ser el momento en el

que el autor se pone en situación de ignorancia deliberada. Este «ponerse en situación de ignorancia deliberada» es suficiente para considerar que el hecho es objetiva y subjetivamente imputable.

Como afirma Feijoo continuando con su crítica: «que alguien pueda ser responsabilizado de su déficit cognitivo provocado no implica necesariamente que tal responsabilidad tenga que ser a título de dolo» . Sin embargo, no es menos cierto que el hecho de que un sujeto que provoca su propio déficit cognitivo sea castigado siempre como autor negligente acarrea ciertos problemas de justicia.

Para resolver este problema y determinar cuándo conviene equiparar ignorancia deliberada y dolo no bastará con constatar que el sujeto provocó deliberadamente su ceguera, sino que habrá que averiguar si tras esa decisión de «no querer saber» existen razones que conviertan la acción en merecedora de las penas dolosas. La conclusión es que la equiparación de la ignorancia deliberada con el dolo no se debe tanto al carácter deliberado del desconocimiento, sino a la razón última que motivó la ignorancia. Es decir, en una situación de ignorancia deliberada no bastará con demostrar que el sujeto fue consciente de que ignoraba y decidió seguir sin saber, sino que habrá que averiguar por qué dicho sujeto prefirió no conocer y asegurar que tras dicha decisión de «no saber» existe un comportamiento reprochable. Una vez constatado qué es lo que realmente estamos castigando, habrá que pasar a castigar dicha actitud o comportamiento en todos los casos, y no solo en aquellos en los que aparezca la ignorancia deliberada.

La propuesta de Ragués para fundamentar la equiparación de los casos de ceguera provocada y dolo es restringirla a ciertos casos de ignorancia deliberada, limitándolos a aquellas situaciones en las que concurran los dos elementos siguientes:

- Que el sujeto haya obrado con la sospecha de estar llevando a cabo una acción u omisión potencialmente lesiva en el futuro para algún interés indeterminado (indiferencia).
- Que haya permanecido en la ignorancia con el *propósito* de construirse una excusa que le exonere en el supuesto de acabar produciéndose tal lesión. Este elemento no solo consiste en la mera intención de no profundizar en la sospecha inicial sino en una especial motivación: la voluntad de construirse una excusa.

Este segundo elemento posibilita superar la crítica de que la apelación a la indiferencia no permite diferenciar bien la imprudencia del dolo porque esta es un elemento común a ambos (aunque el grado de indiferencia exigido en uno y otro caso es cuantitativamente diferente). Dicha crítica entiende que el concepto de indiferencia sigue sin ser útil para diferenciar los casos menos graves de los más graves, debido a que la indiferencia hacia el ordenamiento jurídico no solo aparece en la comisión dolosa, sino también en la comisión imprudente (error evitable). De esta manera, al ser la indiferencia un rasgo gradual volvemos a encontrarnos con el problema que Molina ha denominado «la cuadratura del dolo»: ¿en

qué punto pasa la indiferencia a ser lo suficientemente importante como para considerar el acto como doloso? Pero «la adición de este elemento motivacional añade una diferencia cualitativa e introduce un elemento que toma en consideración las razones por las que actuó el sujeto»: con la introducción de este segundo elemento por Ragués se establece una diferencia cualitativa entre el concepto de dolo e imprudencia, dejando de ser un sorites. Existe así un elemento concreto que permite la diferenciación entre ambas modalidades de imputación, y dejan de percibirse estas como realidades graduales para entenderse de forma binaria.

Sin embargo, puede entenderse que es precisamente este salto cualitativo respecto al concepto «indiferencia» el que la transforma en «intención». Lo que podría estar haciendo Ragués con la incorporación de este segundo elemento de tipo motivacional es identificar una intención ilícita por parte del sujeto que ha provocado su desconocimiento, equiparándose entonces esta situación al dolo. Volveríamos de esta manera a una definición del dolo como intención, y no tanto como indiferencia, porque si aceptamos la inclusión de este elemento propuesto por Ragués y equiparamos la ignorancia deliberada al dolo solamente cuando entran en juego ambos elementos mencionados estaremos aceptando igualmente que el hecho que convierte la acción en dolosa no es una mera indiferencia al ordenamiento sino la intención de salir impune tras la comisión del delito utilizando la ignorancia deliberada como estrategia.

3. Presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba

La teoría de la ignorancia deliberada, tal y como viene siendo utilizada en nuestra jurisprudencia, presenta problemas desde el punto de vista del principio de presunción de inocencia ya que permite a los tribunales eludir «la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual». La mención de la ignorancia deliberada como requisito suficiente para dar por probado el conocimiento permite realizar una inversión de la carga de la prueba: el que es responsable de su desconocimiento en un contexto de clandestinidad o de legalidad dudosa responde dolosamente, excepto si se prueba que no fue por falta de interés o grave indiferencia (permitiéndose así condenar por dolo si no hay contraindicios).

Como se ha visto, la mayoría de casos de ignorancia deliberada que resuelve el TS encajarían bajo la tradicional figura del dolo eventual. Pero en muchas de estas sentencias la simple mención de la ignorancia deliberada permite a los tribunales afirmar la existencia de conocimiento por parte del sujeto sin estudiar los indicios del mismo. Pues bien, tanto para los casos de ignorancia deliberada donde nos encontramos con un conocimiento suficiente para apreciar una actuación dolosa-eventual como para aquellos en los que no aparecen siquiera estos conocimientos mínimos es fundamental la obligación de los tribunales de motivar sus decisiones, no pudiendo, en ningún caso, dejar de fundamentar el porqué se

considera como dolosa determinada acción. Así, en los casos donde el sujeto que provoca intencionadamente su ceguera cuenta con los conocimientos mínimos del dolo eventual el Tribunal deberá argumentar dicho conocimiento mediante indicios como se ha venido haciendo hasta la aparición de esta figura. Y en los casos donde la ignorancia deliberada permitió al sujeto no acceder ni siquiera a los conocimientos necesarios para el dolo eventual, el Tribunal deberá explicar que en tal desconocimiento provocado aparecen los dos elementos necesarios para que tal ignorancia sea equiparable al dolo. El deber y esfuerzo motivacional del Tribunal deberá ser igual en los casos de ignorancia deliberada que en los casos de conocimiento efectivo.

4. ¿Responsabilizar por todas las consecuencias? *Dolus indirectus*

La ignorancia deliberada tiene connotaciones versaristas porque al sujeto que no quiere saber se le hace responsable de todas las consecuencias de tal decisión. Feijoo expone un ejemplo de tal tratamiento: si un sujeto acepta trasladar una maleta de un punto a otro a cambio de una cantidad de dinero, y decide no saber más sobre el contenido de la maleta, ¿debe responder este sujeto por igual si la maleta se encontraba cargada de droga o, en cambio, con explosivos?, ¿y si hubiese un cadáver?

Como se ve, esta teoría puede dar lugar a una imputación excesiva de responsabilidad. Parece que si aceptamos el hecho de que un individuo que decide no saber más porque es indiferente hacia el Derecho merece la pena dispuesta en la modalidad dolosa del delito que finalmente termina cometiendo, estaremos aceptando que dicho sujeto debe responder a título de dolo independientemente de cuál de todas esas consecuencias termine materializándose. «La provocación voluntaria de la ceguera trata igual todas las consecuencias de la conducta, tanto las previstas como las difícilmente previsibles».

En este sentido, «la ignorancia deliberada recuerda a la teoría del *dolus indirectus*, que, con independencia de las concretas representaciones del sujeto, imputaba a título de dolo todas las consecuencias normales de un determinado comportamiento peligroso que dicho sujeto debía haber previsto». Empero, si aceptamos la imposibilidad de nuestros tribunales de penetrar en la mente del sujeto acusado para averiguar las concretas representaciones que este tenía en el momento de delinquir, tiene sentido la solución de esta teoría que aboga por imputar como dolosas las consecuencias normales de un comportamiento peligroso. Según esta teoría quien actúa con malicia contra otro (carece de interés en el bienestar de este) no será penado de modo atenuado aunque no haya pensado en determinadas consecuencias palmarias de su conducta. Además, teniendo en cuenta la exposición de dicha teoría por Carpzov: «quien con malicia produce una lesión que por sus características necesariamente ha de conducir a la muerte, tiene dolo de matar aunque no haya reflexionado acerca de la consecuencia moral de su acto». Esta imputación de las consecuencias evidentes de determinada conducta se viene realizando hoy en día por nuestros tribunales argumentando

que el sujeto tuvo que representarse tal posibilidad en su cabeza y atribuyéndole dichas representaciones.

IV. ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA DEFENDER LA DOCTRINA

En esta parte del trabajo se estudian los argumentos utilizados por diversos autores para defender la existencia de la figura aquí analizada.

1. Ignorancia deliberada en sentido estricto: ¿laguna legal?

Como sabemos, está consensuado en la doctrina y jurisprudencia que solo merecen ser castigados con las penas previstas para la modalidad dolosa aquellos sujetos que obren con cierto grado de conocimiento. Cuando falta este conocimiento lo merecido será la pena establecida para los delitos imprudentes, en el caso de que existan, o la impunidad. Existe un acuerdo absoluto respecto a que quien no sabe lo que está haciendo cuando lesiona un bien jurídico merece un tratamiento penal más benigno que quien lesiona conscientemente el bien.

No obstante, pueden existir casos en los que el sujeto desconoce algunos aspectos de la dimensión típica de su conducta y, a pesar de ello, su comportamiento parece merecer una respuesta más severa que la impunidad o la estipulada para la imprudencia. Partiendo de la existencia de estos casos, se puede llegar a dos conclusiones opuestas:

Una de ellas consiste en afirmar que no existe laguna legal respecto a este tipo de casos. El sujeto en cuestión debió contar con los conocimientos mínimos necesarios para imputarle la conducta a título de dolo eventual. La ignorancia deliberada se concibe como una decisión de no profundizar más que nace de la sospecha de estar realizando un acto ilícito. Por esto, el sujeto sospechó que estaba haciendo algo ilícito y es dentro de esa sospecha donde se encuentran los conocimientos mínimos necesarios para afirmar un dolo eventual. En el mismo sentido se pronuncia acerca de la «ignorancia deliberada» el TS en su sentencia de 20 de julio de 2006 afirmando que «si se tiene intención de ignorar es porque se sabe lo que se ignora» (contradicción lógica en el término ignorancia deliberada). Según esta teoría la figura de la ignorancia deliberada no sería necesaria, pues los casos que estudia son fácilmente reconducibles al dolo eventual.

La otra postura sería la defendida por Ragués en la que se afirma la existencia de una laguna legal, entendiendo que existen casos en los que la ignorancia deliberada por parte del sujeto permite que este no acceda ni siquiera a los conocimientos mínimos necesarios para imputar dolo eventual. Si se entiende que la sospecha del sujeto no abarca el conocimiento mínimo y, con todo, se cree que el sujeto merece un castigo mayor que la imprudencia o impunidad, se deberá aceptar la existencia de una laguna en nuestro ordenamiento.

2. Tratamiento injustamente benigno del error de hecho y teoría de Jakobs

Jakobs critica las diferencias en el tratamiento del error de hecho y del error de prohibición. Entiende que se trata de manera excesivamente benigna los errores de hecho, al no ser castigados (impunidad) o ser castigados con una gran atenuación (modalidad imprudente), mientras que el error de prohibición se ve castigado de forma mucho más severa (en ocasiones incluso merece la misma pena que los casos de conocimiento pleno). Esta situación provoca que determinados casos de desconocimiento de los elementos del tipo reciban un tratamiento demasiado benevolente, como los casos aquí estudiados de «ceguera ante los hechos» o «imprudencia dirigida a un fin». Según este autor, la «ceguera ante los hechos» o «imprudencia dirigida a un fin» es «aquel desconocimiento que el propio autor no valora como una carencia de su orientación en el mundo porque el ámbito material del objeto desconocido carece de interés para él».

Para Jakobs el dolo refleja un defecto volitivo del sujeto mientras que la imprudencia es un defecto cognitivo. La imprudencia debe penarse menos que el dolo porque el error en la cognición supone una mala orientación en el mundo para el individuo que la sufre, y esto puede desembocar a su vez en un perjuicio para él mismo (lo que Jakobs denomina pena natural). La imprudencia merece un castigo inferior al dolo debido al error de cognición que sufre el individuo al realizar el hecho delictivo, y este error de cognición se hace patente cuando es el propio sujeto quien termina sufriendo las consecuencias de su actuar (dichas consecuencias no siempre se darán, pero el peligro de sufrirlas sí estará siempre ya que cuando un individuo obra con error siempre le amenazará el riesgo de una pena natural). A diferencia de esto, el dolo supone un defecto volitivo, es decir, un «no querer adecuarse al derecho»; y al no haber aquí un error en la cognición es posible que el sujeto adecúe su comportamiento para no sufrir las consecuencias de sus actuaciones e integre el resultado previsto en su cálculo de costes y beneficios.

Esta definición de dolo como «defecto volitivo» guarda relación con la idea de «intención ilícita» antes mencionada; sin embargo, el concepto de Jakobs se muestra en términos negativos – el dolo ya no es «querer dañar un BJ» sino «no querer adecuarse al derecho», y abre la puerta a que sean castigados como dolosos los hechos en los que el sujeto si bien no tenía una intención explícita de dañar el bien jurídico, le era indiferente dañarlo o no. «No querer» pesa más que «no saber» porque el sujeto que no quiere comportarse según derecho está viendo lo que hace y asume el resultado de su actuación. En estos términos, la ignorancia deliberada sería un defecto cognitivo derivado de un defecto volitivo, y es este el motivo por el que se tiene que castigar con las mismas penas que las dispuestas para el dolo. Ya que lo que se esconde verdaderamente detrás del desconocimiento no es un error de cognición (que justificaría la pena estipulada para la imprudencia) sino un defecto de la voluntad. La ignorancia deliberada sería un desconocimiento provocado por el propio sujeto debido a que no tiene interés en modificar su conducta, el sujeto no quiere saber más de lo que ya sabe porque le es indiferente el resultado que pueda provocar y no profundiza en

los elementos de la situación para poder seguir adelante con la actuación que sí le interesa realizar.

Por lo tanto, la razón para tratar acciones como imprudentes no se encuentra en las decisiones morales a corto plazo, sino en las decisiones morales a largo plazo (actitud del autor frente al Derecho). Jakobs asume que lo único importante para el castigo pasa a ser la mayor o menor fidelidad jurídica y lo decisivo dejaría de ser qué tipo de hecho cometió el sujeto para tenerse en cuenta exclusivamente la valoración de la fidelidad manifestada en el hecho. Como resultado, el hecho típico queda convertido, no en el objeto del conocimiento y voluntad o decisión consciente del autor, sino en una mera condición objetiva de punibilidad.

3. Importancia de las razones que llevan al desconocimiento

Como se ha ido adelantando, los casos de ignorancia deliberada «no son casos en los que el sujeto prefiera no saber, sino que prefiere no saber más porque no le interesa dejar de hacer lo que está haciendo» (dolo como indiferencia) o porque se está asegurando una excusa como estrategia criminal (esta idea podría acercase más a un concepto de dolo como intención).

Aristóteles ya advirtió que «es quizá necesario para los que reflexionan sobre la virtud definir lo voluntario y lo involuntario, y es también útil para los legisladores, con vistas a recompensas y castigos». Además, distingue tres tipos de acciones: las voluntarias, las involuntarias y las no-voluntarias; explicando que «todo lo que se hace por ignorancia es no-voluntario, e involuntario lo que se hace con dolor y pesar. En efecto, el que hace una cosa cualquiera por ignorancia sin sentir el menor desagrado por su acción, no ha obrado voluntariamente puesto que no lo hacía a sabiendas, pero tampoco involuntariamente, ya que no sentía pesar».

No se entrará a discutir aquí si las acciones involuntarias deben ser definidas como aquellas en las que el sujeto que las realiza sufre dolor y pesar, idea que, por otro lado, guarda bastante relación con la noción de pena natural de Jakobs como método para justificar el diferente tratamiento punitivo entre imprudencia y dolo. Pero sí considero de importancia la clasificación de Aristóteles, dividiendo las acciones humanas en tres tipos, que refleja la relevancia de comprender que no toda ignorancia convierte una acción en involuntaria ni tampoco toda ignorancia hace de una acción voluntaria, sino que en casos de ignorancia se deberá dar un paso más allá para observar qué fue lo que llevó a ese estado de desconocimiento y poder establecer si la acción realizada fue voluntaria o involuntaria. En consecuencia concluye que resulta comprensible que los legisladores castiguen a los que cometen malas acciones por una ignorancia de la que ellos mismos son responsables y, en general, a todos los que ignoran por su propia negligencia.

Nuestra ley valora solamente la falta de conocimiento al determinar la pena merecida para cada acción, sin tener en cuenta los motivos que llevan a ese déficit cognitivo. Pero la solución al problema de la ignorancia deliberada radica más en las razones que llevan al sujeto a no querer saber que en el carácter deliberado del desconocimiento. Determinados supuestos de ignorancia deliberada merecen el mismo tratamiento punitivo que los casos de dolo eventual porque en ambas situaciones se constata una expresión de indiferencia igualmente grave.

V. REPERCUSIONES EN EL CONCEPTO DE DOLO

Aceptar que determinados casos de ignorancia deliberada merecen el mismo tratamiento punitivo que el dolo, sin que exista conocimiento de los elementos del tipo por parte del autor, repercute inevitablemente en el concepto actual de dolo entendido como «conocimiento» o «voluntad y conocimiento». Por lo que se deberá reflexionar sobre la modificación de dicha definición.

Frente a esta pregunta de «¿cómo debe definirse el dolo a partir de ahora?» se han presentado varias propuestas que se analizan a continuación:

La solución de Jakobs consiste en abandonar la vinculación del concepto de dolo con los hechos psíquicos. Así, el dolo pasaría a definirse como una «expresión de hostilidad o indiferencia grave hacia un determinado interés, manifestado en la realización de una conducta objetivamente típica». Pero esta solución puede acarrear problemas prácticos, ya que los conceptos «indiferencia» y «hostilidad» son demasiado vagos y hacen muy complicada su aplicación por parte de jueces y tribunales. En similares términos se pronuncia Cancio, al afirmar que «el reciente discurso de Jakobs en el sentido de que los elementos de la imputación subjetiva serían indicadores de la concurrencia [del]... déficit de una fidelidad insuficiente al ordenamiento jurídico, es al menos ambiguo terminológicamente […] porque lo que se supone que indica se encuentra fuera de la estructura de imputación».

La segunda solución, propuesta por Ragués en su libro, es mantener la tradicional referencia a los hechos psíquicos en la definición general, pero dando entrada en ella a los casos de ignorancia deliberada. El dolo podría definirse como «la realización de una conducta con conocimiento (y voluntad) de la concurrencia de los elementos típicos o ignorando deliberadamente su concurrencia». El problema reside en que aparecen bajo el concepto de dolo situaciones tan distintas como el conocimiento y la ignorancia. Además, plantea el problema de que no todas las situaciones de ignorancia deliberada merecen el tratamiento del dolo.

Otra solución podría consistir en referirse a la ignorancia deliberada como una excepción, ya que los casos de ignorancia deliberada *stricto sensu* son pocos en la práctica. Pero aunque no sean muy habituales, estos casos obligan a revisar el concepto mayoritario de dolo si se pretende que abarque todos los hechos que merecen la pena del delito doloso.

Una última solución vendría de la mano de Feijoo, entendiendo dolo como infracción de un deber directo de evitación e imprudencia como infracción de un deber de cuidado. Según este autor la pena debe ser proporcional a la lesividad social de la conducta. Las conductas imprudentes son menos lesivas para el desarrollo de la vida social porque el hecho imprudente es más tolerable desde la perspectiva de la pervivencia de la configuración del orden social (son menos necesarias las normas de cuidado y precaución que las que establecen deberes directos de evitación). Lo decisivo a efectos de imputación jurídico-penal no es que el sujeto quiera infringir un deber, sino que existe una decisión contraria a deber. La diferencia entre el injusto doloso y el imprudente depende de la relevancia social de los deberes: la lesividad de la conducta no depende de la intención del autor, sino de la importancia de los deberes que infringe. El tipo objetivo en los casos de responsabilidad dolosa e imprudente es el mismo, por lo que el diferente tratamiento que el ordenamiento dispensa a ambos estriba en la diversa relevancia de los deberes que se infringen. En este sentido un homicidio imprudente se pena menos que el doloso porque el deber de cuidado infringido es menos relevante que el deber directo de «no matar».

VI. CONCLUSIONES FINALES

Este análisis superficial de la teoría de la ignorancia deliberada permite apreciar su relación directa con la normativización del concepto de dolo. La ignorancia deliberada posibilita castigar como dolosas conductas en las que pese a no haber conocimiento de los elementos del tipo por parte del sujeto, este debió haberlos conocido. Como se puede observar en el repaso al uso de la ignorancia deliberada por el TS, en muchas ocasiones los indicios que se utilizan para probar que el sujeto efectivamente conoció los elementos del tipo se confunden y entremezclan con los indicios de la ignorancia deliberada (indicios de que ese sujeto en esa situación debió conocer los elementos del tipo). Esto se debe a que si aceptamos la imposibilidad de averiguar verdaderamente lo que estaba pasando en la mente del individuo cuando delinquió, los indicios del conocimiento son los mismos que los indicios de lo que se debió conocer, ya que lo que se viene haciendo al imputar dolo es atribuir lo que un sujeto X conoció en base a lo que debería haber conocido en determinadas circunstancias y condiciones. Por lo tanto, el examen de esta figura demuestra que no es el conocimiento de los elementos del tipo lo que verdaderamente castigamos, sino una actitud del agente, actitud que puede existir tanto en los casos de conocimiento como de desconocimiento.

De esta forma, con la introducción de la ignorancia deliberada se abandona la constatación de elementos subjetivo-individuales en la imputación del dolo y se da una «aproximación a una concepción del dolo como forma de imputación en la que se atribuye externamente una determinada actitud al agente». Este proceso corresponde con el lema de la «normativización». El camino hacia esta normativización consiste en, primero, «eliminar la voluntad del concepto tradicional de dolo, de modo que el único referente debe estar en

los conocimientos». Y el segundo paso es «entender la constatación de dicha representación también como proceso de atribución». Así, con la inserción del nuevo principio de ignorancia deliberada se pretende cumplir con el segundo paso y entender la constatación de la representación por parte del sujeto como un juicio de atribución.

Por consiguiente, si la finalidad de la figura aquí examinada es colaborar en la construcción de un nuevo concepto de dolo, creo necesario trabajar directamente sobre este nuevo concepto normativo y prescindir de la ignorancia deliberada, figura que, así utilizada, genera más oscuridad que luz. Parece que la tendencia a la normativización del dolo (primero eliminando el elemento volitivo del dolo y ahora transformando la prueba del elemento cognitivo en una asignación) está presente en la jurisprudencia del TS, y la ignorancia deliberada es reflejo de dicha tendencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la introducción de la ignorancia voluntaria en nuestra jurisprudencia ha estado rodeada de gran confusión, por lo que considero conveniente reiterar que sería una solución más adecuada ocuparse abiertamente del concepto de dolo, sus límites y casos a cubrir.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CANCIO MELIÁ, M., «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo,* Madrid (Marcial Pons), 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm 3, 2015, pp. 1-23.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Mejor no saber…más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho penal», *Discusiones*, núm 13, vol. 2, 2013, pp. 101-138.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., «Sobre el modesto principio de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento», en *Cuestiones contemporáneas de Teoría Analítica del Derecho*, Madrid (Marcial Pons), 2011, pp. 99-127.

JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-pena,* Madrid (Civitas), 2003.

MANRIQUE Pérez, M.L., «¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia», *Discusiones*, núm 13, vol. 2, 2013, pp. 79-100.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona (Reppertor), 2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La cuadratura del dolo. Problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en *libro Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid (Civitas), 2005, pp. 691-742.

RAGUÉS I VALLÈS, R. (2013). «A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva», Discusiones, núm 13.2, 2013, pp. 139-166.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *La ignorancia deliberada en Derecho penal.* Barcelona (Atelier), 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal,* Barcelona (JM Bosch), 1999.

ANÁLISIS DEL VOTO A COALICIÓN CANARIA: ¿NACIONALISMO, INSULARISMO O CLIENTELISMO?

THE ELECTORAL BASE OF THE CANARY COALITION: A NATIONALIST, INSULAR OR CLIENTELIST POLITICAL PARTY?

Ayoze Corujo Hernández**

Resumen: Este artículo se centrará en el perfil del votante del principal partido nacionalista de las Islas Canarias, Coalición Canaria, indagando sobre los principales condicionantes que pueden estar detrás del voto a esta formación. Para llevarlo a cabo, se intentará contestar a las siguientes peguntas: ¿Es Coalición Canaria un partido nacionalista? ¿Las variables comunes que se han utilizado para explicar el voto a partidos nacionalistas se sostienen en el caso de Coalición Canaria? o ¿el voto a Coalición Canaria se explica por las conexiones entre el partido y el asociacionismo rural? El marco teórico permitirá advertir las lógicas del comportamiento electoral a partidos nacionalistas con el objetivo de formular hipótesis sobre el electorado nacionalista canario. De forma paralela, planteamos una serie de hipótesis alternativas o de control que ayuden a añadir más evidencias a la investigación ¿Qué efecto desempeña la identificación a la isla en el voto a Coalición Canaria? Estas preguntas nos acercarán a dos realidades poco estudiadas en la Ciencia Política española: analizar al principal partido nacionalista en las Islas Canarias y, de forma más innovadora, aproximarnos al efecto que ejerce el fenómeno insular en el voto a Coalición Canaria.
Palabras-clave: voto, nacionalismo, cleavages, Coalición Canaria, insularismo, brókers, identidad.

Abstract: This article will focus on the profile of the voter of the main regionalist party of the Canary Islands, Canary Coalition, inquiring about the main factors that may be behind the vote for this formation. To carry it out, we will try to answer the following questions: Is the Canary Coalition a nationalist party? Are the common variables that have been used to explain the vote to

* Fecha de recepción: 23 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2018.

** Accésit en la modalidad de Ciencia política y Relaciones internacionales del VII Premio Joven Investigador. Graduado en Ciencias Políticas y Administración Pública por la Universidad Autónoma de Madrid. Estudiante de segundo ciclo universitario en la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: aycorujo@ucm.es.

Agradezco al profesor Santiago Pérez-Nievas la revisión del primer borrador de este trabajo, como los ánimos y la atención recibida en los últimos meses de carrera universitaria. Del mismo modo, agradezco a Carlos Fernández Esquer por haber confiado en mí para participar en el VII Premio Joven Investigador, y creer que este trabajo merecía estar concursando. Igualmente, dar las gracias a Jose Rama Caamaño por la ayuda en los modelos de regresión y su aportación al estudio. Cualquier error que pudieran tener los mismos es responsabilidad exclusivamente mía.

nationalist parties are supported in the case of the Canary Coalition? Or is the vote for the Canary Coalition explained by the connections between the party and rural associations? We will present a theoretical framework that brings us closer to the logics of electoral behavior to nationalist parties with the aim of formulating hypotheses about the Canarian nationalist electorate. In parallel, we propose a series of alternative hypotheses or control to help add more evidence to the investigation. What effect does the identification on the island have on the vote to the Canary Coalition? These questions will bring us closer to two realities little studied in Spanish Political Science: analyze the main nationalist party in the Canary Islands and, in a more innovative way, approach the effect that the insular phenomenon exerts on the vote to the Canary Coalition.
Keywords: vote, nationalism, cleavages, Canary Coalition, insularism, brokers, identity.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. MARCO TEÓRICO: EL VOTO A PARTIDOS NACIONALISTAS.; III. APROXIMACIÓN A COALICIÓN CANARIA; IV. ENFOQUE METODOLÓGICO; V. RESULTADOS EMPÍRICOS; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a todo el debate generado en torno al Estado de las Autonomías, no cabe duda de que España hoy es uno de los países más descentralizados de Europa[1]. Así, la capacidad de gasto público que tienen las autonomías y su peso político, hace de ellas una suerte de micro estados que conviven dentro del estado español. Ahora bien, esta adquisición de competencias fue gradual, siendo el País Vasco, Cataluña, Galicia, Navarra y Andalucía (nacionalidades históricas), las primeras en hacerse con un elevado nivel de autogestión o, si se quiere, autogobierno, al acceder a la autonomía política por la vía del artículo 151 que prevé la Constitución Española de 1978.

Así, al amparo de las Comunidades Autónomas fueron surgiendo formaciones políticas que hicieron de su eje de competición electoral principal la dimensión centro-periferia, reivindicando un mayor autogobierno para sus territorios o demandando incluso la posibilidad de constituirse como estados independientes. En Canarias, Coalición Canaria (CC) surge en 1993 con un discurso nacionalista en el eje centro-periferia y de corte conservador en la dimensión izquierda-derecha. Sin embargo, no está del todo claro si los electores que dan su apoyo a CC, lo hacen atraídos por su discurso territorial, como si ocurre en otras formaciones nacionalistas en el territorio español, sirvan los ejemplo del Bloque Nacionalista Gallego (BNG), el Partido Nacionalista Vasco (PNV) o Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), o si son otras las razones que justificarían que un elector terminase dando su apoyo a CC. Paralelamente, es condición necesaria abordar la dimensión insular, es decir, de qué modo afecta la identidad propia insular en el apoyo a dicha formación, puesto que toda tarea de investigación referente al archipiélago canario no puede prescindir de tal variable.

[1] HOOGHE, L. *et al*., *Measuring regional authority*, Oxford (Oxford University Press), 2016.

Para dar respuesta a qué factores están detrás del voto a CC el trabajo se estructura en cinco secciones a continuación de esta breve introducción. En la primera, se discute el marco teórico sobre los partidos nacionalistas. A continuación, se hace una aproximación a Coalición Canaria, desde sus orígenes hasta las elecciones más recientes. Con ello se presenta el enfoque metodológico, los resultados y se cierra el artículo con unas conclusiones.

II. MARCO TEÓRICO: EL VOTO A PARTIDOS NACIONALISTAS

El nacionalismo es interpretado como un principio político que se construye, principalmente, con argumentos culturales e históricos[2]. Como han sugerido diferentes autores[3], el nacionalismo es principalmente una idea política y, como tal, es inseparable del poder político. Si aceptamos esta interpretación, debemos conectar el nacionalismo con las luchas de poder, generalmente, en un contexto de lucha por la autonomía de determinadas regiones o sub-estados. Así, los partidos nacionalistas surgirían en contextos de conflicto político en sociedades donde existen diferentes sensibilidades contrapuestas que, a su vez, crean alineamientos entre los ciudadanos y estas formaciones políticas[4].

En sociedades donde ha existido tradicionalmente una división entre las regiones del «centro» del país y las regiones de la «periferia», se han generado competencias en torno a lo que se ha denominado como eje «centro-periferia». La modernización e internacionalización de las economías surgidas al socaire de los procesos de construcción nacional (*nation-building*)[5], inició el auge de las reivindicaciones de territorios periféricos, regiones minoritarias con cultura y poderes autónomos que se posicionaban en contra de la centralización de los recursos. A partir de estos acontecimientos y conectados a la corriente sociológica[6], que considera el voto consecuencia de un hábito o sucesión de comportamientos políticos ligados a unas determinadas estructuras sociales[7], Seymour Martin Lipset y Stein

---

[2] BOONEN, J., y HOOGE, M., «Do nationalist parties shape or follow sub-national identities? A panel analysis on the rise of the nationalist party in the Flemish Region of Belgium, 2006-2011», *Nations and Nationalism*, vol. 20, núm. 1. 2014, pp. 56-79.

[3] HOBSBAWM, E., «Identidad», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 3, 1994, pp. 5-7; BÉLAND, D., y LECOURS, A., «The politics of territorial solidarity: nationalism and social policy reform in Canada, the United Kingdom, and Belgium», *Comparative Political Studies*, vol. 38, núm. 6, 2005, pp. 676-703.

[4] ANDUIZA, E., y BOSCH, A., *Comportamiento político y electoral*, Madrid (Ariel), 2004.

[5] ROKKAN, S., y URWIN, D., *The politics of territorial identity. Studies in European Regionalism*, Londres (SAGE), 1986.

[6] La corriente sociológica o escuela de Columbia fue la primera escuela en analizar el comportamiento electoral, argumentando la importancia que ejercen las variables sociodemográficas como la edad, el sexo o la ocupación. Ver LAZARSFELD, P. F., BERNARD, B., y HAZEL, G., *The people's choice: How the voter makes up his mind in a presidential campaign*, Columbia (Columbia University Press), 1944.

[7] MONTERO, J.R., LAGO-PEÑAS, I., y TORCAL, M., «Introducción: Modelos de voto y comportamiento electoral», en MONTERO, J.R. (ed.), *Elecciones Generales*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2004; RIVERA, J., y JARÁIZ, E., «Modelos de explicación y componentes del voto en las elecciones autonómicas catalanas de 2015», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 42, 2016, pp. 13-43.

Rokkan[8] desarrollaron la teoría de los *cleavages*[9], que intenta comprender cómo, en determinados contextos, el electorado se alinea y moviliza según determinadas consideraciones estructurales para, posteriormente, generar identidades y sentimientos que revelan fricciones políticas o sociales, las cuales serán canalizadas por los partidos políticos[10]. En España, el *cleavage territorial* ha generado una serie de partidos de ámbito no estatal (PANE) en aquellas comunidades denominadas como «históricas», que han desarrollado dinámicas distintas, con elementos diferenciadores, incluso, entre ellas[11]. Se puede identificar tres dimensiones de este *cleavage:* la cultural, la institucional y la fiscal[12].

La primera se vincula a los aspectos identitarios y culturales como la lengua o el origen. Los nacionalismos periféricos defenderían la protección de estos rasgos culturales, así como las costumbres de la región, en aras de movilizar a un electorado que se identifique con los mismos. El País Vasco puede ser un ejemplo de esta dimensión, por el marcado carácter étnico de su nacionalismo. Sin embargo, Canarias, podría ubicarse más bien, dentro de la corriente identitaria «cívica», puesto que se construye a partir del acuerdo de las normas culturales y creencias compartidas, en conformidad con las reglas preexistentes[13].

La segunda dimensión, la institucional, se centra en el estatus político que debería tener la región dentro del Estado. Los partidos subnacionales reivindicarían un encaje diferenciador de sus territorios en forma de un mayor grado de autonomía y una mejor delimitación competencial. Se extrae de esta dimensión que los actores, tanto partidos políticos como votantes, ordenan sus preferencias según las ventajas y desventajas que pudieran derivarse de la pertenencia o no al Estado central. Por otro lado, la visión institucionalista ayudaría a

---

[8] LIPSET, S.M., y ROKKAN, S., *Party systems and voter alignments: Cross national perspectives*, Nueva York (Free Press), 1967.

[9] Para Anduiza y Bosch, «un *cleavage* es una división de la sociedad en dos bandos opuestos que están determinados por la posición de los individuos en la estructura social y que, como es profundamente sentido por los individuos, acaba configurando alineamientos entre los bandos de la sociedad y los partidos políticos». ANDUIZA, E., y BOSCH, A., *Comportamiento político y electoral*, Madrid (Ariel), 2004, p. 147. Lipset y Rokkan establecieron cuatro *cleavages*, o divisiones sociales, principales: el religioso, el de clase social, centro-periferia y rural-urbano. LIPSET, S. M., y ROKKAN, S., *Party systems and voter alignments: Cross national perspectives*, cit.

[10] TORCAL, M., y CHIBBER, P., «Elites, cleavages y sistema de partidos en una democracia consolidada: España (1986-1992)», *Revista Investigaciones Sociológicas*, núm. 65, 1995, pp. 7-38; ALONSO, S., y GÓMEZ, B., «Partidos nacionales en Elecciones Regionales: ¿coherencia territorial o programas a la carta?», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, 2011, pp. 183-209.

[11] SOLER, J., «Las elecciones autonómicas en Cataluña (1980-1995)», en ALCÁNTARA, M. y MARTINEZ, A. (eds.), *Las elecciones autonómicas en España, 1980-1997*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 1998, pp. 225-256; OCAÑA, F., y OÑATE, P., «Las elecciones autonómicas de 1999 y las Españas electorales», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 90, 2000, pp. 183-228.

[12] ALONSO, S., GÓMEZ, B., y CABEZA, L., «Measuring Centre-Periphery Preferences: The Regional Manifestos Project», *Regional & Federal Studies*, núm. 23, 2013, pp. 189-211; SCANTAMBURLO, M., ALONSO, S., y GÓMEZ, B., «Democratic regeneration in European peripheral regions: new politics for the territory?», *West European Politics*, vol. 41, núm. 3, 2018, pp. 615-639.

[13] MANZINI, G., «Europe: the case for statehood», *Harvard Jean Monnet Working Papers*, vol. 6, núm. 98, 1998.

entender el rol que poseen los partidos nacionalistas, como actores que moldean o condicionan los cambios en la opinión pública[14]. Estos tendrían la capacidad de crear *issues* (temas) y heurísticos (atajos informativos) en torno al eje centro-periferia en beneficio propio.

Por último, la dimensión fiscal hace referencia a la capacidad de los territorios de poseer una determinada autonomía impositiva y de gasto. Muchos partidos nacionalistas canalizan todos sus esfuerzos en proporcionar a su región mayores competencias fiscales, lo que otorga a los gobiernos regionales autonomía recaudatoria y de gasto. Esta dimensión puede venir dada por el reconocimiento de ciertos derechos históricos, como es el caso del Convenio Económico entre el Estado y Navarra o del Concierto Económico con el País Vasco, que conceden plena autonomía a los territorios vascos y navarro para gestionar una fiscalidad particular al margen del estado central[15]; o como sucede con el Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

Así las cosas, estas dimensiones, como elementos de una movilización territorial en torno al eje centro-periferia, determinarán el apoyo a los partidos nacionalistas en tanto en cuanto las posiciones de los votantes se alineen con las mismas. Estos partidos surgirían para defender las demandas del electorado identificado con el reconocimiento cultural, de autonomía o, incluso, de independencia de su región[16].

Existen otros modos de movilización electoral hacia los partidos nacionalistas, como la basada en la identificación ideológica izquierda-derecha. Esta dimensión ayudaría a los ciudadanos a ubicar a los respectivos partidos, así como a ubicarse ellos mismos en función de sus posiciones en torno al papel que debe desempeñar el Estado en la economía y en la sociedad (si debe intervenir o no, cuánto debe intervenir y, en caso de intervenir, cómo debe hacerlo). Por otro lado, ha servido a los nacionalistas para enmarcar sus políticas en contextos regionales donde coexisten dos o más partidos compitiendo por el mismo electorado. Diferentes estudios han constatado la importancia que ejerce el eje ideológico en un contexto bidimensional, es decir, en contextos donde la competición electoral tiene lugar en dos ejes: izquierda-derecha y nacionalista[17].

---

[14] PÉREZ-NIEVAS, S., y BONET, E., «Identidades regionales y reivindicación de autogobierno. El etnorregionalismo en el voto a partidos nacionalistas de Bélgica, España y Reino Unido», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 15, 2006, pp. 123-161.

[15] ALCEDO, M., *La identidad pactada: primer proceso estatuario y Concierto Económico 1981*, Bilbao (AD Concordiam), 2007; GRAY, C., *Nationalist politics and regional financing systems in the Basque Country and Catalonia*, Bilbao (Diputación Foral de Bizkaia, Departamento de Hacienda y Finanzas), 2016.

[16] BOONEN, J., y HOOGE, M., «Do nationalist parties shape or follow sub-national identities? A panel analysis on the rise of the nationalist party in the Flemish Region of Belgium, 2006-2011», cit.

[17] Estos estudios se enmarcan dentro del modelo espacial del voto. Este modelo deriva del hecho de que las posiciones políticas tienen lugar en una única dimensión continua, previsiblemente izquierda-derecha, y donde estas convergen con las preferencias del elector. El votante, en unas elecciones donde cohabitan las dos dimensiones (o más), tenderá a hacer un esfuerzo en términos de elección, puesto que cabe suponer que ambas dimensiones no tengan el mismo valor para él. Ver DOWNS, A., *An economic theory of democracy*, Nueva York (Harper & Row), 1957; FERNÁNDEZ-ALBERTOS, J., «Votar en dos dimensiones: el peso del nacionalismo y la ideología en el comportamiento electoral vasco (1993-2001)», *Revista Española de Ciencia*

Otra cuestión relevante en la teoría de los movimientos nacionalistas se refiere al contexto económico, y cómo los votantes de forma racional son propensos a dar su apoyo a partidos nacionalistas dependiendo del bienestar de la región. Se ha constatado que en aquellas regiones con niveles de ingresos altos, los electores son más proclives a votar a partidos que apoyen un mayor nivel de autonomía[18].

Para el caso español existen una variedad de investigaciones sobre el voto a partidos nacionalistas. Uno de los enfoques es el referido a los controles retrospectivos de los votantes sobre los partidos en el gobierno, donde se ha demostrado que los partidos nacionalistas tienden a ser menos castigados electoralmente que los partidos no nacionalistas[19] .

En definitiva, si consideramos que CC es un partido nacionalista, los factores expuestos anteriormente ayudarían a explicar el voto a esta formación. Cabe esperar, pues, que una movilización de tipo territorial, en forma de mayores niveles de descentralización competencial, tenga un efecto positivo en el voto a CC. Asimismo, es previsible que la identidad exclusiva canaria también sea un factor que incida en la movilización electoral. Por último, y siguiendo el enfoque de voto económico, es de esperar que un elector cuyas valoraciones retrospectivas del Gobierno de Canarias, presidido por CC, sean positivas, termine por dar su voto a esta formación.

III. APROXIMACIÓN A COALICIÓN CANARIA

Coalición Canaria (CC) se constituye en el año 1993 como formación política con intención de presentarse a las elecciones legislativas de ese mismo año[20]. Al calor de los avances obtenidos por los partidos nacionalistas del País Vasco y Cataluña, que exhibieron una relevancia importante en las Cortes Generales, y el aumento de los pactos autonómicos y de la disminución de los conflictos competenciales de la década de los años noventa, di-

Política, núm. 6, 2002, pp. 153-181; DE LA CALLE, L., «Cuando la proximidad deja der importante: modelos espaciales y voto en la política vasca (1994-2001)», *Revista Española de Ciencia Política*, núm.12, 2005, pp. 21-52; BALCELLS, L., «¿Es el voto nacionalista un voto de proximidad o un voto de compensación?: una nueva aproximación "espacial" al voto en dos dimensiones», *Revista Española de Ciencia Política*, núm.16, 2007, pp. 61-88.

[18] SORENS, J., «The cross-sectional determinants of secessionism in advanced democracies», *Comparative Politics Study*, vol. 38, núm. 3, 2005, pp. 304-326.

[19] PÉREZ-NIEVAS, S., y FRAILE, M., «Is the nationalist vote really nationalist?: dual voting in Catalonia 1980-1999», *Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones. Working Papers Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales*, núm. 147, 2000; ALONSO, S., «La duración en el poder y el rendimiento electoral de los partidos nacionalistas gobernantes: ¿la ventaja competitiva del nacionalismo?», *Revista Española de Investigciones Sociológicas*, núm. 121, 2008, pp. 81-103.

[20] HERNÁNDEZ, J., «La construcción electoral de Canarias en la autonomía: una cuestión no resuelta», en ALCÁNTARA, M. y MARTÍNEZ, A. (eds.), *Las elecciones autonómicas en España, 1980-1997*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 1998, pp. 119-149; BÁEZ, A. J., *Una historia de Coalición Canaria. Creación y evolución de una fuerza política nacionalista (1993-2010)*, Las Palmas de Gran Canaria (Ediciones Idea), 2014.

rigentes de distintas formaciones canarias convinieron en la necesidad de crear un partido político fuerte de ámbito canario que atrajera la fuerza insularista que por aquel entonces estaba en auge. Este nuevo nacionalismo sigue la estela de la llamada conciencia inducida (*side effect*), donde el contexto abierto del Estado autonómico propició la aparición de formaciones nacionalistas en territorios que, a priori, no eran poseedores de una identificación fuertemente regional[21].

El modelo político de CC se ha caracterizado por la aparente hegemonía de formaciones como Agrupaciones Independientes de Canarias (AIC)[22] e Iniciativa Canaria (ICAN)[23], y por la exaltación de un discurso de corte insular que ha ido evolucionando hacia una suerte de *paninsularismo*. Como ha señalado Agustín Millares[24], «en Santa Cruz de Tenerife residió el segmento de la burguesía insularista más recalcitrante de toda nuestra historia […]. […] el tenirfeñismo irredento fue capaz de trenzar una alianza con destacados sectores de las estructuras neocaciquiles periféricas, amparadas en redes clientelares oriundas del sector servicios».

El carácter insular y municipalista de Coalición Canaria, ligado a una estructura socioeconómica predominantemente agraria caracterizada por las relaciones patrón-cliente[25], han propiciado vínculos clientelistas en aquellos núcleos gobernados por el partido. En este sentido, CC ha generado una forma de clientelismo político alrededor de asociaciones vecinales y culturales, importantes en los territorios locales por su carácter de grupos de interés pero, de forma paralela, por ser mecanismos de transmisión del discurso a través de lo que se ha venido a denominar *brókeres* o mediadores[26]. Esta relación no se fundamenta en nodos puntuales en momentos de campaña electoral, sino que son conexiones a largo plazo que crean vínculos entre las estructuras políticas y sociales. El rol de estos mediadores estriba en conectar a la sociedad civil con la administración o los dirigentes políticos, en una forma de solucionador de problemas. No se trata de dinámicas clientelares económicas de prebendas, sino de canalizadores de demandas o, si se prefiere, de intermediarios.

---

[21] LÓPEZ, J. F., «Estado autonómico y nuevos nacionalismos: el caso de la Coalición Canaria», *Claves de razón práctica*, núm. 65, 1996, pp. 32-39.

[22] AIC nace de un proceso de consolidación regional de la Agrupación Tinerfeña de Independientes (ATI), fuerza insularista de la isla de Tenerife conformada por candidaturas independientes y miembros de la antigua UCD. Este proceso se basó en una federación de partidos insulares de ámbito regional y la captación de los Alcaldes de centro-derecha.

[23] GARCÍA, J. A., «Un caso de competencia electoral subestatal: la competencia electoral local en Canarias (1979-1999)». Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

[24] MILLARES, A., *Santa Cruz dominadora*, Las Palmas de Gran Canaria (Ediciones Idea), 2007.

[25] HERNÁNDEZ, J., «El nacionalismo canario: su entorno social y político», en HERNÁNDEZ, F. y MERCADÉ, F. (eds.), *Estructuras sociales y cuestión nacional en España*, Barcelona (Ariel Sociología), 1986, pp. 395-435.

[26] ARRIAGADA, E., «Clientelismo político y participación local. El rol de los dirigentes sociales en la articulación entre autoridades y ciudadanos en Santiago de Chile», *Polis. Revista Latinoamericana*, núm. 36, 2013, pp. 15-38.

Como ha señalado Bazoret[27] para el caso de Santiago de Chile, los intermediarios no son figuras impuestas por los dirigentes políticos, pero tampoco están despolitizados dadas la influencias políticas que ejercen. La fuerza de estos lazos viene dada por la poca influencia de los partidos políticos en la vida local y civil, de alguna forma alineada con la tesis ultramodernista[28]. Así, cabe esperar que ser miembro de una asociación cultural y vecinal aumente las probabilidades de votar a CC.

La esencia insularista de CC se relaciona con la particularidad existente en el sistema de partidos de las islas, conformado por la presencia de tres *cleavages* territoriales, uno entre el Estado central y el archipiélago, otro entre las islas capitalinas (Gran Canaria y Tenerife) y las no capitalinas (Lanzarote, Fuerteventura, El Hierro, La Gomera y La Palma) y otro entre las distintas islas entre sí. En consecuencia, y como señala Fernández Esquer[29], el comportamiento electoral de la Comunidad Autónoma de Canarias se ha caracterizado por el auge de un insularismo particularista con implantación en islas determinadas, que dirigen sus *issues* específicamente para esos ciudadanos. Coalición Canaria no ha sido ajena a este tipo de estrategias. En primer lugar, porque en su seno cohabitan partidos insulares; y, en segundo lugar, por el beneficioso discurso electoral que proporciona identificarse con un territorio concreto, en detrimento de un ámbito más amplio como el regional.

Aunque se ha comprobado que los diferentes partidos políticos de Canarias elaboran sus campañas electorales específicamente para cada una de las siete islas[30], no existe una evidencia clara de que el electorado tenga un sentimiento identitario exclusivo insular y que, desde la lógica de los *cleavages*, este sea recogido por las formaciones políticas. Por otro lado, pocos son los estudios empíricos que abordan tanto la cuestión insular, como el perfil del votante de CC. Los exiguos trabajos no ahondan en hallar los predictores del voto, ni el perfil de su electorado. Se antoja insuficiente el único análisis dedicado al electorado de CC, elaborado por Alberto Javier Báez[31], y que se apoya exclusivamente en tablas de contingencia. Es necesario recurrir a técnicas de investigación que permitan identificar con mayor claridad las bases electorales de CC, en comparación con los otros dos principales partidos del sistema de partidos de Canarias, Partido Popular (PP) y Partido Socialista Canario-Partido Socialista Obrero Español (PSC-PSOE).

---

[27] BAZORET, E., «Los nuevos patrones del clientelismo en las urbes chilenas. Reflexión acerca del uso político de las organizaciones comunitarias en Santiago Centro e Iquique», PORRAS, J.I. y ESZPINOZA, V. (eds.), *Redes. Enfoques y aplicaciones del Análisis de Redes Sociales*, Santiago de Chile (Universidad Bolivariana), 2005, pp. 361-400.

[28] La tesis de la ultramodernidad establece que los partidos políticos son organizaciones débiles, con escasa influencia extraparlamentaria y de base.

[29] FERNÁNDEZ ESQUER, C., «El fenómeno del insularismo político en Canarias», en *Revista Online de Estudiantes de Derecho*, núm. 5, 2016.

[30] BÁEZ, A. J., «Las campañas electorales en Canarias. Análisis y evolución de los anuncios electorales», en *IV Congreso Internacional Latina de Comunicación Social: Comunicación, control y resistencia (San Cristobal de La Laguna)*, 2012.

[31] BÁEZ, A. J., *Una historia de Coalición Canaria. Creación y evolución de una fuerza política nacionalista (1993-2010)*, Las Palmas de Gran Canaria (Ediciones Idea), 2014.

Así, siguiendo con el argumento sobre los *cleavages* insulares, es previsible que el ciudadano canario no excluya entre la identificación a la isla de nacimiento y la canaria/regional, sino que, al contrario, sean un todo, una misma concepción del ser canario que subyace en una intersubjetividad común.

Para comprobar esta hipótesis se ha realizado un análisis factorial con las variables de identificación con «el pueblo o ciudad donde vive», «la isla donde vive», «Canarias», «España», «Europa», «comunidad de países de habla hispana» y «humanidad en su conjunto». Los resultados se obtuvieron mediante una rotación Varimax[32] en la que, en un primer momento, el número de factores se limitó a dos. Se pudo comprobar que existía un tercer factor que ayudaba a explicar en mayor medida el porcentaje de varianza, aunque aquí sólo se expone el factor perteneciente a las variables territoriales de Canarias.

En la Tabla 1 se puede observar tanto la fuerte correlación entre las variables de identificación a la isla y a Canarias como los coeficientes de saturación respecto a este factor. Esta agrupación nos demuestra lo ya intuido: que la identificación a la isla no se diferencia de la identificación a la región (Canarias), sino que forman parte de una misma interpretación. A partir de estos resultados utilizaremos este factor como variable de «identificación a Canarias», y pensamos obtener un efecto positivo entre ésta y el voto a Coalición Canaria en la correlación de Pearson.

Tabla 1. Conglomerado del factor identificación territorial: análisis factorial y matriz de correlaciones entre las variables.

	Isla donde vive	Pueblo/ciudad donde vive	Canarias	Coef. Varimax
Isla donde vive	1	0,665**	0,820**	0,92
Pueblo/ciudad donde vive	0,665**	1	0,548**	0,844
Canarias	0,820**	0,548**	1	0,836

**p<0.05, ** p<0.01, *** p<0.001.*

IV. ENFOQUE METODOLÓGICO

Este estudio empírico constará de dos análisis. En primer lugar, se utilizarán modelos de correlación bivariados. El objetivo es conocer a través de la correlación de Pearson[33]

[32] La rotación Varimax es un método de factorización que minimiza el número de variables que tienen saturaciones altas en cada factor. A grandes rasgos, lo que busca es simplificar los factores.

[33] La correlación de Pearson no nos indicará causalidad entre las variables. Cuando nos encontremos con coeficientes de correlaciones elevados entre las variables, no se puede afirmar que una de las variables es causa de la otra pero, teniendo de contraste otros casos, podremos comparar los resultados obtenidos. Por ejemplo, el coeficiente de correlación del voto a CC será bajo, si los coeficientes de correlación que obtenemos de BNG y PNV son mucho más altos. Ver SANTANA, A. y RAMA, J., *Análisis de datos con Stata*, Madrid (Tecnos), 2017.

si existe relación entre las variables independientes y la variable dependiente. Además, se podrá comprobar su significatividad estadística, la fuerza de la relación de las variables y la dirección (positiva o negativa). En segundo lugar, a través de una regresión logística multivariable[34], se constatará las probabilidades que tienen determinadas variables en influir en el voto a CC. Este análisis consta de cuatro modelos: un primer modelo con variables sociodemográficas; un segundo modelo con variables territoriales e identitarias; un tercer modelo que introduce variables políticas y, por último, un modelo completo donde se incorporan todas las variables a analizar.

Se trabajará con los datos individuales de cuatro encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Las tres primeras encuestas son las realizadas dentro del Barómetro Autonómico III (estudio nº 2956) de septiembre-octubre de 2012, y serán utilizadas para los análisis bivariados. Se ha seleccionado este barómetro por la similitud de preguntas realizadas en las tres Comunidades Autónomas (CCAA), entendiendo que los mejores cuestionarios, para una investigación como esta, son los que se circunscriben a las regiones específicas de análisis. Asimismo, otro argumento que justifica la elección de este barómetro tiene que ver con que es el único que incorpora la pregunta de identificación a la isla de origen. Es de extrañar que el CIS no haya incorporado a lo largo de su historia, en ninguna de sus encuestas referentes a Canarias, preguntas como la identificación a la isla (exceptuando la que aquí se utiliza), la escala nacionalista o las valoraciones a la gestión de los Cabildos Insulares. Por otro lado, la cuarta encuesta utilizada es la postelectoral de las elecciones autonómicas de Canarias del año 2015 (estudio nº 3091), y será la que sirva para construir el modelo de regresión logística. Se ha optado por ella por la cercanía en el tiempo, ya que es la última encuesta realizada para Canarias, y porque incorpora la variable «pertenencia a una asociación vecinal y cultural», útil para verificar una de las hipótesis planteadas.

Antes de exponer los resultados empíricos, se debe formular nuevamente las principales hipótesis que han surgido hasta el momento:

Hipótesis 1: *Una movilización de tipo territorial, en forma de mayores niveles de descentralización, tendrá un efecto positivo en el voto a Coalición Canaria.*

Hipótesis 2: *Una valoración retrospectiva positiva al gobierno autonómico, estará positivamente relacionado con el voto a Coalición Canaria.*

Hipótesis 3: *La pertenencia a una asociación vecinal y cultural, aumentará las probabilidades de votar a Coalición Canaria.*

[34] Para Albert J. Jovell, «el modelo de regresión logística se utiliza para predecir la probabilidad estimada de que la variable dependiente presente uno de los dos valores posibles en función de los diferentes valores que adoptan el conjunto de variables independientes. En otras palabras, permite relacionar una variable dependiente dicotómica con una o más variables independientes cuantitativas y/o cualitativas». JOVELL, A.J., *Análisis de regresión logística*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2006, p. 15.

Hipótesis 4: *Mayores niveles de identidad canaria, tendrá un efecto positivo en el voto a Coalición Canaria.*

V. RESULTADOS EMPÍRICOS

La Tabla 2 muestra las correlaciones existentes entre las variables independientes y el voto a los partidos nacionalistas. La correlación de Pearson arroja algunos resultados relevantes en lo que se refiere a las características del voto a CC, en comparación con el voto a las demás formaciones. En primer lugar, las variables de «organización territorial del Estado» y «grado de autonomía» evidencian que existe una menor relación entre éstas y el voto a CC respecto a los otros partidos nacionalistas. Estas variables territoriales experimentan mayores coeficientes en el voto a Bloque Nacionalista Galego (BNG) y Partido Nacionalista Vasco (PNV), en este último caso con una intensidad muy alta en los niveles de descentralización territorial. Estos datos sugieren que el voto a CC se sustenta en una movilización territorial, pero con una correlación débil si se compara con los otros casos.

La identidad nacionalista también muestra datos relevantes. En los tres casos, una mayor identidad regional viene aparejada de un voto a partidos nacionalistas, aunque no en el mismo grado. Mientras que en el caso de CC y BNG la relación entre las dos variables es moderada, en el caso de PNV es muy alta. Es posible interpretar que la identidad regional juega un papel mayor que las preferencias sobre la organización territorial en los casos canario y vasco, aunque no en el gallego donde éste último factor tiene una mayor relevancia.

Es importante señalar que una peor valoración sobre la situación de la economía regional en Canarias no afecta al voto a CC. No obstante, sí se cumple en el caso del BNG, que correlaciona de forma moderada y es estadísticamente significativa. En el caso de CC, resulta llamativo el hecho de que la correlación, aunque débil, se sustente en una mejor valoración de la economía regional y el voto a la formación canaria. Esto puede ser dado por una interpretación del electorado hacia la gestión económica del Gobierno de Canarias, en el sentido de que valoren positivamente el efecto que tiene sus políticas en la mejora de la economía del archipiélago. No ocurre lo mismo cuando analizamos las valoraciones económicas personales, que en los tres casos son negativas, aunque sólo en el caso de CC es significativa. Este dato revela que a peor valoración de la situación económica personal del electorado de CC, más posibilidades de votar a esta formación.

Por lo que se refiere a la ideología, PNV y BNG parecen atraer a electorados de izquierda, puesto que existe una correlación inversa, alta y significativa. CC, como cabría esperar, no presenta correlación alguna con la ideología, puesto que cabe interpretar que la falta de conocimiento a la hora de ubicar al partido esté interfiriendo en el resultado. Otro dato interesante es el referente a la valoración retrospectiva hacia los gobiernos autonómicos. Se puede observar que en el caso de CC una valoración positiva hacia la gestión del gobierno correlaciona de forma directa en el voto a la formación nacionalista. Este resultado parece

confirmar la segunda hipótesis, que mantenía que CC atraía a votantes contentos con la gestión del gobierno autonómico, en una forma de voto retrospectivo positivo. Por otro lado, el PNV es el único partido que atrae a un elector identificado con su región, ya que para el BNG y CC la correlación no proporciona datos significativos. Este dato rechaza la hipótesis cuatro, referida a la identificación a Canarias por parte del electorado de CC. La variable referida al estatus socioeconómico no evidencia nada relevante para el caso canario y vasco. No ocurre así con el BNG, donde existe una cierta correlación entre un menor estatus socioeconómico y el voto a la formación nacionalista. Por último, cabe destacar que el origen regional de los votantes sólo afecta al caso vasco.

Tabla 2. Correlaciones del voto a CC, BNG y PNV.

	Voto a CC	**Voto BNG**	**Voto PNV**
Org. Territorial del Estado.	,178*	,444**	,694**
Grado de autonomía	,284**	,295**	0,332
Identidad nacionalista	,251*	,348**	,775**
Ideología	0,047	–,461**	–,481**
Situación eco. de CCAA	,153*	–,232**	-0,157
Diferencias de prosperidad entre CCAA	0,05	0,025	0,037
Situación eco. respecto a España	0,026	–,222**	0,189
Situación eco. Personal	–, 159*	-0,035	-0,038
Identificación con CCAA	0,131	0,001	,350**
Valoración retrospectiva al Gobierno autonómico.	,284**	-	-
Estatus socioeconómico	-0,085	,142*	0,088
Origen	0,094	-0,064	,341**
Hábitat	-0,008	0,042	–,249*

*p<0.05, ** p<0.01, *** p<0.001

Por su parte, los resultados obtenidos del modelo logístico que se observan en la Tabla 3 clarifican algunas hipótesis sobre el voto a CC, al menos si se la compara con el voto a PP y al PSC-PSOE. Se desprende que, en primer lugar, las probabilidades de votar a la formación nacionalista disminuyen en los municipios con mayor número de habitantes, esclareciendo que el voto es predominantemente rural. Por otra parte, vivir en la provincia de Santa Cruz de Tenerife aumenta las posibilidades de votar a CC, lo que demuestra que su electorado se concentra en las islas occidentales, en detrimento de las islas pertenecientes a la provincia de Las Palmas.

Es importante el hecho de que CC moviliza a un electorado con una preferencia por mayores niveles de descentralización estatal, no sucediendo lo mismo con la identidad canaria (los que se sienten más canarios que españoles, no muestran una mayor propensión a votar a CC frente a hacerlo por un partido de ámbito estatal). Estos resultados revelan que la formación nacionalista adquiere una movilización de tipo territorial, en línea con la primera hipótesis, pero que, paradójicamente, sus votantes no muestran una movilización identitaria exclusiva, lo que hace que rechacemos la cuarta hipótesis.

Por lo que se refiere a la pertenencia a una asociación vecinal y cultural, no se observa significatividad alguna, lo cual invalida la hipótesis que vaticinaba una vinculación entre el asociacionismo rural y la propensión a votar por el partido canario. Aunque su voto tenga lugar en municipios pequeños, no existe evidencia que respalde la idea de que el electorado de CC mantenga vínculos con dichas asociaciones y que éstas, a su vez, estén conectadas con la formación política.

Si se atiende a las variables políticas, se extrae que una valoración retrospectiva positiva a la gestión del Gobierno de Canarias aumenta la probabilidad de votar a CC. Este hecho sigue la línea del apoyo a los partidos nacionalistas en el gobierno, lo que confirma la segunda hipótesis. La ideología, en cambio, y siguiendo con los resultados bivariados obtenidos en la tabla 2, no arroja datos concluyentes.

Por último, en relación a las variables sociodemográficas, cabe destacar que el voto a CC aumenta entre los votantes de mayor edad. En cambio, ni el sexo ni el nivel de estudios explican el voto a dicha formación.

Tabla 3 .Coeficientes de regresión logística para Coalición Canaria[35].

	Modelo 1	**Modelo 2**	**Modelo 3**	**Modelo 4**
Mujer	0.09	-0.02	0.22	0.22
	(0.28)	(0.31)	(0.33)	(0.37)
Edad	0.00	0.02+	0.01	0.02+
	(0.01)	(0.01)	(0.01)	(0.01)
Estudios Medios	-0.10	0.04	0.01	-0.01
	(0.37)	(0.41)	(0.44)	(0.49)
Estudios Superiores	-0.23	0.29	-0.16	0.18
	(0.47)	(0.54)	(0.54)	(0.64)
10.001 a 50.000 hab	-0.62	-0.36	-0.78	-0.36
	(0.48)	(0.53)	(0.59)	(0.65)
50.001 a 100.000 hab	-1.30*	-0.48	-1.91*	-0.63
	(0.61)	(0.72)	(0.84)	(0.94)
100.001 a 400.000 hab	-1.44**	-1.09*	-1.67**	-1.21+
	(0.50)	(0.55)	(0.61)	(0.68)

[35] Nota metodológica: la variable dependiente está compuesta por 1"CC" y 0 "PP/PSOE".

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
Tenerife		1.14**		1.63***
		(0.36)		(0.44)
Estado en CCAA		0.73		0.55
		(0.50)		(0.62)
+ Descentralización		1.04+		1.25+
		(0.54)		(0.67)
Tan canario como español		-0.03		0.11
		(0.49)		(0.59)
Más canario que español		0.31		0.04
		(0.52)		(0.64)
Asociación		-0.32		-0.66
		(0.38)		(0.46)
Ideología			0.08	0.14
			(0.09)	(0.10)
Situación Política			0.54	0.54
			(0.37)	(0.40)
Valoración Gobierno			0.64	**0.94***
			(0.39)	**(0.43)**
Constant	0.03	-2.66*	-1.37	-4.86**
	(0.77)	(1.11)	(0.98)	(1.53)
Observations	255	233	210	198
Pseudo R^2	0.042	0.109	0.093	0.200

Errores standart entre paréntesis

+ p<0.1, * p<0.05, ** p<0.01, *** p<0.001

VI. CONCLUSIONES

¿Es Coalición Canaria un partido nacionalista? ¿Las variables que se han venido utilizando para explicar el voto nacionalista se sustentan en el caso canario? La respuesta a estas dos preguntas no puede ser rotunda. Por un lado, se ha visto cómo CC aumentaba su apoyo entre las personas con preferencias hacia una mayor descentralización territorial, pero, paralelamente, disminuía en la dimensión identitaria. Este hallazgo sugiere que el partido canario moviliza a un tipo de electorado preocupado por aspectos políticos, más allá de factores étnicos o sentimentales. Si a esto se le añade la valoración retrospectiva positiva a la gestión del gobierno, que permanece como predictor del voto a CC, los argumentos político-territoriales parecen prevalecer sobre los identitarios.

Por otro lado, pertenecer a una asociación vecinal y cultural no aumenta la probabilidad de votar a CC frente a PP y PSC-PSOE. De esta manera, la evidencia empírica mostrada

invita a descartar las conexiones clientelares. No obstante, se debe de considerar que en futuros trabajos debería profundizarse en esta cuestión, máxime cuando existen indicios que apuntan en esa dirección, tales como una alta probabilidad de votar a CC en municipios menores o vivir en la provincia de Santa Cruz de Tenerife, principal feudo de la formación.

Por último, el análisis factorial ha demostrado una cuestión importante en Canarias: que empíricamente la identificación con la isla de origen y la identificación a Canarias no son excluyentes. Este resultado pone en cuestión las teorías del insularismo, entendido como una identidad propia isleña, y hace creer que son otros los motivos que pueden estar detrás de los *cleavages* insulares.

En cualquier caso, este trabajo abre la veda a futuras investigaciones sobre el nacionalismo en las Islas Canarias, concretamente, sobre los factores que están detrás del voto a Coalición Canaria, partido poco estudiado en la Ciencia Política española. Se han aportado datos relevantes que ayudarán a hacer un esquema de las similitudes y diferencias entre los distintos partidos nacionalistas de distintas regiones de España, constatando que existen rasgos diferenciadores.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCEDO, M., *La identidad pactada: primer proceso estatuario y Concierto Económico 1981*, Bilbao (AD Concordiam), 2007.

ALONSO, S., «La duración en el poder y el rendimiento electoral de los partidos nacionalistas gobernantes: ¿la ventaja competitiva del nacionalismo?», *Revista Española de Investigciones Sociológicas*, núm. 121, 2008, pp. 81-103.

ALONSO, S., y GÓMEZ, B., «Partidos nacionales en Elecciones Regionales: ¿coherencia territorial o programas a la carta?», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, 2011, pp. 183-209.

ALONSO, S., GÓMEZ, B., y CABEZA, L., «Measuring Centre-Periphery Preferences: The Regional Manifestos Project», *Regional & Federal Studies*, núm. 23, 2013, pp. 189-211.

ANDUIZA, E., y BOSCH, A., *Comportamiento político y electoral*, Madrid (Ariel), 2004.

ARRIAGADA, E., «Clientelismo político y participación local. El rol de los dirigentes sociales en la articulación entre autoridades y ciudadanos en Santiago de Chile», *Polis. Revista Latinoamericana*, núm. 36, 2013, pp. 15-38.

BÁEZ, A. J., *Una historia de Coalición Canaria. Creación y evolución de una fuerza política nacionalista (1993-2010)*, Las Palmas de Gran Canaria (Ediciones Idea), 2014.

BÁEZ, A. J., «Las campañas electorales en Canarias. Análisis y evolución de los anuncios electorales», en *IV Congreso Internacional Latina de Comunicación Social: Comunicación, control y resistencia (San Cristobal de La Laguna)*, 2012.

BALCELLS, L., «¿Es el voto nacionalista un voto de proximidad o un voto de compensación?: una nueva aproximación «espacial" al voto en dos dimensiones», *Revista Española de Ciencia Política*, núm.16, 2007, pp. 61-88.

BAZORET, E., «Los nuevos patrones del clientelismo en las urbes chilenas. Reflexión acerca del uso político de las organizaciones comunitarias en Santiago Centro e Iquique», PORRAS, J.I. y ESZPINOZA, V. (eds.), *Redes. Enfoques y aplicaciones del Análisis de Redes Sociales*, Santiago de Chile (Universidad Bolivariana), 2005, pp. 361-400.

BÉLAND, D., y LECOURS, A., «The politics of territorial solidarity: nationalism and social policy reform in Canada, the United Kingdom, and Belgium», *Comparative Political Studies*, vol. 38, núm. 6, 2005, pp. 676-703.

BOONEN, J., y HOOGE, M., «Do nationalist parties shape or follow sub-national identities? A panel analysis on the rise of the nationalist party in the Flemish Region of Belgium, 2006-2011», *Nations and Nationalism*, vol. 20, núm. 1. 2014, pp. 56-79.

DE LA CALLE, L., «Cuando la proximidad deja der importante: modelos espaciales y voto en la política vasca (1994-2001)», *Revista Española de Ciencia Política*, núm.12, 2005, pp. 21-52.

DOWNS, A., *An economic theory of democracy*, Nueva York (Harper & Row), 1957.

FERNÁNDEZ ESQUER, C., «El fenómeno del insularismo político en Canarias», en *Revista Online de Estudiantes de Derecho*, núm. 5, 2016.

FERNÁNDEZ-ALBERTOS, J., «Votar en dos dimensiones: el peso del nacionalismo y la ideología en el comportamiento electoral vasco (1993-2001)», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 6, 2002, pp. 153-181.

GARCÍA, J. A., «Un caso de competencia electoral subestatal: la competencia electoral local en Canarias (1979-1999)». Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

GRAY, C., *Nationalist politics and regional financing systems in the Basque Country and Catalonia*, Bilbao (Diputación Foral de Bizkaia, Departamento de Hacienda y Finanzas), 2016.

HERNÁNDEZ, J., «La construcción electoral de Canarias en la autonomía: una cuestión no resuelta», en ALCÁNTARA, M. y MARTÍNEZ, A. (eds.), *Las elec-*

ciones autonómicas en España, 1980-1997, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 1998, pp. 119-149.

HERNÁNDEZ, J., «El nacionalismo canario: su entorno social y político», en HERNÁNDEZ, F. y MERCADÉ, F. (eds.), *Estructuras sociales y cuestión nacional en España*, Barcelona (Ariel Sociología), 1986, pp. 395-435.

HOBSBAWM, E., «Identidad», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 3 (1994), pp. 5-7.

HOOGHE, L. *et al*., *Measuring regional authority*, Oxford (Oxford University Press), 2016.

JOVELL, A.J., *Análisis de regresión logística*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2006.

LANDMAN, T., *Issues and methods in comparative politics: An introduction*, Londres-Nueva York (Routledge), 2003.

LAZARSFELD, P. F., BERNARD, B., y HAZEL, G., *The people's choice: How the voter makes up his mind in a presidential campaign*, Columbia (Columbia University Press), 1944.

LIPSET, S. M., y ROKKAN, S., *Party systems and voter alignments: Cross national perspectives*, Nueva York (Free Press), 1967.

LÓPEZ, J. F., «Estado autonómico y nuevos nacionalismos: el caso de la Coalición Canaria», *Claves de razón práctica*, núm. 65, 1996, pp. 32-39.

MANZINI, G., «Europe: the case for statehood», *Harvard Jean Monnet Working Papers*, vol. 6, núm. 98, 1998.

MILLARES, A., *Santa Cruz dominadora*, Las Palmas de Gran Canaria (Ediciones Idea), 2007.

MONTERO, J.R., LAGO-PEÑAS, I., y TORCAL, M., «Introducción: Modelos de voto y comportamiento electoral», en MONTERO, J.R. (ed.), *Elecciones Generales*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 2004.

OCAÑA, F., y OÑATE, P., «Las elecciones autonómicas de 1999 y las Españas electorales», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 90, 2000, pp. 183-228.

PÉREZ-NIEVAS, S., y BONET, E., «Identidades regionales y reivindicación de autogobierno. El etnorregionalismo en el voto a partidos nacionalistas de Bélgica, España y Reino Unido», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 15, 2006, pp. 123-161.

PÉREZ-NIEVAS, S., y FRAILE, M., «Is the nationalist vote really nationalist?: dual voting in Catalonia 1980-1999», *Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones. Working Papers Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales*, núm. 147, 2000.

RIVERA, J., y JARÁIZ, E., «Modelos de explicación y componentes del voto en las elecciones autonómicas catalanas de 2015», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 42, 2016, pp. 13-43.

ROKKAN, S., y URWIN, D., *The politics of territorial identity. Studies in European Regionalism*, Londres (SAGE), 1986.

SANTANA, A. y RAMA, J., *Análisis de datos con Stata*, Madrid (Tecnos), 2017.

SCANTAMBURLO, M., ALONSO, S., y GÓMEZ, B., «Democratic regeneration in European peripheral regions: new politics for the territory?», *West European Politics*, vol. 41, núm. 3, 2018, pp. 615-639.

SOLER, J., «Las elecciones autonómicas en Cataluña (1980-1995)», en ALCÁNTARA, M. y MARTINEZ, A. (eds.), *Las elecciones autonómicas en España, 1980-1997*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 1998, pp. 225-256.

SORENS, J., «The cross-sectional determinants of secessionism in advanced democracies», *Comparative Politics Study*, vol. 38, núm. 3, 2005, pp. 304-326.

TORCAL, M., y CHIBBER, P., «Elites, cleavages y sistema de partidos en una democracia consolidada: España (1986-1992)», *Revista Investigaciones Sociológicas*, núm. 65, 1995, pp. 7-38.

TORCAL, L., y MONTERO, J. R., «Autonomías y Comunidades Autónomas en España: Preferencias, dimensiones y orientaciones políticas», *Revista de estudios políticos*, núm. 70, 1990, pp. 33-92.

PROPORCIONALIDAD PENAL: A PROPÓSITO DE LA DESOBEDIENCIA LEVE Y DE LA FALTA DE RESPETO Y CONSIDERACIÓN DEBIDA A LA AUTORIDAD*

CRIMINAL PROPORTIONALITY: APPROACH TO THE MINOR DISOBEDIENCE AND THE LACK OF CONSIDERATION FOR THE AUTHORITY

Francisco Salvador de la Fuente Cardona**

Resumen: En el presente trabajo se expone el contenido y alcance del principio de proporcionalidad penal. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta son los tres niveles de análisis que el jurista debe llevar a cabo para comprobar la proporcionalidad de una norma penal en abstracto, de una medida o de la aplicación de un tipo. Sin embargo, no debemos llevarnos a engaño. Solo en los casos más extremos el principio de proporcionalidad responde a la constitucionalidad de una norma penal concreta, si bien va a ser un poderoso instrumento argumentativo. En la segunda parte del trabajo, aplicaremos este examen de proporcionalidad a la desobediencia leve y a la falta de respeto y consideración debida a la autoridad, antes regulados en el derogado artículo 634 CP y hoy reubicados como delito leve e infracción administrativa grave.
Palabras clave: proporcionalidad, *ius puniendi*, límite material, delito leve, infracción administrativa

Abstract: This paper explains the content and the significance to examine the so-called principle of criminal proportionality. Suitability, necessity and strict proportionality are the three levels of analysis that the jurist must take into consideration. The principle of proportionality is going to give us the concrete answer of the constitutionality of a rule only in extreme cases, although it will be a powerful argumentative tool. In the second part, we will apply this test of proportionality to the minor disobedience and the lack of consideration for the authority, now relocated as minor crime and administrative offense.
Keywords: proportionality, *ius puniendi*, material limit, minor crime, administrative offense

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. PROPORCIONALIDAD PENAL: ASPECTOS GENERALES; III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA DESOBEDIENCIA

* Fecha de recepción: 25 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 16 de marzo de 2018.

** Primer premio en la modalidad de Derecho público y Filosofía jurídica del VII Premio Jóvenes Investigadores. Graduado en Derecho y estudiante de Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). Correo electrónico: fcfuente@ucm.es

Este trabajo ha sido tutelado por Dª. Margarita Martínez Escamilla y Dª. Margarita Valle Mariscal de Gante, profesoras de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

LEVE Y A LA FALTA DE RESPETO Y CONSIDERACIÓN DEBIDA A LA AUTORIDAD; 1. Introducción: ante una reforma de calado; 2. La desobediencia leve; 3. La falta de respeto y consideración debida a la autoridad; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La legitimidad de las normas penales es una cuestión ampliamente debatida y sobre la que no existe una única postura en la doctrina[1]. Tras la reforma operada en el Código penal por LO 1/2015 y la reforma complementaria en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC en adelante) que introdujo la LO 4/2015, han sido muchas las voces que desde la doctrina o desde el propio ámbito judicial han criticado el resultado a que se llega en materia de orden público, especialmente por la colisión con el derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE).

En el presente artículo examinamos el contenido y el alcance del principio de proporcionalidad penal; describiremos la regulación resultante de las anteriores conductas recogidas en el derogado artículo 634 CP, por considerarlas especialmente próximas al ejercicio legítimo del derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE) así como las consecuencias penales sustantivas y administrativas de dicha reubicación; y, finalmente, identificaremos desde esta perspectiva de legitimación penal, de límites materiales al *ius puniendi* y particularmente, desde el principio de proporcionalidad, la adecuación al mismo de las conductas constitutivas de desobediencia leve y de falta de respeto y consideración debida a la autoridad.

II. PROPORCIONALIDAD PENAL: ASPECTOS GENERALES

Con carácter general podemos afirmar que los límites formales del *ius puniendi* del Estado vienen constituidos por las diferentes manifestaciones del principio de legalidad

[1] Interesa dejar anotado en torno a la idea de legitimación penal la siguiente reflexión: «modernamente ha podido advertirse que la compleja cuestión de la legitimidad del Derecho penal no puede abordarse satisfactoriamente tomando como único punto de partida el de las "teorías de la pena". El Derecho penal no sólo se explica por la pena, ni reduce sus fines en sociedad a lo que éstas puedan cumplir…lo que legitimaría al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible la violencia que se genera en una sociedad» y así «el Estado procede a enmarcar los presupuestos de su intervención punitiva en unas formas que cumplen funciones garantísticas» como «la auto-exigencia [material] de proporcionalidad», SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires (B de F), 2010, pp. 291 y ss.; por su parte MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Buenos Aires (B de F), 2003, pp. 97 y ss., considera que el Derecho penal tiene un fundamento funcional y un fundamento político, integrando el principio de proporcionalidad como uno de los límites al *ius puniendi* derivado de la cláusula de Estado democrático; critica la expansión del Derecho penal y explica la distinción entre «Derecho penal simbólico», «clima punitivista» y «Derecho penal del enemigo» CANCIO MELIÀ, M., «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002, pp. 19 y ss.

mientras que los límites materiales están integrados por una pluralidad de principios; concretamente, el principio del hecho, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de intervención mínima, el principio de culpabilidad, el principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana y el hoy examinado principio de proporcionalidad[2].

A la hora de emprender la tarea de examinar el principio de proporcionalidad penal sistematizaremos la explicación de la siguiente manera: proporcionaremos un concepto de dicho principio, presentaremos el *iter* que se debe seguir a la hora de valorar la proporcionalidad de una norma penal y estableceremos unas consideraciones sobre su operatividad.

El principio de proporcionalidad responde a la creencia de que la entidad de la pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza o entidad, o por los efectos socio-personales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente, lo que aporta un plus de legitimación a la intervención penal[3]. Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, esto es, la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*[4]. Esta concepción amplia del principio de proporcionalidad «ha sido asumida por la doctrina penal [como] una concepción del principio de proporcionalidad procedente del Derecho administrativo»[5].

---

[2] Esta clasificación está tomada de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Madrid (Ramón Areces), 2006, pp. 529 y ss. Sin embargo, no existe un consenso sobre la ubicación sistemática de los mismos. Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Proporcionalidad penal», en MAQUEDA ABREU, M.L., MARTÍN LORENZO, M., VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2016, p. 184, integra en el requisito de necesidad o protección mínima del principio de proporcionalidad (en sentido amplio) el principio de subsidiariedad o de última ratio; en este sentido también HASSEMER, W., «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales», en VON HIRSCH, A., SEELMANN, K., WOHLERS W. (eds.), *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo,* Barcelona (Aterial [edición española a cargo de ROBLES PLANAS, R.]), 2012, p. 195; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid (EDERSA), 1999, pp. 214 y ss.; de forma ecléctica aclara que se entienden como «concreciones del principio de proporcionalidad, aunque no sólo de él» SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 414.

[3] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 580.

[4] FUENTES CUBILLOS, H., «El principio de proporcionalidad penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena», *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, Talca (Chile), 2008, p. 19.

[5] NAVARRO FRÍAS, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010, Barcelona, 2010, p. 3. No obstante, una formulación originaria del mismo fue recogida por BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid (Maxtor), 2004, p. 29, al indicar que «más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al

Para el análisis de la proporcionalidad se distinguen tres niveles[6] como son la idoneidad (o funcionalidad), la necesidad (o protección) y la proporcionalidad estricta (también exigibilidad o adecuación), examen que se conoce con el nombre del «test alemán»[7]. En primer lugar, la *idoneidad* puede formularse como exigencia de que la norma penal puede proteger el fin legítimo, pues la falta de idoneidad llevaría consigo la pérdida de libertad dada la naturaleza del medio empleado (norma penal). No se suele discutir la idoneidad de una norma penal porque se asume que al ser el medio más aflictivo siempre es funcional, si bien podrá suceder que el carácter aflictivo de la pena sea irrelevante en relación con lo que el destinatario de la misma pretende ganar con la quiebra de la prohibición –ganando para sí o sólo con el perjuicio ajeno-[8]. En este sentido hemos de mencionar que con la idea del nuevo Derecho penal en las sociedades del riesgo «se recurre al Derecho penal y al Derecho procesal penal, esperándose de los mismos una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad…puesto que se pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento de inseguridad» apelando a bienes jurídicos universales y colectivos, prescindiendo de los principios que configuran los límites al *ius puniendi* y materializándolo en una tipificación de delitos de peligro abstracto[9].

En definitiva, podemos afirmar que la idoneidad trata de responder a las preguntas sobre si el sistema jurídico-penal puede resistir una evaluación de sus consecuencias, sobre si la intervención produce consecuencias positivas o negativas, y si y para qué es apto el sistema jurídico-penal[10].

En segundo lugar, la *necesidad* exige que la protección que la norma depara no pueda ser sustituida eficazmente por una norma menos coactiva. La idea que subyace en la necesidad es que legislador debe utilizar el instrumento menos limitador de las libertades del individuo a la hora de buscar una solución a un problema planteado en el seno de la sociedad.

---

bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a comerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas».

[6] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Proporcionalidad penal», cit., p. 177, añade específicamente un cuarto elemento, que considera presupuesto, como es la existencia de un fin legítimo, exigencia derivada de «la inserción de la norma penal en un sistema de libertades». Aunque este presupuesto no se introduce en la mayoría de autores de forma autónoma subyace en la idea de «bien jurídico» a proteger, así por ejemplo en AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal,* cit., pp. 151 y ss.

[7] GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Pamplona (Aranzadi), 2015, p. 41, su introducción es calificada como «el hecho más destacado de la jurisprudencia constitucional española sobre el principio de proporcionalidad [a partir de la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado]».

[8] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Proporcionalidad penal», cit., p. 183.

[9] En este sentido AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, cit., pp. 157 y ss., citando a HASSEMER, «El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal "eficaz"», EPC, XV (1990-1991), p. 189.

[10] HASSEMER, W., «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales», cit., p. 194. No obstante, aclara más adelante el autor que «la cuestión de la idoneidad carece de sentido mientras no exista claridad sobre los correspondientes contenidos de una teoría del Derecho penal», mientras haya que determinar cómo describe los fines y funciones del sistema.

Dicho con otras palabras, la necesidad exige una «búsqueda imaginativa de alternativas a la intervención penal» que sean igualmente adecuadas para la consecución de los fines, pero menos gravosas[11].

Sin embargo, se enfrenta a un talón de Aquiles constituido por el limitado y controvertido conocimiento acerca de los efectos de las normas penales, de cómo y cuánto previene la comisión de delitos y, en consecuencia, de qué efectos tienen las alteraciones cuantitativas o cualitativas de la pena en la prevención de delitos[12]. Esta falta de conocimientos empíricos lleva a que las valoraciones jueguen un importante papel en el examen ya que aunque *a priori* puede parecer un ámbito solo técnico, en el ámbito del *si*, y *en qué medida*, hay sobre todo alternativas disponibles[13] por lo que su examen exige efectuar una valoración global de los costes y beneficios de la norma que no se limite a la intensidad coactiva de la pena para no tener que descartar la norma penal siempre.

Se ha afirmado que es un error la creencia de que la norma penal es siempre la intervención más grave y por ende la más eficaz, no siempre la renuncia a las leyes penales garantiza un plus de libertad[14]. Reciente reflejo de la anterior afirmación es la actual regulación de ciertas conductas en la LOPSC pues, como veremos, ofrece una respuesta ciertamente restrictiva.

Y en un tercer momento debemos examinar la *proporcionalidad estricta* (protección ventajosa, exigibilidad o adecuación) sobre cuyo contenido existe un interesante debate. Para la concepción amplia de este principio se requiere que la norma penal depare mayor libertad que la libertad anegada por la prohibición y la pena[15], esto es, debe ser equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades, es decir, es preciso que la medida

---

[11] HASSEMER, W., «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales», cit., p. 195.

[12] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Proporcionalidad penal», cit., p. 185.

[13] NEUMANN, U., «El principio de proporcionalidad como principio limitado de la pena», en *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo,* Barcelona (Aterial [edición española a cargo de ROBLES PLANAS, R.]), 2012, p. 205. Además, cita a TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 52, donde destaca que la creación de tipificaciones penales «puede ser más leve que por ejemplo la previsión de una extensa red de control jurídico-administrativo».

[14] BUNZEL, M., «La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información», *La teoría del bien jurídico*, Madrid (Marcial Pons), 2007, pp. 169 y ss. Identifica que el problema está en determinar cuándo el Derecho penal es más intenso en su intervención, siendo la determinación de estos parámetros objetivos una pregunta abierta a la dogmática. Considera necesario enriquecer el postulado de necesidad introduciendo el contenido de otros principios limitadores específicamente penales y apunta en la dirección de que el examen de necesidad estará envenenado si no se introducen elementos normativos en el amplio margen de valoración del legislador. En este sentido también BÖSE, M, «Derechos fundamentales y Derecho penal como "derecho coactivo"», en *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 145. Afirma que «teniendo en cuenta la complejidad de las intromisiones en el derecho fundamental…no se puede partir de una primacía general del régimen de control no penal».

[15] LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Proporcionalidad penal», cit., p. 186.

enjuiciada sea también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que se busca con la finalidad perseguida[16]. Por otro lado, la concepción tradicional parte de que hay que poner la pena en relación con el autor y con su hecho y que, consecuentemente, lo que debe examinarse en este tercer nivel es la coherencia valorativa en la estructura interna de la norma penal, pues también puede examinarse, por ejemplo, la relación culpabilidad-pena[17].

Común a ambas posiciones es que la proporcionalidad estricta debemos ponerla en relación con la teoría del bien jurídico y que el «sistema de coordenadas» sobre el que adoptar dicha decisión acude a factores culturales o históricos sobre cuya legitimidad no es provechoso deliberar, desde un punto de vista político-jurídico, porque es aquí donde se presenta con mayor intensidad el elemento valorativo. Esta realidad, es decir, la existencia de dos posturas en torno al alcance del juicio de proporcionalidad estricta, no pone en cuestión el principio de proporcionalidad en sí pero ayuda a entender su relatividad desde una perspectiva externa y manteniendo en el ámbito interno la puerta abierta a distintos sistemas de referencia[18], optándose en este trabajo por la concepción amplia.

La operatividad del principio de proporcionalidad como limitador del *ius puniendi* es difusa en la práctica a pesar de las construcciones dogmáticas existentes porque los tribunales constitucionales, partiendo de la división de poderes, reconocen una amplia libertad al legislador[19], lo que se traduce en que sólo excepcionalmente los tribunales constitucionales se apoyan en este principio para justificar la inconstitucionalidad de una norma penal[20];

---

[16] PERELLO DOMENECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Jueces para la Democracia*, núm. 28, 1997, p. 70.

[17] A favor de la postura tradicional NAVARRO FRÍAS, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», cit., pp. 3 y ss. Como matiz, importante a los efectos del análisis que realizamos en este trabajo, acepta que cuando el hecho delictivo se aproxime al ejercicio *legítimo* de derechos fundamentales, ha de tenerse en cuenta a la hora de calificar la gravedad del delito, lo cual afectará al resultado final del examen de proporcionalidad estricta. En definitiva, esta concepción tendría en cuenta la proximidad de la conducta al ejercicio legítimo de un derecho fundamental, como el de reunión y manifestación, para disminuir la gravedad del delito.

[18] NEUMANN, U., «El principio de proporcionalidad como principio limitado de la pena», cit., p. 207.

[19] QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Derecho penal constitucional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 33 y ss., recuerda que «el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 5). Sin embargo, la ausencia de necesidad de motivación, no excluye un juicio de proporcionalidad sobre la intervención penal…una ley penal puede ser inconstitucional sin necesidad de que se haya llegado a aplicar».

[20] En España, por ejemplo, en la STC 136/1999, de 20 de julio, donde declaró inconstitucional el derogado artículo 174 bis a) del CP 1973 (delito de colaboración con banda armada) aplicado por el Tribunal Supremo a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. «BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1997». GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, cit., p. 55, afirma este carácter excepcional al indicar que «el uso del test alemán no trajo consigo un aumento significativo del número de sentencias de carácter estimatorio».

por otra parte, esta operatividad limitada también se observa en la política criminal de los gobiernos a través de las respectivas iniciativas en los parlamentos[21].

Si tratamos de encontrar en el principio de proporcionalidad una operación lógica o un canon de constitucionalidad autónomo para determinar los límites del *ius puniendi* fracasaremos, desde ese punto de vista será un principio pobre. Si lo que esperamos del principio de proporcionalidad es una argumentación de una determinada regulación, entonces es un instrumento muy positivo porque tiene difícil contra-argumentación y se convierte en impulso a la generación de nuevos argumentos[22]. La óptica del presente trabajo busca identificar la materialización de este principio limitador del *ius puniendi* en relación a la regulación del orden público en aquellas conductas próximas al ejercicio legítimo del derecho fundamental de reunión y manifestación. Así, en cuanto a la operatividad de la proporcionalidad debemos añadir que partiendo del carácter relativo y no absoluto de los derechos fundamentales y de la consiguiente posibilidad de limitarlos si se dan una serie de requisitos formales y materiales vinculados con el principio de proporcionalidad, este principio desempeña el papel que la doctrina alemana ha denominado «límite de los límites»[23].

Además, en ese examen de proporcionalidad las sentencias del Tribunal Constitucional han puesto de manifiesto la vinculación que existe entre la dimensión formal del principio de proporcionalidad, esto es, el deber de motivación, y su dimensión material, es decir, el nivel de restricción de un derecho fundamental que es constitucionalmente posible[24]. El control de la constitucionalidad de la proporcionalidad de la norma penal o de la pena efectivamente prevista o impuesta debe limitarse a verificar la ausencia de un patente derroche inútil de coacción, un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe[25]. Por tanto,

---

[21] «Hoy se constata que el empleo de un medio penal en el Derecho penal moderno no responde al principio de última ratio, sino al de primera o única ratio», HASSEMER, W., «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales», cit., pp. 197-198; STERNBERG-LIEBEN, D., «Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal», en *La teoría del bien jurídico*, *cit*., p. 126, concluye en torno al limitado control que ha hecho el Tribunal Constitucional en Alemania (también aplicable a España) que «la restricción significativa de la decisión del legislador penal, hasta ahora más o menos libre, no podrá conseguirse de modo adecuado… sino por medio del cuidadoso desarrollo de parámetros para el control constitucional de las valoraciones del legislador, en principio libres». Idea que, como hemos mencionado, también sostiene BUNZEL.

[22] NEUMANN, U., «El principio de proporcionalidad como principio limitado de la pena», cit., p. 210.

[23] GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, cit., p. 88.

[24] GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, *cit*., p. 66; en este sentido DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pp. 128 y ss., donde afirma que en el control de proporcionalidad de la concreción de la pena «existirán más datos a tener en cuenta» que en el control de la actuación legislativa.

[25] DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, cit., p. 68, añadiendo más adelante que «el principio de proporcionalidad constituye una regla de maximización de la libertad, en cuanto ésta sólo debe poder limitarse…para proteger la libertad del resto de ciudadanos y en base a razones proporcionadas a la importancia de lo que se restringe».

excepto en los casos más extremos, se trata de un principio con una función negativa, no ofrece resultados sino argumentaciones.

Junto a la mencionada función de principio interpretativo-crítico de la regulación aprobada por el legislador, también entra en juego frente a los tribunales y los órganos administrativos más allá de su vertiente estrictamente penal. Así, sirve como técnica de control constitucional de medidas de los poderes públicos que sean impeditivas o restrictivas de derechos fundamentales y es una exigencia en la adopción de medidas judiciales[26].

Hasta ahora hemos hecho un análisis resumido del principio de proporcionalidad penal, de los niveles que exige su examen y de la operatividad limitada que se le atribuye en cuanto límite material del *ius puniendi*. En lo sucesivo vamos a estudiar, desde esta perspectiva, el reciente e interesante fenómeno operado en la regulación española por el que desaparecen las faltas, así como su aplicación a los arts. 556.2 CP y 36.6 LOPSC cuyas conductas proceden del derogado art. 634 CP.

III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA DESOBEDIENCIA LEVE Y A LA FALTA DE RESPETO Y CONSIDERACIÓN DEBIDA A LA AUTORIDAD

1. Introducción: ante una reforma de calado

Las complementarias y simultáneas reformas del Código penal y de la LOPSC llevadas a cabo por las Leyes orgánicas 1/2015 y 4/2015 han supuesto un cambio profundo en la configuración de las conductas menos lesivas contra el orden público, pues al suprimir las faltas (y no despenalizarlas, si acaso existe descriminalización una parcial[27]) el legislador ha atribuido consecuencias sustancialmente más onerosas a las mismas conductas. Dejando a un lado las consecuencias procesales, nos centraremos en las consecuencias sustantivas para las conductas recogidas en el derogado art. 634 CP las cuales son habituales en manifestaciones y «escraches». El antiguo artículo 634 CP establecía dos conductas típicas en los siguientes términos: «los que *faltaren al respeto y consideración debida* a la autoridad o sus agentes, o los *desobedecieren levemente*, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días».

Por un lado, la falta de respeto y consideración debida a la autoridad se incorpora como delito leve en el apartado 2 del artículo 556 CP cuyo tenor reza «los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con

[26] PERELLO DOMENECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *cit*., pp. 72 y ss., a raíz de las SSTC 66/1996 y 207/1996.

[27] En este trabajo tomamos como nuestra la diferenciación conceptual realizada en FARALDO CABANA, P., «La despenalización de las faltas: entre la agravación y el aumento de la represión administrativa», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2014, nota 6.

la pena de multa de uno a tres meses». Por su parte, la desobediencia leve es sancionada como infracción administrativa grave en el artículo 36.6 LOPSC[28].

Con carácter previo, puesto que trataremos estos cambios en el examen particular de cada conducta típica, podemos afirmar que las consecuencias sustantivas de trasladar una falta a la categoría de delito leve suponen que el plazo de prescripción aumenta de seis meses a un año (art. 131.1CP), se generan antecedentes penales cancelables a los seis meses, las reglas de determinación de la pena varían porque resulta aplicable el régimen de la Sección 1ª del Capítulo II del Título III del Libro I, con la excepción de las reglas aplicables a la concurrencia de agravantes o atenuantes (art. 66.2CP) y aunque el artículo 22.8º CP establece que en materia de reincidencia «no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves», quedará reflejado en la hoja histórico-penal lo cual se tomará en consideración en otros extremos[29].

Por su parte, las conductas que se trasladan al ámbito administrativo sancionador tampoco otorgan una situación más favorable al reo. Así, el artículo 52 de la LOPSC recoge una presunción *iuris tantum* de veracidad de las denuncias o declaraciones de los agentes de la autoridad, lo cual contrasta con el valor que se le atribuye en el ámbito penal donde ostenta la condición de prueba testifical (que suele tener una especial consideración, pero no es una presunción *iuris tantum*). En segundo lugar, aunque se contemplan sanciones accesorias (art. 39.2 LOPSC), lo cierto es que la sanción principal es la multa cuya gradación y cuantías se regulan en el artículo 39.2 LOPSC. Para decidir el grado se tendrán en cuenta las circunstancias descritas en el artículo 33.2 LOPSC, debiendo hacer mención especial a la amplitud con la que se valorará la reincidencia[30], pues como vimos, mientras los delitos leves no se computarán para su apreciación conforme al artículo 22.8º CP, aquí puede suponer el ascenso desde grado mínimo a grado medio, lo que en infracciones graves como la del referido artículo 36.6 LOPSC implica que la sanción no baje de 10.401€. Y es que la actual regulación presenta unas cuantías completamente «desorbitadas»[31]. En tercer lugar, es profundamente desfavorable para el ciudadano la inexistencia en la LOPSC de

[28] «Son infracciones graves 6. La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación.»

[29] Así, «como un elemento subjetivo adverso (i) al valorar la oportunidad de instar el sobreseimiento de la causa abierto por un nuevo delito leve, (ii) al individualizar la pena que debe aplicarse al sujeto para la comisión de otro delito, o (iii) como elemento indicativo de la necesidad de ejecutar la pena al informar sobre su suspensión condicional» DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Barcelona (Bosch), 2015, p. 45.

[30] « La infracción se sancionará con multa en grado medio cuando se acredite la concurrencia, al menos, de una de las siguientes circunstancias: a) La reincidencia, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa».

[31] En este sentido, JIMÉNEZ SEGADO, C, PUCHOL AIGUABELLA, M, «Los delitos leves, su número, caracteres y enjuiciamiento», *La Ley Penal*, núm. 117, 2015, p. 9, inciden en que «la tutela sustitutoria [ofrecida por el orden civil y administrativo] puede adelantarse que resultará frustrante en la mayoría de los casos» y con respecto a la LOPSC señalan que contiene «multas desorbitantes frente a la antigua reacción penal».

una figura análoga al denominado «aplazamiento» regulado en el artículo 50.6 CP, el cual establece que «el tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen»[32].

Qué duda cabe que los bienes jurídicos[33] en liza, esto es, el derecho de reunión y manifestación y el orden público, son reconocidos constitucionalmente[34] y, por tanto, intereses legítimos. En este trabajo no se cuestiona la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ponderación entre el derecho de reunión y el concepto material de orden público[35] sino la decisión del legislador de suprimir su protección a través de las faltas y de reubicarlos como delitos leves o sanciones administrativas pues entendemos que existen dificultades para superar el juicio alemán o de proporcionalidad.

Descrita la reubicación de las anteriores faltas y las consecuencias penales y administrativas, es el momento de aplicar el examen del juicio de proporcionalidad a estos casos concretos e identificar las problemáticas que se plantean.

2. La desobediencia leve

Como hemos indicado, la desobediencia leve actualmente se contiene en el art. 36.6 LOPSC. En cuanto al examen de la idoneidad, entendemos que tanto los delitos leves como las sanciones administrativas pueden cumplir los fines inmediatos de la norma, esto es, proteger el bien jurídico «orden público»[36]. Los problemas aparecen en cuanto a la necesidad y a la proporcionalidad estricta.

---

[32] Y con esta vocación de atender a las circunstancias subjetivas del reo, el artículo 51CP indica que «si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago». Esta amplia flexibilidad pretende «facilitar el cumplimiento de la pena», MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general* (10ª Edición), Barcelona (Reppertor), 2016, p. 753, lo que hubiese resultado apropiado recoger en el contexto de crisis económica en que dicha norma se elaboró.

[33] Recuerda que «el principio del bien jurídico hace visibles los problemas del límite del *ius puniendi* estatal y puede llevar a una solución racional de los mismos», ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid (Civitas), Madrid, 2008, p. 58.

[34] El artículo 21 CE establece que «se reconoce el *derecho de reunión* pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del *orden público*, con peligro para personas o bienes».

[35] El TC acoge un «concepto material de orden público que hace referencia exclusivamente a las situaciones en que se impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en lo que afecta a la integridad física y moral de las personas o a la integridad de bienes públicos o privados» LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., «El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 96, 1997, p. 194.

[36] ROXIN, C., «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013, pp. 3 y ss., donde defiende que el fin

Así, el juicio de necesidad exige que la norma empleada por el legislador, como instrumento para proteger el orden público, constituya al mismo tiempo una norma eficaz que no pueda ser sustituida por otra menos coactiva, si bien el Tribunal Constitucional ha recalcado que «las medidas alternativas [deben ser] *palmariamente* de menos intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada» (STC 161/1997, FJ 11). El principal elemento que determina la coercividad de una norma es la sanción o pena. En nuestro caso, en la desobediencia leve la pena es grave ascendiendo a multa de entre 601 y 30.000€. Si a ello añadimos que el legislador ha declarado que esta reforma se inspira en el principio de intervención mínima y no hace alusión a la falta de eficacia de la anterior regulación en la protección del orden público, se suscitan dudas en torno a la *necesidad*[37].

¿Hay otros medios igualmente eficaces pero menos coactivos? En este sentido, la reciente reforma nos lleva a otra necesaria pregunta: ¿en esta comparación de medios normativos debemos tomar en cuenta únicamente los vigentes en el momento del análisis o también los que forman parte de nuestra cultura e historia jurídica? Esta pregunta no ha sido respondida ni por la doctrina ni por los tribunales constitucionales, si bien, nos parece acertada la precisión del juicio de necesidad como «búsqueda imaginativa de alternativas»[38]. Y así, en el presente supuesto sí entendemos que entra dentro de lo razonable hacer una comparación o buscar esas alternativas en figuras como las derogadas «faltas» que han formado parte de nuestro sistema penal desde el s. XIX.

Sentada esta premisa, podemos afirmar que el art. 36.6 LOPSC difícilmente superará el examen de la *necesidad* por los siguientes motivos: (i) la pena mínima a imponer es 601€ y si se calificase como falta sería de 20€, de hecho existe unanimidad en la doctrina en que las sanciones que contiene la LOPSC no se ajustan al desvalor de las conductas que tipifica, debiendo entender que ello nos introduce en el ámbito de lo que el TC define como «palmariamente» menos coactivo[39]; (ii) el ciudadano va a ser objeto de actuaciones previas de

---

de la norma penal es «la protección de bienes jurídicos» y no, como sostienen JAKOBS y sus discípulos, la «vigencia» o «estabilización» de la norma.

[37] Así, la exposición de motivos de la LO 1/2015 recoge que «una buena parte de los operadores jurídicos viene reclamando la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta: por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento; pero también por la dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal», «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176 (116 págs.).

[38] HASSEMER, W., «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales», cit., p. 195.

[39] Un resumen de algunas críticas doctrinales a la elevada onerosidad de las sanciones que contiene la LOPSC se puede ver en DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «Delitos leves, faltas e infracciones administrativas: ¿instrumentos equivalentes? Aproximación desde las conductas contra el orden público», Ed. Sepín (SP/DOCT/73201), 2018, pp. 13 y ss. Disponible en: <https://www.sepin.es/penal/default.asp?ud=5378fd9d-632b-493e-978c-1bfac24eb6b6&cod=00C1T405v0H51DU0GB0Fa01l0FP1S%3D1Cv0Ef1FA0GE0E_1Df00q0FF1Mu1Dv0I01IE2AA0Fa1Gk1Dg> [Consultado el 14/03/2018].

investigación no comunicadas (a diferencia de lo que ocurría en el juicio sobre faltas)[40]; (iii) el art. 52 LOPSC otorga el carácter de presunción *iuris tantum* de veracidad a las denuncias o declaraciones de los agentes de la autoridad, añadiendo no solo mayor pena sino mayores dificultades procesales de defensa; (iv) la resolución administrativa firme se puede ejecutar sin necesidad de esperar a una resolución judicial firme, como sucedía con las faltas, y sin existir una figura análoga a la del «aplazamiento» en la satisfacción de la multa; (v) se valora su comisión a efectos de reincidencia administrativa y (vi) en definitiva, la Administración se convierte en Juez y parte de conductas, muchas veces, críticas con su actuación.

En este punto observamos cómo el legislador no ha justificado con criterios certeros por qué esta conducta se convierte en sanción administrativa grave y no se mantiene como falta o, en consecuencia con el principio de intervención mínima, en atípica. Y lo que todavía resulta más novedoso y abre una oportunidad de análisis: hoy existen elementos para considerar que la configuración que el legislador ha dado a las infracciones graves en la LOPSC es más onerosa y gravosa para el justiciable que la previamente contenida en el CP para las faltas, posibilidad ya advertida por Böse y Neumann[41].

Por tanto, paradójicamente podemos concluir que el art. 36.6 LOPSC no superaría el *juicio de necesidad* porque existen otras instrumentos normativos que ofrecen una respuesta menos coactiva e igualmente efectiva como sucedía con las derogadas faltas, lo cual choca con la tradicional visión del Derecho penal como última ratio. No procede, en consecuencia, analizar el tercer nivel o principio de proporcionalidad estricta.

3. La falta de respeto y consideración debida a la autoridad

Con respecto al art. 556.2CP no podemos hacer un análisis análogo en cuanto a la necesidad porque, aunque hay un incremento punitivo, el pilar sobre el que se sostiene la argumentación, esto es, la mayor coacción, no es tan plausible dado que la pena mínima pasa de 20 a 60 € y no a 601 € como en la LOPSC.

Conforme con la idoneidad y el juicio de necesidad, llegamos al tercer nivel de análisis o proporcionalidad estricta. Esta se supera cuando los beneficios para los bienes tutelados, esto es, el orden público, son mayores que los perjuicios para los intereses restringidos o reprimidos –la libertad de expresión y la libertad de reunión y manifestación–. Si en la «necesidad» partíamos de hasta qué punto era posible sancionar la misma conducta de forma eficaz con un medio menos coactivo, esto es, con menos pena; lo que ahora nos preguntamos es si en sí misma considerada, la pena impuesta provoca un menoscabo de derechos fundamentales justificado por la protección del orden público.

[40] Así lo advierte GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo a la vigésimo cuarta edición. La supresión del Libro III ("De las faltas y sus penas") del Código Penal y la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana», en *Código Penal*, Madrid (Tecnos), 2017, p. 19.

[41] *Supra* notas 13 y 14.

Y aquí cabe hacer varias consideraciones por los elementos a tener en cuenta: (i) el derecho fundamental de reunión y manifestación es un derecho de configuración preferente, es medio y fin en sí mismo. Medio porque contribuye a generar un estado de opinión que invite a los poderes públicos a tomar en cuenta las demandas sociales y es, a la postre, fin, porque satisface la necesidad desahogo que pueden sentir miles de ciudadanos ante el pesimismo y desasosiego propio de coyunturas personales o sociales adversas. En este sentido se ha pronunciado la STC 66/1995 (FJ 3) y por ello, los límites que se le impongan para proteger el orden público deben estar justificados en el texto constitucional, esto es, razones de peligro para personas o bienes; (ii) es una conducta que tarda un año en prescribir; (iii) es punible en grado de tentativa y en sus actos preparatorios; (iv) su comisión no da lugar a reincidencia conforme al art. 22.8º CP pero, como genera antecedentes penales durante seis meses, quedará reflejo en la hoja histórico-penal teniéndose en cuenta como elemento subjetivo adverso, por ejemplo, a la hora de valorar la oportunidad del sobreseimiento de una causa abierta por un nuevo delito leve; (v) aumenta la pena de multa de 10 a 60 días a multa de 1 a 3 meses; y (vi) por todo lo anterior, puede provocar un efecto desaliento en los ciudadanos que les desincentive en el ejercicio legítimo de derechos fundamentales. La doctrina del efecto desaliento (*chilling efect*) fue introducida por el Tribunal Constitucional en STC 199/1987 y ha recurrido a ella en multitud de pronunciamientos. Lo que resumidamente viene a decir es que no todo exceso en el ejercicio de derechos fundamentales merece reproche penal[42].

Teniendo en cuenta la carga de la pena y sobre todo el efecto desaliento que puede provocar, porque recordemos que «la reunión pública es la forma más primaria de expresión del pluralismo y la asistencia a ella la forma más embrionaria de participación política»[43], creo que en este caso es debatible la superación de la proporcionalidad estricta y, sobre todo, muy criticable el endurecimiento punitivo de una conducta tan próxima al libre ejercicio de derechos fundamentales[44].

---

[42] Sobre la teoría del efecto desaliento ver CUERDA ARNAU, M.L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, pp. 17 y ss.

[43] GARCÍA MORILLO, J., «Los derechos políticos: el derecho de reunión; el derecho de asociación», en LÓPEZ GUERRA, L. *et al*., *Derecho constitucional*, Vol. I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 270.

[44] Como crítica a la orientación que empezó a tomar la regulación protectora del orden público ver GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Crítica de la política penal del orden público», en *Estudios penales*, Madrid (Colex), 2001, pp. 257 y ss., quien llega a afirmar que «se trata de encubrir, además, las insuficiencias crónicas del propio sistema político y socio económico». Y en relación a la reforma, entiende que se rebasaría claramente «la injerencia estrictamente indispensable en los derechos… [y] se daría un importante paso a favor de la represión de la protesta ciudadana», ALONSO RIMO, A., «El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014, p. 17; en este sentido *el mismo* en «Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559CP)», *Estudios Penales y Criminológicos* vol. XXXV, 2015, pp. 359 y ss.; sobre la «doctrina del foro público», la configuración preferente del derecho de reunión y la posible inconstitucionalidad de la reforma ver BAUCELLS LLADÓS, J., «El nuevo "derecho sancionador autoritario". Acerca de la inconstitucionalidad

IV. CONCLUSIONES

Hemos visto que el principio de proporcionalidad penal es un límite material al *ius puniendi* del Estado que procede del Derecho administrativo, siendo semejante su función y aplicación a la que cumplía en aquel de acuerdo con la doctrina mayoritaria aunque, efectivamente, existe un debate en torno al alcance del juicio de proporcionalidad estricta.

El principio de proporcionalidad o juicio alemán se compone de tres niveles de análisis. En primer lugar, la idoneidad, donde se examina que la norma penal pueda proteger el fin legítimo o bien jurídico para el que se aprobó. En segundo lugar, el juicio de necesidad se supera cuando la norma penal es, de entre las eficaces, la menos coactiva. No debemos analizar exclusivamente la pena, pues prácticamente siempre excluiríamos el Derecho penal, sino también el contexto y los bienes a tutelar. En último lugar, el juicio de proporcionalidad estricta en su concepción amplia y mayoritaria es superado si los beneficios para los bienes tutelados son mayores que los perjuicios para los intereses restringidos o reprimidos. Es éste un análisis eminentemente valorativo donde intervienen aspectos histórico-culturales, debiendo hacer una valoración global que abarque otros vértices como el posible desaliento en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental o la proximidad a la efectiva protección del interés tutelado por la norma.

La doctrina y la práctica de los tribunales constitucionales demuestra que tiene una función negativa, es decir, no se puede esperar que el principio de proporcionalidad por sí mismo nos responda siempre a la legitimación constitucional de una norma penal, de hecho, solo encontramos en nuestra doctrina constitucional la STC 136/1999, de 20 de julio. Lo que sí puede aportar son poderosos argumentos para poner en relación con el resto de límites materiales que, finalmente, nos lleven a la conclusión de que una norma penal desborda el contenido de dichos principios limitadores. Es una herramienta argumentativa que generalmente no servirá como criterio autónomo salvo en los casos más extremos.

La regulación vigente de las conductas atentatorias contra el orden público, tras la desaparición de la categoría de las faltas, plantea algunas dudas pues impone un mayor contenido oneroso y gravoso en aquellos comportamientos próximos al ejercicio legítimo del derecho fundamental de reunión. Aplicado el principio de proporcionalidad a la desobediencia leve (art. 36.6 LOPSC) y a la falta de consideración debida a la autoridad (art. 556.2 CP), el resultado es que se antoja difícil superar dicho juicio. Por un lado, entendemos

---

del Código Penal y la Ley de protección de la seguridad ciudadana», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015, pp. 11 y ss.; sobre la orientación penal y criminológica hacia el «mero control» ver PORTILLA CONTRERAS, G., «La metamorfosis del Derecho penal en las democracias autoritarias: la instauración de una filosofía penal neoconservadora definida por el control de la peligrosidad y la defensa de espacio de no-derecho», en MAQUEDA ABREU, M.L.; MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2016, pp. 1159 y ss.

que sí se puede afirmar, sin lugar a dudas, en el caso de la desobediencia leve porque no se supera el juicio de necesidad ya que identificamos en las derogadas faltas un instrumento igualmente efectivo y menos coactivo. Recordemos que en su derogación el legislador no alegó falta de efectividad sino, precisamente, el principio de intervención mínima y la racionalización del uso de la Administración de Justicia. Sin embargo, dicha afirmación no se puede hacer categóricamente respecto de la falta de respeto y consideración debida a la autoridad porque el elemento sobre el que pivota este examen, esto es, la coacción, cuya unidad de medida es la pena, no se ve tan seriamente incrementado.

Por último, y consecuencia de lo anterior, nos preguntamos lo siguiente: ¿ya no es siempre el Derecho penal la respuesta más aflictiva? En la práctica nos encontramos ante la sustitución parcial del principio de última ratio por el de única ratio acompañado de una regulación administrativo-sancionadora ciertamente exhaustiva y coactiva en ámbitos próximos al ejercicio de derechos fundamentales. Lo anterior obliga al estudio de los límites materiales al *ius puniendi* constituyendo el principio de proporcionalidad penal uno de los necesarios enfoques.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid (EDERSA), 1999.

ALONSO RIMO, A., «Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559CP)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 359-412.

ALONSO RIMO, A., «El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014.

BAUCELLS LLADÓS, J., «El nuevo "derecho sancionador autoritario". Acerca de la inconstitucionalidad del Código Penal y la Ley de protección de la seguridad ciudadana», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015.

BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid (Maxtor), 2004.

BÖSE, M, «Derechos fundamentales y Derecho penal como "derecho coactivo"», en HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico* (trad. de ALCÁCER, R.; MARTÍN, M. y ORTIZ DE URBINA, I.), Madrid (Marcial Pons), 2007, pp. 137-146.

BUNZEL, M., «La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información», en

HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico* (trad. de ALCÁCER, R.; MARTÍN, M. y ORTIZ DE URBINA, I.), Madrid (Marcial Pons), 2007, pp. 147-176.

CANCIO MELIÀ, M., «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002, pp. 19-26.

CUERDA ARNAU, M.L., «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007.

DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «Delitos leves, faltas e infracciones administrativas: ¿instrumentos equivalentes? Aproximación desde las conductas contra el orden público», Ed. Sepín (SP/DOCT/73201), 2018, pp. 27. Disponible en: <https://www.sepin.es/penal/default.asp?ud=5378fd9d-632b-493e-978c-1bfac24eb6b6&cod=00C1T405v0H51DU0GB0Fa01l0FP1S%3D1Cv0Ef1FA0GE0E_1Df00q0FF1Mu1Dv0I01IE2AA0Fa1Gk1Dg> [Consultado el 14/03/2018].

DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R, *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Barcelona (Bosch), 2015.

FARALDO CABANA, P., «La despenalización de las faltas: entre la agravación y el aumento de la represión administrativa», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2014.

FUENTES CUBILLOS, H., «El principio de proporcionalidad penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena», *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 13-42.

GARCÍA MORILLO, J., «Los derechos políticos: el derecho de reunión; el derecho de asociación», en LÓPEZ GUERRA, L. *et al.*, *Derecho constitucional*, Vol. I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Madrid (Ramón Areces), 2006.

GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo a la vigésimo cuarta edición. La supresión del Libro III ("De las faltas y sus penas") del Código Penal y la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana», en *Código Penal*, Madrid (Tecnos), 2017.

GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Crítica de la política penal del orden público», en *Estudios penales*, Madrid (Colex), 2001, pp. 257-300.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Pamplona (Aranzadi), 2015.

HASSEMER, W., «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales», en VON HIRSCH, A.; SEELMANN, K. y WOHLERS W. (eds.), *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona (Aterial [edición española a cargo de ROBLES PLANAS, R.]), 2012, pp. 193-200.

JIMÉNEZ SEGADO, C. y PUCHOL AIGUABELLA, M, «Los delitos leves, su número, caracteres y enjuiciamiento», *La Ley Penal*, núm. 117, 2015.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Proporcionalidad penal», en MAQUEDA ABREU, M.L.; MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2016, pp. 175-192.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., «El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 96, 1997, pp. 175-194.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016.

MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Buenos Aires (B de F), 2003.

NAVARRO FRÍAS, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010.

NEUMANN, U., «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena», en VON HIRSCH, A.; SEELMANN, K. y WOHLERS W. (eds.), *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona (Aterial [edición española a cargo de ROBLES PLANAS, R.]), 2012, pp. 201-212.

PERELLO DOMENECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Jueces para la Democracia*, núm. 28, 1997, pp. 69-75.

PORTILLA CONTRERAS, G., «La metamorfosis del Derecho penal en las democracias autoritarias: la instauración de una filosofía penal neoconservadora definida por el control de la peligrosidad y la defensa de espacio de no-derecho», en MAQUEDA ABREU, M.L.; MARTÍN LORENZO, M. y VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.), *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*,

Madrid (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2016, pp. 1159-1174.

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Derecho penal constitucional*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

ROXIN, C., «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013.

ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de LUZÓN PEÑA, D.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Madrid (Civitas), 2008.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires (B de F), 2010.

STERNBERG-LIEBEN, D., «Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal», en HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico* (trad. de ALCÁCER, R.; MARTÍN, M. y ORTIZ DE URBINA, I.), Madrid (Marcial Pons), 2007, pp. 105-128.

ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN TORNO A LA FIGURA DE LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA EN ESPAÑA Y EL REINO UNIDO*

COMPARATIVE STUDY OF THE FAIR COMPENSATION FOR PRIVATE COPYING SCHEME IN SPAIN AND THE UNITED KINGDOM

Jaime Delgado García-Pomareda**

Resumen: El trabajo pretende señalar las fricciones y dificultades que se dan en materia legislativa-tecnológica respecto a la excepción por copia privada, comenzando por el análisis de la jurisprudencia del TJUE. Posteriormente, se estudiarán y compararán los sistemas de compensación español y británico. Mediante este análisis se pretenden mostrar las problemáticas presentes en el sistema europeo, evidenciados por la trayectoria legislativa de ambos países. A continuación se exponen algunos de los más acuciantes defectos que acarrea el sistema supranacional de compensación, para proponer alternativas tanto de legislación, como de financiación y hasta de enfoque de la excepción por copia privada. El estudio procura así plantear una reinvención de la regulación actual, cuya cuasi obsolescencia y trabas son recurrentes a lo largo del contenido del mismo.
Palabras clave: compensación equitativa, excepción por copia privada, Reino Unido, España, Unión Europea.

Abstract: The paper intends to point the frictions and difficulties regarding the exception for private copying, from a legislative and technologic perspective. The analysis begins with the study of the caselaw of the European Court of Justice, followed by the examination and comparison of the Spanish and British systems of compensation. The analysis aims to show the issues present in the European system, highlighted by the legislative process of both countries. Hereafter, some of the more pressing defects of the supranational system of compensation will be exposed, so that legislative, financing and approach alternatives can be offered for the exception for private copying. This essay seeks to propose a reinvention of the current regulation, as well as exposing its obsolescence and hurdles.
Keywords: fair compensation, exception for private copying, United Kingdom, Spain, European Union.

* Fecha de recepción: 24 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2018.

** Finalista en la modalidad de Derecho privado, social y económico del VII Premio Jóvenes Investigadores. Estudiante del Máster de Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías (LL.M. IP & IT) en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: jaime.delgado.gp@outlook.com.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA COPIA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE; 2.1. Respecto a la excepción por copia privada; 2.2. Identificador del deudor de la compensación; 2.3. Equipos sometidos al canon; III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS DE ESPAÑA; IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS DEL REINO UNIDO; V. ANÁLISIS CONJUNTO DE AMBOS ORDENAMIENTOS; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA; 7.1. Artículos y libros; 7.2. Informes.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es el análisis y estudio de la regulación de la excepción por copia privada en el marco europeo, contrastando el ordenamiento británico y el español. La compensación equitativa por copia privada, comúnmente conocida como canon por copia privada, consiste en una tasa aplicada a determinados medios de grabación y reproducción, cuya recaudación se destina al autor, editor, artista o productor como compensación por las copias hechas en el ámbito doméstico para cubrir utilidades no comerciales[1].

Se han elegido estos dos países para su estudio y comparación por diversos motivos. En primer lugar, y como característica común, ambos han visto recientemente cómo su sistema de compensación equitativa por copia privada era desmantelado judicialmente[2]. En segundo lugar, se han escogido por el contraste entre sus diferentes enfoques a la hora de establecer la financiación de sus sistemas de compensación: mientras que España tradicionalmente recurrió a un sistema de canon –reimplantado en 2017–, el Reino Unido se comporta de manera diametralmente opuesta, evitándolo explícitamente[3]. Este contraste entre el enfoque que ambos países emplean a la hora de regular la compensación equitativa es determinante para su análisis comparado.

En tercer lugar, ambos países están sometidos –de momento– al marco de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como referente y marco de ambos ordenamientos y proveedor de directrices para la transposición y cumplimiento de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Esta Directiva tiene como objetivo la creación de un sistema eficaz y riguroso de

[1] Para disponer de un soporte de la obra en otro momento, lugar o formato. Véase SÁNCHEZ ARISTI, R., «La copia privada digital», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.* núm. 4, 2003, p.11.

[2] Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016; Sentencia nº 2394/2016 de TS, Sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, 10 de noviembre de 2016.; y Sentencia de la High Court of Justice del 19 de junio de 2015, BASCA & Others -v- Secretary of State for Business, Innovation & Skills (en adelante, BASCA-v-BIS).

[3] Como se señalará en el primer párrafo, apartado cuatro de este trabajo.

protección de los derechos de autor, haciendo operativos los principios y garantías establecidos por las normas jurídicas mediante su protección por medio de medidas tecnológicas[4].

II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LA COPIA PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

2.1. Respecto a la excepción por copia privada

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el alcance de la excepción por copia privada no puede ser ampliado por los Estados Miembros. Sin embargo, sí se contempla la posibilidad de que los Estados Miembros establezcan las excepciones o limitaciones que recoge la Directiva de manera más restringida[5].

Una correcta interpretación del artículo 5.2 b) de la Directiva 2001/29 excluye el supuesto en el que las copias privadas se realicen a partir de una fuente ilícita[6]. De este modo, a la hora de proceder al cálculo del daño producido a los titulares de derechos de propiedad intelectual, la indemnización mediante compensación equitativa no tendrá en cuenta los perjuicios causados por la piratería. La indemnización de dicho perjuicio –existente y creciente– habrá de ser perseguida de otro modo, como puede ser la demanda específica contra los sujetos que llevan a cabo o colaboran con la piratería. En consecuencia, la articulación de la compensación equitativa por copia privada no puede ser el cauce efectivo o adecuado para conseguir dicha indemnización.

En cuanto a su alcance, la Directiva impone a los Estados Miembros una obligación no de medios sino de resultado: garantizar la percepción efectiva de la compensación equitativa[7]. De este modo, deja libertad a los países para regular los pormenores de su aplicación. Esto ha dado pie a enormes diferencias entre los regímenes nacionales de los Estados Miembros en cuanto a las formas de financiación de la compensación y los soportes y aparatos gravados, entre otros. Impone, eso sí, tres requisitos para establecer la excepción de la copia privada: debe aplicarse solo en determinados casos concretos, no debe entrar

---

[4] Considerandos (11) y (13) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

[5] Parágrafo (27) Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-435/12 (ACI Adam BV y otros / Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding) de 10 de abril de 2014.

[6] Parágrafo (41) Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-435/12 (ACI Adam BV y otros / Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding) de 10 de abril de 2014.

[7] Parágrafo (106) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C277/10 (Martin Luksan contra Petrus van der Let) de 9 de febrero de 2012 y (34) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011.

en conflicto con la explotación normal de la obra y no puede perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho de autor[8].

Respecto al concepto de compensación equitativa, la Directiva 2001/29/CE no estipula su definición legal expresa, ni la remite al Derecho nacional de los Estados Miembros. El TJUE, en vista de estas circunstancias y mediante su doctrina jurisprudencial, declaró la definición de compensación equitativa como concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea[9]. Se debe interpretar así de manera uniforme en todos los Estados Miembros que hayan establecido una excepción de copia privada, independientemente de su facultad para determinar la forma, modalidades de financiación y percepción y la cuantía de la compensación[10]. Esta cuantía y el concepto de la propia compensación están vinculados al perjuicio causado al autor mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida: la compensación debe considerarse la contrapartida de este perjuicio[11]. El uso de este término de «compensación» o «recompensa» en los considerandos trigésimo quinto y trigésimo octavo de la Directiva 2001/29 reflejan la voluntad del legislador de establecer una obligación de recompensar a los autores por este daño[12]. El Tribunal de Justicia considera que la realización de una copia de una obra protegida por una persona física que actúa a título particular debe considerarse un acto que puede generar un perjuicio para el autor de la obra en cuestión[13].

La compensación equitativa se configura con una naturaleza obligatoria e indisponible en sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia. Cuando el legislador nacional haya decidido introducir o mantener la regulación de una excepción de copia privada, habrá de regular asimismo, de manera imperativa, la compensación equitativa aplicable a esta. El titular del derecho –normalmente el autor, aunque también los editores, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, como titulares de un derecho de reproducción– no puede renunciar a la percepción de esta compensación[14]

---

[8] Parágrafo (21) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011, en aplicación de la «*prueba de los tres pasos*» incluida en el artículo 9.2 del Convenio de Berna (Acta de Estocolmo de 1967), que permite a los Estados firmantes incluir en sus legislaciones excepciones o limitaciones al derecho de reproducción siempre que se cumpla con estos tres requisitos.

[9] Parágrafo (37) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

[10] LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G., «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso Padawan)», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.,* núm. 36, 2010*,* página 7.

[11] Parágrafo (40) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010 y parágrafo (30) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C37/16 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Polonia) de 18 de enero de 2017.

[12] Ídem, parágrafo (41).

[13] Ídem, parágrafo (44).

[14] Parágrafo (100) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C277/10 (Martin Luksan contra Petrus van der Let) de 9 de febrero de 2012.

ni siquiera a cambio del alquiler[15]. El hecho de que el autor dé su autorización para la utilización de los archivos que contienen sus obras no afecta a la obligación de compensación equitativa[16].

2.2. Identificación del deudor de la compensación

En cuanto a la identificación de la persona que debe considerarse deudora de la compensación equitativa, el propio TJUE admite que la Directiva 2001/29 no regula explícitamente la cuestión de quién debe pagar dicha compensación, confiando esta potestad a los Estados miembros. Estos «disponen de un amplio margen de apreciación» para determinar quién debe abonar esta compensación equitativa, siempre que el deudor final esté relacionado con el perjuicio causado al titular del Derecho de propiedad intelectual[17].

El hecho de que se haya pagado ya un canon análogo en otro Estado miembro no excluye la obligación impuesta por el Estado del canon de copia privada[18]. El TJUE presume que el perjuicio que precisa reparación se produce en el Estado Miembro residencia de los usuarios finales que reproduzcan una obra protegida para su uso privado sin autorización previa del titular de los derechos correspondientes[19]. Considerando así la compensación equitativa como la contrapartida de este perjuicio, calculada en base al criterio de este, afirma el TJUE que no puede sostenerse que el traslado entre Estados Miembros de soportes de grabación utilizables para la grabación aumente el perjuicio ocasionado a los titulares[20].

Quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es la persona que realiza para su uso privado una reproducción de una obra sin la autorización previa del titular –incumbe *en principio* a dicha persona reparar el perjuicio derivado de tal reproducción–[21].

---

[15] Ídem, parágrafo (102).

[16] Parágrafo (67) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-463/12 (Copydan Båndkopi contra Nokia Danmark A/S) de 5 de marzo de 2015.

[17] Parágrafo (23) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011.

[18] Parágrafo (66) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

[19] Parágrafo (35) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011 y parágrafo (58) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

[20] Parágrafo (62) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

[21] Parágrafo (45) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010; parágrafo (26) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011; y parágrafo (23) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

Dadas las evidentes dificultades en la práctica para identificar a todos y cada uno de los usuarios privados, una posibilidad para la financiación de esta compensación es la facultad que tienen los Estados miembros para establecer un canon por copia privada: una tasa aplicada sobre el precio de venta de aparatos, soportes y equipos de reproducción y grabación. En el marco de este sistema, las personas que dispongan de los equipos gravados serán las obligadas a abonar el canon[22]. Este no deberá aplicarse a equipos suministrados a personas distintas de las personas físicas –es decir, personas jurídicas– y/o con fines manifiestamente ajenos a realizar copias para el uso privado[23].

Pero, ¿qué se entiende por un uso manifiestamente ajeno a realizar copias para el uso privado? En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 2016 (Asunto C-110/15) el *Consiglio di Stato* emplea la expresión «fines manifiestamente ajenos a la copia privada —es decir, para uso exclusivamente profesional»[24]. Si bien esto no constituye un pronunciamiento expreso del TJUE, este tribunal ni contradice esta concepción, ni la aclara o especifica en ningún lugar de la sentencia. Bercovitz Rodríguez-Cano también entiende que el uso manifiestamente distinto a la realización de copias privadas se refiere a su utilización empresarial, profesional o por administraciones públicas: «(…) el sistema de compensación equitativa no puede aplicarse a la comercialización de equipos, aparatos y soportes cuando su destino sea su utilización empresarial o por cualquiera de las administraciones públicas y demás órganos del Estado»[25].

Esta acotación, sin embargo, no se corresponde con una interpretación realista del término «uso manifiestamente distinto a la realización de copias privadas»: la adquisición de una tarjeta de memoria para una cámara para realizar fotografías en condición de aficionado no es un uso profesional ni empresarial y quedaría razonablemente fuera de la acepción. Sin embargo, se dice que la aplicación del gravamen de este tipo de situaciones se justifica por la imposibilidad de comprobar el destino efectivo que esa persona física vaya a dar al soporte adquirido. La comprobación de las circunstancias particulares de cada adquirente que no tendría por qué soportar este canon es tan solo una de las trabas que aquejan a este sistema.

---

[22] Parágrafo (27) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011

[23] Parágrafo (52) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010; parágrafo (28) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013; y parágrafo (47) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-463/12 (Copydan Båndkopi contra Nokia Danmark A/S) de 5 de marzo de 2015.

[24] Parágrafo (16) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-110/15 (Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA **y otros contra** Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC) y otros) de 22 de septiembre de 2016.

[25] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, F.; GONZÁLEZ GOZALO, A. y SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, p. 55.

A esto se suma la dilatación de este proceso de comprobación, acompañado de un elevado riesgo de falseamiento en la declaración de uso, siendo imposible su comprobación sin vulnerar el derecho fundamental amparado por el artículo 18 de la Constitución Española. Del análisis ponderado de la aplicación de ambos derechos –el derecho fundamental a la intimidad y el derecho a la propiedad privada, regulados en el art.18 CE y art. 33 CE respectivamente–, se puede concluir que la aplicación de la normativa sobre compensación equitativa en modo alguno puede suponer una afectación del derecho a la intimidad.

Debe considerarse, en principio, al usuario que realiza la reproducción a título privado de una obra o prestación protegidas como el deudor de la compensación equitativa[26]. En un sistema de canon, las personas que ponen los equipos a disposición de estos usuarios pueden ser los deudores de la financiación, ya que pueden repercutir esta sobre el importe que abonen los usuarios privados; ajustándose así a los requisitos del justo equilibrio del Tribunal de Justicia.

El TJUE ha observado en posteriores sentencias que esta consideración debe extenderse más allá del sistema de canon, es decir: el deudor de la compensación equitativa ha de considerarse a todas luces el usuario privado, sea cual sea el sistema de compensación que regule cada legislador nacional[27]. Por otro lado, el Abogado General Maciej Szpunar argumenta que este razonamiento solo se aplica en los contextos de las sentencias en las que se menciona, todas ellas respectivas al canon por copia privada; y que en su conjunto, pues, no identifican una línea jurisprudencial clara y coherente[28].

En caso de que se ignore si los adquirentes finales serán particulares o profesionales, podrá aplicarse el canon sin distinciones si se cumple acumulativamente con los siguientes requisitos: si el establecimiento del régimen está justificado por dificultades prácticas; los obligados al pago del canon estarán exentos si demuestran que han suministrado los soportes, aparatos o medios a personas distintas de las físicas y/o con fines manifiestamente ajenos

[26] Parágrafo (29) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-462/09 (Stichting de Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee) de 16 de junio de 2011.

[27] Parágrafo (34) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016.

[28] «(…) a mi juicio esta lectura de la jurisprudencia no tiene en cuenta ni el contexto en el que se dictaron las sentencias del Tribunal de Justicia, ni su estructura ni su razonamiento global. Ahora bien, si, para resolver una cuestión jurídica, se quiere encontrar fundamento en la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia, no se trata de hallar en esta jurisprudencia pasajes aislados que pueden sostener una u otra tesis, sino de identificar una línea jurisprudencial clara y coherente, considerando también su evolución, y determinar a continuación si esta línea puede servir de base para resolver nuevos litigios». Parágrafos (28) y (29) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016. – Esta interpretación no fue seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

a la reproducción para uso privado; y se establezca un derecho a la devolución del canon por copia privada efectivo y que no dificulte excesivamente la devolución del canon pagado[29].

2.3. Equipos sometidos al canon

Una vez que una persona física accede a un equipo, aparato o soporte de reproducción según el TJUE, se presume legítimamente que se explotan plenamente las funciones de estos equipos, incluida la reproducción[30]. La mera capacidad de estos equipos o aparatos para realizar o para almacenar copias basta para justificar la aplicación del canon por copia privada[31].

El criterio útil es, por tanto, el «posible daño»: el sistema de financiación de la compensación equitativa sólo es compatible con el «justo equilibrio» en el caso de que los aparatos gravados sean susceptibles de su utilización para realizar copias privadas y puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas.[32]

El problema de este criterio, en palabras del Abogado General en sus conclusiones en el asunto EGEDA, es que a día de hoy cualquier equipo electrónico es prácticamente un ordenador, con funciones tanto de grabación como de creación de contenido audiovisual. Sin embargo, que todo comprador de tales equipos se disponga probablemente a realizar copias de obras protegidas es bastante cuestionable.[33] Se crea así un sistema de socialización del riesgo: todos los compradores soportan el canon para financiar el perjuicio que realiza únicamente un porcentaje de ellos. Argumenta razonablemente el Abogado General que este sistema poco tiene que ver con el sistema general de indemnización de daños y perjuicios en el Derecho Civil[34].

---

[29] Parágrafo (55) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-463/12 (Copydan Båndkopi contra Nokia Danmark A/S) de 5 de marzo de 2015; y parágrafo (31) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

[30] Parágrafo (55) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

[31] Parágrafo (56) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010, parágrafo (42) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

[32] Parágrafo (28) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-521/11 (Amazon.com y otros / Austro-Mechana) de 11 de julio de 2013.

[33] Parágrafo (44) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016. – Contrapuesto a la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

[34] Parágrafo (45) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016.

Como resultado de esta forma de gravamen y compensación, el legislador europeo, el nacional y el Tribunal de Justicia se ven obligados a ir estableciendo, consultando y actualizando criterios (con inevitable retraso) para la determinación de la compensación equitativa mediante canon. Estos llegan siempre rezagados respecto a la realidad social, en la que las nuevas características y funcionalidades de los soportes tecnológicos avanzan a una velocidad muy superior.

Como acertadamente señala el Abogado General en sus Conclusiones en el asunto Nokia Italia, la compensación equitativa se aplica generalmente a dispositivos y soportes que puedan emplearse para realizar copias privadas, incluyendo CDs, ordenadores, teléfonos móviles, y soportes de memoria y USB. Esta compensación se basa en la presunción de que el adquirente de estos terminales empleará todas las funciones de las que éstos sean capaces, incluyendo la posibilidad de realizar copias privadas. Sin embargo, la Directiva 2001/29/CE tiene ya más de quince años, y el panorama tecnológico ha cambiado drásticamente. La copia privada actualmente ha sido sustituida por servicios basados en internet que permiten a los titulares de derechos controlar el uso de su material protegido por derechos de autor mediante contratos de licencia. Sin embargo, la excepción de copia privada continúa aplicándose de manera generalizada en la Unión Europea, pese a los avances tecnológicos y su decreciente importancia práctica[35].

Personalmente, entiendo que quizá sea más razonable buscar un sistema de compensación alternativo y más de acuerdo con los actuales hábitos tecnológicos y de consumo de obras protegidas que pretender perpetuar el sistema de canon por copia privada, cuyo anacronismo empieza a manifestarse con cada vez mayor contundencia.

III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS DE ESPAÑA

El primer intento de regulación de la compensación equitativa por copia privada en nuestro país se contenía en la redacción dada en 1996 al artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual. El importe de esta tasa dependía de la capacidad de copias por minuto y los minutos de grabación, correspondiente a la tecnología VHS de aquel entonces[36].

Siete años después, en julio de 2003, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual llegaron a un acuerdo con ASIMELEC para ampliar el canon digital a la venta de CDs y DVDs. A los dos años esta solicitó una rebaja de la cuantía del canon

[35] Parágrafos (23) y (24) Conclusiones Abogado General Nils Wahl. Asunto C110/15 (Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA y otros contra Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC) y otros), presentadas el 4 de mayo de 2016.

[36] La ley contemplaba esta compensación para «obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales» art. 25.1 Ley de Propiedad Intelectual, 1996.

negociado, alegando que el sobrecoste favorecía el fraude y la piratería y había supuesto una reducción del 50% en sus ventas.

Las cifras de fraude y de porcentaje de CDs y DVDs que evitaban la tasa bailaban de una fuente a otra, y ASIMELEC solicitó una revisión de los términos del acuerdo en vista de las cuantiosas pérdidas financieras. Ante esta situación, en 2006 el Gobierno procedió a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, en la que el artículo 25 pasó a titularse «Compensación equitativa por copia privada». En esta revisión se instó a los representantes de la industria y entidades de gestión a fijar la tasa, aunque sin éxito[37]. Finalmente y a falta de acuerdos, en el BOE del 18 de junio de 2008 se publicó la OM PRE/1743/2008 en la que se estableció definitivamente la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, entre los que se incluían equipos y soportes digitales de reproducción, grabadoras digitales, discos compactos, equipos de impresión, copia, fax y escáner y dispositivos de almacenamiento.

La aplicación del sistema de canon por excepción de copia privada produjo un intenso rechazo social: la cuantía aplicable se consideraba excesiva y se criticó la extensión de la aplicación de este canon a todo tipo de aparatos y soportes, prescindiendo de si su destino era o no efectivamente la realización de copias privadas. Se sucedieron numerosas reclamaciones judiciales exigiendo la devolución del importe de la compensación pagado por aparatos con un uso efectivo completamente ajeno a la copia privada de prestaciones protegidas[38].

A este malestar le siguieron numerosas reclamaciones judiciales exigiendo la devolución del importe de la compensación pagado por aparatos con un uso efectivo completamente ajeno a la copia privada de prestaciones protegidas. Uno de estos conflictos resultó motivo del planteamiento de una mediática cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el caso Padawan.

Padawan es una empresa que comercializa CD-R, CD-RW, DVD-R y aparatos de MP3. La SGAE reclamó a Padawan el pago del «canon por copia privada» previsto en el artículo 25 del TRLPI, correspondiente a los ejercicios 2002 a 2004. Padawan en lugar de imputar la compensación a los consumidores finales independientemente de que sean personas físicas o jurídicas, y que sean estos quienes reclamen, se opuso al pago. La empresa alegó que la

[37] «Conforme a lo dispuesto en la regla 1.ª del apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el mencionado procedimiento negociador fue iniciado mediante la publicación en el "Boletín Oficial del Estado", con fecha de 24 de agosto de 2006, de la Resolución conjunta de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura y de la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio por la que se hace público el inicio del procedimiento para la determinación de la compensación equitativa por copia privada. Finalizado el plazo de cuatro meses, las partes comunicaron su falta de acuerdo». – Párrafo II, Exposición de motivos OM PRE/1743/2008.

[38] Llegando en diversas ocasiones éstas al Tribunal Constitucional, algunas de ellas con irrisorios importes como objeto de la reclamación: STC 196/2009: reclamación de 19 céntimos abonados en concepto de canon al adquirir un CD virgen por 60 céntimos de euro y STC 123/2010 en la que se reclamaron 1,72 euros abonados también por este concepto por la compra de diez CD-ROMS por 6 euros.

aplicación del canon a dichos soportes digitales sin distinción y con independencia de la función a que estos se destinen (uso privado u otra actividad profesional o comercial) era contraria a la Directiva 2001/29/CE.

Mediante sentencia de 14 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil nº. 4 de Barcelona estimó plenamente la reclamación de la SGAE y condenó a Padawan al pago de una cantidad de 16.759,25 euros, más los correspondientes intereses legales. Padawan interpuso contra dicha sentencia recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que decidió suspender el procedimiento y elevar el asunto al TJUE, contando con un total de cinco cuestiones prejudiciales[39].

En primer lugar, la Audiencia Provincial deseaba saber si el concepto de «compensación equitativa» debía entenderse como un concepto armonizado, independientemente de la facultad de los Estados Miembros de escoger los sistemas de retribución que a su criterio resultaran más pertinentes[40]. A esta cuestión respondió el Tribunal de Justicia argumentando que, según una jurisprudencia asentada, tanto la aplicación uniforme del Derecho comunitario como el principio de igualdad exigen que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados Miembros para determinar su sentido y su alcance, deba ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme [41]. Esta debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretenda alcanzar[42]. De esta respuesta se derivó una prohibición a los legisladores y jueces nacionales de dar a la compensación equitativa una perspectiva nacional, entendiéndola a la luz de las circunstancias y el ordenamiento español.[43] En consecuencia, los tribunales y legisladores nacionales ya no podían interpretar el concepto de compensación, sino atendiendo a la interpretación uniforme de este Tribunal.

En segundo lugar, se planteaba la cuestión de si el cumplimiento de la exigencia de la fórmula de justo equilibrio debía ser calculado atendiendo al perjuicio causado como reconocimiento del límite de copia privada. El Tribunal de Luxemburgo considera que la

---

[39] Parágrafos (17) y (18) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

[40] Parágrafo (19) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

[41] Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C- 327/82 **(**Ekro BV Vee- en Vleeshandel contra Produktschap voor Vee en Vlees**)** de 18 de enero de 1984; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-287/98 (Gran Ducado de Luxemburgo contra Berthe Linster, Aloyse Linster y Yvonne Linster) de 19 de septiembre de 2000; y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto A C-523/07 (Petición de decisión prejudicial: Korkein hallinto-oikeus - Finlandia) de 2 de abril de 2009.

[42] Parágrafos (32) y (33) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C467/08 (Padawan-SGAE) de 21 de octubre de 2010.

[43] LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G. «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso Padawan)», cit.

cuantía de la compensación está estrechamente vinculada al perjuicio sufrido por los titulares de derechos, en virtud de su sentido indemnizatorio.

Como cuestiones tercera y cuarta, se planteaba si existe una necesaria vinculación entre la aplicación de la compensación y el presumible uso de los bienes gravados para realizar copias privadas; planteándose también si era conforme a la Directiva la aplicación indiscriminada de la compensación a todo soporte o aparato susceptible de ser empleado para realizar o almacenar copias de obras protegidas e identificadas por la ley, incidiendo así en equipos y soportes destinados a usos manifiestamente distintos a la realización de este tipo de reproducciones. La respuesta del Tribunal no difiere del criterio tradicional utilizado en España para determinar los bienes gravados, es decir, el de idoneidad objetiva. Este criterio se fundamenta en que si un soporte o equipo tiene dentro de sus funciones la de elaborar o almacenar copias privadas, deberá estar gravado, aunque no sean éstas sus únicas funciones, ni siquiera las principales. Este y otros principios, como el criterio del grado de uso, se conjugaban en la redacción de 2006 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Asimismo, el grado de uso se emplea para considerar el uso efectivo de los equipos gravados para realizar reproducciones. El legislador reconoce que la mera capacidad de los soportes para realizar estas funciones no puede ser el único criterio para determinar la tasa, así que incorpora el destino de estos equipos para determinar su grado de utilización y la cuantía correspondiente de la compensación.

La cuestión ya había sido tratada por la propia Audiencia Provincial de Barcelona en el propio auto que planteaba las cuestiones prejudiciales que dieron origen a la sentencia del TJUE, señalando que está justificado el cobro de la compensación en supuestos en los que lo normal o previsible sea la utilización de los soportes para hacer reproducciones para uso privado, como en la venta directa al consumidor de equipos y soportes idóneos. Por otro lado, en la venta de estos equipos a entidades públicas o profesionales cabe presumir que se les dará un uso completamente ajeno a la copia privada. De este modo, sostiene la Audiencia y posteriormente confirma el TJUE, cabe discriminar y gravar las ventas destinadas a consumidores particulares, pero no las adquiridas por personas jurídicas.

Del análisis de los criterios estudiados por el TJUE, se puede afirmar que la redacción de la OM PRE 1743/2008 no tomaba en consideración ni el principio de idoneidad objetiva ni del grado de uso. Así, las personas jurídicas no se veían excluidas del pago de la compensación. No se gravaban los ordenadores ni los teléfonos móviles, pese a sus funcionalidades de reproducción y realización de copias. Se ignoraban los hábitos de consumo y funcionalidades tecnológicas de los soportes gravados, sin distinguir entre CDs de audio y CDs de datos, ni entre aparatos con función exclusiva de grabación y otros multifuncionales[44].

[44] LÓPEZ MAZA, S. Y MINERO ALEJANDRE, G. «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso Padawan)», cit.

Finalmente, como última cuestión prejudicial la Audiencia Provincial inquirió sobre la compatibilidad del sistema de compensación equitativa español con el tenor de la Directiva 2001/29/CE. Al respecto, contestó el Tribunal que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales –una vez obtenidas las precisiones sobre el alcance e interpretación del Derecho de la Unión en el caso– la decisión sobre la compatibilidad del sistema español con la Directiva 2001/29/CE, no habiendo lugar a respuesta del Tribunal de Justicia al respecto.

Sin embargo, con su respuesta a las cuestiones prejudiciales el TJUE reveló las incompatibilidades del sistema nacional con el Derecho Europeo: el ámbito de la recaudación de la compensación equitativa debía reconducirse a la comercialización de soportes y aparatos cuyo destino previsible fuera la realización de copias privadas. Por el contrario la aplicación a aquellos cuyo destino previsible fuera ajeno al disfrute de dicha excepción supondría una extensión de la aplicación de la compensación equitativa a supuestos no previstos en la Directiva y contrarios a esta[45].

Una vez obtenido el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió mediante sentencia prácticamente idéntica al pronunciamiento del Tribunal de Justicia. Supuso, pese a ello, un punto de inflexión que transformó la interpretación y aplicación tradicional que los órganos jurisdiccionales españoles habían aplicado al artículo 25 LPI hasta el momento[46].

La Sentencia mencionaba que no constaba que se hubiera eximido del canon a los equipos, aparatos y soportes que en atención a sus destinatarios, presumiblemente no fueran a ser destinados a la copia privada. Esto suponía una interpretación *contra legem* de la letra del artículo 25.7d) LPI[47], que emplea el criterio del destino o uso final de los equipos –destinados a la copia privada o no–, en ningún caso dependiendo de las condiciones subjetivas de los destinatarios[48].

La OM PRE/1743/2008 fue declarada nula por sentencia de la Audiencia Nacional el 22 de marzo de 2011. Su nulidad se debió a la carencia de dos requisitos fundamentales en el procedimiento de elaboración de reglamentos: no contaba con el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, preceptiva en los asuntos de reglamentos dictados en ejecución y modificación de las leyes; y se habían omitido las memorias justificativa y económica, inherentes a todo reglamento.

Tras las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, el Gobierno resultante cumplió con su promesa electoral de suprimir el sistema de canon de copia privada. Me-

---

45 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», cit.

46 MINERO ALEJANDRE, G., «Fair Compensation for the Private Copying Exception: Private Use versus Professional Use», *European Intellectual Property Review*, 2011.

47 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Las desgracias del canon», *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2011.

48 SÁNCHEZ ARISTI, R. «Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 2 de marzo de 2011 ("caso Padawan")» *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 1, núm. 9 (enero), 2012.

diante la Disposición Adicional Décima del Real Decreto-ley 20/2011 del 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, se suprimió la compensación equitativa por copia privada, y por ende, el artículo 25 LPI donde se regulaba. En adelante, el Gobierno establecería mediante reglamento el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa, con cargo a su correspondiente partida de los Presupuestos Generales del Estado. La cuantía de la compensación, según el Real Decreto-ley, sería calculada tomando como base la estimación del perjuicio causado.

Como observa Bercovitz Rodríguez-Cano, llama la atención el hecho de que mientras que el cobro del canon por compensación equitativa por la compra de soportes y aparatos que no estaban destinados a la copia privada provocó numerosas protestas y rechazo social, su cobro a todos los ciudadanos mediante los Presupuestos Generales no ha provocado ninguna queja ni desaprobación[49].

Al día siguiente, el 7 de diciembre, se publicó el Real Decreto 1657/2012, por el que se regulaba el procedimiento de pago de la compensación equitativa. La cuantía de la compensación se calculaba en base al perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, teniendo en cuenta para ello criterios como la estimación del número de copias realizadas, el impacto de la copia privada sobre la cifra de venta de las obras o el precio medio de cada modalidad reproducida, entre otros[50].

Las entidades de gestión revelarían la descompensación entre las cantidades así obtenidas y los perjuicios que estas estimaban en una demanda contra la Administración del Estado cuya evolución terminaría derribando el sistema de compensación a cargo de los Presupuestos del Estado: en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 9 de junio de 2016 en el asunto C-470/14. En su demanda, las entidades de gestión EGEDA, DAMA y VEGAP afirmaban que los importes efectivamente abonados mediante la compensación equitativa ascendían a unos 8,6 millones de euros para el ejercicio 2013 y 5 millones para el ejercicio 2014; mientras que el perjuicio sufrido por los titulares de derechos en esos ejercicios era de 18,7 y 15,2 millones de euros, respectivamente[51].

El Abogado General del asunto, Maciej Szpunar, no consideró el sistema de compensación a cargo de los Presupuestos Generales contrario *per se* al tenor de la Directiva 2001/29/

---

[49] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», cit., p. 60.

[50] Artículo 3, «Cuantía de la compensación», RD 1657/2012.

[51] Parágrafo (56) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016; al respecto GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ señala que parece claro que el origen de estas cuantías se debía más a un trasvase de un concepto presupuestario a otro que a un análisis riguroso del perjuicio realmente causado. Esto provocaba que las cifras consignadas en los PPGG no tuvieran conexión con el perjuicio real sufrido por los derechohabientes. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La interpretación del concepto de "compensación equitativa" por el TJUE y su impacto en el sistema español (cuestión prejudicial ante el TJUE)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 94*, enero-abril, 2014, pp.27-52.

CE; afirmaba que no existe un vínculo entre los tributos abonados por los contribuyentes, personas físicas y jurídicas, y la financiación de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado[52]. Así, no existe un vínculo entre el impuesto abonado por un contribuyente con partidas de gastos concretas de los Presupuestos y la compensación del perjuicio sufrido por los titulares de derechos de propiedad intelectual, ya que la propia intermediación de los Presupuestos rompe este vínculo.

Sin embargo, Maciej Szpunar consideró que sí se oponía a la Directiva el hecho de que el importe para la compensación se fijara *a priori* dentro de los límites presupuestarios para cada ejercicio. Esta compensación no puede ser fijada, según él, de antemano y de manera rígida, con límites que no tengan suficientemente en cuenta el importe del perjuicio sufrido por los titulares de los derechos[53].

En su sentencia del 9 de junio de 2016, el Tribunal de Justicia Europeo concluyó que el sistema español era contrario a la Directiva: al financiarse la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado no resultaba posible asegurar que el coste de esta compensación fuera soportado únicamente por las personas privadas. Estas personas son quienes causan el perjuicio a los titulares de los derechos, y por tanto son las únicas obligadas a financiar la compensación equitativa que se les adeuda a estos.

Si bien la Directiva no se opone, en principio, a que los Estados miembros financien la excepción por copia privada mediante sus Presupuestos Generales, este sistema alternativo ha de garantizar el pago de la compensación equitativa a los titulares de los derechos, y que se garantice su percepción efectiva.

Aunque se pueda instaurar un sistema en el que las personas jurídicas sean obligadas a financiar la compensación equitativa, en ningún caso serán estas deudoras efectivas del gravamen en último término. Estas carecen en el sistema español de un mecanismo para que puedan solicitar la exención o devolución de su contribución a esta partida[54].

En conclusión, el TJUE encontró que el sistema español se oponía a la Directiva 2001/29/CE no debido a los límites presupuestarios fijados *a priori*, como argumentaba el Abogado General, sino debido a que no era posible asegurar que el coste de la compensación equitativa fuera soportado única y exclusivamente por los usuarios de copias privadas, personas físicas.

Como consecuencia de este pronunciamiento, la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló el Real Decreto 1657/2012 por ser contrario al Derecho de la UE en su sentencia

[52] Parágrafo (51) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016.

[53] Ídem, parágrafo (69).

[54] Parágrafos (39) y (40) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016.

2394/2016 del 11 de noviembre. El Abogado del Estado había solicitado la suspensión del procedimiento hasta que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre el recurso planteado contra el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 2014, que hizo suya la regulación por Decreto-Ley de 2011 de la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos[55].

De este modo, la sentencia del TS del 11 de noviembre de 2016 estimó parcialmente el recurso de las entidades de gestión demandantes, EGEDA, DAMA y VEGAP. El Supremo argumentó que las entidades de gestión combatían el sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales, por entender que con ese sistema sus ingresos eran inferiores que con el sistema de compensación equitativa por canon; de este modo se justificaba su interés legítimo en su pretensión anulatoria del Real Decreto 1657/2012[56].

La Ley 21/2014 sobre propiedad intelectual y el Decreto-Ley de 2011 no eran conformes al Derecho de la Unión –como declaró la STJUE del 9 de junio de 2016– por lo que fueron inaplicados, en virtud del principio de primacía[57]. Quedaba así el Real Decreto de 2012 regulador del procedimiento de pago con cargo a los Presupuestos Generales sin fundamento legal efectivo, lo que determinó su nulidad.

Esta nulidad por carencia de «fundamento legal efectivo» puede ser entendida como «improcedente», ya que esta no deriva de la inconstitucionalidad de los preceptos legales que desarrolla –como se intentó argumentar– ni de carecer de fundamento legal por nulidad de sus preceptos, sino de su originaria no conformidad con el Derecho de la Unión.[58]

Recientemente se publicó en el BOE el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, de modificación del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual en cuanto a compensación equitativa por copia privada. Este sustituirá el anterior modelo de compensación a

---

[55] La contestación del Supremo a esta solicitud fue: «si una norma jurídica nacional es contraria al derecho de la Unión Europea, ha de ser inaplicada independientemente de que además pueda ser inconstitucional. El deber que pesa sobre todos los órganos judiciales nacionales de inaplicar –por sí solos, sin plantear previamente cuestión alguna al propio Tribunal Constitucional– las normas jurídicas nacionales contrarias al derecho de la Unión Europea es una exigencia dimanante del principio de primacía de este». - Fundamento de derecho 8º STS 2394/2016.

[56] Fundamento de derecho 9º STS 2394/2016.

[57] Fundamento de derecho 10º STS 2394/2016. «(…) se desprende inexorablemente la incompatibilidad de la Disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 20/2011 y del apartado segundo del artículo 1 de la Ley 21/2014 con la Directiva 2001/29/CE, la única conclusión que puede extraer esta Sala es que –en aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión Europea (…)– los mencionados preceptos legales deben considerarse inaplicables en el presente caso. A ello ha de añadirse que el Real Decreto 1657/2012 es un reglamento ejecutivo, cuya finalidad consiste en desarrollar esos preceptos legales en lo relativo al procedimiento para el pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a las Presupuestos Generales del Estado. Así las cosas, es claro que el Real Decreto 1657/2012 carece de un fundamento legal efectivo y, en consecuencia, es nulo».

[58] Así la califica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. en «Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: anulación del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre; Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 noviembre 2016 (JUR 2016, 245721)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 103, 2017.

cargo de los Presupuestos Generales del Estado por un sistema de canon con «vocación de permanencia».

IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGISLACIÓN Y SENTENCIAS DEL REINO UNIDO

En el año 2010, el Gobierno del Reino Unido decidió estudiar la posibilidad de implantar en el Copyright, Design and Patents Act 1988[59] la excepción contemplada en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. El Gobierno partía de una notable predisposición –diametralmente opuesta a los pronunciamientos del TJUE– a que esta excepción no fuera acompañada de un sistema de canon o de tasas como forma de compensación a los titulares de derechos.

Un primer resultado de esta consulta fue el conocido Informe Hargreaves, que recomendaba la introducción de una excepción relativamente amplia que amparara la copia para uso privado. Argumentaba que la copia privada suponía parte del uso normal de los aparatos, por lo que los titulares de los derechos tenían en cuenta este beneficio en el precio que cobraban por la venta de los ejemplares de sus obras o prestaciones protegidas o por la cesión de sus derechos[60]. En agosto del 2011, el Gobierno manifestó su acuerdo con la conclusión del Informe: debería permitirse la copia con fines privados, siempre que no dañara los objetivos subyacentes del copyright ni restringiera la justa compensación de los titulares de este[61].

El 1 de noviembre de 2011, se llevó a cabo un primer análisis de impacto. Se consideraron varias opciones para la implementación de la excepción por copia privada: abarcando desde permitir que la copia privada continuara siendo ilegal, hasta amparar la copia de contenido no necesariamente poseído o comprado legítimamente, lo que ampararía legalmente la piratería de contenido digital.

La opción que se acabaría imponiendo, y la preferida principalmente por el Gobierno, consistía en la introducción de una excepción por copia privada que permitiera realizar copias de contenido legalmente obtenido por un individuo a otros medios o soportes para su uso personal. Este primer análisis aseguraba que los costes para los propietarios de derechos de copyright serían mínimos o incluso cero; viendo que podrían repercutir el coste de la copia privada a través de los precios de venta y que la copia privada ya estaba generalizada.

---

[59] Que traslada al Reino Unido las actualizaciones que al Convenio de Berna se realizaron durante los años 60, e incorporó por primera vez en este país los derechos morales y personales del *droit d'auteur.* HOLYOAK y TORREMANS, *Intellectual Property Law*, 6ª ed., pp. 10-11.

[60] HARGREAVES, I., *Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth: An Independent Report by Professor Ian Hargreaves,* mayo de 2011.

[61] De esta forma, el gobierno bretón se escudaba en el propio texto de la Directiva: «Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago», Considerando (35) Directiva 2001/29CE.

Aunque esta conclusión se apoyaba en diversos estudios económicos[62], el propio documento admitía que las conclusiones expresadas sobre la repercusión del canon mediante los precios de venta eran simplemente «suposiciones y argumentos teóricos», precisando de una investigación independiente para proporcionar datos que las respaldaran.

El Gobierno británico comenzó así un período de consultas –en adelante la Consulta– que se extendería desde el 14 de diciembre del 2011 hasta el 21 de marzo de 2012. Durante este período se obtuvieron 471 contestaciones de organizaciones del sector, heterogéneas en sus consideraciones y argumentos. Mientras que muchas de estas organizaciones se opusieron tajantemente, algunas como UK Music, afirmaron poder aceptar una limitada excepción por copia privada sin canon, admitiendo esta práctica como una realidad social.

Entre septiembre y noviembre del 2011, el Business, Innovation & Skills Select Committee llevó a cabo una investigación sobre el Informe Hargreaves y su respuesta gubernamental, que se publicó el 27 de junio de 2012. Tras la recepción de diversas evidencias y su discusión, el Comité respaldó el enfoque planteado en la Consulta. Concluyó así que una excepción de copyright amparando el uso en la esfera privada era probablemente la solución más practicable y justificable. Reconoció a su vez que la repercusión de esta excepción mediante los precios de venta («*pricing in*») era «probablemente un punto válido», ya que el precio de estos contenidos –por motivos prácticos– incluía una expectativa de uso personal más allá del formato original[63].

En diciembre del 2012, el Gobierno publicó su respuesta a la Consulta. En ella, exceptuando a los propietarios de derechos de copyright, las partes aclamaban casi unánimemente la propuesta de la excepción. Por otro lado, la gran mayoría de los titulares de derechos sostenían que una excepción por copia privada de cualquier alcance generaría un daño no razonable, que justificaba la imposición de un canon.

En este documento el Gobierno, de acuerdo con sus análisis, concluía que el valor para los consumidores de esta funcionalidad adicional sería repercutido en el precio de venta, «en cierta medida». Según estudios de mercado, argumentaba, este valor era tenido «frecuentemente» en cuenta, citando como ejemplo la diferencia de precio entre descargas de música con autorización para ser copiadas para uso personal y las protegidas por DRM. Así, concluía, el mínimo impacto en ventas y la oportunidad de repercutir el valor de la excepción en el precio causarían poco o ningún daño a los titulares de derechos[64].

Posteriormente, el 13 de diciembre de 2012 se publicó una investigación más detallada sobre los costes y beneficios de la excepción propuesta, recopilando toda información, datos y estudios sobre la repercusión de la medida en precios de venta. Se concluyó así

---

[62] En concreto: el Informe Rogers, el Informe Kretschmer y el artículo de VARIAN, H.: «Copying and Copyright», *Journal of Economic Perspectives*, 2005.

[63] «The Hargreaves Review of Intellectual Property, Where next?», pp. 10-11.

[64] «Modernising copyright: A modern, robust and flexible framework Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law», p. 23.

que esta repercusión no solo era posible, sino que estaba relativamente extendida, aunque no universalmente. En junio de 2013 el Gobierno publicó una propuesta de legislación, permitiendo que las partes interesadas aportaran sus opiniones y comentarios durante un período de ocho semanas.

El 23 de marzo el Gobierno estableció finalmente la implantación de la excepción por copia privada consultada. Sin embargo, admitía que no se habían recibido datos útiles durante el período de consultas que permitieran monetizar los costes y los beneficios para los titulares de derechos consecuencia de la introducción de la excepción; aunque esperaban que fueran mínimos o inexistentes.

El análisis económico independiente encargado por el Gobierno, «IPO Research Report», en el que se basaba principalmente el Updated Impact Assessment, no resultaba nada concluyente. En relación con el sector musical, no se encontró ningún dato que demostrara la existencia del «pricing in», ni si el perjuicio resultante era efectivamente mínimo o cero.[65] En lo relativo al sector audiovisual, los investigadores encontraron evidencia de esto, aunque no pudieron determinar si estaba lo suficientemente extendido como para causar mínimos perjuicios.[66] Por último, respecto al sector editorial, los resultados de este estudio percibían diferencias en el precio de e-books que permitieran más copias que otros, aunque admitía que podía deberse a una estrategia promocional del vendedor.[67]

El 26 de agosto de 2014 se redactaron las «The Copyright and Rights in Performance (Personal Copies for Private Use) Regulations 2014», entrando en vigor el 1 de octubre del mismo año.

Este modelo no fue bien recibido por sus iniciales detractores. Los titulares de derechos de copyright ya habían manifestado su disconformidad, y la British Academy of Songwriters, Composers and Authors, la Musician's Union y UK Music 2009 Limited llevaron esta excepción por copia privada a los Tribunales, que resolvieron el 19 de junio de 2015 en la sentencia BASCA v. BIS, ante el Juez Green. Argumentaban que las asunciones empleadas por el Secretary of State for Business, Innovation and Skills eran incorrectas, tanto legal como fácticamente. Criticaban también que el Secretario de Estado estaba tan determinado a introducir la excepción por copia privada sin ningún tipo de compensación que esto interfirió en las conclusiones extraídas de la evidencia y determinó que actuara injustamente. Los demandantes mantenían que la decisión estaba viciada, ya que las evidencias empleadas para justificar la conclusión sobre el mínimo daño eran manifiestamente inadecuadas. Argumentaban que la decisión adoptada no podía justificarse con los datos que el Ministro había aceptado y avalado específicamente.

---

65 «IPO Research Report», p. 11.

66 «IPO Research Report», cit., p. 16.

67 «IPO Research Report», cit., p. 21.

El Juez Green analizó estos datos uno por uno, llegando a la conclusión de que efectivamente la decisión tomada por el Secretario de Estado de ningún modo podía considerarse justificada por las pruebas que específicamente fueron aceptadas y consideradas.[68]

Documentos relevantes para la decisión del Secretario fueron completamente desestimados por el Juez Green, llegando a calificar alguno como «difícilmente descriptible como prueba»[69]. Respecto al IPO Research Report, el juez admitió la existencia de pruebas que apoyan la conclusión a la que llegó el informe: el «pricing in» ocurre en cierta medida en la industria del copyright. El problema era que el informe no iba más allá de este débil reconocimiento, sin entrar a analizar si este «pricing-in» absorbía completamente los posibles perjuicios, o si por el contrario, dejaba cierto margen residual de daños. El informe, por tanto, «planteaba más preguntas de las que resolvía», y fue calificado de incompleto[70].

El juez concluía que existían las suficientes pruebas y bibliografía como para extraer ciertas nociones de sentido común económico. Si bien estas eran válidas como punto de partida, de ningún modo eran capaces de resolver las cuestiones legales específicas: si el «pricing in» era tan extensivo como para que el daño residual resultara mínimo o inexistente y por tanto, no fuera obligatorio el abono de la compensación equitativa[71].

Según sostiene el Prof. Paul Torremans, desde este pronunciamiento el sistema de compensación equitativa británico está en limbo, a la espera de una nueva iniciativa del Gobierno. Debido al impacto del Brexit, se desconoce cómo y cuándo avanzará este proyecto. La escisión del Reino Unido de la Unión Europea es ahora la prioridad legislativa para este país, en detrimento de desarrollos normativos igualmente importantes para el comercio de obras y prestaciones protegidas, como el que aquí estudiamos.

V. ANÁLISIS CONJUNTO DE AMBOS ORDENAMIENTOS

Tras el estudio de la evolución de ambos ordenamientos, puede observarse que los dos países han visto cómo sus intentos más recientes de legislar el espinoso asunto de la excepción por copia privada no han resistido el cuestionamiento jurisdiccional. En España, a raíz del caso EGEDA y el Reino Unido con la sentencia BASCA-v-BIS han visto las

[68] Parágrafo (234) Sentencia High Court of Justice del 19 de junio de 2015, BASCA & Others -v- Secretary of State for Business, Innovation & Skills.

[69] Ídem, parágrafo (253) «[Vídeo] estos continuaron usando el DRM para restringir el número de copias que podían realizarse, y respuestas a la Consulta del Gobierno sugieren que los propietarios de derechos esperan en consecuencia cobrar más por formatos que físicamente permitan que se realicen más copias. Citan como ejemplo pruebas presentadas por el British Screen Advisory Council. Este ejemplo se da en el mercado cinematográfico pero no en el musical. Es en todo caso difícil de describir la cuestión como "evidencia" relevante para el asunto de minimis específico».

[70] Ídem, parágrafo (268) «(…) Esta especulación sirvió para destacar lo incompleto de la investigación como un ejercicio diseñado para responder la cuestión de minimis. Dicho de otro modo, planteaba más preguntas de las que respondía».

[71] Ídem, parágrafo (272).

deficiencias de sus sistemas señaladas, y si bien ninguno de los sistemas ha sido señalado como ilegal *per se,* sí que están sometidos a su adecuación a las exigencias que las respectivas sentencias señalan.

En España se ha retornado al sistema de canon, parecido al existente antes de 2012. Están obligados a su pago los fabricantes en España de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción, en su actuación como distribuidores comerciales, así como los adquirentes de los mismos fuera del territorio español para su distribución comercial o utilización dentro de este. Además, la regulación de la compensación incluye un sistema para su exceptuación y reembolso, para supuestos como casos no exceptuados en los que el consumidor final que hubiera abonado la compensación justifique el destino del equipo, aparato o soporte adquirido a un uso exclusivamente profesional o a su exportación o entrega intracomunitaria. En el Reino Unido, como hemos señalado en el apartado anterior, el porvenir no está tan claro.

Un problema conjunto de ambos ordenamientos es la necesaria adaptación de sus reformas legislativas a la Directiva 29/2001/CE. Si bien es cierto que la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea tiene los días contados, y por tanto su sumisión a esta Directiva, esto no elimina los problemas subyacentes que acarrea una pluralidad de regulaciones nacionales muy heterogéneas: problemas con la importación y fabricación internacional de soportes sometidos a gravamen o de coordinación de tasas a aplicar para soportes multifuncionales o interdependientes, por ejemplo.

Queda por ver si la reimplantación del sistema de canon en España logra asentarse como la normativa legislativa definitiva en la materia, aunque vistas las complicaciones que acarrea este sistema, esto parece poco probable. Argumentaremos a continuación alternativas al sistema de canon, con vistas a establecer un modelo de compensación por copia privada más hegemónico y perdurable.

VI. CONCLUSIONES

En la práctica, la excepción por copia privada se aplica en el marco de un sistema de canon percibido sobre los equipos electrónicos[72]. En el ámbito europeo, son únicamente cinco los países que no han recurrido a un sistema de canon como método de financiación de la copia privada: el Reino Unido, Irlanda, Chipre, Luxemburgo, y Malta. Aunque se discuta si existe un principio general que exija que la compensación la financien necesariamente los usuarios, se ha llegado a afirmar que a efectos prácticos el único sistema de financiación de la compensación es el sistema del canon[73]. Sin embargo, la legitimidad y la eficacia del

[72] Parágrafo (38) Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar. Asunto C470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros), presentadas el 19 de enero de 2016.

[73] Ídem, parágrafo (41).

canon son ampliamente discutidas en numerosos Estados Miembros y se buscan soluciones que lo sustituyan, más adaptables al desarrollo tecnológico[74].

No se puede considerar que la Directiva 2001/29/CE se oponga a que los Estados Miembros que han introducido la excepción de copia privada decidan establecer un sistema de compensación equitativa que no esté financiada por el canon, sino por sus Presupuestos Generales. Siempre que ese sistema garantice el pago efectivo de una compensación equitativa debe considerarse compatible con el objetivo esencial de la Directiva.[75] Es perfectamente posible garantizar una compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, mientras que las previsiones de partidas de gasto del presupuesto se realicen sobre la base de datos precisos y fiables. Las estimaciones tampoco tienen por qué realizarse *a priori*, mientras que sean fiables y representativas.

Puede argumentarse que la partida presupuestaria destinada al pago de la compensación proviene de la totalidad de los recursos de los Presupuestos Generales del Estado y por tanto de todos los contribuyentes: tanto personas físicas como personas jurídicas[76]. Estas últimas, como hemos analizado, no pueden ser en último término deudoras efectivas del gravamen, tal y como ha sostenido el TJUE[77].

Sin embargo, la Directiva no se opone expresamente a que las personas jurídicas puedan ser deudoras de la financiación de la compensación equitativa, ya que existen tres opciones para salvaguardar esta exigencia. En primer lugar, pueden repercutir el importe del canon en el precio de puesta a disposición de sus productos[78]. En segundo lugar, es posible la creación de mecanismos para solicitar la exención de contribuir a esta financiación[79]; o por último, establecer la posibilidad de poder solicitar la devolución de esta contribución[80]. Este derecho a la devolución debe ser efectivo, sin dificultar excesivamente la recuperación

---

[74] Ídem, parágrafos (45) y (47).

[75] Parágrafos (24) y (25) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016.

[76] Ídem, parágrafo (39).

[77] Ídem, parágrafo (36).

[78] Ídem, parágrafos (32) y (34).

[79] «El sistema de compensación equitativa discutido en el litigio principal no establece garantías suficientes para la exención del pago del canon de los productores e importadores que demuestren que los equipos y soportes se han adquirido para fines manifiestamente ajenos al de realizar copias de uso privado, ese sistema debería prever en cualquier caso un derecho de devolución del canon que sea efectivo y no dificulte excesivamente la recuperación del canon pagado (…) Pues bien, el derecho a devolución previsto por el sistema de compensación equitativa discutido en el asunto principal no puede considerarse efectivo, ya que consta que no se reconoce a favor de las personas físicas, ni siquiera cuando adquieren los equipos y soportes para fines manifiestamente ajenos al de realizar copias de uso privado». Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-110/15 (Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA y otros contra Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC) y otros) de 22 de septiembre de 2016.

[80] Parágrafo (40) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-470/14 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) y otros / Administración del Estado y otros) de 9 de junio de 2016.

del canon pagado. Así, «el alcance, la eficacia, la disponibilidad, la publicidad y la simplicidad del ejercicio del derecho a devolución deben permitir paliar los posibles desequilibrios creados por el sistema de canon por copia privada para responder a las dificultades prácticas observadas»[81].

Así podría conservarse el sistema de financiación con cargo a los Presupuestos Generales con una vigencia pretendidamente indefinida. Reinstaurar el sistema de canon equivale a una persecución legislativa-tecnológica difícil de ganar: cada avance digital supondrá un complicado esfuerzo logístico y de ponderación sobre cómo reajustar las cantidades y proporciones del canon a pagar.

Si, pese a todo, se deseara reinstaurar un sistema de canon, existe un enfoque alternativo. Para racionalizar el sistema de canon y asegurar su eficiencia, la opción sería tasar no los soportes o dispositivos con funcionalidades que permitan hacer copias, sino las propias copias adquiridas, físicas o digitales. Aplicando un incremento al precio de la copia adquirida se tasaría el elemento imprescindible para realizar la copia privada: si la argumentación del Tribunal de Justicia asegura que cualquier soporte que disponga de una mínima funcionalidad que facilite realizar copias será empleado para ello, resulta mucho más creíble tasar la propia copia, ya que esta excepción se deriva de las copias que puedan hacerse de ella. Para evitar que este sobrecoste no supusiera una reducción del volumen de ventas o licencias y asegurar la remuneración suficiente para el titular de los derechos de propiedad intelectual sería preferible acompañarlo de una reducción del IVA cultural en proporción. Este método tiene como ventaja su sencillez: sin tener que renunciar al modelo del canon, pueden incluirse en una decena de categorías la práctica totalidad de las posibles obras susceptibles de copia privada. Se evitaría así el difícil baremo de funcionalidades, compatibilidades y avances tecnológicos que tanto complican el modelo de canon tradicional.

Con este artículo se ha pretendido señalar la necesidad de una regulación coherente, homogénea e internacional en, como mínimo, determinados aspectos de la regulación de la copia privada. El análisis por separado de los ordenamientos estudiados pone de manifiesto la necesidad de un sistema legislativo de directrices homogéneas.

Yendo un paso más allá, la unificación legislativa y la creación de un mercado único de Propiedad Intelectual ha sido un objetivo de la Unión Europea desde su propuesta del 2011, que ha sabido identificar el potencial de crecimiento del e-commerce y las industrias digitales. Este sector, beneficiándose de un sistema de Propiedad Intelectual integrado y moderno puede contribuir enormemente al aumento de la capacidad competitiva, creci-

[81] Parágrafo (37) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-110/15 (Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA **y otros contra** Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC) y otros) de 22 de septiembre de 2016.

miento económico y la creación de nuevos puestos de trabajo, objetivos clave para la Unión Europea en su Estrategia General para el 2020[82].

Esta propuesta incluye una adecuación y aproximación de las regulaciones nacionales de la compensación equitativa por copia privada, para lo que se ha apostado por la creación de una figura neutral de mediador entre las partes afectadas por la excepción de copia privada y la compensación equitativa derivada de ella. Entre las funciones de esta figura se encuentra la búsqueda de soluciones para la armonización de la metodología utilizada por los legisladores nacionales para la imposición de la compensación y el establecimiento de tarifas unitarias y conformación de métodos que permitan la interoperabilidad de los sistemas nacionales entre sí. Coincide a su vez con el examen acerca de la posible necesidad de unificar las excepciones y limitaciones de la Directiva 2001/29/CE, y otorgarles un carácter preceptivo en lugar de opcional[83].

El 9 de diciembre de 2015, la Comisión Europea anunció mediante un comunicado de prensa su programa para el año 2016, en el que entre otros objetivos, se pretendía propiciar el acceso de los usuarios a contenidos difundidos y explotados a través de Internet, como primer paso para la consecución de un mercado único digital para todos los Estados miembros de la Unión Europea.

La Comisión Europea, en paralelo, publicó una propuesta de Reglamento para asegurar la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenido en línea. Es realmente una novedad para el Derecho europeo de propiedad intelectual, hasta el momento basado en Directivas, la introducción de esta regulación parcial basada en un Reglamento de aplicación inmediata. Delata esto el sumo interés con el que la Comisión persigue una regulación homogénea en la materia lo antes posible: se pretende su vigencia para el presente año 2017. Abierta esta nueva vía, es razonable plantearse su ampliación hacia otros temas del mercado digital que precisen una regulación unitaria, para quizá en el futuro próximo constituir un único Código europeo de la propiedad intelectual[84].

Si bien la iniciativa es loable y un gran paso en una dirección que entendemos correcta, en vista del creciente euroescepticismo y como consecuencia del Brexit, quizá el marco legislativo europeo no sea el mejor. Existe un innegable descontento hacia las imposiciones legislativas supranacionales de la UE, que sumado al abandono de la Unión Europea por parte del Reino Unido hacen que la obligatoriedad de las Directivas y los Reglamentos europeos puedan no ser considerados el mejor enfoque.

---

[82] «A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe», p. 3.

[83] GOTZEN, F. y MINERO ALEJANDRE, G., «Comentario a la estrategia de la Comisión Europea para 2011-2014 en materia de propiedad intelectual, "Un mercado común para los derechos de propiedad intelectual"», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.*, núm. 38, 2011, pp. 127-140.

[84] Así lo plantea BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en «El mercado único digital y la propiedad intelectual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 2, 2016.

El problema puede solventarse con la creación de un convenio o protocolo al que puedan suscribirse los países que reconocieran los beneficios de una legislación homogénea en este sentido. Este protocolo podría abarcar todos los temas de Propiedad Intelectual que propone la Comisión Europea en su Comunicación «A Single Market for Intellectual Property Rights», además de unificar la legislación de la copia privada.

El contexto actual es idóneo para el planteamiento de un convenio como el que se propone, o quizá una muy necesaria actualización del Convenio de Berna – suscrito por 172 países – para incluir una normativa más armonizada y una regulación más contundente. Aprovechando su extensa aplicación geográfica, podría emplearse como marco para actualizar el debate digital y asegurar una ordenación cuasi universal sobre la compensación por copia privada; evitándose así las infructuosas divergencias vistas y ejemplificadas en España y el Reino Unido que surgen como resultado de la transposición del insuficiente marco normativo europeo actual.

VII. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Artículos y libros

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Sistema de compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: anulación del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre; Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 noviembre 2016 (JUR 2016, 245721)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 103, 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «El mercado único digital y la propiedad intelectual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las desgracias del canon», *Aranzadi Civil,* núm. 4, 2011.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La copia privada», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, F.; GONZÁLEZ GOZALO, A. y SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La interpretación del concepto de "compensación equitativa" por el TJUE y su impacto en el sistema español (cuestión prejudicial ante el TJUE)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 94,* enero-abril 2014.

GOTZEN, F. y MINERO ALEJANDRE, G., «Comentario a la estrategia de la Comisión Europea para 2011-2014 en materia de propiedad intelectual, "Un mercado

común para los derechos de propiedad intelectual"», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.,* núm. 38, 2011.

LÓPEZ MAZA, S. y MINERO ALEJANDRE, G. «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2010 (caso Padawan)», *Revista de Propiedad Intelectual Pe.i.,* núm. 36, 2010.

MINERO ALEJANDRE, G. «Fair Compensation for the Private Copying Exception: Private Use versus Professional Use», *European Intellectual Property Review*, núm. 7, 2011.

SÁNCHEZ ARISTI, R., «Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 2 de marzo de 2011 ("caso Padawan")», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 1, núm. 9 (enero), 2012.

SÁNCHEZ ARISTI, R., «La copia privada digital», *Revista de Propiedad Intelectual, Pe.i.* nº 14, 2003.

TORREMANS, P., *Holyoak and Torremans intellectual property law*, Oxford (Oxford University Press), 2008.

VARIAN, H., «Copying and Copyright», *Journal of Economic Perspectives,* 2005.

7.2 Informes

COMISIÓN EUROPEA, «A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe», mayo 2011.

HARGREAVES, I., «Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth: An Independent Report by Professor Ian Hargreaves», mayo de 2011.

HM GOVERNMENT, «Government Response to the Hargreaves Review of Intellectual Property and Growth», agosto de 2011.

HM GOVERNMENT, «The Hargreaves Review of Intellectual Property: Where next?», junio de 2012.

HM GOVERNMENT, «Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law», julio de 2012.

HM GOVERNMENT, «IPO Research Report: Private copying Study on how four copyright industries have adopted private copying measures and whether product cost reflects a right to copy privately», marzo de 2013.

CUANDO LO SUBALTERNO NO HABLA, SINO QUE ES SIMBÓLICAMENTE REPRESENTADO: EL EJEMPLO DE LA MUJER REFUGIADA SIRIA*

WHEN THE SUBALTERN DOES NOT SPEAK, BUT IS SYMBOLICALLY REPRESENTED: THE EXAMPLE OF SYRIAN WOMEN REFUGEE

Malembe Dumont Copero**

Resumen: A pesar de que los espacios online se presentan como herramientas clave para que las mujeres musulmanas reformulen las representaciones que persisten sobre ellas en la opinión pública y el discurso político-mediático, siguen prevaleciendo discursos hegemónicos que las relegan a espacios de silenciamiento y de marginación. El presente trabajo, que incorpora la investigación sobre representación simbólica, género y poscolonialismo, sostiene que estos entendimientos estereotipados e «islamofóbicos» silencian sus voces y simplifican su realidad. Para ver esto analizamos el caso de las mujeres refugiadas sirias dentro del discurso occidental y turco.
Palabras clave: mujeres refugiadas sirias, género, representación simbólica, islamofobia, discurso político-mediático.

Abstract: Despite the fact that online spaces are presented as key tools for Muslim women to reform representations that persist over them in public opinion and political-media discourse, prevailing hegemonic discourses that relegate them to spaces of silencing and marginalization. The present work, which incorporates research on symbolic representation, gender and postcolonialism, argues that these stereotyped and «Islamophobic» understandings silence their voices and simplify their reality. To see this, we analyse the case of Syrian women refugees within the Western and Turkish discourse.
Keywords: Syrian women refugee, gender, symbolic representation, Islamophobia, political-media discourse.

* Fecha de recepción: 22 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2018.

** Primer premio en la modalidad de Ciencia política y Relaciones internacionales del VII Premio Jóvenes Investigadores. Premio extraordinario del grado en Ciencias Políticas y Administración Pública de la Universidad Autónoma de Madrid, promoción 2017. Actualmente estudiante del Máster en «Estrategias y Tecnologías para el Desarrollo: La Cooperación en un Mundo de Cambio» con una concentración en ciudades y asentamientos humanos resilientes e inclusivos. Correo electrónico: malembe.dumont@gmail.com. Este trabajo forma parte de la propuesta de Trabajo de Fin de Grado dirigido por Máriam Martínez-Bascuñán.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN; 1. ¿Qué es la representación?; III. CONCEPTO DE SUBALTERNO; 1. ¿Qué o Quién es lo subalterno?; 2. La representación simbólica del sujeto subalterno en el marco interseccional; III. LO SUBALTERNO EN EL DISCURSO MEDIÁTICO INTERNACIONAL; 1. Desconexión entre el espacio off-line y el online: La representación simbólica dominante de las mujeres refugiadas sirias; 2. Metodología de análisis; 3. Análisis casos de estudio; A. Representaciones simbólicas online en el espacio del «Yo»: España, Francia, Reino Unido y Alemania; B. Representaciones simbólica online en el espacio del «Otro»: Turquía; IV. ¿CÓMO HACER PARA QUE LO SUBALTERNO «HABLE» Y NO SOLO HABITE?; V. RECAPITULACIÓN; VI. BIBLIOGRAFÍA; VII. NOTAS: BIBLIOGRAFÍA DE DATOS.

I. INTRODUCCIÓN

El discurso político y mediático que domina el espacio europeo y que tiende a recalcar la existencia de una avalancha de refugiados y refugiadas procedentes de Siria que, nueva e inédita, ha estallado en el Mediterráneo debido al recrudecimiento del conflicto en Siria, es «políticamente muy peligroso». Y lo es porque a pesar de que esta crisis sin precedentes desde la II Guerra Mundial, «no tiene lugar en Europa sino en el Sur Global» (según datos de ACNUR es donde se concentra el 87% del total de las personas refugiadas)[1], sirve como prolongación de una lógica neocolonial que Occidente ha venido utilizando instrumentalmente en la representación simbólica de Oriente. Aunque tras las revueltas de la denominada Primavera Árabe ha aflorado una corriente optimista en lo que respecta al papel de los espacios online como herramientas clave para que las mujeres árabes y musulmanas reformulen las representaciones que prevalecen sobre la opinión pública, los medios, la literatura y el arte; el presente trabajo, que incorpora la investigación feminista sobre representación simbólica, género y poscolonialismo, sostiene que en realidad los medios de comunicación siguen promoviendo entendimientos estereotipados hegemónicos sobre la realidad de las mujeres refugiadas sirias[2].

Para reflejar estos procesos de violencia epistémica, basándonos en las aportaciones de Pitkin, se desarrolla, en primer lugar, un marco teórico para la representación simbólica, que nos servirá de base para entender cómo funcionan estos procesos constructivos. Estas aportaciones han tenido que ser completadas por interpretaciones más recientes de autoras como Lombardo y Meier, pues ellas introducen la posibilidad de que el discurso pueda construir simbólicamente a los sujetos según su género. En segundo lugar, una vez añadido los conceptos de Sujeto Subalterno y de interseccionalidad en relación a las mujeres musulmanas refugiadas, analizo su posición dentro del sistema interseccional, buscando responder a la pregunta ¿Son las imágenes de las mujeres sirias en el exilio de verdad representativas de lo que es la realidad?

[1] RUIZ-GIMÉNEZ, I., «Derechos Humanos: Género e Inmigración», en *Actas del XXXVI Congreso de Teología*, Madrid (Centro Evangelio y Liberación), 2016, pp. 3-4.

[2] ALHAYEK, K., «Double Marginalization: The Invisibility of Syrian Refugee Women's Perspectives in Mainstream Online Activism and Global Media», *Feminist Media Studies*, vol. 14, núm. 4, 2014, p. 1.

Para aterrizar estas reflexiones, como un ejemplo de lo que Said denomina «Orientalismo», se analizan fragmentos de noticias y sitios web de países europeos sobre las mujeres refugiadas sirias. Adicionalmente se incorpora el concepto de «Auto-Orientalismo» con el análisis de noticias turcas. La metodología utilizada consiste en escribir en Google, en cada uno de los idiomas de los casos de estudio, la frase «Mujeres refugiadas sirias» y seleccionar las noticias por orden de aparición, clasificando después los discursos encontrados. Como principal objetivo, el trabajo busca discutir la prevalencia de un discurso racista islamofóbico de aversión que silencia y margina las voces de las mujeres refugiadas sirias; y comprobar como el despliegue de este discurso se reproduce también en los espacios del «Otro». Un estudio cuya relevancia radica en la contribución que se hace a la expansión de una literatura novedosa como es la utilización de los medios tecnológicos desde la perspectiva de género a través de los conceptos de representación simbólica, subalternidad, y poscolonialismo.

II. EL CONCEPTO DE REPESENTACIÓN

1. ¿Qué es la representación?

El trabajo de Pitkin, *The concept of representation*, publicado en 1967[3], sigue siendo uno de los estudios más complejos y controvertidos sobre el concepto de representación[4]. Para la autora, representación, y en especial la dimensión que alude al acto en que los seres humanos representan a otros, es un concepto esencialmente moderno[5], tan altamente complejo que supone tomar en consideración cuatro dimensiones: descriptiva, sustantiva, formal, y simbólica. Es en esta última dimensión, en la que se encuentra el marco teórico de la presente investigación.

De acuerdo con Pitkin, la perspectiva de la representación política o *representación por simbolización* alude a aquella situación en la que un agente (representante), es quien o el que representa a un principal (el representado) al tiempo que le atribuye un «significado de representación». La particularidad de esta última concepción reside en la capacidad del agente (el símbolo) de evocar un valor, significado y/o creencia relacionado con el representado[6], produciendo vínculos emocionales[7], en vez de a reacciones basadas únicamente en criterios justificables racionalmente[8]. Sin embargo, parece que Pitkin no va a tener en cuenta

[3] PITKIN, H., *The Concept of Representation*, Berkeley (Univ. of California Press), 1985.

[4] GARCÍA GUITIÁN, E., «El significado de la representación política», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, pp. 110.

[5] PITKIN, H., *The Concept of Representation*, cit., p. 4.

[6] LOMBARDO, E. y MEIER, P., «Symbolic representation and the construction of gender roles in the European Union», ponencia presentada en el X Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política, Murcia, 7-9 de septiembre de 2011, p. 2.

[7] GARCÍA GUITIÁN, E., «El significado de la representación política», cit., p. 111.

[8] LOMBARDO, E. y MEIER, P., «Symbolic representation and the construction of gender roles in the European Union», cit., p. 2.

el mapa total de jerarquías en las que se inscriben la construcción de identidades, pues dos son los aspectos que la autora no toma en consideración cuando analiza la representación simbólica, que si van a estar presentes en la obra de Lombardo y Meier, *The Symbolic Representation of Gender: A Discursive Approach*[9].

Por un lado, el hecho de que el efecto que evocan los símbolos no tiene un carácter inmediato, sino que es resultado de procesos de construcción continua[10]; lo que permite que el discurso y, por antonomasia, el lenguaje[11] construya y reproduzca simbología[12]. Por otro, la idea de que representación simbólica no se basa solo en la existencia de símbolos visuales (estatuas, banderas o imágenes) como afirmaba Pitkin; sino también en la configuración de discursos que otorgan un significado a la realidad y que comparten un entendimiento de la misma[13].

Que el lenguaje reproduzca simbología supone la existencia de grupos en posición de privilegio y de marginación; es decir, de relaciones asimétricas donde, para el primero de los casos, se mantiene y refuerza su posición social, mientras que para el segundo, supone hundirse aún más en la marginación a la que están relegados. Otra de las funciones de la representación simbólica dentro de los procesos de significación política es la de la construcción de la identidad; es decir, la conciencia del sujeto individualmente, pero también las normas y los roles de género[14] que jugamos en la sociedad. En otras palabras, la representación simbólica acaba determinando la posición de privilegio o de marginación que ocupan los sujetos según su género dentro de la estructura social.

II. EL CONCEPTO DE SUJETO SUBALTERNO

1. Cuando el subalterno no habla sino que es simbólicamente representado: ¿Quién o qué es lo subalterno?

La lógica de dominación discursiva que opera sobre los hombres y las mujeres, y que los construye como grupos marginados y privilegiados dentro del binomio público/privado, se incrementa sobremanera cuando entra en conexión con otras variables. La pieza

[9] LOMBARDO, E y MEIER, P., *The Symbolic Representation of Gender: A Discursive Approach*, Burlington VT (Ashgate), 2014.

[10] LOMBARDO, E y MEIER, P., *The Symbolic Representation of Gender: A Discursive Approach*, cit., pp. 21-22.

[11] BONDI, L., «In whose words? On gender identities, knowledge and writing practices», *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 22, 1997, pp. 245-58.

[12] LOMBARDO, E y MEIER,P., «Symbolic representation and the construction of gender roles in the European Union», cit., p. 2.

[13] VERLOO, M., «Mainstream gender equality in Europe. A critical frame analysis», *The Greek Review of Social Research*, 117, 2005, p. 20.

[14] LOMBARDO, E. y MEIER, P., *The Symbolic Representation of Gender: A Discursive Approach*, cit., pp. 41-43.

que queremos incorporar a la actual definición simbólica de la representación, que abarca a esas otras realidades habitualmente desplazadas, recibe el nombre de Sujeto Subalterno. Quién o qué es lo subalterno, es lo que primero que debemos aclarar.

Es Antonio Gramsci quien da un toque distintivo al término subalterno (en su uso común dentro del mundo militar aludía a los oficiales subalternos), al extender el concepto más allá de la noción de clase, tanto en su posición como en su conciencia, pues dicha categoría por sí misma no otorgaba una explicación sobre la complejidad de las sociedades actuales[15]. Una vez extendido, el concepto gramsciano de lo subalterno aludía a todos aquellos sectores objeto de dominación en una sociedad política o civil y/o a los que no tiene expresión en el Estado. En palabras de Gramsci[16] a aquellos/as que «(…) sufren siempre la iniciativa de los grupos dominantes, aun cuando se rebelan y sublevan».

Si lo subalterno es lo oprimido y su pensamiento una negación, con la pregunta de ¿Puede hablar el sujeto subalterno? Spivak (2003)[17] añade un elemento clave a lo que entendemos por grupos subalternos, pues a lo anterior se le une no solo el hecho de que su voz no es escuchada, sino también que esta se ve «silenciada» por la narrativa hegemónica que impregna la estructura del sistema-mundo moderno. Por supuesto que el sujeto subalterno puede «hablar» físicamente, pero eso no significa que tenga un status dialógico desde el que pueda hablar o responder en el sentido de una posición discursiva[18]; ya que, tal y como afirma Spivak, «subalterno es el espacio en blanco entre las palabras, aunque el que se le silencie no significa que no exista»[19].

Dentro de este centro o círculo silenciado, irrecuperablemente heterogéneo, se encuentran «los hombres y mujeres entre un campesinado analfabeto, las tribus, los más bajos estratos del subproletariado urbano»; o, como diría Foucault cuando es citado por Spivak, «las mujeres, los presos, los soldados conscriptos, los pacientes de hospitales y los homosexuales». En definitiva, existen sujetos para los que «la episteme opera con una función programática silenciosa»[20]; pues la citada estructura del campo lingüístico, concebida como un sistema de relaciones de poder, da lugar a una desigual distribución del capital lingüístico[21].

Si tomamos como cierta la aserción de que el sujeto subalterno «no puede hablar», pues la pregunta formulada por Spivak obtiene una inmediata respuesta, lo siguiente que debemos preguntarnos es, ¿Cómo logra hablar y ser escuchada la conciencia de lo subal-

---

15 COLLAZO, C., «Deconstrucción, ideología y política: Cuando lo subalterno no habla, habita», V Jornadas de Jóvenes Investigadores del Instituto de Investigaciones Gino Germani, Buenos Aires, 2010, p. 34.

16 GRAMSCI, A., *Cuadernos de la cárcel*, vol. 6, Ciudad de México (Ediciones Era), 2000.

17 SPIVAK, G. C., «¿Puede hablar lo subalterno?», *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 39, 2003, pp. 297-364.

18 COLLAZO, C., «Deconstrucción, ideología y política: Cuando lo subalterno no habla, habita», cit., p. 4.

19 SPIVAK, G. C., «¿Puede hablar lo subalterno?», cit., p. 298.

20 SPIVAK. G. C., «¿Puede hablar el sujeto subalterno?» *Orbis Tertius*, año III, núm. 6, 1998, pp. 15-22.

21 BOURDIEU, P., *Language and Symbolic Power*, Cambridge MA (Harvard University Press), 1991, p. 57.

terno? ¿Es éste un mecanismo legítimo? Que el sujeto subalterno «no hable» implica que la conciencia (*conscience*), su significado como principal a la hora de ser representado, se vea configurada y negociada en forma de discurso político-mediático por parte de actores tan diversos como las instituciones, la academia, la sociedad civil[22] y/o los medios.

El hecho de que ya exista una estructura de significados simbólicos organizados por otros agentes hace que lo subalterno no acceda de forma inmediata a su conciencia, pues «esta se halla ya inmersa en una red de significados previamente codificados». Es decir, el lenguaje conforma la realidad de manera que esta no existe sin la configuración lingüística que se realiza sobre la misma. Como diría Derrida, «el lenguaje es ya la realidad última (…) no hay fuera-del-texto»[23]. Si no hay realidad fuera del texto, entonces lo subalterno como principal es lo que éste, o más bien lo que el agente que lo construye simbólico-discursivamente determina que es. Ya lo decía Foucault «si el (discurso) consigue algún poder, es del (sujeto subalterno) de quien lo obtiene»[24].

2. La representación simbólica del Sujeto Subalterno en el marco interseccional

> *«They cannot represent themselves, they must be represented»*, -Karl Marx, The Eighteenth Brumaire of Louis Bonaparte

«El desarrollo periódico de los individuos subalternos aparece complejizado por la interferencia del proyecto imperialista»[25], un contexto en el que el lenguaje ayuda a mantener el control sobre los espacios de silencio, ahora ya epistemológicamente colonizados. La configuración de historias universales, a través de lo que Said[26] denomina «Orientalismo», donde el Sujeto Europeo eurocéntrico, occidentalocentrico, heterosexual, burgués, patriarcal, androcéntrico, y según Sibai[27], cristianocéntrico - es el protagonista, ha ayudado a construir el espacio de lo Subalterno por excelencia: «Asia» (muchas veces «África» o el «Tercer Mundo»).

Es a partir de esta represión unificada con la que el Sujeto Europeo busca representar al Otro en una relación de espejo, consolidándose en su propio estatuto como único sujeto

[22] LOMBARDO, E y MEIER, P., «Symbolic representation and the construction of gender roles in the European Union», cit., p. 2.

[23] VALLESPÍN, F., *La mentira os hará libres: Realidad y ficción en la democracia*, Galaxia Gutenberg (Barcelona), 2012, p. 36.

[24] FOUCAULT, M., *Orden del Discurso*, Barcelona (Tusquets), 1980.

[25] SPIVAK. G. C., «¿Puede hablar el sujeto subalterno?», cit., p. 16.

[26] SAID, E., Orientalism. Nueva York (Pantheon), 1978.

[27] SIBAI, A., «El "Hijad" en la obra de Fátima Mernissi o la paradoja del silenciamiento. Hacia un pensamiento islámico decolonial», *Tabula Rasa: Revista de humanidades*, vol. 21, 2014, pp. 47-76.

y tema[28], al tiempo que proyecta la alteridad indeseable hacia el segundo[29]. De este modo, lo subalterno acaba representando aquello en lo que Occidente no quiere verse reflejado. Se produce así una distinción ideológica y cultural donde lo occidental es descrito como masculino, racional y moderno; mientras que lo oriental se representa simbólicamente como femenino, irracional, dependiente y bárbaro (incluso desde una perspectiva moral). Producto de este acto de repulsión, nos dice Adlbi Sibai, el Orientalismo se convierte en un instrumento de colonialidad relacionado con el Islam y con las personas musulmanas, que reproduce un discurso racista y colonial bajo el nombre de «islamofobia»[30].

Dentro del itinerario que recorre la persona musulmana como sujeto subalterno, «la pista de la diferencia sexual está doblemente suprimida», pues en el proceso de construcción simbólica del binomio género lo masculino se presenta como dominante. «Si en el contexto de la producción colonial el subalterno no tiene historia y no puede hablar», el subalterno como femenino, más que el subalterno árabe/musulmán del imperialismo, está sumido en la oscuridad[31].

Esto deriva del hecho de que toda dominación, desde una aproximación analítica, es por definición una dominación de sexo, raza y clase, y en este sentido es en sí misma interseccional, ya que el género no puede disociarse coherentemente de la raza y la clase[32]; entendiendo por interseccionalidad a aquel paradigma que «da cuenta de la percepción cruzada o imbricada de las relaciones de poder»[33].

Un concepto que nos ayuda a «desafiar el modelo hegemónico de "La Mujer" universal y (a) comprender la experiencia de las mujeres racializadas como producto de la intersección dinámica entre el sexo/género, la clase y la raza en contextos de dominación construidos históricamente» a partir de campos de saber-poder que dan lugar a mecanismos de exclusión[34]. Sin embargo, no debemos descuidarnos y centrarnos solo en lo que Brown[35] denominó «el mantra culturalista» (género, clase, raza y sexualidad), pues existen otras diferencias que pueden generar desigualdades significativas y dominación en la vida social[36], como

[28] SPIVAK. G. C., «¿Puede hablar el sujeto subalterno?», cit., p. 26.

[29] FANON, F., *Black Skin, White Masks* (trad. de C. L. Markmann), Nueva York (Grove Press), 1967, pp. 190-191.

[30] SIBAI, A., «El "Hijad" en la obra de Fátima Mernissi o la paradoja del silenciamiento. Hacia un pensamiento islámico decolonial», cit., p. 58. SPIVAK GAYATRI, C., «¿Puede hablar lo subalterno?», cit.

[31] SPIVAK GAYATRI,C., «¿Puede hablar lo subalterno?», cit., pp. 326-328.

[32] DORLIN, E., «Introduction: Vers une éspistémologie des résistances», en DORLIN, E. (ed.), *Sexe, race, classe, pur une éspistémologie de la domination*, París (PUF), 2009, pp. 5-20.

[33] VIVEROS VIGOYA, M., «La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación», *Debate Feminista*, núm. 52, 2016, p. 2.

[34] VIVEROS VIGOYA, M., «La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación», cit., pp. 8-14.

[35] BROWN, W., *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton (Princeton University Press), 1995.

[36] VIVEROS VIGOYA, M., «La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación», cit.

la nacionalidad, la religión, la edad y la diversidad funcional, por la pertinencia política de dichas variables.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que la mujer musulmana en su posición de subalterna sufre una doble discriminación: la primera por ser mujer, pues esta es «una figura cuya mínima predicación como algo indeterminado ya ha sentado toda una tradición dentro del falocentrismo»; y la segunda por ser su origen árabe y/o musulmán, ya que las diferencias de etnia o de clase se encuentran «subsumidas bajo el mismo dictamen»[37]. Discriminación que tiene origen, según Sibai cuando cita a Mernissi, en las lecturas misóginas e islamofóbicas del Corán que reproducen «los discursos (…) sobre los sujetos racializados localizados en el universo islámico». Es con estas lecturas cuando el silenciamiento de las mujeres, que, tal y como afirma Mernissi también forma parte de la estructura base de la civilización arabo-islámica[38], se ve doblemente reflejado.

La islamofobia, por ende, se generaliza sobre la mujer musulmana en tres sentidos. Por un lado, la incidencia de la islamofobia entendido como un racismo de aversión, tiene mayor influencia en las mujeres musulmanas que en los hombres. Por otro lado, tiene lugar una generalización de que la islamofobia, desde el punto de vista de que quien la produce (Occidente como agente), es intrínsecamente patriarcal. Por último, en la generación de un constructo sexuado y feminizado, lo que Adlbi Sibai denomina «mujer musulmana con hijad», como el prototipo de la «mujer del Tercer Mundo», la «Otra» por antonomasia.

III. LO SUBALTERNO EN EL DISCURSO MEDIÁTICO INTERNACIONAL

¿Cómo poner en la misma balanza a un proletario europeo, blanco, hombre, perteneciente a un sindicato; y a una mujer, de piel oscura, analfabeta y pobre? Como diría Asensi[39] «el primero es un explotado, la segunda una subalterna». De este modo, cuando hablamos de las mujeres refugiadas sirias ha de tenerse en cuenta el efecto que los rasgos identitarios de la elite europea y global (el racismo y el patriarcado)[40] ejercen sobre las mismas. En otras palabras, el hecho de que si eres mujer, refugiada y estás orientalizada «estás metida en el problema de tres formas»[41]. Nos encontraríamos pues ante una situación de triple desplazamiento: mujer, musulmana y refugiada, son las tres variables que atraviesan su naturaleza subalterna.

Puesto que la interseccionalidad requiere, para autoras como Collins[42], de cuestiones tanto microsociológicas como macrosociológicas, la situación de opresión que sufren las

37 SPIVAK, G. C., «¿Puede hablar lo subalterno?», cit., p. 20.

38 SIBAI, A., «El "Hijad" en la obra de Fátima Mernissi o la paradoja del silenciamiento. Hacia un pensamiento islámico decolonial», cit. pp.49-65.

39 ASENSI, M., «Spivak o el mundo subalterno» en Revista La Vanguardia, 01-03-2006.

40 RUIZ-GIMÉNEZ, I., "Derechos Humanos: Género e Inmigración», cit., p. 14.

41 SPIVAK, G. C., «¿Puede hablar lo subalterno?», cit., p. 338.

42 COLLINS, P.H., «Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment», Nueva York (Routledge), 2000.

mujeres musulmanas cuando son refugiadas es resultado de lo que se conoce como *interlocking systems of oppression*. Un concepto que se refiere a las exclusiones que tienen lugar como resultados de fenómenos macrosociales que interrogan la manera en que están implicados los sistemas de poder en la producción, organización y mantenimiento de las desigualdades; a diferencia de aquellos efectos de opresión derivados de las estructuras de desigualdad social en las vidas individuales, que tienen lugar en procesos microsociales.

Partiendo de que hablamos de procesos de opresión a nivel macro, impulsados muchas veces por los medios de comunicación, actor e instrumento al mismo tiempo, nos preguntamos ¿Son las imágenes de las mujeres sirias en el exilio de verdad representativas de lo que es la realidad?

Nuestra hipótesis es que el racismo islamofobico que estereotipa y minusvalora al diferente cuando lo señala como el/la Otro/a, hace que los/as refugiados/as dejen de ser personas concretas y que se conviertan en víctimas universales[43]. Lo que deriva en una única categoría de «mujer del Tercer Mundo» (en nuestro caso de «mujer refugiada siria»). Proceso homogeneizador que suprime la diversidad de experiencias que experimentan las mujeres sirias en el exilio y que refuerza la posición de subalternidad a la que estas se ven expuestas. Con todas las injusticias sociales y políticas que esto conlleva.

1. Desconexión entre el espacio off-line y el online: La representación simbólica dominante de las mujeres refugiadas sirias

La identidad, simbólicamente construida, de los sujetos subalternos se ve enmarcada y negociada en forma de un discurso político-mediático por parte de agentes que funcionan como emisores de discursos hegemónicos: los medios. Dos son las narraciones dominantes en la construcción de las personas refugiadas como sujetos subalternos: la infantilización y pasivización, poniendo énfasis en la inocencia, la vulnerabilidad y la victimización ideal; y su representación como seres humanos dotados de experiencias subjetivas y dignificadas, aunque en realidad estereotipadas[44].

Si atendemos a la perspectiva de género, a pesar de que de forma reciente está emergiendo en los medios una imagen de activistas y defensoras de derechos humanos del Sur Global, la representación mediática de las mujeres refugiadas sigue siendo la de víctimas sin rostro y sin nombre. Esto se ve reflejado en el dominio de un discurso que habla de «refugiadas sirias sin poder, víctimas de las acciones de su familia y de vender a sus hijas por dinero». Una construcción reduccionista que acaba robando sus historias; y que distorsiona

[43] MALKKI, L., «Speechless Emissaries: Refugees, Humanitarianism, and Dehistoricization», *Cultural Anthropology*, vol. 11, núm. 3, 1996, pp. 377–404.

[44] VENIR, A., «UK Media Representation of Syrian Refugees: A Focus on the Press», 2016. Disponible en:<https://www.academia.edu/9283960/UK_Media_Representation_of_Syrian_Refugees_A_Focus_on_the_Press> [Consultado el 27/03/2018], p. 32.

las diferentes experiencias de resistencia que llevan a cabo contra las jerarquías de poder[45], así como su lucha por la libertad y la violencia a la que se ven expuestas.

Lo interesante, según Mohanty, es que este discurso no solo es reproducido por medios occidentales, sino que en ocasiones también por parte de los mismos agentes de países en desarrollo que acaban adoptando el discurso dominante occidental[46]. De este modo, la representación simbólica «online» que realizan los medios de comunicación sobre las mujeres refugiadas sirias se construiría tanto a través del citado Orientalismo, como del «Auto-Orientalismo»[47].

Teniendo en cuenta esta última premisa a continuación se analizan una serie de ejemplos representativos de la desconexión existente entre las representaciones simbólicas «online» dominantes (las realizadas por los medios) y las realidades globales «off-line» sobre los problemas de las mujeres refugiadas sirias en España, Reino Unido, Francia, Alemania y Turquía. La selección de los casos responde a dos criterios: a) en el caso de los países occidentales que no fuesen receptores masivos de personas refugiadas en sus costas (como ocurre con Italia y/o Grecia); b) para el caso de Turquía, el criterio fue la posición privilegiada que tiene frente a las personas refugiadas sirias tras los acuerdos con la UE.

2. Metodología de análisis

La muestra está compuesta de 17 extractos (entre titulares y fragmentos de noticia) procedentes de periódicos digitales y sitios web de cada uno de los países, que han sido seleccionados mediante una metodología inspirada en la utilizada por la investigadora siria Alhayek en sus estudios sobre medios de comunicación y mujeres refugiadas sirias, los únicos análisis encontrados sobre esta temática hasta la fecha; aunque también en el artículo *Desplazando la victimización: mujeres sirias*, de la politóloga Jessica Buendia[48]. El proceso metodológico no fue sencillo, pues no encontrábamos una metodología adaptada específicamente a este tipo de estudios, por lo que somos conscientes de que es simple y que tiene sus sesgos. En un análisis más profundo creemos que sería necesario buscar una metodología más completa.

El proceso consta de tres fases. En primer lugar, tecleamos en el buscador Google la frase «*Mujeres refugiadas sirias*» en cada uno de los idiomas de los acasos analizados,

---

[45] ALHAYEK, K., «Untold stories of Syrian women surviving war», *Syria Studies*, vol. 7, núm. 1, 2015, p. 3.

[46] MOHANTY, C., *Feminism without Borders: Decolonizing Theory, Practicing Solidarity*, Durham NC (Duke University Press), 2003.

[47] ALHAYEK, K., «Double Marginalization: The Invisibility of Syrian Refugee Women's Perspectives in Mainstream Online Activism and Global Media, Feminist Media Studies», cit., p. 699.

[48] BUENDIA, J., «Desplazando la victimización: mujeres sirias», entrada de blog de 22 de octubre de 2015. Disponible en <http://www.corrienteroja.net/desplazando-la-victimizacion-mujeres-sirias/>. [Consultado el 27/03/2018].

con el objetivo de que los resultados que nos salgan sean de medios locales. En segundo lugar, se selecciona por orden de aparición en la búsqueda aquellos títulos que incluyan las palabras mujeres, refugiada y Siria o sirias. Para el caso de Reino Unido el procedimiento cambia ya que, al escribir en inglés la frase clave de búsqueda nos daba resultados de todo el mundo; en este sentido lo que se hizo fue añadir en el buscador el nombre de los periódicos nacionales más relevantes a la derecha de la citada frase, por ejemplo «*Syrian Women Refugees The Guardian*» de esta forma nos aseguramos de que los resultados de búsqueda correspondiesen específicamente a medios británicos. A partir de ahí, el proceso de selección fue el mismo, por orden de aparición en los resultados.

En tercer lugar, el proceso se realizó un análisis de lenguaje a través de la búsqueda de adjetivos calificativos que describiesen a las mujeres refugiadas sirias, y posteriormente se clasificaron los resultados de esas descripciones en tipologías de discurso de elaboración propia, tal y como veremos en nuestras conclusiones.

3. Análisis casos de estudio

El objetivo de esta investigación es analizar si tiene lugar o no el uso de discursos islamofóbicos sobre las mujeres refugiadas sirias de forma una generalizada, si se producen cambios según el contexto occidental y lingüístico en el que nos encontremos, y, por último, si estas dinámicas se reproducen también en espacios tradicionalmente orientalizados. A continuación se muestra una tabla que ilustra el conjunto de resultados obtenidos mediante la metodología arriba descrita:

A. Representaciones simbólicas online en el espacio del «Yo»: España, Francia, Reino Unido y Alemania

España:

España no es ni mucho menos uno de los países europeos que más solicitudes de asilo de personas refugiadas sirias ha aceptado; sin embargo, si escribimos en el buscador Google «mujeres refugiadas sirias», la desconexión existente entre las representaciones simbólicas «online» y «off-line» se evidencia en titulares tan agresivos como estos: «Refugiadas sirias expuestas a la explotación y al acoso sexual» (1); «Mujeres y niñas refugiadas sirias son obligadas a prostituirse Líbano» (2); o «Refugiadas sirias venden su matrimonio en Facebook»(3). Veamos un fragmento de esta última noticia:

> «(…) no sólo internet sirve para ofrecer en matrimonio a las mujeres sirias. Alrededor de los campos de refugiados (…) se ha organizado una red informal de intermediarios que las ofrecen a los interesados. Los "clientes" van desde

> acaudalados árabes hasta turistas extranjeros que piden por "menores de 16 o 17 años"», *Infobae*, mayo 2014.

Discursos como el precedente no hacen que estigmatizar y cosificar a las mujeres refugiadas sirias, homogenizándolas bajo la condición de víctimas indefensas o «doncellas en apuros» que necesitan ser salvadas. Mujeres sin agencia, sin voz, que son única y exclusivamente objetos. Asimismo, este «giro discursivo de seguridad» ni siquiera sirve para poner en el centro de la lucha contra esas mafias los derechos de mujeres sirias en el exilio o para fomentar más o mejores mecanismos de rescate en el Mediterráneo; sino que, por el contrario, refuerza «la respuesta securitizada» más bien orientada a proteger las fronteras europeas[49].

Ha de destacarse, sin embargo, que a pesar del predominio de estos discursos hemos encontrado algunas noticias que, aunque escasas y bajo titulares como «Peligro invisible: la realidad oculta de niñas y mujeres refugiadas inmigrantes» (4), reconocen el liderazgo que pueden ejercer las mujeres refugiadas sirias:

> «Los líderes europeos, incluido nuestro gobierno, y la UE deben diseñar e implementar acciones coordinadas en las que se tengan en cuenta las necesidades específicas de las niñas y las mujeres en la actual crisis, y que incorporen medidas concretas de protección y fomento de la resiliencia. No cabe duda de que son agentes esenciales para la recuperación de las comunidades afectadas por los conflictos y los desastres, pero también para construir economías más fuertes y sociedades más saludables. Tenemos la obligación legal, política y moral de brindar una oportunidad justa a las niñas y las mujeres refugiadas y migrantes en Europa. No podemos fallar», *eldiario.es,* marzo 2016.

Lo que destacada de este artículo, sin ánimo de desmerecer lo positivo que resulta que al menos esta vez sí se las represente como «(…) agentes esenciales para la recuperación de las comunidades afectadas por los conflictos (…)»; es el titular. Lo que entendemos es que «la realidad oculta» de las mujeres y niñas refugiadas sirias no es que sufran acoso o persecución, pues no hay más que poner la citada frase en Google para comprobar que es la imagen que más se extiende en el espacio online del discurso. Lo oculto, la realidad «off-line» que no se ve reflejada en el discurso de la mayoría de los medios, es el papel de liderazgo no que «podrían jugar», sino que ya ejercen las mujeres refugiadas sirias tanto en sus comunidades como en el exilio. El contenido del artículo supone un ligero cambio en el discurso, el título del mismo no.

[49] RUIZ-GIMÉNEZ, I., «Derechos Humanos: Género e Inmigración», cit., p. 7.

Francia:

Si realizamos una búsqueda en francés «*les femmes réfugiées syriennes*» (mujeres refugiadas sirias), los titulares no se alejan de la tendencias ya mencionadas y, de hecho, nos es difícil encontrar, a diferencia de España, alguna noticia que aluda a las mismas como sujetos activos dueñas de su agencia y de su conciencia: «Les réfugiées syriennes, des proies sexuelles» (5) (Las refugiadas sirias, presas sexuales); «Réfugiées syriennes ; vendues à 16 ans» (6) (Refugiadas sirias, vendidas a los 16); «Les réfugiées syriennes, des fiancées bon marché» (7) (Refugiadas sirias, novias baratas); «La prostitution discrète des réfugiées syriennes» (8) («La prostitución discreta de las refugiadas sirias») donde se habla de burdeles, de las mujeres sirias como casi una fantasía occidental, de la compra de sirias para casarse y donde, sobre todo, se las asocia a debilidad y fragilidad: «Es difícil no tener un futuro, a los 17, a continuación de haber soñado ya no tanto. Estas mujeres son las más frágiles», *Rue 89,* febrero 2014.

Esta vulnerabilidad, en ocasiones considerada una garantía para hacer a las personas refugiadas sirias merecedoras de ayuda y hospitalidad, y que fácilmente provoca la empatía del lector[50]; juega un papel fundamental a la hora de perpetuar los estigmas asociados a la mujer musulmana en general, y a las refugiadas sirias en particular.

Inglaterra:

Alice Venir es una antropóloga que ha desarrollado un estudio en el que demuestra que la representación negativa de los refugiados sirios en los medios ingleses es marginal si lo comparamos con las noticias neutrales o positivas que se dan sobre los mismos.

Si trasladamos lo anterior al caso de las mujeres refugiadas sirias y escribimos «*Syrian Women Refuggees*» seguido del nombre de los periódicos británicos más relevantes, nos encontramos con discursos mucho más positivos que en los casos español y francés, pues son muy pocos los titulares que aluden a violaciones de mujeres sirias, prostitución, o a su supuesta debilidad de forma directa: «Entrepreneurial wisdom that empowers Syrian women in the midst of war» (9) (Sabiduría emprendedora que da poder a las mujeres sirias en medio de la guerra) o «Cuddles, not bombs: how one woman helped children in Syria» (10) (Abrazos, no bombas: cómo una mujer ayudó a los niños en Siria), son algunos de los resultados positivos con los que nos encontramos.

Aunque Venir reconoce la coexistencia de discursos diferentes y de una oposición, especialmente cuando se realizan representaciones distantes del «Otro»[51], al centrarse únicamente en el nivel macro del discurso mediático generalmente asociado a una lectura

[50] VENIR, A., «UK Media Representation of Syrian Refugees: A Focus on the Press», cit., p. 15.
[51] VENIR, A., «UK Media Representation of Syrian Refugees: A Focus on the Press», cit., p. 21.

positiva o sistemática[52], deja fuera las posibles construcciones negativas del nivel micro lingüístico[53].

¿Qué ocurriría si analizásemos el nivel micro lingüístico en el caso de las mujeres refugiadas sirias? Titulares como «Rape and domestic violence follow Syrian women into refugee camps» (11) (La violación y la violencia doméstica siguen a las mujeres sirias en los campos de refugiados) no solo siguen reproduciendo un discurso que relaciona a la mujer refugiada siria con violación y prostitución; sino que además saca a la luz el micro proceso de construcción de la mujer occidental como libre e igual frente a la «Otra» sometida al falogocentrismo árabe-musulmán. El resultado es la misma relación de espejo que se da durante el proceso de construcción simbólica de Occidente sobre Oriente, pues al final la mujer occidental construye su identidad a partir y a costa de la representación simbólica de la mujer refugiada siria.

Alemania:

Dentro los cinco países que en 2015 recibieron conjuntamente hasta un 66% de las solicitudes de asilo presentadas en 44 países industrializados, Alemania ocupa un segundo lugar con un total de 158.657 solicitudes solo procedentes de personas sirias[54]. Por tanto, al escribir la frase «Syrische Flüchtlingsfrauen» (mujeres refugiadas sirias), aunque podría no ser así, no nos sorprende encontrarnos con titulares como este «Syrien: Heiratsmarkt der flüchtenden Frauen» (12) (El mercado de las mujeres que huyen) y con noticias como esta «Tochter zu verkaufen: Wie syrische Flüchtlingsfrauen versklavt und an reiche Araber verschachert warden» (13) (Hijas a la venta: como son esclavas de refugiados sirios y vendidas a los árabes ricos):

> «Las mujeres sirias están en el mundo árabe como un sueño mujeres (…) de piel blanca, pequeñas, cara bonita, trabajadoras y obedientes a sus maridos. (…) las mujeres prostitutas sirias en la región son bien conocidos y populares», *Watson,* enero 2016.

La dinámica a través de la cual la mujer refugiada siria es asociada de forma casi automática al mercado de su cuerpo y la trata, que esencializa su belleza bajo prototipos de debilidad, pasividad y dependencia, parece ser también parte de discurso político mediático alemán. Amén de un discurso que hemos denominado «agresivo», parece que en los medios

[52] KHOSRAVINIK, M., «The representation of refugees, asylum seekers and immigrants in British newspapers during the Balkan conflict (1999) and the British general election (2005)», *Discourse Society*, vol. 20, núm. 4, 2009, p. 494.

[53] VENIR, A., «UK Media Representation of Syrian Refugees: A Focus on the Press», cit., p. 21.

[54] CEAR. Informe 2016., «Las personas refugiadas en España y Europa». Disponible en <https://www.cear.es/wp content/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf >. [Consultado el 27/03/2018].

alemanes también tiene lugar un discurso de humanización («humanismo occidental») que reflejado en noticias como esta «Tochter zu verkaufen» (14) (Hija para vender), no tanto por el titular como por su contenido, acaban derivando en una infantilización de mujeres refugiadas sirias y en la naturalización de su dependencia con respecto al falogocentrismo musulmán:

> «Los informes sobre la situación de las mujeres sirias (…) me han tocado. Con cada artículo que leo, creo más que son los hombres los responsables de lo que ocurre con las mujeres. Parece paradójico para mí. En el mundo árabe el hombre no es más que el fuerte, el protector, la mujer es el débil (…). ¿Por qué son los protectores los que se convierten en autores?, me pregunto», *Reportagen,* 2016.

Se reproduce pues un discurso mediante el que, haciendo uso de la religión musulmana, se busca normalizar la posición de dominio del hombre árabe y/o musulmán (entendido como categoría universal) sobre «sus mujeres». Un dominio que; por un lado, naturaliza la necesidad de protección que supuestamente tienen las mujeres refugiadas sirias; y por el otro, resalta la fortaleza que tradicionalmente se otorga al hombre musulmán (siempre visto como «bárbaro» y «salvaje») y la debilidad asociada a las mujeres sirias vistas como sujetos pasivos sin conciencia. Lo que destaca es el hecho de que no se tiene en cuenta, ni se mencionan, las otras estructuras patriarcales a las que también se ven expuestas.

Esta construcción de la «mujer refugiada siria» como débil e indefensa, hace que salvarla se convierta en la más básica necesidad occidental y que surjan titulares como este «Flüchtlingsfrauen retten antikes Wissen für eine vereinte Welt» (15) (Salvar a las mujeres refugiadas conocimiento antiguo para un mundo unido).

B. Representaciones simbólica online en el espacio del «Otro»: Turquía

Millones de personas refugiadas sirias han inmigrado hacia países colindantes, especialmente a Turquía, Líbano y Jordania. De los alrededor de más 4 millones de sirios y sirias que tuvieron que abandonar su hogar, a fecha de 2016 existen ya más de 2.7 millones de personas refugiadas registradas en territorio turco. Algo que excede notablemente el número de refugiados y refugiadas que ha llegado en total a las costas europeas[55].

La situación en Turquía es ambivalente, pues mientras que una encuesta realizada en octubre de 2014 reflejaba que un 60% de los turcos pensaba que las personas refugiadas sirias «alteran la armonía y la paz de la sociedad» y un 30% afirmaba debían ser enviados de vuelta a su país de origen; un 72% entendía que los sirios y las sirias son personas que escapan de un conflicto letal y que por ello son sus huéspedes. Por su lado el discurso político presentaba a las personas refugiadas sirias como huéspedes y hermanos/as. Existe por tanto

[55] CEAR. Informe 2016., «Las personas refugiadas en España y Europa», cit.

una especie de «relación amor-odio», paradoja que se ha convertido en unas de las formas en la que los turcos fortalecen sus privilegios nacionales, de clase y patriarcales a costa de la marginación de estas personas[56].

Si realizamos la misma búsqueda en Google de «*Suriye mülteci kadın*» (mujeres refugiadas sirias), esta vez en turco, la desconexión entre las representaciones «online» y la realidad «off-line» sigue siendo significativa. Titulares como «Envío a amigos de mujeres refugiadas sirias violadas» (16) (Suriyeli kadına tecavüz etti arkadaşlarını da yolladı) donde se habla de mujeres refugiadas sirias violadas que son vendidas como segundas o terceras esposas a turcos; o extractos como el de este último artículo, «Las mujeres sirias se venden en Gaziantep y Kilis» (17) (Suriyeli Kadinlar Gaziantep ve Kilis'te Satılıyor), muestran la forma en la que se re-produce el mismo discurso occidental sobre a las mujeres refugiadas sirias en los medios turcos:

«Las mujeres sirias que llegan a Gaziantep y Kilis después de la guerra se venden. Las muchachas sirias se venden a hombres que son 30-40 años más viejos que ellos con los precios cambiantes de 2.000 a 50.000 liras. Los mediadores también ganan con estas ventas. Las escenas del comercio han sido reveladas. Dos compradores están negociando sobre una muchacha siria. El crupier pide tiempo para pensar. Es más fácil encontrar chicas a la edad de 18 años y mayores, mientras que es difícil encontrar chicas menores de 18 años. Sus edades varían, de 14 a 30. Todo esto depende del interés del comprador. Se ha convertido en un negocio en todas estas ciudades. Las familias que no quieren quedarse en los campamentos son más propensas a participar. Las muchachas sirias se están sacrificando para salvar a sus familias (…)». *Haberler.com*, octubre 2014.

Lo anterior parece reflejar que la representación simbólica realizada por los medios cambia de contexto y por ende de agente, pues quien originalmente actuaría como principal en el proceso constructivo, los turcos como principales del espacio subalterno orientalizado, pasa ahora a tener el papel de agente a través del uso del citado «Auto-Orientalismo». En otras palabras, los medios turcos narran los acontecimientos desde la perspectiva de un opresor que, reproduciendo el discurso occidental, representa una vez más a la «mujer refugiada siria» como sujeto monolítico, cosificado y sin agencia.

A partir del análisis anterior hemos realizado una clasificación de los países de acuerdos a dos tipologías de discurso: a) agresivo, relaciona de forma sistemática a las mujeres refugiadas sirias con la prostitución, la trata, las redes de explotación sexual, y con la venta de menores sirias para contraer matrimonio; b) humanista, busca presentar a los refugiados y refugiadas como personas normales como «nosotros» y hace uso de un cierto paternalismo (positivo o negativo).

[56] NAS, A., «Representation of Syrian Refugees in Turkish Media: A Critical Analisys of the News Items», ponencia presentada en el Congreso *Constructing Middle East: Media, Ideology and Culture*, Ankara, 22-23 de octubre de 2015, p. 3.

Tabla 1: Clasificación de países según tipología discursiva.

TIPO DE DISCURSO	CLASIFICACIÓN DE CASOS		
AGRESIVO	**Espacio del «Yo»**		España
			Francia
			Reino Unido
			Alemania
	Espacio del «Otro»		Turquía
HUMANISTA	**Espacio del «Yo»**	POSITIVO	Reino Unido
		NEGATIVO	Alemania

Fuente: elaboración propia.

IV. ¿CÓMO HACER PARA QUE LO SUBALTERNO HABLE Y NO SOLO HABITE?

> «*Solo si lo subjetivo (la conciencia de oprimido) se acerca a lo objetivo (la situación de opresión) es posible una reflexión-acción que lleve al cambio*». (Freire, 1971: 49)

La realidad nos muestra que el *que puede hablar* marca de forma simultánea *en qué términos se puede hablar*, en otras palabras, cuales son los conceptos y significantes de los que se puede hacer uso y dentro de qué marco de construcción de una realidad específica se articulan los discursos. De ahí la importancia de que lo subalterno, aunque el «hablar» suponga perder dicha naturaleza (Spivak no lo afirma directamente, pero es algo que deja entrever), tenga acceso a espacios que le permitan configurar su propia conciencia.

No es fácil formular la pregunta sobre la toma de conciencia de lo Subalterno ¿Cómo conseguir que «hable» y no solo habite? Del presente interrogante derivan dos dimensiones que, debido a la naturaleza del trabajo, serán abordadas brevemente: a) cómo lograr que el sujeto etnocéntrico mantenga la objetividad a la hora de definir al Otro; b) qué se debe hacer para velar por la construcción de un discurso propiamente subalterno.

¿Es posible impedir al sujeto occidentalocéntrico que se configure a sí mismo al definir de forma selectiva al Otro? El problema al que nos enfrentamos no pasa solamente por el hecho de que cada cosa que leemos se encuentra atrapada en el debate de producción del Otro, tanto a la hora de colaborar en la configuración de este sujeto como en el momento de criticarlo (aunque siempre desde la posición que ocupa Europa). Se trata, además, de que al constituir al Otro de lo europeo se anulan los «ingredientes textuales» con los que lo subalterno accedería a la toma de posesión de su propio itinerario, tanto en las instituciones legales, como en la producción científica e ideológica.

La solución del problema del Sujeto Europeo parte por empezar a considerar el proceso a través de cual Europa constituye la representación de lo subalterno como un problema, no general, sino europeo. Puesto que el «pensamiento es…la parte en blanco del texto» y aunque este se encuentre en blanco, tal y como afirma Derrida citado por Spivak, «sigue estando en el texto y debe ser confiado al Otro de la historia», el segundo paso para la solución del problema es que el Sujeto Europeo se ponga en el lugar del Otro como condición para un entendimiento moral.

Una de las formas en la que esto puede tener lugar es a través de lo que Iris Marion Young denomina una reciprocidad asimétrica, pues «la capacidad de la imaginar la experiencia del otro para formular una opinión sobre él o su situación no equivale a ponerse en su lugar, y (…) esto no es deseable en relación con las cuestiones que saltan a la opinión pública». Este acto comunicativo deberá producirse en forma de un reconocimiento recíproco que esté basado en la interpretación de la diferencia no como un obstáculo, sino como un recurso político. Lo anterior enlaza con la cuestión de cómo deben velar las elites para hacer posible la construcción de un discurso subalterno.

Hasta ahora, como argumenta el pensador Bauman, lo que ha funcionado es la fractura entre «Nosotros» y «Ellos»; sin embargo, dicha dicotomía «no termina de encajar» dentro de «la emergente situación cosmopolita». ¿Qué nos queda entonces? «la capacidad para dialogar».

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que puesto que solo se comparte cuando existe la diferencia, estas relaciones de solidaridad, alianzas y de similitud por la que los oprimidos podrían hablar y acceder a su conciencia bajo sus propios condicionamientos, deben tener lugar sin que sus perspectivas sean intercambiables ya que «la comunicación en su condición ideal es asimétrica e irreversible, incluso siendo recíproca».

Lo bonito es reconocer la diferencia y hacer partícipe de la misma a la opinión pública. Pero cuidado, no se trata de que «los hombres blancos (tengan que salvar) a las mujeres café de los hombres café» o, siguiendo Freud, que «un niño (esté) siendo golpeado» y deba dársele voz a la mujer subalterna como sujeto histórico de la histeria. La citada configuración de alianzas asimétricas donde el sujeto subalterno (en tanto que mujer) pueda «hablar» debe tener lugar desde un planteamiento autónomo donde son los propios sujetos los que generan las condiciones de su emancipación. Lo que se daría, por un lado, cuando en base a organizaciones los seres humanos actúan unidos, pues «el poder desaparece en el momento en que se dispersan»; y por otro, gracias a un proceso educativo a largo plazo que permita a los sujetos subalternos tomar conciencia de su propia situación.

V. RECAPITULACIÓN

A lo largo de la investigación he pretendido detallar la situación de las mujeres refugiadas sirias en relación al concepto de representación simbólica de Lombardo y Meier y del concepto de Sujeto Subalterno de Spivak.

En primer lugar, se hace necesario destacar la forma en la que las palabras, y por ende, los conceptos influencian nuestras realidades. Como hemos visto todo concepto es susceptible de ser definido, pero también de ser re-formulado. Partiendo de esta premisa decidimos abordar el término de representación simbólica añadiéndole la pieza del Sujeto Subalterno pues entendíamos que dicho puzle, al no incluir a personas marginadas de otras categorías estaba incompleto.

En segundo lugar, añadida la pieza de Sujeto Subalterno a la representación simbólica, dentro del marco de la interseccionalidad (etnia, raza, clase social, género, religión, orientación sexual etc.), atendiendo al silenciamiento que dicho estatus supone dentro del sistema-mundo moderno, hemos visto como existen dos variables (mujer y musulmana) que hacen que las mujeres árabes y musulmanas se encuentran subsumidas en una cárcel epistemológica sin salida. «Mujer musulmana con hijad» representa pues a una «Otra» que, construida a partir de una relación espejo, representa todo lo no bueno.

En tercer lugar, hemos visto como la citada situación de marginación aumenta sobremanera en aquellos contextos donde estas mujeres árabes y musulmanas se convierten en refugiadas, pues los factores que las discriminan ahora se triplican: mujer, musulmana y refugiada, son las tres variables que atraviesan la naturaleza fanoniana del no ser de las mujeres refugiadas sirias. Por último, desde una perspectiva feminista transnacional lo que el presente trabajo argumenta es que, en contraste con las representaciones dominantes de los medios globales y sociales, no existe una categoría singular que se ajuste a todas las mujeres refugiadas sirias.

Con el objetivo de observar cómo se despliegan estas dinámicas discursivas en la realidad «online» del discurso político-mediático, nuestro análisis de noticias y titulares en la prensa digital y sitios web ha localizado dos tipologías: a) uno de carácter «agresivo»; y b) otro «humanista» (con una versión positiva y otra negativa).

Por un lado, se encuentra el denominado discurso «agresivo», común a todos los países occidentales analizados, aunque con sus variaciones (España, Francia, Alemania, y Reino Unido), a través del cual se relaciona de forma sistemática a las mujeres refugiadas sirias con la prostitución, la trata, las redes de explotación sexual, y con la venta de menores sirias para contraer matrimonio. Nuestro análisis además pone en evidencia cómo este discurso racista de aversión no se despliega *per se* únicamente en occidente, sino que también se reproduce en contextos como Turquía que, siendo parte del denominado espacio del «Otro», participa de lógicas de opresión contra los refugiados sirios en general, y las mujeres refugiadas sirias en particular.

Lo anterior deriva en un segundo grupo de discurso mediático de carácter «humanista», que busca presentar a los refugiados y refugiadas como personas normales como «nosotros», haciendo uso además de un cierto paternalismo. Este está presente en los medios digitales de Reino Unido y en Alemania, aunque de forma diferente. El primero, se caracteriza porque sus noticias son notablemente positivas pues se presenta a las mujeres refugiadas sirias

como personas como «nosotros» que luchan por salir adelante en los países de acogida; además, habla de empoderamiento y liderazgo (aunque como hemos visto el análisis es positivo a nivel macro, y nos faltaría realizar de forma más extensa un análisis en el nivel micro del discurso).

El segundo, se caracteriza por generar discursos con un carácter negativo, pues algunos de ellos presentan a las mujeres refugiadas sirias como sujetos sin agencia ni poder sometidas a las lógicas de dominación de un patriarcado musulmán ejecutado por hombres «bárbaros» y «salvajes». Lo que convierte el rescate de las mujeres refugiadas sirias de «los hombres de café» en una necesidad básica occidental.

Las consecuencias de estos dos discursos es que se invisibilizan las cuestiones políticas y económicas relacionales, y las desigualdades estructurales que afectan a la forma en las mujeres refugiadas sirias se convierten en refugiadas; y no tiene en cuenta los sistemas de poder y privilegios que marginan y silencian sus voces e historias. ¿Cómo hacer para que la mujer subalterna «hable» y no solo habite? la apertura de un diálogo de reconocimiento recíproco y un proceso educativo a largo plazo donde actúen autónomamente, se presenta como una de las posibles vías para solucionar el denominado *problema europeo*.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALHAYEK, K., «Untold stories of Syrian women surviving war», *Syria Studies*, vol. 7, núm. 1, 2015, pp. 1-30.

ALHAYEK, K., «Double Marginalization: The Invisibility of Syrian Refugee Women's Perspectives in Mainstream Online Activism and Global Media», *Feminist Media Studies*, vol. 14, núm. 4, 2014.

ARENDT, H., *La condición humana*, Paidós (Buenos Aires), 2003.

ASENSI, M., «Spivak o el mundo subalterno», *Revista La Vanguardia*, 01-03-2006.

BAUMAN, Z., *Retrotopía*, Madrid (Paidós), 2017.

BONDI, L., «In whose words? On gender identities, knowledge and writing practices», *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 22, 1997, pp. 245-58.

BOURDIEU, P., *Language and Symbolic Power*, Cambridge MA (Harvard University Press), 1991.

BROWN, W., *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton (Princeton University Press), 1995.

BUENDIA, J., «Desplazando la victimización: mujeres sirias», entrada de blog de 22 de octubre de 2015. Disponible en <http://www.corrienteroja.net/desplazando-la-victimizacion-mujeres-sirias/>. [Consultado el 27/03/2018].

CEAR, Informe 2016 «Las personas refugiadas en España y Europa». Disponible en <https://www.cear.es/wpcontent/uploads/2016/06/Informe_CEAR_2016.pdf> [Consultado el 27/03/2018].

COLLAZO, C., «Deconstrucción, ideología y política: Cuando lo subalterno no habla, habita», V Jornadas de Jóvenes Investigadores del Instituto de Investigaciones Gino Germani, Buenos Aires, 2010.

COLLINS, P.H., *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*, Nueva York (Routledge), 2000.

DORLIN, E., «Introduction: Vers une éspistémologie des résistances», en DORLIN, E. (ed.), *Sexe, race, classe, pur une éspistémologie de la domination*, París (PUF), 2009, pp. 5-20.

FANON, F., *Black Skin, White Masks* (trad. de C. L. Markmann), Nueva York (Grove Press), 1967.

FOUCAULT, M., *Orden del Discurso*, Barcelona (Tusquets), 1980.

GARCÍA GUITIÁN E., «El significado de la representación política», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, pp. 109-120.

GRAMSCI, A., *Cuadernos de la cárcel*, vol. 6, Ciudad de México (Ediciones Era), 2000.

KHOSRAVINIK, M., «The representation of refugees, asylum seekers and immigrants in British newspapers during the Balkan conflict (1999) and the British general election (2005)», *Discourse Society*, vol. 20, núm. 4, 2009, pp. 477-498.

LOMBARDO, E y MEIER, P., *The Symbolic Representation of Gender: A Discursive Approach*, Burlington VT (Ashgate), 2014.

LOMBARDO, E y MEIER,P., «Symbolic representation and the construction of gender roles in the European Union», ponencia presentada en el X Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política, Murcia, 7-9 de septiembre de 2011.

MALKKI, L., «Speechless Emissaries: Refugees, Humanitarianism, and Dehistoricization», *Cultural Anthropology*, vol. 11, núm. 3, 1996, pp. 377-404.

MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M., «Opinión pública y democracia deliberativa: el ejemplo del velo islámico en Francia», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 34, 2014, pp. 67-88.

MOHANTY, C., *Feminism without Borders: Decolonizing Theory, Practicing Solidarity*, Durham NC (Duke University Press), 2003.

NAS, A., «Representation of Syrian Refugees in Turkish Media: A Critical Analisys of the News Items», ponencia presentada en el Congreso *Constructing Middle East: Media, Ideology and Culture*, Ankara, 22-23 de octubre de 2015.

PITKIN, H., *The Concept of Representation*, Berkeley (Univ. of California Press), 1985.

RUIZ-GIMÉNEZ, I., «Derechos Humanos: Género e Inmigración», en *Actas del XXXVI Congreso de Teología*, Madrid (Centro Evangelio y Liberación), 2016.

SAID, E., *Orientalism*, Nueva York (Pantheon), 1978.

SIBAI, A., «El "Hijad" en la obra de Fátima Mernissi o la paradoja del silenciamiento. Hacia un pensamiento islámico decolonial», *Tabula Rasa: Revista de humanidades*, núm. 21, 2014, pp. 47-76.

SPIVAK GAYATRI, C., «¿Puede hablar lo subalterno?», *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 39, 2003, pp. 297-364.

SPIVAK. GAYATRI, C., «¿Puede hablar el sujeto subalterno?» *Orbis Tertius*, año III, núm. 6, 1998, pp. 175-235.

VALLESPÍN, F., *La mentira os hará libres: Realidad y ficción en la democracia*, Galaxia Gutenberg (Barcelona), 2012.

VENIR, A., «UK Media Representation of Syrian Refugees: A Focus on the Press», 2016. Disponible en: <https://www.academia.edu/9283960/UK_Media_Representation_of_Syrian_Refugees_A_Focus_on_the_Press> [Consultado el 27/03/2018].

VERLOO, M., «Mainstream gender equality in Europe. A critical frame analysis», *The Greek Review of Social Research*, 117, 2005, pp. 11-35.

VIVEROS VIGOYA, M., «La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación», *Debate Feminista*, núm. 52, 2016, pp. 1-17.

VII. NOTAS: BIBLIOGRAFÍA DE DATOS

(1) Titular noticia, *Público*, 2 de febrero de 2016: «Las refugiadas sirias, expuestas a la explotación y al acoso sexual».

(2) Titular noticia, *La Izquierda Diario*, 29 de julio de 2016: «Mujeres y niñas refugiadas sirias son obligadas a prostituirse en Líbano».

(3) Noticia, *Infobae*, 30 de mayo de 2014: «Refugiadas sirias venden su matrimonio en Facebook».

(4) Noticia, *eldiario.es*, 8 de marzo de 2016: «Peligro invisible: la realidad oculta de niñas y mujeres refugiadas inmigrantes».

(5) Titular noticia, *humanite.fr*, 3 de febrero de 2016: «Les réfugiées syriennes, des proies sexuelles».

(6) Titular noticia, *marieclaire.fr*, «Réfugiées syriennes; vendues à 16 ans».

(7) Titular noticia, *Métro*, 31 de diciembre de 2013: «Les réfugiées syriennes, des fiancées bon marché».

(8) Noticia, *Rue 89*, 8 de febrero de 2014: «La prostitution discrète des réfugiées syriennes».

(9) Titular noticia, *MirrorBusiness*, 3 de diciembre de 2015: «Entrepreneurial wisdom that empowers Syrian women in the midst of war».

(10) Titular noticia, *The Guardian*, 7 de enero de 2017: «Cuddles, not bombs: how one woman helped children in Syria».

(11) Titular noticia, *The Guardian*, 25 de julio de 2017: «Rape and domestic violence follow Syrian women into refugee camps».

(12) Titular noticia, *AG Friedensforschung*, 8 de marzo de 2013: «Syrien: Heiratsmarkt der flüchtenden Frauen».

(13) Titular reportaje, *Watson*, 1 de septiembre de 2015: «Tochter zu verkaufen: Wie syrische Flüchtlingsfrauen versklavt und an reiche Araber verschachert warden».

(14) Reportaje, *Reportagen*: «Tochter zu verkaufen».

(15) Titular campaña, *betterplace.org*: «Flüchtlingsfrauen retten antikes Wissen für eine vereinte Welt».

(16) Titular noticia, *Milliyet.com.tr*, 30 de mayo de 2014: «Suriyeli kadına tecavüz etti arkadaşlarını da yolladı».

(17) Noticia, *Haberler.com*, 24 de octubre de 2014: «Suriyeli Kadinlar Gaziantep ve Kilis'te Satılıyor».

EL NUEVO REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. ANÁLISIS DE SU EFICACIA EN LA DETERMINACIÓN DE SU ÁMBITO TERRITORIAL Y LOS REMEDIOS EN CASO DE TRATAMIENTO ILÍCITO*

THE NEW DATA PROTECTION REGULATION. AN ANALYSIS OF THE TERRITORIAL SCOPE OF ITS CONTENT AND THE MECHANISMS ORIENTATED TO RESOLVE ILLEGAL PROCESSING

Alicia Durán Arroyo**

Resumen: La Directiva 95/46/CE convirtió en pionera a la Unión Europea en la regulación del derecho fundamental a la protección de datos. Sin embargo, sus insuficiencias llevaron a la promulgación del nuevo Reglamento de Protección de Datos (2016/769), aplicable a partir de mayo de 2018. Este trabajo analiza dos puntos de la regulación europea: su ámbito territorial y los mecanismos en caso de tratamiento ilícito de datos, para comprobar si realmente el Reglamento ha sido capaz de colmar las lagunas de la Directiva y garantizar una protección real y efectiva de los titulares de datos.
Palabras clave: derecho a la protección de datos; Directiva 95/46/CE; Reglamento 2016/769 General de Protección de Datos; ámbito territorial de la norma; tutela administrativa y judicial.

Abstract: Thanks to Directive 95/46/EC, the European Union led the way on this fundamental right regulation. However, the legal practice revealed different problems, provoking the promulgation of the new Data Protection Regulation, applicable since May 2018. This paper is focused on two concrete aspects of the European law: the territorial scope of its content and the mechanisms orientated to resolve illegal processing, in order to verify whether the Regulation has solved the Directive's problems and guarantees a real and effective protection of data subjects.
Keywords: data protection right; Directive 95/46/CE; Data Protection Regulation (2016/769); territorial scope; administrative and civil remedies.

* Fecha de recepción: 31 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 26 de febrero de 2018.

** Accésit en la modalidad de Derecho privado, social y económico del VII Premio Jóvenes Investigadores. Graduada en Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración Pública (Universidad Autónoma de Madrid) y Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (Universidad Autónoma de Madrid). Correo electrónico: a.duranarroyo@gmail.com.

Este artículo parte del Trabajo de Fin de Máster «La protección de datos en el Derecho internacional privado. El Reglamento 2016/769», tutelado por la profesora Dª. Elena Rodríguez Pineau. Este trabajo se ha enriquecido gracias a los comentarios realizados por los miembros del tribunal del VII Premio Joven Investigador: Dª. Alma María Rodríguez Guitián, D. Sebastián López Maza, y Dª. Nuria Bermejo Gutiérrez.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA; III. PUNTOS COMUNES DE LA DIRECTIVA Y EL REGLAMENTO; IV. DERECHO APLICABLE AL TRATAMIENTO DE DATOS; V. REMEDIOS EN CASO DE TRATAMIENTO ILÍCITO; 1. Tutela administrativa; 2. Tutela judicial civil ante la actuación de responsables y encargados; VI. ENCAJE DEL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN; 1. Relación con normas dirigidas a la protección de datos; 2. Relación con otras normas del Derecho de la Unión; VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA. IX. JURISPRUDENCIA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El *derecho a la protección de datos*, pese a estar íntimamente relacionado con el derecho a la privacidad y poder considerarse implícito en textos de referencia como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12[1]), y aunque no exista un instrumento legal internacional común que aborde específicamente su protección[2], es un derecho autónomo que atribuye al titular un «un poder de disposición sobre sus propios datos personales»[3]; esto es, un poder que abarca desde el derecho del afectado a que se solicite su previo consentimiento para recoger y usar sus datos personales, hasta su derecho a ser informado sobre el destino de estos y a acceder, rectificar y cancelar dichos datos[4].

Tal poder de disposición es otorgado por la normativa que desarrolla la protección de datos, a través de los mecanismos necesarios para garantizar al titular una defensa y protección adecuadas frente a operaciones sobre sus datos, manuales o automatizadas, que por incumplimiento de la normativa no sean respetuosas con este derecho. Sin embargo, la regulación de esas garantías, que son el fin de la protección de datos, resulta compleja y se trata de una cuestión de plena actualidad jurídica, lo cual puede observarse desde diferentes perspectivas.

En primer lugar, desde una perspectiva jurídica, la protección de datos debe enfrentarse a la ya mencionada inexistencia de un instrumento internacional común sobre este derecho,

---

[1] «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

[2] BYGRAVE, L.A., «Privacy and Data Protection in an International Perspective», *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, 2010, p. 181. Disponible en <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5630/v13/undervisningsmateriale/privacy-and-data-protection-in-international-perspective.pdf> [Consultado el 12/07/2017].

[3] PIÑAR MAÑAS, J.L., «Seguridad, transparencia y protección de datos», 2009, p. 5. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/docs/ley-de-transparencia/ponencia-j-luis-pi%C3%B1ar.pdf?sfvrsn=0> [Consultado el 15/07/2016].

[4] MINERO ALEJANDRE, G., «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense,* L (2017), 13-58/ISSN: 1133-3677, p. 20. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5876163> [Consultado el 15/12/2017].

así como a un limitado impacto efectivo de la armonización internacional en la eliminación de diferencias entre ordenamientos[5], lo que dificulta la protección en casos de transferencias de datos entre países. Por otro lado, desde una perspectiva de política económica, no estamos ante un derecho absoluto[6] y el desarrollo económico exige a la regulación conseguir una libre circulación de datos que estimule la economía y que conviva en adecuado equilibrio con una efectiva protección de los titulares. Se trata, además, de un derecho de «cuarta generación»[7], es decir, desarrollado como consecuencia de Internet, cuyas características permiten la difusión, manipulación, copia o destrucción de los datos sin control ni consentimiento del titular[8], así como su rápida difusión, que lleva a su circulación por múltiples jurisdicciones. A ello deben sumarse otros desafíos que la Red y las grandes empresas cuyos principales activos son los datos personales – especialmente las redes sociales – plantean a la hora de garantizar la privacidad de los usuarios, teniendo en cuenta que el uso de la información personal es en la actualidad para ciertas ofertas y prestaciones de Internet un elemento esencial[9]. Son las características del actual funcionamiento de la Red las que son origen de la preocupación que está detrás de la nueva normativa europea de protección de datos[10].

Por último, desde una perspectiva social, vemos, por un lado, como el mundo virtual y especialmente las redes sociales han cambiado la concepción de privacidad de los individuos, que exponen con menores reticencias que en otros contextos aspectos de su vida privada, y, vemos, por otro lado, el aumento de procedimientos, operaciones y transacciones realizados a través de Internet en el ámbito privado y en la relación de los ciudadanos con las administraciones públicas. Estas características de la realidad virtual que vivimos han llevado a la denominación «sociedad de riesgo»[11] y a un aumento de la preocupación tanto de legisladores y juristas en lo referido a la protección, entre otros, del derecho de protección de datos personales, como de los propios usuarios, que empiezan a tomar conciencia de los posibles perjuicios que puede suponer la circulación de datos sin ningún tipo de control ni garantías. En este último sentido, tal y como apunta Minero Alejandre, a partir del Euroba-

---

5 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, 5ª edición, Navarra (Thomson Reuters), 2015, p. 300.

6 Debe ponderarse en relación con su función en la sociedad, tal y como expresa en su párrafo 58 la STJUE 9 de noviembre 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Scheche GbR (C-92/09) y Hartmut Eifert (C-93/09) contra Land Hessen* (ECLI:EU:C:2010:662).

7 GARCÍA MEXÍA, P., *Derecho Europeo de Internet,* 1ª edición, La Coruña (Netbiblio), 2009, p. 83.

8 WALTER-ECHOLS, M., «Panopticon – Surveillance and Privacy in the Internet Age», *Worcester Polytechnic Institute*, 2009, p. 7. Disponible en: <https://www.wpi.edu/Pubs/E-project/Available/E-project022709-132355/unrestricted/Panopticon.pdf> [Consultado el 25/06/2016].

9 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1, enero-junio 2017, Madrid, párr. 2. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/41156/> [Consultado el 02/06/2017].

10 MINERO ALEJANDRE, G., «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», cit., p. 15.

11 GIL ANTÓN, A.M., «El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, p. 214.

rómetro 2015, vemos una creciente concienciación sobre el valor de los datos personales y las políticas de privacidad[12].

Ante la imposibilidad de abordar un análisis global, nos centraremos en la legislación de la Unión Europea (UE), por ser el ámbito de mayores progresos en términos de armonización normativa, dirigida a asegurar tanto los derechos de los titulares como la libre circulación de datos en la formación del mercado único. En este contexto, partiremos de un análisis breve de la forma en que la UE ha legislado el contenido del derecho y cómo se ha llegado al nuevo Reglamento. Posteriormente, nos centraremos en el objeto del trabajo: la determinación del ámbito territorial de la normativa europea y los remedios en caso de incumplimiento de la misma, y ello desde la perspectiva de la evolución y el desarrollo en la legislación de tales previsiones.

II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

En el Derecho de la Unión (DUE), la protección de datos se configura como derecho fundamental (arts. 8.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE[13]), desarrollado por una legislación considerada como la más influyente del mundo, debido a su modernidad y sus altos estándares de protección[14]. De entre las distintas fuentes normativas[15], la *Directiva 95/46/CE*[16], cuyo objeto es la protección en particular del derecho a la intimidad de las personas físicas (art.1), fue el principal instrumento jurídico aplicable al mercado interior, transpuesto en los Estados miembros (EM) y en el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein).

Sin embargo, pese a su importancia inicial, a largo plazo esta Directiva presentaba ciertos defectos de contenido por no estar adaptada a la realidad social y jurídica que supone Internet, y por las dudas que suscitaban algunos de sus preceptos, como el relativo al ámbito de aplicación territorial; además, el alcance de la uniformización jurídica era limitado,

---

[12] MINERO ALEJANDRE, G., «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», cit., p. 15.

[13] DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», cit., párr.1.

[14] SVANTESSON, D., *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, 1ª edición, Copenhague (Ex Tuto), 2013, pp. 89 a 90.

[15] Como por ejemplo el Reglamento (CE) Nº45/2001, sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las Instituciones y organismos de la UE y la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

[16] Esta Directiva nace con la voluntad de solventar las insuficiencias del Convenio 108 del Consejo de Europa, primer instrumento internacional sobre protección de datos jurídicamente vinculante. Ello es así porque el Convenio 108 no permitía asegurar por sí solo el cumplimiento de tutelar la intimidad de los titulares de datos y al mismo tiempo garantizar el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de datos entre los Estados miembros (MINERO ALEJANDRE, G., «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», cit., p. 21).

debido a la necesaria transposición en cada EM, que daba lugar a múltiples normativas con unos rasgos comunes. Hasta el año 2012, momento en que la Comisión Europea decidió abordar una modificación legislativa aplicando el artículo 33 de la Directiva[17], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) había ido colmando las lagunas de la misma reveladas por la práctica jurídica. Así, la Comisión pretendía una reforma que fuera capaz de mantener y modernizar los principios originarios de este derecho, estableciendo un marco legal claro y único para toda la UE[18] que partiera de las mismas fuentes jurídicas de la Directiva[19], así como de sus bases y los pronunciamientos del TJUE sobre su contenido.

Ello llevó finalmente a la promulgación del *Reglamento 2016/769 de Protección de Datos* (RPD)[20], aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, como sucesor de la Directiva. Mientras que en 1995 se buscaba la armonización y equivalencia en los niveles de protección entre los EM a través de la transposición, con el Reglamento se pretende, a través de la unificación normativa, mejorar la regulación y acabar la elevada fragmentación de instrumentos jurídicos en el territorio de la UE, para así garantizar una mayor seguridad jurídica tanto para los titulares de los derechos como para responsables y encargados del tratamiento. Todo ello mientras se sigue contribuyendo a la libertad de circulación de datos en los EM y al desarrollo del mercado interior[21].

Un análisis de ambos textos permitirá determinar si el RPD ha supuesto una mejora en la regulación de la aplicación territorial de la normativa y en sus mecanismos de defensa, y

---

[17] Sobre la presentación de propuestas necesarias en función de los avances de la tecnología de la información, y a la luz de los trabajos de la sociedad de la información.

[18] Como remarcó Jan Philipp Albrecht, eurodiputado alemán del grupo Los Verdes-Alianza Libre Europea: «Los datos, por definición, cruzan las fronteras. Debemos disponer de normas comunes y de un sistema legal unificado para que todas las empresas compitan en igualdad de condiciones y para que los consumidores confíen en el mercado único europeo (…) además, los ciudadanos se verán beneficiados al estar mejor informados para decidir de manera más consciente». Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20150616STO66729/Albrecht-se-dispone-a-negociar-la-reforma-de-la-protecci%C3%B3n-de-datos> [Consultado el 12/08/2016].

[19] OECD *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de 1981 (Convenio 108), además de la Carta y el TFUE. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta se encuentran conectados a través del artículo 53.2 de esta última y por el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea (AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (ADFUE), *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, 1ª edición, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea) 2014, p. 18).

[20] Hay que tener en cuenta que, para la consecución de las pretensiones de la Comisión, se presentó, además del Reglamento, la Directiva 2016/680, sustitutiva de la Decisión 2008/977/JHA relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Por tanto, el Reglamento no se aplica a las actividades de tratamiento destinadas a los fines contemplados en la nueva Directiva.

[21] REDING, V., «The European data protection framework for the twenty-first century», *International Data Privacy Law*, vol. 2, núm. 3, 2012, p. 121. Disponible en: <http://idpl.oxfordjournals.org/content/2/3/119.full.pdf+html> [Consultado el 6/9/2017].

si todavía quedan lagunas por resolver. Así, comenzaremos con una serie de puntos comunes de uno y otro texto elegidos para el desarrollo posterior del trabajo.

III. PUNTOS COMUNES DE LA DIRECTIVA Y EL REGLAMENTO

El RPD, partiendo de las bases de la Directiva, adapta procedimientos y garantías a la nueva realidad social: se imponen nuevas obligaciones para las empresas y se pretende mejorar la eficacia en la protección de los titulares[22]. La necesidad de renovación de la normativa existente no supone, por tanto, el abandono del modelo de protección implantado por la Directiva ni romper con la jurisprudencia que sobre ella ha asentado el TJUE. Tal y como establece en su considerando segundo, el RPD tiene como base la continuidad de los principios que conforman el contenido esencial del derecho a la protección de datos. A partir de tal base, su finalidad es la de garantizar coherencia y uniformidad en una regulación de aplicación estricta, así como el desarrollo económico en el mercado interior y el otorgamiento de un mayor control a los ciudadanos sobre sus derechos y mayor seguridad jurídica y práctica[23].

De esta forma, ambos textos comparten conceptos y definiciones, siendo «dato personal» (art. 2.a) Directiva y 4.1) RPD) toda información que pueda relacionarse con una persona física – «interesado» – que de forma directa o indirecta pueda ser identificada o identificable. La idea de que la vida privada está relacionada directamente con los seres humanos[24] supone la exclusión de las personas jurídicas, aunque en ciertos casos podrían quedar protegidas[25]. Los elementos de la definición llevan a un concepto muy amplio y cualquier tipo de información, ya se refiera directa o indirectamente a un individuo, puede convertirse en un dato personal, siempre que, mediante la aplicación de técnicas, automatizadas o manuales, pueda llegar a ser posible identificar a una persona física concreta

---

[22] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), «El futuro de la protección de datos», *Monográfico de ASOCIACIÓN PROFESIONAL ESPAÑOLA DE LA PRIVACIDAD por el Día Europeo del Derecho a la Protección de Datos*, 2016. Disponible en <http://www.apep.es/aepd-el-futuro-de-la-proteccion-de-datos/> [Consultado el 25/09/2016].

[23] PERALES, A., «La vigencia del consentimiento en el futuro de la protección de datos personales», *Monográfico de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL ESPAÑOLA DE LA PRIVACIDAD por el Día Europeo del Derecho a la Protección de datos,* 2016. Disponible en: <http://www.apep.es/aepd-el-futuro-de-la-proteccion-de-datos/> [Consultado el 22/09/2016].

[24] ADFUE, *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, cit., p. 14.

[25] En la medida en que pueda identificarse en la razón social a personas físicas (Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Schecke,* párr. 53). También si el responsable recoge datos de personas físicas y jurídicas indistintamente y los incluya en los mismos grupos de datos, pudiéndose entonces diseñar los mecanismos de tratamiento y el sistema de auditoría para que cumplan la normativa (GRUPO DEL ARTÍCULO 29, «Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales», 2007, p. 26. Disponible en <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf> [Consultado el 19/07/2016].

por datos de su vida privada, sensibles[26] o no, o por imágenes[27]. Por otro lado, comparten el mismo objeto, que es proteger los derechos y libertades de los titulares, estableciendo criterios fundamentales que permitan calificar como lícito un tratamiento de datos por parte de responsables y encargados[28]. Por último, tanto el significado de tratamiento[29] como el ámbito de aplicación material es esencialmente el mismo (art. 3 de la Directiva y 2 del RPD).

Así, podemos partir de la idea de que para que un tratamiento de datos que encaje en el ámbito material del DUE[30] sea posible, este debe ser lícito en los términos de la norma, para proteger los derechos de los titulares. Sin embargo, ninguno de los dos textos tiene aplicación universal, por lo que cabe preguntarse cuándo quedan responsables y encargados sujetos al DUE. Aquí entran en juego los artículos 4 de la Directiva y 3 del RPD, que comparten la función de determinar el ámbito de aplicación territorial de la normativa europea.

IV. DERECHO APLICABLE AL TRATAMIENTO DE DATOS

En este punto se observan modificaciones por parte del RPD, en primer lugar, por las diferencias de la propia naturaleza de los instrumentos. Mientras que en la Directiva el artículo 4 cumple la doble función de determinar los supuestos en que será aplicable el DUE y, posteriormente, cuál es el EM que deberá aplicar su ley nacional fruto de la transposición[31]; en el RPD esta segunda función desaparece, pues en teoría el texto normativo va a ser el mismo en todos los EM, aunque sigan teniendo la posibilidad de regular algunas cuestiones. En ambos textos, la aplicación de los supuestos del artículo sobre el ámbito territorial de la norma debe hacerse de forma sucesiva. Dejando a un lado el supuesto por el que la normativa europea de protección de datos resulta aplicable en virtud de normas de Derecho internacional público[32], que se encuentra en segundo lugar en la Directiva y el

[26] Sobre el origen racial y étnico, opiniones políticas, religiosas y otras creencias, así como la afiliación sindical, y datos relativos a la salud o la vida sexual (art. 8 Directiva y 51 del RPD).

[27] En su párrafo 22, la STJUE de 11 de diciembre de 2014 consideró que la imagen de una persona grabada por una cámara constituye un dato personal (asunto C-212/13, *Rynes (František Ryneš contra* Úřad *pro ochranu osobních* údajů*,* ECLI:EU:C:2014:2428).

[28] Responsable es aquella persona física o jurídica que decide los fines y medios del tratamiento (art. 2.d) Directiva y 4.7 RPD). El encargado trata los datos por cuenta del responsable (2.e) Directiva y art. 4.8 RPD). Mientras que la Directiva solo atribuía obligaciones al responsable, el nuevo RPD reconoce también obligaciones del encargado de las que responde directamente.

[29] Todo tipo de operaciones realizadas sobre los datos, desde su recogida hasta su gestión, proceso o cesión a un tercero (art. 2.b) Directiva y art. 4.2) RPD).

[30] Tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero (art. 3.1 Directiva y art. 2.1 RPD).

[31] BRKAN, M., «Data protection and European Private International Law», *EUI Working Paper RSCAS 2015/40,* Florence School of Regulation, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2015, p. 32.

[32] Supuesto poco común en la práctica y que se mantiene en el cuerpo del Reglamento, si bien como tercer supuesto. El contenido de este apartado se refiere a situaciones en los que el Derecho internacional público

tercero en el RPD a la hora de realizar tal comprobación sucesiva, podemos identificar los otros dos supuestos de ambos textos según si el responsable –o encargado, en el caso del RPD– se encuentra o no establecido en el territorio de la Unión.

En el primer caso, tanto Directiva (art. 4.1.a)) como RPD, introduciendo algunos cambios en la terminología (art. 3.1), exigen dos condiciones: 1) un *establecimiento* del responsable en el territorio de la UE y 2) un tratamiento de datos en el *marco de las actividades – contexto de actividades* en el RPD – de tal establecimiento. En el ámbito de la Directiva, ambas condiciones arrastraron problemas interpretativos que intentaron ser resueltos por TJUE y el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29[33]), cuyas conclusiones se mantienen en el RPD, ya que este no incluye una definición expresa de *contexto de actividades* e incorpora en el considerando 22 la definición realizada sobre el término *establecimiento* por el TJUE y el considerando 19 de la Directiva. En ambos conceptos, se apuesta por una interpretación flexible y casuística.

Así, en lo que se refiere a la interpretación acerca de qué debe considerarse *establecimiento,* de la jurisprudencia y el considerando 19 de la Directiva se extrae la idea de un análisis caso por caso que determine si nos encontrarnos ante una «instalación estable» que realice una actividad real y efectiva, pudiendo bastar con que exista un único representante de una sociedad en un EM. Esta interpretación tan amplia permitió identificar los supuestos en los que un responsable tiene presencia en más de un EM, ya sea física o a través de un sitio de Internet –como ocurría en los asuntos *Weltimmo* y *Amazon EU Sárl*[34]–, lo que tenía su importancia a la hora de identificar la legislación de qué EM es aplicable al tratamiento. En cuanto al *marco o contexto de actividades,* el GT29 propone también una definición amplia y un análisis casuístico, en el que se determine cuál es el auténtico papel de cada establecimiento y qué actividades se efectúan en su marco, lo que puede ser perjudicial para los responsables a la hora de identificar la ley aplicable[35] en el ámbito de la Directiva. Un ejemplo claro de esta interpretación amplia es el asunto *Google Spain*[36], que analizaremos más adelante.

---

o acuerdos internacionales determinan el Derecho aplicable a una embajada, consulado, buque o aeronave (GT29, «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», 2010, p. 20, Disponible en <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_es.pdf> [Consultado el 09/11/2016]).

[33] Órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de los EM. Disponible en: <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Europa/grupo_29_europeo/index-ides-idphp.php>. [Consultado el 22/09/2016]. El RPD sustituye al GT29 por el Comité Europeo de Protección de Datos cuyo objetivo es garantizar la aplicación coherente del Reglamento (cdo. 138 y 139; arts. 68 y ss. del RPD).

[34] STJUE, asunto C-230/14, 1 de octubre de 2015, *Weltimmo s.r.o contra Nemzeti Adatvédelmi* és *Információszabadság Hatóság* (ECLI:EU:C:2015:639). STJUE asunto C-612/16, 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl* (ECLI:EU:C:2016:612).

[35] GT29, «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», cit., p. 18.

[36] STJUE, asunto C-131/12, 13 de mayo de 2014, *Google Spain SL y Google Inc. Contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González* (ECLI:EU:C:2014:317).

Si bien es cierto que los problemas que planteaba este apartado en la Directiva sobre qué ley nacional resultaba aplicable al tratamiento de datos han desaparecido gracias a la unificación jurídica, y que el Reglamento ha precisado que lo importante es el cumplimiento de esas dos condiciones, independientemente de que el responsable trate esos datos fuera de la Unión, es decir, sin que sea relevante su localización[37]; hubiera sido deseable una definición expresa de ambos conceptos en el cuerpo de la norma para otorgar una mayor seguridad jurídica en la aplicación del supuesto, ayudando a los responsables a conocer con exactitud la extensión de este apartado y a los titulares de datos ejercer sus derechos.

Donde mayores diferencias se aprecian entre uno y otro texto es en el caso de que el responsable – o encargado – no tenga un establecimiento en el territorio de algún EM. Esto es, aquellos supuestos en los que resulta aplicable el DUE aunque el responsable se encuentre fuera de la Unión. Tanto en la Directiva (art. 4.1.b)) como en el RPD (art. 3.2) se recogen condiciones o conexiones necesarias para ligar el tratamiento de datos realizado por un responsable fuera de la UE con la normativa de protección de datos europea. En la Directiva, tal conexión necesaria es la utilización de *medios*[38] –no con meros fines de tránsito– situados en territorio europeo. Ello implica como mínimo una actividad del responsable con intención de procesar los datos recogidos[39]. Esta previsión, que tenía por objetivo evitar la desprotección del interesado y comportamientos fraudulentos, como ubicarse artificialmente fuera de la UE para evitar aplicar su normativa al tratamiento[40], fue criticada por su amplitud por el GT29[41], pues podía llevar a la aplicación del DUE en supuestos que mantienen pocos lazos de conexión con la Unión, como puede suceder en el caso de un responsable que solo utilice medios ubicados en su territorio pero sin realizar el tratamiento en el mismo ni sobre sus residentes. Ello podría derivar en prácticamente una aplicación universal de la normativa que en realidad no tiene[42].

---

37 GDPR Portal, «Frequently Asked Questions about the incoming GDPR». Disponible en <https://www.eugdpr.org/gdpr-faqs.html> [Consultado el 17/12/2017].

38 Se apuesta por una amplia interpretación del criterio *medios*, que, por lo tanto, «incluye intermediarios humanos y/o técnicos tales como las muestras o encuestas. En consecuencia, se aplica a la recogida de información mediante cuestionarios, como ocurre, por ejemplo, en algunas pruebas farmacéuticas». (GT29, «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», cit., p. 23).

39 GT29, «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», cit., p. 23.

40 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª. época, núm. 7, 2004, p. 412.

41 «A modo de ejemplo, no es evidente en qué medida las terminales de telecomunicación o las partes de las mismas deban considerarse como medios. El hecho de que la herramienta se destine o use fundamentalmente para recoger o tratar ulteriormente datos personales puede considerarse un indicador a este respecto. Sin embargo, el que un responsable del tratamiento deliberadamente recoja datos personales, incluso incidentalmente, recurriendo a algún medio en la UE, también desencadena la aplicación de la Directiva» (GT29, «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», cit., p. 24).

42 GT29, «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», cit., p. 27.

El RPD, siguiendo el contenido de la Directiva y las críticas del GT29[43], incluye dos tipos de condiciones que operarían como lazos de conexión en este último supuesto de responsables y encargados establecidos fuera de la Unión, para no acusar de injustificada la aplicación extraterritorial de la legislación europea. En primer lugar, el tratamiento debe ser sobre datos de *interesados que se encuentren en la Unión*[44]; y en segundo lugar que o *dirijan una* o*ferta de bienes y servicios* o bien *controlen su comportamiento* – se moderniza la ley con supuestos como el uso de «cookies» y otros archivos informáticos que permiten el acceso a información en el equipo del usuario[45]; así como la actividad de empresas que utilizan información sobre el comportamiento para fines comerciales y publicitarios[46] –. Para que la aplicación de la legislación europea sea efectiva a partir de estas condiciones, se impone el nombramiento de un representante en la UE que actúe como contacto con Autoridades y ciudadanos[47], sin perjuicio de las acciones que puedan emprenderse contra el propio responsable o encargado.

La importancia de este cambio puede verse reflejada a través del asunto *Google Spain* ya mencionado. En este caso, la acción se dirigía contra Google Inc, sociedad ubicada en Estados Unidos, como responsable del tratamiento de datos cuya licitud se cuestionaba, ya que el establecimiento de Google en España, su filial *Google Spain*, desarrollaba una actividad de publicidad en apariencia ajena al tratamiento de datos objeto de controversia. Conforme a la legislación europea, el responsable que trataba los datos, Google Inc, lo hacía en el marco de sus actividades, pero en un establecimiento ubicado fuera del territorio de la UE (art. 4.1.a) Directiva). Ello implicaba que no era posible la aplicación de la legislación europea a menos que fuera posible demostrar la utilización de medios en el territorio como conexión necesaria (art. 4.1.c) Directiva), lo cual, como se ha adelantado, era una cuestión controvertida y compleja. Finalmente, para someter el tratamiento de datos a la legislación española, el Tribunal de Justicia razonó que la estrecha vinculación que existía entre la matriz Google en Estados Unidos y su filial en España permitía considerar que el marco de actividades de la primera se extendía al marco de actividades de la segunda, y, por tanto, se estaba ante los requisitos necesarios para aplicar la legislación europea (art. 4.1.a), pues

[43] El GT29 consideró que «existe una obvia necesidad de una mayor claridad y de ulteriores condiciones en la aplicación de este criterio para aportar mayor seguridad jurídica en el futuro marco de protección de datos» (GT29, «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», cit., p. 24).

[44] El texto literal en su versión española recoge la expresión «que residan en la Unión», sin embargo, un análisis comparado del texto en otros idiomas lleva a la conclusión de que su voluntad no se limita a residentes en la Unión (DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», cit., párr. 14).

[45] DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», cit., párr. 18.

[46] BRKAN, M., «Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship», *European Data Protection Law Review* 324, 341, 2016, p. 340.

[47] AEPD, «El Reglamento de protección de datos en 12 preguntas». Disponible en <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2016/notas_prensa/news/2016_05_26-ides-idphp.php> [Consultado el 10/09/2017].

existía un establecimiento del responsable en la UE, *Google Spain* (párr. 49), que trataba datos en el marco de sus actividades (párr. 52-56, 60)[48].

Con el nuevo Reglamento, los lazos de conexión con la Unión se aclaran y se otorga mayor seguridad jurídica en la aplicación de las normas europeas en caso de que el responsable no se encuentre establecido en el territorio de la UE, pues ya no se basan en la condición del uso de medios ubicados en el territorio. En el marco del RPD el caso *Google Spain* se habría resuelto de una manera más sencilla, dirigiendo la acción contra Google Inc, ya que estamos ante interesados ubicados en la UE sobre los que trata datos un responsable fuera de la misma. Todo ello en la medida en que el supuesto cumpliera además con las dos nuevas condiciones de conexión del RPD a partir de un análisis de su actividad, sin necesidad de acudir a estrategias interpretativas como la realizada por el TJUE, quizá difícilmente extrapolables a otros supuestos. Sin embargo, pese a las mejoras introducidas por el RPD en estos casos en los que el responsable no se encuentra ubicado en la UE, aclarando la aplicación de la norma[49], no se han conseguido superar las críticas sobre una posible extensión global y extraterritorial de la legislación de la UE[50], especialmente en lo que se refiere a la primera condición[51].

---

[48] Además, desde una perspectiva de Derecho de grupos, Alfaro Águila-Real considera que es «contrario a la buena fe desarrollar la actividad mediante la cooperación estrecha entre las distintas sociedades que forman el grupo para, a continuación, ordenar a las sociedades del grupo que rechacen las reclamaciones de terceros que no tienen relación contractual con las sociedades del grupo porque dichas reclamaciones deban dirigirse, según decida la matriz, a una o a otra sociedad del grupo» (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La sentencia Google del Tribunal Supremo: Derecho de grupos y levantamiento del velo», entrada blog 14 abril 2016. Disponible en <http://almacendederecho.org/la-sentencia-google-del-tribunal-supremo-derecho-de-grupos-y-levantamiento-del-velo/> [Consultado el 30/01/2018]).

[49] «Arguably the biggest change to the regulatory landscape of data privacy comes with the extended jurisdiction of the GDPR, as it applies to all companies processing the personal data of data subjects residing in the Union, regardless of the company's location. Previously, territorial applicability of the directive was ambiguous and referred to data process 'in context of an establishment. This topic has arisen in a number of high profile court cases. GPDR makes its applicability very clear - it will apply to the processing of personal data by controllers and processors in the EU, regardless of whether the processing takes place in the EU or not. The GDPR will also apply to the processing of personal data of data subjects in the EU by a controller or processor not established in the EU, where the activities relate to: offering goods or services to EU citizens (irrespective of whether payment is required) and the monitoring of behaviour that takes place within the EU. Non-Eu businesses processing the data of EU citizens will also have to appoint a representative in the EU» (GDPR Portal, «An overview of the main changes under GPDR and how they differ from the previous directive». Disponible en <https://www.eugdpr.org/key-changes.html> [Consultado el 17/12/2017]).

[50] BRKAN, M., «Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship», cit., p. 338.

[51] « (…) this protection would them seem to attach to the very person of EU residents so as to enable them to rely on this protection also when travelling outside the EU. For example, an EU resident providing personal information during a holiday in New York would be protected by the EU data protection Regulation by virtue of the EU residence. This is so clearly inappropriate (…) » (SVANTESSON, D., *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, cit., pp. 107-108).

V. REMEDIOS EN CASO DE TRATAMIENTO ILÍCITO

Si el titular desea reclamar por la forma en que han tratado sus datos, existen en ambos textos dos tipos de remedios: 1) una tutela administrativa ante las autoridades de control, cuya actuación puede ser objeto de reclamación judicial y 2) aquellos que se dirigen contra los responsables del tratamiento y, en el caso del RPD, contra los encargados, en lo referente a las obligaciones por las que responden directamente. En este ámbito vemos sustanciales diferencias entre la Directiva y el RPD.

1. Tutela administrativa

Sobre la tutela administrativa, debe señalarse, en primer lugar, que con el RPD las autoridades de control, como «guardianas de los derechos relacionados con el tratamiento de datos personales»[52] establecidas en todos los EM, han experimentado un empoderamiento no solo en términos de una mayor profundización en sus competencias y funciones, sino también en su jurisdicción. A partir del supuesto de hecho del asunto *Schrems*[53]*,* podrán apreciarse con mayor claridad los cambios introducidos por el RPD en este sentido.

En este asunto, el señor Schrems, residente en Austria, era usuario de la red social Facebook, lo que implica la existencia de un contrato con Facebook Ireland, filial en el territorio europeo de la matriz Facebook Inc, con domicilio en Estados Unidos. El señor Schrems, al no estar conforme con el tratamiento de datos que realiza Facebook, opta por la vía administrativa y se dirige ante las autoridades de control y no directamente contra los responsables. Sin embargo, en el marco de la Directiva, la autoridad de control competente para conocer la reclamación queda determinada por la legislación nacional que resulte aplicable. Es decir, existe una correlación entre ley aplicable y competencia de las autoridades de control (art. 28.6 Directiva). En este caso, la ley aplicable al tratamiento era la irlandesa, pues Facebook Ireland, establecida en Irlanda, trataba los datos del señor Schrems en el marco de sus actividades (art. 4.1.a) Directiva). De esta forma, pese a que su residencia habitual se encuentre en Austria, el señor Schrems debe dirigir su reclamación ante la autoridad de control irlandesa, que es la única competente para conocer el asunto (art. 28.4 y 28.6 Directiva).

Las desventajas de esta correlación entre ley aplicable y competencia no se reducen a los inconvenientes que puedan suponer el interponer una reclamación fuera de la residencia habitual del titular de datos, pues, además, la posible sanción impuesta por la autoridad, irlandesa en nuestro caso, sólo tendrá efectos en Irlanda. Si el señor Schrems se dirige a

[52] Párrafo 23, STJUE 9 de marzo de 2010, asunto C-518/07, *Comisión Europea/Alemania*, (ECLI:EU:C:2010:125).

[53] STJUE 6 octubre 2015, asunto C-362/14, *Maximillian Schrems contra Data Protection Commisioner*, (ECLI:EU:C:2015:650).

la autoridad de control de su EM, esta no tendría competencia para imponer sanciones a Facebook Ireland. Tal y como reconoció el TJUE en el asunto *Weltimmo* (párr.57): «si [la autoridad de control] llega a la conclusión de que es aplicable el Derecho de otro EM, no puede imponer sanciones fuera del territorio del propio EM. En tal situación, le corresponde instar, en ejecución de la obligación de cooperación que se establece en el artículo 28.6 (…) a la autoridad de control de ese otro EM a declarar una eventual infracción de ese Derecho y a imponer sanciones si este lo permite, basándose, en su caso, en la información que ella le haya remitido.».

Como señalábamos anteriormente, el nuevo RPD introduce modificaciones en la jurisdicción en la que las autoridades de control pueden ejercer sus competencias y poderes, pues se elimina esa correlación de ley nacional y competencia en la medida en que existe unificación normativa. Su ámbito de actuación y competencias ya no se limita exclusivamente al EM al que pertenecen[54]. Si bien se mantiene la competencia de las autoridades de control para desempeñar las funciones que se les asignen y ejercer los poderes que se le confieran en el territorio de su EM (art. 56.2 RPD), se prevé también la posibilidad de que la autoridad de control de un EM pueda actuar en el territorio de otro EM. Ello resultará especialmente relevante para los «tratamientos transfronterizos» de datos (art. 4.23 RPD) dentro del territorio de la UE, como puede ser el asunto *Schrems.*

Según el RPD, pueden identificarse dos supuestos de tratamientos transfronterizos: 1) o bien el tratamiento se realiza en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable o encargado de la UE y el responsable o encargado está establecido en más de un EM; 2) o bien el tratamiento tiene lugar en el contexto de las actividades de un único establecimiento de un responsable o encargado afecta o es probable que afecte sustancialmente a interesados en más de un EM. Es en este segundo supuesto se encontraría el asunto *Schrems*.

En estos casos en los que varios EM resultan afectados por un tratamiento, el RPD prevé un régimen específico de determinación de la autoridad competente, de la autoridad cuyas decisiones serán vinculantes (art. 56.1 RPD), y podrán tener efectos en otros territorios. Este régimen específico es el denominado mecanismo de *ventanilla única* o mecanismo de coordinación. Conforme a este mecanismo, la autoridad competente será la que se identifique como *autoridad principal*, es decir, la autoridad de control del EM del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o encargado en la UE. El resto de autoridades de control afectadas por el mismo tratamiento serán consideradas como *autoridades interesadas* que participan en el proceso de decisión, si bien la competencia la ostenta la principal (arts. 4.22, 55, 56.1, 60-62 RPD). En teoría, este mecanismo de coordinación o ventanilla única, que no debe aplicarse cuando el tratamiento sea realizado por autoridades públicas u organismos privados en interés público (art. 55.2 RPD), pretende conseguir una mayor armonización y uniformidad en la aplicación del RPD, aunque habrá

[54] STJUE 1 de octubre 2015, asunto C-230/14, *Weltimmo* (párr. 57).

que esperar a ver cómo funciona realmente este mecanismo en la práctica, que supone la actuación de una autoridad de control en jurisdicciones que no son la suya.

Volviendo al supuesto de hecho del asunto *Schrems,* la autoridad principal o autoridad competente será la autoridad irlandesa, como ocurría anteriormente, pero por ser la autoridad de control del territorio en el que se ubica el único establecimiento del responsable del tratamiento. Además, a diferencia de lo que ocurría en el marco de la Directiva, con el nuevo Reglamento las decisiones que adopte tendrán efectos y serán vinculantes en otros EM, como sería el caso de Austria. Es importante destacar que estas normas de competencia no se refieren a la autoridad de control ante la que los titulares de datos deben presentar su reclamación, pues el nuevo RPD prevé la posibilidad de que cualquier interesado pueda presentar reclamación ante una autoridad de control en el lugar de su residencia habitual, en el EM de su lugar de trabajo o en el EM en el que se haya cometido la infracción (art.77).

La gestión que de esa reclamación presentada por el interesado haga la autoridad de control podrá ser objeto de reclamación judicial (art. 78 RPD), y la competencia de los tribunales para conocer la misma va a depender de su actuación. Así, si la autoridad de control toma una decisión, las acciones judiciales deberán ejercitarse en el EM en que esté establecida dicha autoridad de control (art. 78.3). En el caso *Schrems,* si la autoridad irlandesa, competente en virtud del mecanismo de ventanilla única, toma una decisión con la que no está conforme, el interesado deberá dirigirse a los tribunales irlandeses. Si por el contrario la autoridad de control no da curso a la reclamación o en el plazo de tres meses no informa sobre su estado o resultado, existirá derecho a la tutela judicial siempre que tal autoridad fuera competente en virtud de la aplicación del mecanismo de ventanilla única en los supuestos transfronterizos o, fuera de estos supuestos, en virtud de ser la autoridad competente en su EM (art. 78.2). En nuestro supuesto de hecho, si el señor Schrems decide plantear su reclamación ante la autoridad de control austríaca, por ser el lugar de su residencia, y esta no da curso a su reclamación o no informa en el plazo de tres meses, su tutela se ve limitada, ya que sólo si la autoridad de control era competente en virtud del mecanismo de ventanilla única será posible acudir a la vía judicial. Por lo tanto, pese a la elección que deja el legislador, ante qué autoridad se interpone la reclamación es importante a efectos de una tutela judicial efectiva posterior en el orden Contencioso-administrativo, y requiere el conocimiento de la normativa.

2. Tutela judicial civil ante la actuación de responsables y encargados

Pasando a la tutela judicial civil, es importante destacar que por esta vía se ejercitarán acciones tales como la obtención de la imposición al responsable de una limitación o prohibición de tratamiento, como alternativa a la reclamación administrativa, o acciones de indemnización –reclamación que no puede presentarse ante las autoridades de control–,

sin que nada parezca impedir la interposición de acciones relativas a un contrato, siempre que el objeto se refiera a la vulneración de normas del RPD[55].

Se han introducido importantes mejoras en la tutela civil, ya que el RPD excluye en principio la situación anterior por la que no existía paralelismo entre la ley aplicable y la jurisdicción, pues las disposiciones de la Directiva no afectan a la competencia de los órganos judiciales. Ello significa la necesaria distinción de tres supuestos distintos para poder determinar la competencia judicial, diferenciando entre aquellos en los que no existe elemento de internacionalidad por residir demandante y demandado en el mismo EM y supuestos en los que el demandado no tiene domicilio en el Estado del interesado, pudiendo estar o bien en otro EM o bien fuera de la UE. En el caso de que el domicilio del demandado se encontrara fuera del UE, debe acudirse a las normas nacionales de Derecho internacional privado (DIPr), concretamente, en el caso español, al artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con las complejidades que su nueva reforma supone a la hora de aplicarlo[56]. En caso de que sí se encontrara en territorio de la Unión, la posible aplicación del Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, Bruselas I*bis* (RBI*bis*), resultaba para la doctrina complejo y dudoso, debido a los problemas interpretativos que podían plantearse entre los conceptos de la Directiva y los del RBI*bis*[57] o cómo operan sus normas en el ámbito de la protección de datos[58]. El nuevo RPD no solo determina unas reglas claras de competencia judicial, sino que además resuelve su relación con el RBI*bis* en estas cuestiones.

---

[55] DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», cit., párr. 36.

[56] Como critica DE MIGUEL ASENSIO, P.A. («La cuestionable revisión de las normas de competencia judicial internacional (LO 7/2015 de reforma de la LOPJ)», entrada de blog de 23 julio 2015. Disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/07/la-cuestionable-revision-de-las-normas.html>. [Consultado el 22/10/2016]), la nueva reforma de la LOPJ podía perjudicar al titular de datos pues su contenido es más complejo que el anterior y agrava las carencias propias de la fragmentación y dispersión de normas, a lo que se suma la falta de coordinación del texto no sólo con instrumentos europeos e internacionales, sino también con las normas internas de competencia. Esta reforma también ha sido criticada por otros autores como GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., («La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ», *Diario la Ley*, Nº8614, 28 septiembre de 2015, Ed. La Ley).

[57] Como si se podría considerarse que el término *domicilio* del RBI*bis* puede corresponderse con la noción de *establecimiento* de la Directiva. En este sentido, hay que recordar que la Directiva no recoge ninguna disposición sobre competencia judicial, por lo que no parece que la noción de *establecimiento* haya sido contemplada como un criterio de atribución de competencia (BRKAN, M., «Data protection and European Private International Law», cit., p. 11).

[58] En términos generales, encajar la protección de datos a través de la aplicación del RBI*bis* va a ser complejo, pues la relación que existe entre el responsable del tratamiento de datos y el titular de los mismos no tiene una expresión jurídica clara, ya que un tratamiento lícito de datos depende de una serie de condiciones variadas, desde el otorgamiento del consentimiento, que no queda claro que sea una materia puramente contractual o no, hasta la existencia de una relación contractual en la que el tratamiento sea necesario para la ejecución del contrato pero no para el objeto propio del mismo (art. 7.1.b) RBI*bis*). Todo ello se agrava ante la posibilidad de aplicación o no de los foros de protección o incluso una posible autonomía de la voluntad de las partes.

Así, el artículo 79 y el considerando 147 determinan que las normas sobre competencia judicial del RPD prevalecerán sobre las del RBI*bis*[59] y actuarán como fueros adicionales del mismo (art. 67 RBI*bis*), sin que en ningún caso sus reglas puedan producir como resultado el efecto de excluir al contenido del RPD[60]. Conforme al artículo 79.2 del RPD, los perjudicados pueden optar entre acudir a los tribunales de cualquier EM en el que el responsable o encargado tengan un establecimiento, o bien a los tribunales en los que el interesado tenga su residencia habitual, esto último salvo que el responsable o encargado sea una autoridad pública de un EM que actúe en el ejercicio de sus poderes públicos.

Además de aclarar no solo los tribunales competentes, sino la relación con el RBI*bis*, el RPD recoge una serie de previsiones de ámbito procesal que mejoran también la anterior regulación, como la posibilidad de que una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro cuyos objetivos estatutarios sean de interés público, puedan presentar reclamación en nombre de los interesados, así como ejercer sus derechos (art. 80), si bien no establece normas de competencia judicial en este sentido[61]. Por otra parte, el RPD introduce las reglas que deben seguir juzgados y tribunales de los EM en caso de pendencia del mismo proceso en dos EM (art. 81). Tal y como explica De Miguel Asensio[62], la ubicación de este artículo en el texto es confusa, pero no se refiere a procedimientos en los que se conocen acciones entre partes privadas, pues ello carecería de justificación ante el modelo más elaborado de litispendencia y conexidad del RBI*bis*. Por tanto, este artículo parece referirse a acciones judiciales ejercitadas contra la actuación de la autoridad de control. Esta argumentación se basa en los considerandos 144 y 147, que disponen la primacía del RPD sobre el RBI*bis* para las «normas específicas sobre competencia judicial», por lo que implícitamente se mantiene la supremacía del segundo sobre el primero en el resto de normas, entre ellas aquellas sobre litispendencia y conexidad, que además se vinculan con el sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones.

VI. ENCAJE DEL RPD EN EL MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN

1. Relación con normas dirigidas a la protección de datos

El RPD supone un cambio en el sistema de fuentes. Pese a que entró en vigor el 25 de mayo de 2016, no se aplicará hasta dos años después, el 25 de mayo de 2018. Ello implica

[59] DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (I): cuestiones de competencia», entrada de blog de 11 de marzo de 2016. Disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/05/aspectos-internacionales-del-reglamento.html> [Consultado el 31/10/2016].

[60] DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», cit., párr. 36.

[61] De Miguel Asensio propone aquí, ante la ausencia de normas de competencia en casos de acciones colectivas en el RBI*bis*, una interpretación de las normas del art. 79.2 RPD para estas situaciones («Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», cit., párr. 37).

[62] Ídem.

que hasta dicha fecha tanto la Directiva 95/46/CE como las normas nacionales de transposición siguen siendo válidas y aplicables[63]. Tras su entrada en vigor, el efecto directo del RPD no supone per se la prohibición de adoptar por parte de los EM sus propias medidas legislativas nacionales, pero, en caso de hacerlo, ello deberá estar siempre dentro de los límites del propio Reglamento.

Es decir, nada impide que las regulaciones nacionales completen y complementen en su jurisdicción su contenido; es más, es el propio Reglamento el que hace referencias a la potestad legislativa de los EM, llegando incluso a imponer la necesidad de que sean ellos los que desarrollen las medidas específicas a contenidos de carácter general que en él se regulan, como ocurre en el Capítulo IX, donde pueden observarse ejemplos de estas imposiciones en el artículo 85, relativo a la adopción de medidas para garantizar la libertad de expresión, previsión ya contenida en la Directiva, o en el artículo 88, sobre reglas de protección de datos en el ámbito laboral[64]. Se reconoce también la facultad de los EM de mantener o adoptar disposiciones nacionales a fin de especificar en mayor grado la aplicación de las normas del Reglamento para el cumplimiento de una obligación legal o de una misión realizada en interés público (considerando 10). Por tanto, no es correcto afirmar que el RPD supone la derogación total y el simple reemplazo de las legislaciones nacionales[65] sino que en realidad conforma una nueva relación entre fuentes, de tal forma que lo que sí queda sustituido es todo aquello que sea contenido del Reglamento, sin que se impida por ello la adopción de medidas legislativas adicionales y complementarias del mismo, siempre y cuando estas no vayan más allá de los poderes de actuación normativa que prevé el Reglamento.

Sin embargo, cabe plantearse entonces qué ocurrirá con aquella legislación nacional que fue más protectora que la Directiva –permitida en su considerando 22–. Kotschy[66] se decanta por considerar que esas normas nacionales no tendrán la consideración de «lex specialis» respecto del RPD, sino que estas leyes entrarán dentro del marco de la protección de datos en la medida en que supongan una forma de particularizar su aplicación sin entorpecer su efecto directo. Así, simplemente quedarán relegadas a cumplir la función de detallar las previsiones impuestas por el Reglamento, sin que puedan ser en ningún caso incompatibles con ellas.

Esta relación entre fuentes no difiere en exceso de la ya existente con la Directiva, pues, tal y como señalaba el TJUE en el asunto *Lindqvist*[67], los EM podían prever una regulación más protectora en el marco del contenido a armonizar, y ello siempre y cuando se respetara

---

[63] AEPD, «El Reglamento de protección de datos en 12 preguntas», cit.

[64] REDING, V., «The European data protection framework for the twenty-first century», cit., p. 122.

[65] HUSTINX, P., «EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation», p. 30. Disponible en <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publi cations/Speeches/2014/14-09-15_Article_EUI_EN.pdf>. [Consultado el 15/09/2016].

[66] KOTSCHY, W., «The proposal for a new General Data Protection Regulation – problems solved? », *International Data Privacy Law*, 2014, vol. 4, núm. 4, 2014, p. 275.

[67] STJUE 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, *Bodil Lindqvist*, (ECLI:EU:C:2003:596).

el objetivo de mantener un equilibrio entre la libre circulación de datos y la protección de la privacidad (párr. 96-99). Por otra parte, conviene recordar que en todo aquello que no entra dentro del ámbito de aplicación del RPD (art. 2.2) podrá ser regulado por cada una de las legislaciones nacionales[68] como ocurre por ejemplo con el tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas o con el tratamiento de datos de personas fallecidas, lo cual dificulta el objetivo de conseguir la unificación normativa.

En lo que se refiere a la relación del Reglamento con el resto de normativa europea sobre protección de datos, pese a que la Comisión defendió en un principio la interpretación de que no tuviera ningún tipo de relación legal con otros instrumentos[69], finalmente, se recoge expresamente su relación con algunos de ellos, como el Reglamento nº45/2001[70] (cdo. 17 y art. 2.3), del que dispone su adaptación a las normas y principios del RPD conforme a su artículo 98, o la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, que se entenderá sin perjuicio del RPD, en particular las normas que dicha Directiva contiene en sus artículos 12 a 15[71] (cdo. 21 y art. 2.4).

2. Relación con otras normas del Derecho de la Unión

Respecto de otros actos jurídicos de la UE, más allá de la ya explicada relación con el RBI*bis* (cdo. 79 y art. 79), el RPD no se pronuncia sobre su relación con otros instrumentos normativos como el Reglamento Roma I (RRI) o Reglamento Roma II (RRII)[72] y no aduce ninguna razón por la que sí se refiere a algunos reglamentos y no a otros. Únicamente en su artículo 98 se limita a disponer que «la Comisión presentará, si procede, propuestas legislativas para modificar otros actos jurídicos de la Unión en materia de protección de datos personales, a fin de garantizar la protección uniforme y coherente de las personas físicas en relación con el tratamiento. Se tratará en particular de las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento por parte de las instituciones, órganos, y organismos de la Unión y a la libre circulación de tales datos». En este sentido, parece que la Comisión y el Parlamento pretenden terminar con la fragmentación jurídica y la multiplicidad de normativas que suponga la vuelta a la situación que se pretende mejorar.

---

[68] GABEL, D. y HICKMAN, T., «Unlocking the EU Data Protection Regulation.», 22 de julio de 2006, Disponible en: <http://www.whitecase.com/publications/article/chapter-6-data-protection-principles-unlocking-eu-general-dataprotection> [Consultado el 25/10/2016].

[69] KOTSCHY, W., «The proposal for a new General Data Protection Regulation – problems solved? », cit., p. 276.

[70] Sobre el tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

[71] Sobre responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.

[72] Reglamentos 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I (RRI) y 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II (RRII).

Siguiendo con la relación no especificada entre el nuevo RPD y los RRI y RRII, en lo que se refiere a una posible interrelación de instrumentos, las dudas que existían en relación con la Directiva – pues había voces que consideraban que podría identificarse, por aplicación del artículo 23 de RRI y 27 de RRII, como ley especial frente a la ley general que supondrían ambos, y otras que debían excluirse de forma taxativa del ámbito de la protección de datos[73] – parecen desaparecer con el RPD, al considerarse que la unificación de normativas elimina los conflictos de leyes, y excluye en su ámbito de aplicación al resto de instrumentos normativos, por lo que solo cabría plantearse una relación entre RRI, RRII y el RPD en caso de que sean necesarias normas de conflicto para determinar la ley aplicable en aquellas cuestiones cuya regulación el RPD deja en manos de los EM. En términos generales, en el caso de RRII parece claro que la protección de datos forma parte de la exclusión del artículo 1.2.g) sobre la violación de la intimidad o privacidad, en la medida en que el TJUE[74] ha señalado que, aunque la privacidad y la protección de datos sean dos derechos reconocidos en la Carta, el primero es el núcleo del segundo[75]. Así, la relación más compleja y discutida es aquella que pueda establecerse entre RRI y la normativa de protección de datos[76].

Ello se debe a que en la protección de datos están implicadas partes civiles, pero también autoridades públicas, como son las autoridades de control, que velan por el cumplimiento de la normativa. Estamos en una zona gris, ni puramente civil ni puramente administrativa[77] que lleva a excluir la aplicación de RRI de acuerdo con su artículo 1 –lo cual es un argumento también aplicable a la exclusión del RRII conforme, también, a su art. 1–. Sin embargo, es cierto que una cosa es dirigirse contra la actuación de una autoridad pública, y otra pedir responsabilidades a aquél que, sujeto por la normativa, la ha incumplido en su perjuicio, por lo que este argumento se debilita ante esta posible separación de acciones según las partes implicadas.

Pese a ello, en cualquier caso, el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental, lo que justifica que no pueda apartarse su tutela de las normas dirigidas a tal efecto y que pueda considerarse, a efectos del RRI, que estamos ante una norma internacionalmente imperativa en el marco del artículo 9. Brkan se apoya en dos argumentos clave para explicar esta calificación: 1) como ha reconocido la jurisprudencia del TJUE en varias ocasiones, empezando tal doctrina en el asunto *Ingmar*[78], las normas del DUE también pueden ser

---

[73] Identificadas por BRKAN, «Data protection and European Private International Law», cit., pp. 27-31.

[74] STJUE 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland* (ECLI:EU:C:2014:238): «La protección de datos de carácter personal, que resulta de la obligación expresa establecida en el artículo 8, apartado 1, de la Carta, tiene una importancia especial para el derecho al respeto de la vida privada, consagrado en el artículo 7 de esta» (párr. 53).

[75] KOKOTT, J. y SOBOTTA, C., "The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of CJEU and ECtHR", *International Data Privacy Law*, vol. 3, núm. 4, 2013, Oxford (Oxford University Press), pp. 223.

[76] BRKAN, M., «Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship», cit., p. 333.

[77] Expresión citada por BRKAN, «Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship», cit., p. 27.

[78] STJUE 9 de noviembre de 2000, Asunto C-381/98, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.,* (ECLI:EU:C:2000:605).

calificadas como «normas de policía»; 2) estamos ante una norma que verdaderamente protege el interés público, en la medida en que protege un derecho fundamental y su normativa persigue la consecución de intereses para el mercado interior[79].

Ante el silencio del RPD, siguen quedando dudas en la posible aplicación de las normas de conflicto del RRI en todo aquello que los EM decidan regular sobre protección de datos al margen de las leyes europeas. Por otra parte, en lo que se refiere a obligaciones extracontractuales, especialmente problemático es el supuesto de las acciones de indemnización en caso de tratamiento ilícito de datos, ya que con el RPD siguen existiendo muchas diferencias entre las legislaciones nacionales, por lo que en caso de que nos encontremos un supuesto transfronterizo, ante la exclusión del ámbito de Roma II, debemos acudir a las normas nacionales, en nuestro caso, al artículo 10.9 del Código Civil[80].

VII. CONCLUSIONES

La privacidad y los datos personales son consustanciales a la dignidad del ser humano y a su derecho de preservar un ámbito de intimidad resguardado del resto. No obstante, los avances tecnológicos y la globalización, junto al desarrollo de la sociedad de la información, han provocado un aumento del tratamiento automatizado de datos personales y han puesto de manifiesto las deficiencias en la protección de estos derechos[81]. Todo ello se ha visto agravado por las innovaciones de las últimas décadas en el ámbito de la tecnología e Internet, que han llevado a un cambio de percepción de la privacidad por parte de los usuarios y a un manejo de datos personales como si fueran una mercancía más que promueve el desarrollo económico y comercial.

En los problemas que se plantean en este ámbito entran en juego la regulación no solo de supuestos internacionales, sino también los mismos en un contexto que requiere importantes adaptaciones jurídicas como es Internet, cuyo carácter descentralizado y universal hace difícil un control únicamente ejercido por un determinado Estado en ciertas situaciones[82]. Así, estamos ante problemas de carácter global para los que una legislación nacional o regional resulta limitada. De ahí que el papel de la UE haya sido trascendental en la protección de los datos personales como legislador supranacional y como líder en la

[79] BRKAN, M., «Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship», cit., pp. 333-334.

[80] DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (II): Derecho aplicable», entrada de blog de 19 de mayo 2016. Disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.nl/2016/05/aspectos-internacionales-del-reglamento_19.html> [Consultado el 31/10/2016].

[81] ORDOÑEZ SOLÍS, D., «La protección judicial de los derechos en Internet», Real Academia Asturiana de la Jurisprudencia, 12 de marzo de 2014, en: https://kontencioso.files.wordpress.com/2014/03/proteccic3b3n-judicial-raaj.pdf. [Consultado el 23/08/2017].

[82] MURILLO DE LA CUEVA, P.L., «Novedades sobre el derecho a la protección de datos personales», *El derecho a la protección de datos: novedades y problemas*, Aranjuez (Ed. Fundación Ciudadanía y Valores), 2010, p. 1-16.

regulación de la protección de datos, responsable de la implantación de un elevado sistema de protección[83] como fue la Directiva 95/46/CE. Sin embargo, en 1995 resultaba imposible prever la evolución del entorno digital y la importancia que ha adquirido Internet en el funcionamiento de la sociedad[84], lo cual dejó desfasada a la Directiva, obligando a la Unión Europea a plantearse una revisión de la normativa.

De tal revisión normativa nace el nuevo *Reglamento de Protección de Datos* y si bien es cierto que se ha analizado de forma breve aspectos muy concretos del mismo, pueden extraerse una serie de conclusiones:

1. El RPD supone un indudable avance en la protección de datos respecto la Directiva, pues no sólo moderniza su contenido, sino que aumenta la certidumbre y la seguridad jurídica gracias a la armonización, que elimina los problemas que surgían en el marco de la Directiva como consecuencia de la uniformización jurídica limitada. No obstante, este objetivo se ha conseguido en parte, ya que responsables y encargados deben seguir enfrentándose, a la hora de tratar datos y demostrar el cumplimiento de la regulación europea, a materias que dentro del RPD debe regular cada EM, que es precisamente lo que se pretendía evitar. Además, ello supone la existencia de diferencias en la protección de los titulares según el territorio en dichas materias.

2. Esto, por otro lado, se ve agravado por la falta de previsión de su relación con otros instrumentos y ramas del Derecho, como son los contratos o la responsabilidad extracontractual, lo que es fundamental para facilitar la tutela de los interesados. Pese a que se introduce una clara mejora en el ámbito de la determinación de la competencia judicial y su relación con el Reglamento Bruselas I*bis*, ello no tiene su reflejo en las relaciones con otros instrumentos de DIPr sobre ley aplicable, como son las normas de conflicto de los Reglamentos Roma I y Roma II. Debido a la transversalidad de la materia, una aclaración en la relación de instrumentos por parte de la UE podría facilitar la tutela de los titulares y el cumplimiento de obligaciones de responsables y encargados.

3. Si bien el RPD ha supuesto la introducción de una mayor claridad y precisión en los supuestos que determinan la aplicación territorial de la normativa europea, mejorando así el ámbito de aplicación territorial tan complejo que contemplaba la Directiva; siguen existiendo críticas ya planteadas con la Directiva como su posible aplicación extraterritorial, y se echa en falta una mayor precisión conceptual en los supuestos.

4. El RPD introduce importantes novedades en el ámbito de la determinación de la competencia judicial, con normas específicas que faltaban en la Directiva, y en la aclaración de su relación con el RBI*bis*; sin embargo, no queda del todo resuelto cómo operan las normas de competencia judicial en los casos en los que se reclama frente a la actuación

[83] SANCHO VILLA, D., «Protección de datos personales y transferencia internacional: cuestiones de ley aplicable», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 16, septiembre 2008, p. 414.

[84] MINERO ALEJANDRE, G., «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», cit. p. 22.

de las autoridades de control, ya que parece que en la práctica pueden surgir problemas de tutela en casos en los que opera el mecanismo de competencia interno de ventanilla única.

Así, el RPD constituye el primer paso, absolutamente necesario, en un largo camino que lleve a una regulación en pro del fortalecimiento de una verdadera cultura de protección de datos en la que se consiga transmitir a titulares y responsables la necesidad de conseguir un adecuado equilibrio entre el desarrollo de la economía y la defensa de un derecho tan fundamental como es la protección de datos. Se trata de un instrumento que no estará exento de reformas, que deberá adaptarse a una sociedad que no deja de innovar y avanzar tecnológicamente a un ritmo al que el legislador debe necesariamente adecuarse y anticiparse para evitar situaciones irreversibles. Conseguir una protección de datos europea real y efectiva requiere todavía de trabajo en el futuro[85] y será de nuevo la práctica jurídica la que la a través de la jurisprudencia señalará y solucionará las posibles deficiencias del RPD, como ocurrió con la Directiva 95/46/CE, dando pistas al legislador para reformas posteriores que resulten necesarias para proteger y garantizar a los titulares de datos un verdadero poder de disposición sobre su propia información, que es el objetivo último de este derecho.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, 1ª edición, Luxemburgo, (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea), 2014.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, «El futuro de la protección de datos», *Monográfico de ASOCIACIÓN PROFESIONAL ESPAÑOLA DE LA PRIVACIDAD por el Día Europeo del Derecho a la Protección de Datos*, 2016. Disponible en <http://www.apep.es/aepd-el-futuro-de-la-proteccion-de-datos/> [Consultado el 25/09/2016].

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, «El Reglamento de protección de datos en 12 preguntas». Disponible en <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2016/notas_prensa/news/2016_05_26-ides-idphp.php> [Consultado el 10/09/2017].

ALFARO ÁGUILA–REAL, J., «La sentencia Google del Tribunal Supremo: Derecho de grupos y levantamiento del velo», entrada de blog de 14 de abril 2016. Disponible en <http://almacendederecho.org/la-sentencia-google-del-tribunal-supremo-derecho-de-grupos-y-levantamiento-del-velo/> [Consultado el 30/12/2017].

[85] BLUME, P., «The myths pertaining to the proposed General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, vol. 4, núm. 4, 2014, p. 273.

BRKAN, M., «Data protection and European Private International Law», *EUI Working Paper RSCAS 2015/40,* Florence School of Regulation, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, 2015, pp. 1-37.

BLUME, P., «Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship», *European Data Protection Law Review*, 2016, pp. 324-341.

BLUME, P., «The myths pertaining to the proposed General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, vol. 4, núm. 4, 2014, p. 273.

BYGRAVE, L.A., «Privacy and Data Protection in an International Perspective», *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, 2010, pp. 166-198, Disponible en <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5630/v13/undervisningsmateriale/privacy-and-data-protection-in-international-perspective.pdf> [Consultado el 12/07/2017].

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1, enero-junio 2017. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/41156/> [Consultado el 02/06/2017].

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (II): Derecho aplicable», entrada de blog de 19 de mayo 2016. Disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.nl/2016/05/aspectos-internacionales-del-reglamento_19.html> [Consultado el 31/10/2016].

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (I): cuestiones de competencia», entrada de blog de 11 de marzo de 2016. Disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/05/aspectos-internacionales-del-reglamento.html> [Consultado el 31/10/2016].

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, 5ª ed., Navarra, (Thomson Reuters), 2015.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La cuestionable revisión de las normas de competencia judicial internacional (LO 7/2015 de reforma de la LOPJ», entrada de blog de 23 julio 2015. Disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/07/la-cuestionable-revision-de-las-normas.html> [Consultado el 22/10/2016].

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª. época, núm. 7, 2004, pp. 397-417.

GABEL, D., y HICKMAN, T., «Unlocking the EU Data Protection Regulation.», 22 de julio de 2006, Disponible en: <http://www.whitecase.com/publications/

article/chapter-6-data-protection-principles-unlocking-eu-general-dataprotection> [Consultado el 25/10/2016].

GARCÍA MEXÍA, P., *Derecho Europeo de Internet,* 1ª ed., La Coruña (Netbiblio), 2009.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ», *Diario la Ley*, Nº8614, 28 septiembre de 2015, Ed. La Ley.

GDPR PORTAL, «Frequently Asked Questions about the incoming GDPR». Disponible en: <https://www.eugdpr.org/gdpr-faqs.html> [Consultado el 17/12/2017].

GDPR PORTAL, «An overview of the main changes under GPDR and how they differ from the previous directive». Disponible en <https://www.eugdpr.org/key-changes.html> [Consultado el 17/12/2017].

GIL ANTÓN, A.M., «El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012.

GRUPO DEL ARTÍCULO 29: «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», 2010, pp. 1-39. Disponible en <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp179_es.pdf> [Consultado el 09/11/2016].

GRUPO DEL ARTÍCULO 29: «Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales», 2007, pp. 1-29. Disponible en <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf> [Consultado el 19/07/2016].

HUSTINX, P., «EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation». Disponible en <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publi cations/Speeches/2014/14-09-15_Article_EUI_EN.pdf> [Consultado el 15/09/2016].

KOKOTT, J., y SOBOTTA, C., "The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of CJEU and ECtHR", *International Data Privacy Law*, vol. 3, núm. 4, 2013, pp. 222-228.

KOTSCHY, W., «The proposal for a new General Data Protection Regulation – problems solved?», *International Data Privacy Law*, vol. 4, núm. 4, 2014.

MINERO ALEJANDRE, G., «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense,* L, 2017, pp. 13-58. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5876163> [Consultado el 15/12/2017].

MURILLO DE LA CUEVA, P.L., «Novedades sobre el derecho a la protección de datos personales», *El derecho a la protección de datos: novedades y problemas*, Aranjuez (Ed. Fundación Ciudadanía y Valores), 2010.

ORDOÑEZ SOLÍS, D., «La protección judicial de los derechos en Internet», *Real Academia Asturiana de la Jurisprudencia*, 12 de marzo de 2014. Disponible en: <https://kontencioso.files.wordpress.com/2014/03/proteccic3b3n-judicial-raaj.pdf> [Consultado el 23/08/2017].

PERALES, A., «La vigencia del consentimiento en el futuro de la protección de datos personales», *Monográfico de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL ESPAÑOLA DE LA PRIVACIDAD por el Día Europeo del Derecho a la Protección de datos,* 2016. Disponible en: <http://www.apep.es/aepd-el-futuro-de-la-proteccion-de-datos/> [Consultado el 22/09/2017].

PIÑAR MAÑAS, J.L., «Seguridad, transparencia y protección de datos», 2009, pp. 1-72. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/docs/ley-de-transparencia/ponencia-j-luis-pi%C3%B1ar.pdf?sfvrsn=0> [Consultado el 15/07/2016].

REDING, V., «The European data protection framework for the twenty-first century», *International Data Privacy Law*, vol. 2, núm. 3, 2012, p. 121. Disponible en: <http://idpl.oxfordjournals.org/content/2/3/119.full.pdf+html> [Consultado el 6/9/2017].

SANCHO VILLA, D., «Protección de datos personales y transferencia internacional: cuestiones de ley aplicable», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 16, septiembre 2008, pp. 401-445.

SVANTESSON, D., *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, 1ª ed., Copenhague (Ex Tuto), 2013.

WALTER-ECHOLS, M., «Panopticon – Surveillance and Privacy in the Internet Age», *Worcester Polytechnic Institute*, 2009. Disponible en: <https://www.wpi.edu/Pubs/E-project/Available/E-project022709-132355/unrestricted/Panopticon.pdf> [Consultado el 25/06/2016].

IX. JURISPRUDENCIA CITADA

STJUE 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.* (ECLI:EU:C:2000:605).

STJUE 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, *Bodil Lindqvist* (ECLI:EU:C:2003:596).

STJUE 9 de marzo de 2010, asunto C-518/07, *Comisión Europea/Alemania* (ECLI:EU:C:2010:125).

STJUE 9 de noviembre 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Scheche GbR (C-92/09) y Hartmut Eifert (C-93/09) contra Land Hessen* (ECLI:EU:C:2010:662).

STJUE 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd (asunto C-293/12) contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commisioner of the Garda Síochána, Irlanda, The Attorney General, y Kärntner Landesregierung (asunto C-594/12) contra Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros* (ECLI:EU:C:2014:238).

STJUE 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, *Google Spain SL y Google Inc. Contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González* (ECLI:EU:C:2014:317).

STJUE 11 de diciembre de 2014, asunto C-212/13, *František Ryneš contra* Úřad *pro ochranu osobních* údajů (ECLI:EU:C:2014:2428).

STJUE 1 de octubre de 2015, asunto C-230/14, *Weltimmo s.r.o contra Nemzeti Adatvédelmi* és *Információszabadság Hatóság* (ECLI:EU:C:2015:639).

STJUE 6 octubre 2015, asunto C-362/14, *Maximillian Schrems contra Data Protection Commisioner* (ECLI:EU:C:2015:650).

STJUE 28 de julio de 2016, asunto C-612/16, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl* (ECLI:EU:C:2016:612).

LA RESCINDIBILIDAD EN EL CONCURSO DE LAS OPERACIONES DE ESCISIÓN DE SOCIEDADES*

THE POSSIBILITY OF APPLYING CLAWBACK ACTIONS TO SPIN-OFF CORPORATE TRANSACTIONS WITHIN A BANKRUPTCY PROCEEDING

Marina Rebollo Rodríguez**

Resumen: La rescindibilidad de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores ha sido puesta en duda por jurisprudencia y doctrina. Recientemente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado por primera vez sobre esta controversia jurídica en su Sentencia de 21 de noviembre de 2016, alineándose con la tesis mayoritaria al afirmar la resistencia de las modificaciones estructurales a la acción rescisoria concursal. Al hilo de este Trabajo, trataremos de exponer con rigor los argumentos que se han esgrimido en uno y otro sentido para finalmente esbozar un análisis crítico de los mecanismos de protección que nuestro Derecho societario pone a disposición de los acreedores afectados por estas operaciones y su suficiencia en un contexto concursal.
Palabras clave: modificaciones estructurales traslativas, escisión parcial, concurso de acreedores, acción rescisoria concursal, tutela de los acreedores.

Abstract: The possibility to apply clawback actions to mergers and spin-off corporate transactions within the bankruptcy proceedings has been put into question by the Academia and case law. In a recent judgement of November 21, 2016, the Spanish Supreme Court has ruled for the first time with regard to this controversy, endorsing the majority position as stating the resistance of mergers and spin-offs to the insolvency clawback actions. In this paper we intend to explore the arguments for both positions and develop a critical analysis on the sufficiency, in a bankruptcy scenario, of the instruments provided by Spanish Corporate Law to protect creditors affected by these type of transactions.
Keywords: mergers, spin-offs, bankruptcy proceeding, clawback actions, creditors protection.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRASLATIVAS Y EL CONCURSO DE ACREEDORES: LA PROBLEMÁTICA PARTICULAR DE LAS OPERACIONES DE ESCISIÓN; II. LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL Y LAS OPERACIONES DE ESCISIÓN; 1. Concepto, naturaleza y presupuestos de la acción

* Fecha de recepción: 1 de febrero de 2018.
Fecha de aceptación: 28 de febrero de 2018.

** Primer premio en la modalidad de Derecho privado, social y económico del VII Premio Jóvenes Investigadores. Estudiante del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: marina.rebollo95@gmail.com.

rescisoria concursal; 2. El «perjuicio» en las operaciones de escisión; 3. La dificultad práctica de deshacer los efectos de la modificación estructural; 4. El «Principio de inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita» (art. 47 LME); 5. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2016; 6. Conclusión preliminar; III. LA CUESTIÓN DE LA SUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE TUTELA SOCIETARIOS PARA LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE TERCEROS EN LAS OPERACIONES DE ESCISIÓN; 1. El derecho de oposición; 2. La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida; 3. «El remedio resarcitorio»; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA; VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS; 1. Tribunal Supremo; 2. Audiencias Provinciales; 3. Juzgados de lo Mercantil.

I. INTRODUCCIÓN. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRASLATIVAS Y EL CONCURSO DE ACREEDORES: LA PROBLEMÁTICA PARTICULAR DE LAS OPERACIONES DE ESCISIÓN

Las modificaciones estructurales «de carácter traslativo» se presentan cada vez más como un recurso de las empresas en momentos de dificultad financiera, permitiéndoles adaptar su organización a las vicisitudes económicas de la sociedad. Estas reestructuraciones, que conllevan la transmisión en bloque, por sucesión universal, de todo o parte del patrimonio societario a favor de otra u otras sociedades, constituyen auténticas operaciones accionariales en las que la contraprestación recibida a cambio de los bloques patrimoniales transmitidos consiste en acciones o participaciones percibidas directamente por los socios, y no por la sociedad transmitente[1]. Sin perjuicio de ello, y precisamente por su carácter traslativo, poseen una indudable relevancia sobre la posición y las expectativas de cobro de los acreedores de las sociedades participantes, dado que el patrimonio de estas puede variar cuantitativa o cualitativamente como consecuencia de tales reestructuraciones.

En vista de las trascendentes consecuencias patrimoniales que acarrean, y sin perjuicio de que su motivación económica pueda resultar perfectamente válida –como así lo han reiterado doctrina y jurisprudencia–, es posible que alguna de las sociedades participantes se vea abocada al procedimiento concursal en los meses siguientes a la reestructuración[2].

[1] V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, p. 581.

[2] En cuanto a la validez de la motivación económica de estas operaciones se ha pronunciado con rotundidad la SJM nº 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015 (28/2015): «Las modificaciones estructurales son negocios jurídicos complejos que pueden obedecer a una multitud de variables y factores como intereses económicos, fiscales, externalización de recursos, aislamiento de "activos tóxicos", etc. todo ello, para obtener la máxima rentabilidad de un negocio. Por tanto, una modificación estructural, per se, no tiene por qué ser interpretada como un acto perjudicial para la empresa que se fusiona o escinde ni que su finalidad sea la de defraudar a los acreedores. Al contrario, puede tener por objetivo salvar la empresa o, al menos, aislar aquellas ramas de negocio que no resultan económicamente viables de la que sí son rentables para seguir generando beneficios y pagar las deudas contraídas».

En este terreno concursal cobran especial relevancia las operaciones de escisión de sociedades, que se presentan como las más controvertidas en la práctica. Y es que, en contextos de crisis empresarial, cuando la sociedad es titular de distintos activos o ramas de actividad que tienen una diferente exposición al riesgo o son unos más rentables que otros, es habitual que, por motivos de racionalización empresarial y ante el riesgo de insolvencia, se trate de separar unos activos o negocios de los otros[3]. Así, en algunos casos se acude a la escisión parcial para separar la parte más próspera de una organización empresarial, pasando la unidad económica que se desgaja a ser absorbida por otra sociedad saneada y previamente existente, o bien por una empresa de nueva creación. Por su parte, la sociedad escindida sobrevive al proceso y continúa existiendo, pero a menudo queda abocada a un posterior concurso. En cambio, en otros casos la escisión es total, separando en diferentes sociedades beneficiarias los activos o negocios más prósperos y viables, respecto de los más expuestos al riesgo o inviables[4].

La casuística de estas operaciones es muy variada y heterogénea, pero en todos los casos el problema surge cuando, antes de que transcurran dos años desde la escisión, es declarada en concurso de acreedores alguna de las sociedades beneficiarias, o bien –en el caso de escisión parcial– la sociedad parcialmente escindida. En un contexto como el descrito, los acreedores, particularmente aquellos que permanezcan en la sociedad que mantenga –o a la que se transfieran– los activos menos viables, podrían encontrarse en una situación más desfavorable a consecuencia de la operación de escisión, siendo habitual que traten de impugnar la operación en el seno del propio concurso, por entender que esta se encuentra conectada de forma directa e inmediata a la situación de insolvencia, por considerarla perjudicial para la masa activa del concurso o, en fin, por entender que se realizó en fraude de sus derechos[5].

Ciertamente nuestro ordenamiento, fuera del ámbito concursal, contiene normas de tutela de los acreedores, como son las relativas al derecho de oposición y a la responsabilidad de las sociedades beneficiarias. Sin embargo, se plantea la cuestión de si las anteriores normas –y, particularmente, esta última– resultan suficientes para amparar aquellos derechos de los acreedores. De ahí que adquieran relevancia los remedios concursales y se suscite la controversia jurídica de si cabe atacar la modificación estructural en cuestión mediante una acción rescisoria concursal (art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en adelante, Ley Concursal y LC), cuestión que ha sido ampliamente debatida en la doctrina y la jurisprudencia.

---

[3] V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., pp. 579-580.

[4] V. CERDÁ ALBERO, F. «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27, 2012, p. 401.

[5] V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., p. 580.

II. LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL Y LAS OPERACIONES DE ESCISIÓN

1. Concepto, naturaleza y presupuestos de la acción rescisoria concursal

La Ley Concursal regula la posibilidad de «reintegración» de la masa de bienes del concurso mediante el ejercicio de la acción rescisoria concursal (art. 71.1, 2 y 3 LC). Se trata de un instrumento especial al servicio de la finalidad solutoria del concurso, ordenado a la reconstrucción del patrimonio del deudor concursado, que ha podido verse mermado por actos de este anteriores a la declaración de concurso.

A diferencia de las acciones de nulidad, la acción rescisoria concursal permite dejar sin efecto actos o negocios jurídicos perfectamente válidos que, sin embargo, suponen un perjuicio para terceros que el ordenamiento jurídico considera inadmisible. Su procedencia se hace depender, en esencia, de dos requisitos: (a) el requisito temporal, que precisa que el acto o negocio se haya realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso –el conocido como «periodo sospechoso»–; y (b) el requisito material, que exige que estos actos supongan un perjuicio para la masa activa del concurso.

Así pues, la Ley Concursal ha establecido una configuración de la acción rescisoria concursal sustancialmente objetiva, que no exige, a diferencia de su homóloga civil (art. 1.111 CC), la existencia de ánimo fraudulento. Del mismo modo, resulta irrelevante que la contraparte del acto sea de buena fe. Tampoco se requiere como presupuesto para proceder a la rescisión que se acredite que el acreedor fuera insolvente en el momento de realizar el acto, ni que medie relación de causalidad alguna entre acto cuya rescisión se pretende y el devenido estado de insolvencia[6].

El protagonismo lo adquiere, pues, el requisito objetivo del perjuicio: el acto ha de comportar una devaluación patrimonial o aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC); aminoración que debe carecer de justificación desde la perspectiva de las legítimas expectativas de cobro de los acreedores concursales[7]. Por tanto, la lesión no habrá de venir referida a un determinado derecho de crédito de un particular acreedor, sino a la masa activa del concurso: existirá perjuicio cuando «el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción

[6] LEÓN SANZ, F. J., «La rescisión de las operaciones societarias», en *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012*. Pamplona (Civitas), 2012. Disponible en <www.catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/La%20rescisi%C3%B3n%20de%20las%20operaciones%20societarias.pdf>, p. 73 [Consultado el 20/09/2016].

[7] PÉREZ DE ONTIVEROS, C. «Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o Pauliana», *Anuario de Derecho Concursal*., núm. 35, 2015, p. 17.

colectiva de los acreedores concursales»[8]. Finalmente, el requisito del perjuicio ha de analizarse en el momento de la ejecución del acto y no en la posterior insolvencia, sin que sean relevantes las vicisitudes posteriores que en el momento de celebración del acto no fueran previsibles.

La posibilidad de rescisión concursal está excluida expresamente en una serie de supuestos recogidos en la propia Ley Concursal (art. 71.5 LC) y sometida a un régimen limitativo especial en relación con determinados acuerdos de refinanciación (art. 71 bis LC). Además, existen otra serie de limitaciones al ejercicio de la rescisión concursal dispuestos al margen de la propia Ley Concursal, como los acuerdos de garantías financieras (art. 15 del RDL 5/2005 de 11 de marzo). En cambio, nuestra Ley Concursal no hace mención a las operaciones de modificación estructural entre los supuestos en que se excluye o limita la acción rescisoria. No obstante, y como se desarrollará posteriormente, algunos entienden que sí quedarán excluidas por razón de la «inimpugnabilidad» de estas operaciones prevista en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, lo que ha dado lugar a un debate abierto sobre este tema, en el que últimamente ha terciado el Tribunal Supremo, tomando partido por esta última interpretación[9].

Entre otras, una de las cuestiones que se han suscitado al hilo de este debate es si puede existir perjuicio en esta clase de operaciones, en orden a la procedencia de una eventual acción rescisoria. De ahí que sea conveniente analizar, en primer término, la idea de perjuicio en relación con la escisión.

2. El «perjuicio» en las operaciones de escisión

El primer escollo al que se enfrenta la rescisión concursal de una operación de escisión radica en la dificultad de valorar la concurrencia de perjuicio, requisito que cobra carácter protagonista en esta acción, y que se ha venido concretando como «sacrificio patrimonial injustificado» de la masa activa del concurso. Lo cierto es que esta idea de detrimento patrimonial a menudo no será útil para valorar el perjuicio en las operaciones de escisión pues, por la propia naturaleza de estas operaciones –en las que las acciones o participaciones entregadas a cambio de la transmisión patrimonial son percibidas directamente por los socios, sin que la sociedad escindida pueda recibir de las beneficiarias contraprestación alguna– es

[8] LEÓN SANZ, F. J. «Comentario art. 71 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid (Civitas), 2004, p. 1307.

[9] Son numerosos en la Doctrina los autores que comparten esta interpretación y así, entre otros, lo hacen CERDÁ ALBERO y CONDE TEJÓN, en sus obras «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», cit., p. 408; y «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013)». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, p. 482, respectivamente.

evidente que el perjuicio no puede valorarse de la misma forma que en aquellas operaciones donde la contraprestación sí se percibe por la sociedad que transmite su patrimonio[10].

En particular, el perjuicio no podrá significar en estos casos un simple desequilibrio de contraprestaciones, por lo que el tipo de canje carece en sí de relevancia a estos efectos[11]. Además, el hecho de que en las escisiones se transmitan conjuntos patrimoniales que integran unidades económicas de diferente viabilidad o rentabilidad, como pueden ser ramas de actividad, con sus correspondientes activos y pasivos, a menudo no nos permite medir el perjuicio en simples términos de valor contable, pues lo que sucede en estas operaciones tiene que ver más bien con un incremento de los riesgos del crédito[12].

Ahora bien, esto no significa que no pueda haber perjuicio para los acreedores que integran la masa pasiva del concurso; pero, de existir, se tratará de un perjuicio en términos cualitativos –no tanto cuantitativos–, traducido en la disminución de la garantía patrimonial con la que contaban los acreedores de la sociedad escindida al ver traspasados sus activos más viables, o bien en el sobreendeudamiento experimentado por la sociedad o sociedades beneficiarias como consecuencia de la escasa rentabilidad de las ramas de actividad incorporadas[13]. Es en estos términos en los que el perjuicio, requisito material de la acción rescisoria concursal, es concebible en las operaciones de escisión de sociedades.

Superada esta dificultad, procede abordar una segunda cuestión problemática para la aplicación de la rescisión a las operaciones de escisión, que tiene que ver con los efectos restitutorios de la acción rescisoria concursal y su articulación en supuestos de reestructuraciones.

---

[10] Es importante aclarar que, el hecho de que en las operaciones de escisión sean los socios quienes perciben directamente la contraprestación, y no la sociedad que transmite su patrimonio, no permite afirmar que el traspaso patrimonial efectuado por la sociedad escindida sea gratuito, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, y muy señaladamente, la SJM 1 de A Coruña, de 6 de marzo de 2014 (17/2014).

[11] V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., p. 581.

[12] V. SJM 1 de A Coruña de 6 de marzo de 2014 (17/2014). En ella se apunta que: «sin olvidar que lo traspasado no son meramente activos - sino un conjunto patrimonial (…) esa idea de perjuicio patrimonial no sirve para valorar la situación de la compañía escindida y después declarada en concurso; porque si se entiende que la justificación del acto dispositivo radica en la existencia de una contraprestación de valor económico equivalente al del neto patrimonial traspasado, a lo sumo podríamos identificarla con la reducción del pasivo no exigible de la compañía escindida, incluida, en la medida necesaria, la cifra del capital social».

[13] Este perjuicio recae, por ejemplo, sobre los acreedores de la sociedad escindida cuando los activos menos viables se quedan en esta; o en el caso de los acreedores que son transferidos a una beneficiaria, cuando el endeudamiento asociado al patrimonio escindido que acaba en el balance de esta la sitúa (por razón del volumen del pasivo asociado a dicho patrimonio) en una situación de sobreendeudamiento que antes no soportaba. V. PÉREZ TROYA, A., «¿Resistencia de la escisión parcial a la acción de rescisión concursal? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 21 de noviembre de 2016», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 305, 2017, pp. 437-474.

3. La dificultad práctica de deshacer los efectos de la modificación estructural

Al regular los efectos de la acción rescisoria concursal, el artículo 73 de la Ley Concursal ordena restaurar la situación al estado inmediatamente anterior a la realización del acto rescindido mediante la restitución recíproca de las contraprestaciones entregadas, pretendiendo que el negocio impugnado no hubiera existido nunca.

Esta regulación parece tomar como referencia el supuesto de los contratos sinalagmáticos, en los que se entrega cosa por cosa o cosa por precio, disponiendo que la rescisión del acto conlleva la ineficacia del mismo y obliga a las partes a la restitución de las recíprocas contraprestaciones, con sus frutos e intereses[14]. Tal observación no es baladí, pues ello plantea una notable inseguridad en la aplicación de la rescisión a otros supuestos que no responden exactamente a dicho esquema bilateral, como sucede en el caso de las operaciones de modificación estructural[15].

Y es que las modificaciones estructurales son operaciones que revisten una gran complejidad. Acarrean efectos de enorme trascendencia tanto en el ámbito patrimonial –al producirse la transmisión, por sucesión universal, de unidades económicas de composición heterogénea–; como en la composición accionarial, debido a la integración de los socios de la sociedad transmitente en la adquirente –salvo en los casos de segregación y cesión global–. Comportan, a fin de cuentas, no solo la confusión de patrimonios entre las sociedades intervinientes, sino también la alteración de la titularidad de las mismas e incluso, en los supuestos de escisión total, la extinción de la sociedad transmitente[16].

Así, en el caso de una escisión los efectos restitutorios que pretenden deshacer la operación implicarían que las sociedades beneficiarias devolvieran a las transmitentes el bloque patrimonial adquirido por sucesión universal, con revocación de su extinción, si esta se hubiera producido, y los socios de estas últimas regresaran a las beneficiarias la contraprestación obtenida a cambio de la transmisión patrimonial –normalmente, acciones o participaciones–, recuperando estas su composición accionarial original. Este proceso, además de extremadamente costoso, sería inútil en su intento de restaurar la situación anterior a la operación, pues a menudo la restitución de las contraprestaciones se vería reemplazada

[14] LEÓN SANZ, F. J. «La rescisión de las operaciones societarias», cit., p. 78.

[15] V. GARCÍA VILLARUBIA, M. «A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 8, 2013, disponible en <www.uria.com/es/abogados/MGV?iniciales=MGV&seccion=publicaciones&id=3946&pub=Publicacion> p. 2, [Consultado el 25/09/2017]. Este autor apunta que «en sede de regulación de las acciones de rescisión, se viene destacando que la determinación de los efectos de la rescisión concursal se establece tomando como base el supuesto de los contratos sinalagmáticos, lo que complica de manera singular la determinación de los efectos que se seguirían de la eventual rescisión de una modificación estructural, bastante alejada de los elementos de una relación sinalagmática clásica».

[16] V. CONDE TEJÓN, A., «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, 2014, p. 481.

por un cumplimiento equivalente, y en otros casos los bloques patrimoniales transmitidos habrían ya sufrido alteraciones cuantitativas y cualitativas irreversibles[17].

En este contexto, los efectos restitutorios que, conforme al artículo 73 de la Ley Concursal, llevaría consigo la rescisión de tales operaciones devienen casi imposibles en la práctica, y así lo han entendido la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que coinciden en afirmar no solo la enorme dificultad práctica que supone retrotraer los efectos de una rescisión, sino también el coste inasumible que ello supondría en términos económicos y de seguridad jurídica[18].

El contrapunto a este argumento ha venido de la mano de un sector de la doctrina, que afirma que el efecto de la rescisión concursal no necesariamente tiene que consistir en un «deshacer» la operación, restaurando el estado de las cosas a un momento anterior, como si la misma no se hubiera producido. Esto podría resultar no solo impracticable sino innecesario y excesivo. En cambio, la operación solo se habrá de ver afectada «en los límites necesarios que exija la reparación del perjuicio a la masa activa»[19]. Esta posibilidad

[17] V. CONDE TEJÓN, A., «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013)», cit., pp. 481-482. En esta línea, y con gran exhaustividad, el autor señala que «Los derechos adquiridos por terceros de buena fe, los efectos de la confusión de patrimonios y la extrema dificultad de revocar la extinción de la sociedad transmitente implicarían que cualquier intento de aplicar la rescisión concursal tal cual está prevista en la Ley Concursal sería vano, pues no se lograría lo dispuesto en el artículo 73.1 de la Ley Concursal, esto es, la restitución de las prestaciones, sino un sucedáneo de esta restitución, pues en demasiados elementos patrimoniales los derechos de terceros de buena fe obligarían a restituir el equivalente dinerario, o los bloques patrimoniales transmitidos habrían sufrido importantísimas alteraciones cuantitativas y cualitativas fruto del propio devenir de la actividad empresarial, por lo que el parecido de la situación "restituida" con la previa a la operación sería, ciertamente, remoto».

[18] V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., pp. 586-587, y CONDE TEJÓN, A., «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013)», cit. p. 482. Este último afirma lo siguiente: «el coste de esta reintegración sería demasiado elevado, y no sólo un coste económico, que también, sino sobre todo procedimental y de alteración de la confianza en el tráfico y de posiciones legítimas de terceros. Por estos motivos el remedio al perjuicio para la masa provocaría un desequilibrio inaceptable entre los intereses en juego (…) El efecto sanatorio de la inscripción no se debe a una especie de fuerza mágica del registro apta para validar incluso lo inválido, sino simplemente a que, en este caso, es peor el remedio que la enfermedad».

[19] PÉREZ TROYA, A. «¿Resistencia de la escisión parcial a la acción de rescisión concursal? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 21 de noviembre de 2016», cit., p. 458. Según esta autora «podría bastar, a los efectos de la reintegración de la masa activa en el supuesto de la rescisión de una escisión parcial, con la condena a reintegrar las sumas correspondientes a las diferencias patrimoniales valorativas de las que hubiera resultado el perjuicio (…) sin tampoco descartar, en su caso, que la posible reintegración pudiera producirse con bienes por valor equivalente». Otros efectos de la rescisión «tampoco pueden excluirse a priori, pues de descartarse la acción rescisoria y tener que concluirse el concurso por insuficiencia de la masa activa, lo que ocurriría entonces es la extinción del deudor persona jurídica (178.3 LC) y la cancelación de su inscripción en los registros públicos que correspondan, lo que sería, en fin, la peor de las soluciones posibles desde el punto de vista de los intereses de los acreedores y la seguridad del tráfico».

parece haber sido descartada, sin embargo, por el Alto Tribunal, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2016, que será objeto de posterior desarrollo.

Se ha sostenido también en este debate que la dificultad práctica que conlleva deshacer una operación de esta naturaleza, por cierta que sea, no puede ser un factor determinante para rechazar la posibilidad de su rescisión[20]. Frente a tal afirmación, sin embargo, no puede dejar de advertirse la vocación de seguridad jurídica con que el legislador, consciente de la dificultad de retrotraer los efectos de una modificación estructural, ha protegido a estas operaciones al consagrar, en el artículo 47 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, Ley de Modificaciones Estructurales o LME), el llamado «Principio de inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita».

4. El «Principio de inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita» (art. 47 LME)

En virtud del artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales, «Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley». Se trata de una manifestación del principio general de conservación de los negocios, vigente en el Derecho de obligaciones y contratos, y que adquiere especial relevancia en el ámbito de las operaciones de reestructuración societaria[21] [22].

Aunque aparece regulada en sede de fusión, es pacífico que esta norma resulta aplicable a la escisión –en todas las modalidades recogidas en el art. 68.1 LME: escisión total, escisión parcial y segregación–, en virtud de la remisión genérica al régimen de la fusión que establece el art. 73.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales[23].

---

[20] V. GARCÍA VILLARUBIA, M. «A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?», cit., p. 4. El autor señala: «las dificultades prácticas de la determinación de los efectos de la rescisión de una modificación estructural, por reales y ciertas que sean, no pueden ser el factor que incline la balanza a favor de una u otra opción. Si el análisis jurídico da como resultado que cabe rescindir una modificación estructural, a esa conclusión habrá que estar, para a continuación tratar de solucionar el problema de la identificación de sus efectos (…)».

[21] Este régimen de inimpugnabilidad se adecúa a las exigencias y previsiones de las Directivas comunitarias tercera (78/855/CEE20) y sexta (82/891/CEE21), en materia de fusiones y escisiones, y ha sido acogido también para la sociedad anónima europea. En concreto la primera declara, en su Noveno Considerando, lo siguiente: «Considerando que es preciso, con miras a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas (que participen en la escisión) como entre estas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad y establecer, por un pate, el principio de la regularización cada vez que sea posible, y por otra un plazo breve para invocar la nulidad».

[22] V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., p. 585.

[23] Entre otros, V. CERDÁ ALBERO, F. «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», cit., p. 409.

El principio que consagra la inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita opera bajo la condición de que la operación se haya realizado de conformidad con las previsiones de la propia Ley de Modificaciones Estructurales. Solo en el supuesto de que se incumpla alguno de tales requisitos imperativos, y tratándose de vicios procedimentales o de los acuerdos que no pudieron ser controlados por el registrador mercantil en su calificación, el artículo 47.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales permite ejercitar la acción de nulidad en el breve plazo de caducidad de tres meses contados desde la fecha de oponibilidad de la modificación estructural, plazo que se aplica incluso si se alegara contrariedad al orden público[24]. Por otro lado, el precepto deja a salvo, en su caso, «los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados», cuestión que será abordada más adelante, al analizar los mecanismos de tutela que el ordenamiento societario pone a disposición de los acreedores concursales en los casos de modificación estructural.

En el debate sobre la rescindibilidad concursal de las modificaciones estructurales, quienes sostienen la imposibilidad de aplicar la institución rescisoria a tales operaciones han encontrado en el tenor literal del artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales un punto central en su argumentación. Sin embargo, la interpretación de este precepto no es pacífica, y se han suscitado algunas dudas en cuanto a su alcance. En concreto, se plantea si cuando el artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales habla de impugnación comprende también la acción de rescisión concursal regulada en el artículo 71 de la Ley Concursal pues, tal y como se ha señalado en la doctrina, las acciones de reintegración concursal y de impugnación por concurrencia de vicios en el acto o negocio jurídico son modalidades de ineficacia muy diferentes[25]. Además, la Ley Concursal no excluye expresamente las modificaciones estructurales del ámbito de la rescisión concursal, pues no las menciona entre los supuestos del artículo 71.5. Tampoco hay ninguna otra norma que las sustraiga a este procedimiento, como lo hace para los acuerdos de refinanciación el artículo 71 bis de la Ley Concursal y para las garantías financieras el artículo 15 del Real Decreto-Ley 5/2005 de 11 de marzo.

Pese a lo anterior, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias sostienen que, en el tenor literal del artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales, al prohibir toda posibilidad impugnación, ha de entenderse comprendida cualquier modalidad de ineficacia, incluida la res-

[24] V. CERDÁ ALBERO, F. «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», cit., p. 410.

[25] V. GARCÍA VILLARUBIA, M. «A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?», cit., pp. 3-4. Este autor ha apuntado que «una cosa es la acción de impugnación de la modificación por concurrencia de vicios de ineficacia (nulidad, anulabilidad) en el procedimiento o en los acuerdos mismos de adopción de la modificación estructural de que se trate; y otra bien distinta es la acción rescisoria concursal, sujeta a unos presupuestos propios e independientes. No parece que haya inconveniente conceptual en admitir que una modificación estructural plenamente válida y eficaz por ajustarse plenamente a la Ley de Modificaciones Estructurales y demás legislación societaria aplicable, pueda ser rescindida en un procedimiento concursal posterior si se acredita que fue objetivamente perjudicial para la masa activa».

cisión[26]. De esta forma, la modificación estructural inscrita queda protegida frente a cualquier acción que pretenda deshacerla, con independencia del motivo de la impugnación e incluyendo, desde luego, las acciones de impugnación concursales[27]. Tal interpretación literal se apoya asimismo en una interpretación histórica de la norma, atendiendo a la evolución terminológica que se observa desde el originario artículo 246.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), que aludía exclusivamente a «*la acción de nulidad contra una fusión ya inscrita*» hasta el actual art. 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que se refiere a la imposibilidad de impugnación, término más amplio que engloba cualquier modalidad de ineficacia –i.e. nulidad, anulabilidad, rescisión–[28].

Según entiende la doctrina mayoritaria, no es óbice para llegar a esta conclusión el hecho de que la Ley Concursal no mencione expresamente las modificaciones estructurales entre los supuestos excluidos del ámbito de la acción rescisoria concursal, pues la Ley de Modificaciones Estructurales opera en este caso como *lex specialis* frente a la primera[29]. En este mismo sentido se ha pronunciado también la mayor parte de la jurisprudencia[30],

---

[26] V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., p. 586.

[27] V. CERDÁ ALBERO, F. «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», cit., p. 417. Este autor, haciéndose eco de la doctrina alemana (LWOWSKI y WUNDERLICH), señala que «Este mismo principio de inmodificabilidad se ha de aplicar en relación con la impugnación concursal, ya que el sentido de este principio es garantizar el mantenimiento de la situación jurídico-societaria creada con la inscripción registral de la modificación estructural, en aras de la protección de la seguridad jurídica y del tráfico jurídico. Dicho principio opera no sólo para excluir la impugnación según las reglas jurídico-societarias, sino también para impedir la impugnación concursal. La conclusión que con razón sostienen estos autores es que sobre el fundamento jurídico-societario del principio de inmodificabilidad de las modificaciones estructurales, que el legislador atribuye a su inscripción en el registro mercantil, desde este momento se excluye toda impugnación (de carácter tanto societario, como concursal)».

[28] V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., p. 585. La autora, aludiendo a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, de 6 de marzo de 2014 (17/2014), se pronuncia sobre esta cuestión en los siguientes términos: «no deja de ser significativo que la ley española utilice la expresión impugnación, apartándose así de los precedentes de la norma (art. 246 LSA), que se referían únicamente a la nulidad o anulabilidad. A juicio del magistrado, ello permite «con mejor apoyo en la literalidad del precepto» entender que con el término impugnación se cubren todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio (acciones de nulidad, anulabilidad, resolutorias y rescisorias)».

[29] V. CONDE TEJÓN, A., «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013)», cit. p. 482. Este autor señala que: «si se pretende primar la Ley posterior, la de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles es de 2009, mientras que la Ley Concursal es de 2003). Si se pretende primar la Ley que contemple el supuesto especial, también hay que dar primacía al artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que contempla la excepción de validez de las modificaciones estructurales inscritas (norma especial), sobre el artículo 71 de la Ley Concursal, que contiene la norma general de rescisión (invalidez) de las operaciones perjudiciales para la masa (en general, sin precisión concreta para todos los posibles tipos de operaciones)».

[30] Entre otras: SJM nº9 de Barcelona de 13/02/2015 (28/2015), SJM nº1 de A Coruña, de 6/3/2014 (17/2014); y SAP de Zaragoza, de 19/4/2013 (880/2013).

apuntando que la acción rescisoria concursal ha de entenderse comprendida en los términos del artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, Ley a la que se reconoce como especial en esta cuestión[31].

Las anteriores consideraciones no son pacíficas, pues no han faltado, tanto en la doctrina como entre la jurisprudencia, importantes voces disidentes sobre la base de que la Ley Concursal es ley especial y que la misma tiene justamente por objeto rescindir un acto que en origen es válido, pero que deviene ineficaz por circunstancias posteriores[32]. Pero lo cierto es que el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (STS 5136/2016), ha venido a alinearse con la doctrina mayoritaria al pronunciarse por vez primera sobre la cuestión de la rescindibilidad concursal de las operaciones de escisión de sociedades.

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2016

Mención aparte merece, por su trascendencia para la cuestión objeto de análisis, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2016 (STS 5136/2016), que recientemente ha venido a terciar en el debate sobre la rescindibilidad de las operaciones de modificación estructural. En ella se resuelve en casación el caso de una sociedad con-

[31] Buen ejemplo de ello es la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015 (28/2015), que afirma lo siguiente: «Aun cuando el artículo 71.5 de la Ley Concursal no excluya expresamente las operaciones de modificación estructural de la acción de reintegración, debemos entender que ello tampoco es posible por imperativo legal, pues el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales protege este tipo de operaciones frente a "cualquier acción impugnatoria", entre ellas, las de naturaleza rescisoria, como la concursal», insistiendo más adelante en que «No desconoce este juzgador que la Ley Concursal es ley especial y que en su artículo 71.5 no excluye expresamente del ejercicio de la acción rescisoria concursal las modificaciones estructurales, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis o de la disposición adicional 4ª. Ahora bien, ello no significa que la operación de modificación estructural pueda ser rescindida pues existe otra norma, el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que la prohíbe expresamente. Retomando lo que dije al principio, tal precepto blinda a este tipo de operaciones, una vez inscritas en el Registro Mercantil, frente a cualquier acción impugnatoria, entre ellas, las de naturaleza rescisoria como la concursal».

[32] En la jurisprudencia, muy señaladamente, se han posicionado en esta línea la SAP de Las Palmas, de 29/10/2013 (2328/2013) y SJM nº1 de Vitoria-Gasteiz, de 20/04/2016 (160/2016). En esta última se ha afirmado que: «si la Ley Concursal no excluye de la rescisoria las modificaciones estructurales de forma expresa, no cabe deducir tal consecuencia de la LME. La Ley concursal se cuida de establecer los supuestos en los que no cabe de ningún modo la acción de rescisión (art. 71.5 LC) y los supuestos de rescindibilidad limitada (legitimación y motivos) como es el caso de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC. Por supuesto nada se dice de modificaciones estructurales. (…) se acepta que la ley concursal y la ley de modificaciones estructurales son dos normas que están absolutamente descoordinadas, pero entonces la cuestión es si obviando el defecto legal puede el juez del concurso vetar las acciones rescisorias que se pretendan ejercitar contra este tipo de actos jurídicos por la 'inatacabilidad' prevista en el art. 47 LME. A mi juicio la respuesta es que no». En la doctrina, V. GARCÍA VILLARUBIA, M. «A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?», cit., p. 3.

cursada que, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, había llevado a cabo una escisión parcial de una de sus dos ramas de actividad a favor de una nueva sociedad.

Sin dejar de ser controvertida la comentada interpretación del artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, no pueden obviarse las rotundas conclusiones alcanzadas por Alto Tribunal, avalando la interpretación que se había consolidado en la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. En su discurso, el Tribunal Supremo asume buena parte de los argumentos de quienes hasta entonces habían venido defendiendo la irrescindibilidad de las modificaciones estructurales, y su posición ha sido clara al entender que no es posible la rescisión concursal de estas operaciones, pues así lo excluye el citado artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales: «Esta previsión afecta a cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural, no solo la nulidad, sino también la rescisión concursal, que, como hemos expuesto, legalmente conlleva la nulidad del acto objeto de rescisión (art. 73.1 LC). De hecho, el art. 47.1 LME emplea el término "impugnación", que es más amplio que el de nulidad, para abarcar cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural una vez inscrita en el Registro Mercantil».

A Juicio del Alto Tribunal, la anterior conclusión no se ve impedida por la falta de mención expresa, en la Ley Concursal, de las operaciones de modificación estructural como uno de los supuestos en que se encuentra excluida la acción rescisoria: «En la propia Ley Concursal conocemos casos que, por distintas razones, se excluyen de la rescisión concursal (…). Es cierto que en estos casos hay una expresa mención a la rescisión concursal, pero ello tiene sentido que sea así, pues en todos esos supuestos se excluye solo la acción rescisoria concursal, y no el resto de acciones de impugnación, como la nulidad. La justificación de que baste la mención contenida en el art. 47.1 LME a la inimpugnabilidad de la fusión inscrita en el Registro Mercantil, y por ende de cualquier modificación estructural, radica en que en este caso la exclusión legal afecta a «todas» las acciones de impugnación que conlleven la ineficacia de la operación (…) Por esta razón, el art. 47.1 LME no menciona expresamente la rescisión concursal, como tampoco otras acciones de ineficacia, que deben entenderse igualmente excluidas».

En una interpretación teleológica del artículo 47.1, el Tribunal Supremo encuentra en la protección de la seguridad jurídica la ratio de esta limitación a la rescisión: «Evidentes razones de seguridad jurídica son las que justifican este restrictivo régimen legal de impugnaciones». Y ello porque, a juicio del Tribunal, la consecuencia jurídica de la rescisión concursal no puede ser otra que la ineficacia total del acto impugnado, con todo lo que ello conlleva: «la rescisión concursal no determina una ineficacia relativa del acto impugnado, sino total, con el consiguiente efecto de restitución a la masa de los bienes o derechos objeto del acto de disposición impugnado (…) De tal forma que no cabe instar la rescisión concursal de la escisión sin dejar de pretender con ello su ineficacia».

En fin, el Alto Tribunal concluye de modo taxativo que «la escisión parcial está excluida de los actos de disposición susceptibles de rescisión concursal».

6. Conclusión preliminar

A modo de conclusión, y sin perjuicio de la polémica que aún suscita esta cuestión, parece claro que una interpretación literal y teleológica del artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales conduce a descartar la posibilidad de rescisión concursal en relación con las operaciones de escisión, interpretación esta que ha sido corroborada recientemente por el Tribunal Supremo. Por tanto, y si bien anteriormente habíamos sostenido que las operaciones de escisión pueden comportar perjuicio para los acreedores en el sentido del artículo 71 de la Ley Concursal, hemos de concluir ahora que, a pesar de ello, la acción rescisoria no parece una institución adecuada para este tipo de operaciones.

En vista de lo anterior, la cuestión que queda por resolver se refiere a la tutela de los derechos e intereses de los acreedores que, en el marco de un concurso de acreedores, hayan podido ver empeorada su posición a consecuencia de la operación de escisión. Si entendemos que esta protección no puede satisfacerse a través de la acción rescisoria concursal, debemos analizar qué otros mecanismos de tutela ofrece el ordenamiento en estas situaciones y, en particular, si son realmente eficaces para salvaguardar los derechos de terceros en estas operaciones.

III. LA CUESTIÓN DE LA SUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE TUTELA SOCIETARIOS PARA LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE TERCEROS EN LAS OPERACIONES DE ESCISIÓN

Ciertamente, el ordenamiento societario contiene sus propias medidas de tutela de los intereses de los acreedores en los casos de modificación estructural. Estas se despliegan en un doble plano: por un lado, la Ley de Modificaciones Estructurales arbitra una la tutela *ex ante*, que viene dada por el derecho de oposición de los acreedores, regulado para la fusión en el artículo 44 y que resulta aplicable a la escisión en virtud de la remisión genérica del artículo 73.1 de esta misma Ley. A ello se suma, como mecanismo de tutela *ex post*, la responsabilidad de las sociedades participantes en la operación por las obligaciones asumidas que resulten incumplidas, instrumento previsto específicamente para la escisión en el artículo 80 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Ambas normas cumplen una clara función de garantía, que se justifica en la trascendencia patrimonial que suponen las operaciones de división patrimonial como la escisión y los consecuentes peligros que pueden implicar para los acreedores sociales.

Buena parte de quienes defienden la irrescindibilidad de las operaciones de modificación estructural han encontrado en la existencia de estos instrumentos de tutela un argumento nuclear, sosteniendo que los derechos de terceros quedan suficientemente protegidos con ambos mecanismos de tutela, haciendo excesiva e innecesaria la protección concursal que

ofrecen las acciones de reintegración[33]. En las próximas líneas, esbozaremos un análisis crítico de la tutela ofrecida por estos instrumentos y sostendremos su insuficiencia a la hora de proteger los legítimos intereses de los acreedores en un escenario concursal.

Finalmente, nos referiremos también a la acción de daños y perjuicios prevista en el artículo 47.1 *in fine* de la Ley de Modificaciones Estructurales, a fin de analizar si dicho régimen resarcitorio es suficiente para suplir las deficiencias de los mecanismos de tutela anteriores.

1. El derecho de oposición

En virtud del derecho de oposición, los acreedores con créditos nacidos y no vencidos antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión –o escisión–, toda vez que los mismos no se encontraran ya suficientemente garantizados, pueden oponerse a la operación durante el plazo de un mes, en los términos del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Así, se ha argumentado que este derecho tutela suficientemente los intereses de los acreedores que pudieron haberse visto perjudicados por la operación, y que si estos, pudiendo haberse opuesto en tiempo y forma a la escisión, no ejercitaron oportunamente su derecho, no parece razonable concederles ulterior protección por la vía de las acciones de reintegración y a costa de graves daños a la seguridad del tráfico[34]. Por otro lado, tampoco requieren una ulterior tutela los titulares de créditos nacidos con posterioridad a la publicación del proyecto de escisión pues, aunque no hubieran gozado del derecho a oponerse, en el momento de contratar han podido conocer cuál es la situación jurídica y patrimonial de la sociedad concursada tras la escisión[35].

---

[33] Entre ellos, CERDÁ ALBERO, F., «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», cit., p. 414. Este autor ha apuntado lo siguiente: «el legislador ha considerado que los mecanismos de protección ofrecidos a los acreedores (derecho de oposición y, en el caso de escisión, reglas de atribución de responsabilidad), así como a los socios, de las sociedades participantes en la modificación estructural son suficientes, para equilibrar los intereses de todos estos sujetos con las exigencias de seguridad jurídica y del tráfico que reclaman el mantenimiento de las modificaciones estructurales traslativas, una vez han sido inscritas en el registro mercantil».

[34] En esta línea, CERDÁ ALBERO, F. «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», cit., p. 395 «Si entonces, cuando pudieron obtener garantía suficiente de sus créditos, no ejercitaron este instrumento jurídico-societario, no parece razonable ofrecer ahora (en el lapso de dos años) la vía jurídico-concursal de la acción rescisoria para impugnar aquella fusión o escisión. Aquellos acreedores ya tuvieron su oportunidad de obtener garantías para sus créditos»; y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., p. 583 «Si los acreedores no plantearon oposición alguna a la operación ni exigieron garantías para su crédito, no pueden luego vestir esa oposición con el traje concursal de la rescisión».

[35] Así lo ha expresado la SJM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015 (28/2015), que establece que: «los acreedores que tenía la concursada antes de la escisión, conocían perfectamente que la operación se iba a llevar a cabo y, pudiendo oponerse, no lo hicieron. Y los nuevos acreedores, cuando contrataron con la concursada

No obstante, hay que hacer notar dos cuestiones: por un lado, la tutela que ofrece este mecanismo de protección preventiva es incompleta, pues presenta importantes debilidades y limitaciones; y, por otro lado, no puede suponer un reemplazo de la proporcionada por las acciones de reintegración concursal, pues su función, naturaleza, objeto, legitimación, etc., son distintas en uno y otro caso.

En cuanto a la primera cuestión, conviene recordar que la tutela del derecho de oposición es subjetivamente limitada: puede esgrimirse únicamente por los acreedores titulares de créditos no vencidos que hubieran nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de escisión, siempre que no estuvieran suficientemente garantizados. Por tanto, deja fuera no solo a quienes hubieran contraído su crédito con posterioridad a la modificación estructural, sino a todos los acreedores con créditos ya vencidos en un momento anterior a la operación y a los que disfruten de garantía suficiente, que no podrán oponerse a la operación[36]. Además, la eficacia de este mecanismo presupone que el acreedor llegue a enterarse de la operación proyectada y reaccione dentro del breve plazo de un mes que se dispone para ello –a contar desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la operación o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos–.

Sin embargo, la razón fundamental de la deficiente protección que ofrece hoy en día este mecanismo ha llegado de la mano de la nueva redacción del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales, introducida por la reforma de esta Ley en el año 2012[37]. Con ella se ha visto notablemente debilitada la eficacia de esta tutela al admitirse que, pese al ejercicio en tiempo y forma del derecho de oposición por acreedor legitimado para ello, la operación pueda de todos modos llevarse a efecto y solamente se reconozca al «acreedor vulnerado» la posibilidad de solicitar del registrador que haga constar por nota marginal el ejercicio de su derecho. En definitiva, la única tutela que se ofrece a estos acreedores es la prestación de garantía del pago de su crédito, pero esta garantía difícilmente llegará a satisfacerse cuando la operación de escisión acaba determinando la insolvencia de la sociedad[38]. No hemos de olvidar que el supuesto que nos ocupa no es un escenario de normalidad y solvencia en el que las sociedades se encuentran en condiciones de cumplir sus obligaciones, sino un escenario concursal, en el que la efectividad de este derecho de oposición puede verse frustrada.

---

tras la escisión, ya sabían con qué patrimonio contaba por lo que, como bien dice la SJM nº 1 de Barcelona, de 31 de julio de 2012, no resulta admisible ahora otorgarles, por la vía de la rescisión concursal, una "garantía adicional" para el cobro de su crédito, no estando la misma justificada».

[36] V. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. «Modificaciones estructurales y concurso», en *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Pamplona (Civitas), 2014, p. 293.

[37] Reforma introducida por el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

[38] PÉREZ TROYA, A., «La rescisión concursal de las modificaciones estructurales», en *La reintegración en el concurso de acreedores,* Cizur Menor (Aranzadi), 2014, pp. 593 y ss.

Esto enlaza con la segunda cuestión que ahora nos ocupa, cual es la diferente finalidad, naturaleza y función de ambos mecanismos –derecho de oposición y acciones de reintegración concursal–. La tutela que el ordenamiento societario arbitra a través del derecho de oposición se dispone como contrapunto a la sucesión universal. Este especial modo de transmisión patrimonial, que es inherente a las operaciones de modificación estructural traslativas, implica una transmisión automática de los elementos patrimoniales, que se opera sin el consentimiento de los acreedores en el cambio de deudor, y excluye la aplicación de las normas generales de transmisión de cada elemento patrimonial en concreto –sucesión particular–. A pesar de ser esencial para que la operación cumpla su objeto, la sucesión universal supone una merma de la tutela que estas normas proporcionan a los acreedores en relación con la transmisión de elementos patrimoniales. Pues bien, las medidas de tutela societarias, si bien no logran una tutela equivalente a las normas generales de transmisión patrimonial, tratan de mitigar los efectos de la sucesión universal, finalidad que no se acerca en nada a la perseguida por las acciones de reintegración concursal[39].

Más aún, la legitimación también es distinta en uno y otro caso. El ejercicio del derecho de oposición corresponde a los acreedores individualmente, pero la situación de cada uno puede ser muy distinta, por lo que en la práctica este mecanismo ofrece una tutela eventual que varía en función de cada sujeto. En cambio, en el caso de las acciones de reintegración la legitimación corresponde a la administración concursal en beneficio de todos los acreedores como conjunto, y el interés protegido por ella no es individual sino colectivo –masa activa–[40].

En fin, en vista de las sustanciales diferencias de finalidad, objeto, etc. entre ambas instituciones, entendemos que la función que desempeña la acción rescisoria en un supuesto concursal no podría considerarse subsumida en el reconocimiento del derecho de oposición[41].

---

[39] V. CONDE TEJÓN, A., «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013)», cit., p. 493. «Para recuperar un equilibrio adecuado de los intereses en juego el legislador regula unas medidas específicas de tutela como contrapunto a la sucesión universal, que permiten compensar a los acreedores por la pérdida de las medidas generales (…). Las situaciones no son comparables. En un cambio de deudor, el acreedor tiene la opción de consentir o no, en cuyo caso conservará el deudor original. En una operación de modificación estructural el cambio de deudor se opera con o sin el consentimiento del acreedor, que cuenta con el derecho de oposición para solicitar garantía cuando prevea que el cambio puede afectar a sus expectativas de cobro».

[40] V. CONDE TEJÓN, A., «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de octubre de 2013)», ob. cit., p. 494. El autor hace hincapié en que «a pesar de contar con el derecho de oposición, el acreedor, por motivos diversos puede haber renunciado a garantías o haber obtenido una que no le reporte beneficio alguno en una posterior situación concursal, con lo que el derecho de oposición no habría servido a los acreedores para la misma finalidad que la rescisoria, ejercitada por la administración concursal y que en caso de perjuicio beneficia a todos los acreedores englobados en la masa, con independencia de sus motivaciones y situaciones particulares, que no permitirán burla».

[41] A esta conclusión llega también la SAP de Las Palmas, de 29/10/2013 (2328/2013), que apunta: «El escenario que se contempla para el ejercicio de acciones de reintegración es el de insolvencia, que impedirá

2. La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida

Para el supuesto específico de las operaciones de escisión, la Ley de Modificaciones Estructurales arbitra en su artículo 80 un mecanismo de tutela *ex post*, cual es la responsabilidad solidaria por las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas. Esta responsabilidad incumbe de modo limitado –hasta el importe del activo neto atribuido a cada una de ellas en la escisión– a las demás sociedades beneficiarias; y, si subsistiera –esto es, en los supuestos de escisión parcial– a la propia sociedad escindida, que responde solidariamente junto con las anteriores, aunque en este caso de modo ilimitado –por la totalidad de la obligación–. Por lo demás, se trata de una responsabilidad subsidiaria, supeditada al incumplimiento por parte de la entidad beneficiaria que hubiera asumido la obligación.

A diferencia del derecho de oposición, que proporciona a los acreedores una tutela *a priori*, la responsabilidad de las sociedades participantes en la escisión constituye un mecanismo de tutela *ex post*, pues solo puede hacerse efectiva después de que se haya realizado la operación[42].

El fundamento de esta responsabilidad se halla en el desmembramiento que experimenta el patrimonio de la sociedad deudora, de modo que «el conjunto de bienes que respondía de unas determinadas deudas resulta fragmentado sin el consentimiento de los acreedores»[43]. Así, este mecanismo de tutela pretende «mantener la garantía unitaria que representaba el patrimonio de la escindida para sus acreedores tras el fraccionamiento y la distribución de aquel»[44].

Sin embargo, en el caso de la escisión parcial este mecanismo ofrece una protección deficiente a los acreedores de la sociedad parcialmente escindida, pues hay que notar que el artículo 80 de la Ley de Modificaciones Estructurales solo establece la responsabilidad

---

el cumplimiento de sus obligaciones a la concursada y que justifica que actos válidos y normalmente no impugnables sean objeto de esta específica acción cuando su ejecución haya comportado perjuicio a la masa activa del concurso. El escenario del que se parte en una operación de modificación estructural de capital (…) es el de sociedades solventes que se encuentran en condiciones de cumplir sus obligaciones y no están incursas en causa de disolución (…). 4) En suma, las diferencias de finalidad, objeto, razón de reconocimiento de las acciones y legitimados para su ejercicio (…) hacen totalmente imposible, a nuestro juicio, pretender que la protección a los acreedores en que el derecho de oposición consiste pueda «sustituir» a la protección conferida por el reconocimiento de las acciones de reintegración concursal, ni sea argumento para excluir su ejercicio».

[42] V. ESCRIBANO GÁMIR, M.C., «La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida», en *DT del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 36, 2010, disponible en <www.eprints.ucm.es/9601/>, p. 4 [consultado el 20/09/2017].

[43] SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», cit., p. 594.

[44] V. ESCRIBANO GÁMIR, M.C., «La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida», cit. p. 4.

solidaria por las deudas asumidas por las beneficiarias; en cambio, la responsabilidad no alcanza a las deudas que permanecen en la sociedad escindida, de cuyo incumplimiento no responden aquellas[45]. Además, al establecer la responsabilidad ilimitada de la sociedad escindida respecto de las deudas que se transmiten a las beneficiarias, no solo los acreedores que permanecen en ella van a ver reducido el patrimonio social con el que contaban en garantía del cobro de sus créditos, sino que este patrimonio queda también obligado a satisfacer las obligaciones que incumplan las sociedades beneficiarias[46].

Esto puede resultar especialmente problemático en aquellos supuestos en que la sociedad parcialmente escindida y más tarde concursada, hubiera recurrido a esta operación para separar las ramas de actividad más prósperas y rentables y poner a salvo parte del patrimonio de cara a la eventual insolvencia posterior[47]. En este contexto, los más perjudicados serán los acreedores de la sociedad concursada, que se ha desprendido de sus activos más viables, y a los que la norma de responsabilidad del artículo 80 de la Ley de Modificaciones Estructurales no proporciona ninguna tutela.

En vista de lo anterior podemos sostener fundadamente que la norma del artículo 80 de la referida Ley, proporciona igualmente una tutela deficiente a los acreedores de la sociedad escindida.

3. «El remedio resarcitorio»

Tras afirmar la inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita, el artículo 47.1 *in fine* de la Ley de Modificaciones Estructurales, añade: «Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados». Una vez inscrita la escisión, el remedio impugnatorio queda, pues, reemplazado por una tutela indemnizatoria que se atribuye a los socios o terceros perjudicados. Se trata de otro mecanismo que, en hipótesis, podría subsumir la función de la acción rescisoria concursal.

---

[45] V. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I., «Modificaciones estructurales y concurso», cit., p. 295. Señalan que: «la responsabilidad solidaria opera para las obligaciones atribuidas a una sociedad beneficiaria, pero no respecto de las obligaciones asociadas al patrimonio que mantenga la propia sociedad escindida cuando sobreviva al proceso, como en el caso de una escisión parcial, ya que el legislador español no hizo uso de esta posibilidad que contenía la Directiva 82/891/CEE, referente a la escisión de sociedades anónimas (art. 12.6)».

[46] V. PÉREZ TROYA, A., «La rescisión concursal de las modificaciones estructurales», cit., pp. 596 y ss.

[47] V. ESCRIBANO GÁMIR, M.C., «La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida», cit., p. 19. «Es hipótesis posible que una sociedad con dificultades económicas pudiera utilizar la escisión para independizar aquellas actividades rentables, dejando en la sociedad parcialmente escindida solamente aquellas que presentaran un riesgo inminente de insolvencia (…) Una lectura detenida de precepto transcrito permite comprobar que el supuesto no está incluido en su tenor literal. Y esta lectura, me consta, ha provocado el que algunas sociedades hayan acudido a este expediente, en tiempos de crisis, para minimizar (más bien, poner a salvo parte de patrimonio) los efectos de una posible declaración de concurso».

Sin embargo, la falta de simetría entre ambos remedios no nos permite compartir semejante afirmación. Y es que la reclamación por las reglas de la responsabilidad por daños exige acreditar una serie de extremos tales como la conducta antijurídica de los demandados y la relación de causalidad entre esta y el resultado dañoso[48]. Así, el éxito de la acción indemnizatoria se condiciona a presupuestos muy gravosos, que exceden con creces del mero perjuicio a la masa activa requerido para su rescisión concursal, lo que, en la práctica, frustra la eficacia del «remedio resarcitorio».

El Tribunal Supremo, en cambio, ha ofrecido en su reciente Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (5136/2016) una visión menos restrictiva de las acciones que se pueden ejercitar, planteando la posibilidad de acudir a la acción Pauliana por fraude de acreedores del artículo 1.111 del Código Civil[49]. Sin embargo, tampoco parece que esta pueda ser una solución para la generalidad de acreedores, pues esta alternativa se contempla exclusivamente a efectos de obtener una «*compensación equivalente solo a los créditos que hubieran sido, en su caso, ilícitamente defraudados con la escisión*». Ello demuestra una vez más la falta de equivalencia funcional entre ambos remedios pues, mientras que el ejercicio de la acción rescisoria concursal puede dirigirse contra un acto o negocio perfectamente válido, el ejercicio de la acción resarcitoria parece presuponer el eventual carácter ilícito de la modificación estructural[50]. Por otro lado, incluso si se admite, como parece sugerir el Tribunal, el ejercicio de esta acción por la propia administración concursal, el beneficio no sería para todos, sino que el importe reclamado estaría vinculado a la satisfacción de aquellos créditos que hubieran sido ilícitamente defraudados[51].

En vista de lo anterior, queda claro que, una vez inscrita la operación de escisión, la Ley atribuye a los posibles perjudicados una tutela esencialmente resarcitoria –que desplaza a la impugnatoria–. Sin embargo, es dudoso que esta acción resarcitoria, que presenta estrictas limitaciones en la práctica, pueda paliar eficazmente las deficiencias de

[48] V. CERDÁ ALBERO, F. «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», cit., p. 424. Como señala este autor, la norma guarda silencio en lo que atañe a la legitimación pasiva, aunque es lógico pensar que esta corresponde a los administradores de las sociedades participantes, además de a otras personas cuya conducta hubiera contribuido a la causación del hecho dañoso.

[49] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «La posibilidad de rescisión concursal de la escisión (STS 21 de noviembre de 2016)», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 4, 2016, p. 8.

[50] PÉREZ TROYA, A. «¿Resistencia de la escisión parcial a la acción de rescisión concursal? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 21 de noviembre de 2016», cit., p. 464. Según esta autora «en el mejor de los casos, la acción prevista en el artículo 47.1 LME sólo podría considerarse apta para subsumir la función de la acción rescisoria cuando se diera la coincidencia de que existiera algún vicio de ilicitud en la operación» Y prosigue «El eventus damni, entendido como sacrificio patrimonial injustificado, (…), no es equivalente al problema de que determinados créditos puedan haber sido ilícitamente defraudados, que es un problema distinto y tiene carácter individual, no colectivo como el del perjuicio a la masa».

[51] En palabras del Tribunal, «sin perjuicio de que se tratara de una acción colectiva ejercitada por la administración concursal (arts. 71.6 y 72.1 LC) y que lo obtenido fuera a parar a la masa, el importe reclamado guardaría relación con los créditos que realmente hubieran sido ilícitamente defraudados, que necesariamente deberían ser anteriores a la escisión».

los restantes mecanismos de protección arbitrados por el ordenamiento societario a la hora de salvaguardar los intereses de los acreedores concursales que hubieran visto disminuidas sus expectativas de cobro.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- Las operaciones de modificación estructural traslativas, que constituyen un recurso frecuente en contextos de crisis empresarial, conllevan notables alteraciones patrimoniales de carácter cuantitativo y cualitativo, produciendo indudables efectos sobre las expectativas de cobro de los acreedores sociales. En el escenario de una operación de escisión es posible que alguna de las sociedades participantes se vea abocada al procedimiento concursal en los dos años siguientes. En estas circunstancias, si de la operación resultase un perjuicio para la masa activa –perjuicio que, por la propia naturaleza de la escisión, no hemos de entender como un mero desequilibrio de contraprestaciones sino, más bien, en términos de incremento de los riesgos del crédito–, se discute la posibilidad de plantear una acción rescisoria concursal (art. 71 LC).

Segunda.- Pese a que la Ley Concursal no excluye expresamente la rescisión de estas operaciones, dicha posibilidad parece descartarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que consagra el «Principio de inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita». Tras esta norma se aprecia una evidente vocación de seguridad jurídica frente a la dificultad práctica y los inasumibles costes que supondría retrotraer los efectos de las –tan complejas– modificaciones estructurales. Esta interpretación, consolidada en la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, ha sido avalada recientemente por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (5136/2016).

Tercera.- Ahora bien, privar de la tutela rescisoria a los acreedores concursales que hayan visto reducidas sus expectativas de cobro como consecuencia de la escisión requiere proveerles de otros mecanismos de protección que puedan salvaguardar eficazmente sus legítimos intereses.

Cuarta.- En este sentido, los mecanismos arbitrados por el ordenamiento societario, como son el derecho de oposición (art. 44 LME) y, en especial, la responsabilidad de las sociedades participantes (art. 80 LME), han demostrado ser insuficientes a la hora de proteger a los referidos acreedores. En particular, el primero presenta importantes limitaciones subjetivas y no impide que la operación se lleve a cabo a pesar de la oposición. En cuanto al segundo, deja desprotegidos a los acreedores cuyos créditos permanecen en la sociedad parcialmente escindida, pues la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias no alcanza a las deudas incumplidas por aquella. Esta deficiencia de tutela tampoco se ve paliada por la acción resarcitoria (47.1 *in fine* LME), cuyo ejercicio se supedita a gravosos presupuestos y presenta importantes limitaciones en la práctica.

Quinta.- Por tanto, cercenada la vía rescisoria en los supuestos de modificación estructural, esta conclusión deja en evidencia un problema de protección de los acreedores concursales afectados por dichas operaciones, dada la dudosa suficiencia de los remedios legales arbitrados por el ordenamiento societario en los casos de escisión de sociedades.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «La posibilidad de rescisión concursal de la escisión (STS 21 de noviembre de 2016)», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 4, 2016, pp. 1-9.

CERDÁ ALBERO, F., «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27, 2012, pp. 387-428.

CONDE TEJÓN, A., «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria [4a] de 29 de octubre de 2013)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, 2014, pp. 453-500.

ESCRIBANO GÁMIR, M.C., «La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida», en *DT del Departamento de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid*; núm. 36, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I., «Modificaciones estructurales y concurso», en *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Pamplona (Civitas), 2014, pp. 275-309.

GARCÍA VILLARUBIA, M., «A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 8, 2013. Disponible en <www.uria.com/es/abogados/MGV?iniciales=MGV &seccion=publicaciones&id=3946&pub=Publicacion> [Consultado el 25/09/2017].

LEÓN SANZ, F. J., «La rescisión de las operaciones societarias», en *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012*, Pamplona (Civitas), 2012, pp. 181-198.

LEÓN SANZ, F. J., «Comentario art. 71 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid (Civitas), 2004.

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., «Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o Pauliana», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 35, 2015, pp. 9-42.

PÉREZ TROYA, A., «¿Resistencia de la escisión parcial a la acción de rescisión concursal? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 21 de noviembre de 2016», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 305, 2017, pp. 437-474.

PÉREZ TROYA, A., «La rescisión concursal de las modificaciones estructurales», en *La reintegración en el concurso de acreedores,* Cizur Menor (Aranzadi), 2014, pp. 587-630.

SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, pp. 578-598.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. Tribunal supremo

STS de 21 de noviembre de 2016 (5136/2016)

2. Audiencias Provinciales

SAP de Las Palmas, de 29 de octubre de 2013 (2328/2013)

SAP de Zaragoza, de 19 de abril de 2013 (880/2013);

3. Juzgados de lo Mercantil

SJM nº1 de Vitoria-Gasteiz, de 20 de abril de 2016 (160/2016)

SJM nº 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015 (28/2015);

SJM nº1 de A Coruña, de 6 de marzo de 2014 (17/2014).

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*[*]

CASE LAW TREATMENT ON DAMAGES IN WRONGFUL BIRTH ACTIONS

Margarita Sánchez González[**]

Resumen: La determinación del daño sigue suponiendo un gran problema en el tratamiento de las acciones de *wrongful birth.* Sin embargo, el volumen de sentencias emitidas por el Tribunal Supremo permite discernir una serie de tendencias mayoritarias. Analizando estas últimas, este trabajo no se limita, como es común, a exponer las sentencias existentes sobre la materia, sino que trasciende de la exposición y tiene como objetivo comprobar si existe una verdadera jurisprudencia en relación a la identificación del daño, como elemento clave de las acciones de *wrongful birth*.
Palabras clave: *wrongful birth,* daño, jurisprudencia, discapacidad.

Abstract: Determination of damages still poses a serious problem when it comes to the legal aproach of wrongful birth actions. However, the number of decisions issued by the Spanish Supreme Court provides enough background to conduct an analysis of predominant legal tendencies concerning this subject. In this regard, the aim of this paper is to perform more than a mere analysis of the different decisions; in fact, the aim it is to determine whether it exits or not an actual case law apropos the determination of damage in wrongful birth actions exist or not.
Key words: wrongful birth, damages, case law, disability.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO; 1. Primeras sentencias (sala de lo Civil); 2. El daño como la lesión al derecho de autodeterminación (SSTS de 4 de noviembre de 2005 y 21 de diciembre de 2005); 3. Tendencias alternativas; A. La imposibilidad de abortar; B. La falta de preparación psicológica; III. LA VALORACIÓN DEL DAÑO; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA; VI. ANEXO.

[*] Fecha de recepción: 31 de enero de 2018.
Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2018.

[**] Finalista en la modalidad de Derecho privado, social y económico del VII Premio Joven Investigador. Graduada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid en el curso 2017-2018. Correo electrónico: margui8sanchez@gmail.com.

El presente estudio fue realizado bajo la supervisión de Andrea Macía Morillo, cuyo apoyo y entregada dedicación han hecho posible la realización de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

Los avances médicos que se han producido en el diagnóstico prenatal, en relación con el reconocimiento de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, han supuesto un incremento de las reclamaciones por responsabilidad civil médica en los casos en los que, tras el parto, se dan a conocer ciertas anomalías físicas o psíquicas no detectadas durante la gestación. En este contexto surgen las acciones de *wrongful birth*, entabladas por los progenitores para reclamar responsabilidad al sanitario que, como consecuencia de un diagnóstico deficiente o inexistente, ha privado a los progenitores de la posibilidad de tomar una decisión informada sobre si impedir o no el futuro nacimiento de su hijo.

Así, para que una demanda por *wrongful birth* pueda prosperar, es necesario que a la actuación de los profesionales intervinientes vaya asociado algún grado de culpa o negligencia en cualquiera de las fases del seguimiento del embarazo, que impidiera la emisión de un diagnóstico acertado. Según la jurisprudencia, el médico es responsable del daño en aquellos casos en los que no propone a la madre una serie de pruebas (recomendadas por su edad, antecedentes familiares u otros factores de riesgo relevantes), destinadas al diagnóstico prenatal de determinadas enfermedades o malformaciones. Junto a ello, nuestros tribunales hacen responsable al sanitario que, incumpliendo el derecho de información de la paciente, no comunica la anomalía que sufre el feto a tiempo de que esta pueda interrumpir su embarazo dentro del periodo legal establecido. Finalmente, el último caso de responsabilidad contemplado es el de la no detección de la enfermedad como consecuencia de una mala praxis médica, con lo que también se priva a la gestante de la posibilidad de interrumpir el embarazo amparada por la ley[1].

Generalmente, en este contexto, los padres reclaman, por un lado, una indemnización económica que les permita enfrentarse a los superiores gastos que conlleva el mantenimiento de un niño con estas características, gastos que no pudieron ser previstos con anterioridad. Por otro lado, es frecuente la reclamación de una indemnización por daño moral, fundamentada en la aflicción causada por el nacimiento de un hijo discapacitado y por la imposibilidad de tomar una decisión meditada sobre la interrupción del embarazo que permitiera a los progenitores planear su futura vida familiar.

Sobre esta base, estas acciones presentan dos grandes problemas desde el punto de vista jurídico: la determinación del nexo causal y la identificación del daño indemnizable. En el presente artículo, se tratará de desarrollar la segunda de estas cuestiones en atención a su importancia, ya que entra en conflicto con valores constitucionalmente reconocidos como son la vida y la dignidad de la persona, además de estar íntimamente relacionado con la facultad de interrupción voluntaria del embarazo y la autodeterminación de la mujer, no siendo una tarea sencilla separar las cuestiones morales y religiosas de las estrictamente

[1] PÉREZ PAÑOS, A., «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», *Diario La Ley,* 2014, Nº 8396, D-313, p. 3.

jurídicas. No obstante, el objeto de este estudio radica, precisamente, en realizar un análisis rigurosamente jurídico de este tema en su tratamiento por los tribunales.

Desde la primera aparición de estas acciones, con la STS de 6 de junio de 1997[2], numerosos autores han tratado de determinar el daño resarcible en estos casos[3]. Sin embargo, resulta de gran dificultad delimitar los bienes e intereses jurídicos protegidos, ya que el sanitario en ningún momento es responsable de la enfermedad padecida por el feto. Esto nos lleva a relacionar el perjuicio con otros eventos que vienen unidos al hecho de la vida del niño, lo que ha supuesto un problema para la calificación del daño. Así, la doctrina se apoyó en la teoría alemana de la separación (*Trennungslehre*), que establece la posibilidad de distinguir, por un lado, el nacimiento y, por otro, las cargas patrimoniales que este genera[4]. Partiendo de esta idea, la doctrina ha contemplado varias tesis, siendo las que más aceptación despiertan aquellas relacionadas con la infracción del derecho de información de la paciente: la pérdida de oportunidad de abortar y la lesión del derecho de autodeterminación de la mujer.

Frente a este consenso doctrinal más o menos generalizado, la jurisprudencia no ha seguido en general una evolución concreta en cuanto a la determinación del daño. Aunque no es un tipo de reclamación que se presente con gran frecuencia ante nuestros tribunales, entre 1997 y 2016 podemos encontrar alrededor de 30 sentencias del Tribunal Supremo o de Tribunales Superiores de Justicia que versan sobre esta materia, por lo que podemos afirmar que, veinte años después de su aparición, las acciones de *wrongful birth* se han consolidado en nuestro ordenamiento. Pese a ello, en una visión de conjunto de estas sentencias puede constatarse que los pronunciamientos judiciales identifican diversos daños sin aparente consolidación de ninguno de ellos y que las sentencias que repiten alguno de los conceptos previos o coinciden en materia de identificación del daño con pronunciamientos anteriores se encuentran distanciadas en el tiempo. Es más, son numerosas las sentencias que no parecen haber llevado a cabo un razonamiento reposado, sino que consideran la necesidad de indemnizar sin valorar realmente cuál es el perjuicio causado. La jurisprudencia, por tanto, se muestra errática y sin una línea decisoria clara.

Ante este panorama, el propósito de este trabajo es clarificar y sistematizar la jurisprudencia, procurando identificar algunas líneas decisorias y explicar su evolución. Si bien es cierto que se han llevado a cabo previamente otros estudios jurisprudenciales en relación a las acciones de *wrongful birth*, estos se han centrado en general en la exposición sucesiva de las diversas sentencias, sus hechos y sus fallos. Frente a ello, la particularidad

---

[2] LA LEY 6581/1997.

[3] A modo de ejemplo, puede mencionarse, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, núm. 5, pp. 141-156; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G*.,* «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 1998, 3, D-168, pp. 1700-1710.

[4] Por todos, MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, p. 343.

y mérito principal del presente artículo intenta ser doble: por un lado, se pretende examinar exclusivamente el tratamiento específico del daño en las diversas sentencias, siendo así este trabajo uno de los primeros que lleva a cabo un análisis tan amplio en cuanto al número de resoluciones judiciales; de este modo, se ha pretendido estudiar la trayectoria jurisprudencial del Tribunal Supremo en su totalidad, analizando 28 sentencias (14 de la sala de lo Civil y 14 de la sala de lo Contencioso-administrativo) dictadas entre 1997 y 2016[5]. Por otro lado, el objetivo de este análisis es poner de relieve la existencia de diversas líneas jurisprudenciales en materia de daño, lo cual no es en absoluto sencillo y, por tanto, irrelevante, ya que requiere una doble y compleja tarea: primero, identificar cuál es el daño que se encuentra tras el fallo del Tribunal Supremo en cada caso concreto, lo cual no es siempre obvio en las sentencias (más bien no suele serlo en absoluto) puesto que a menudo en la fundamentación del fallo se mencionan indistintamente varios conceptos y es necesario determinar cuál es realmente el preponderante en el juicio del Tribunal; y segundo, adscribirlo a una línea jurisprudencial, lo que requiere, previamente, identificar estas. No pretendemos realizar, por tanto, un trabajo meramente descriptivo de la jurisprudencia, sino que pretendemos analizar estos pronunciamientos sobre una base dogmática que nos permita identificar y clasificar sus resultados de acuerdo con los parámetros que maneja la doctrina en la identificación del daño, para ver si los resultados que está alcanzando la jurisprudencia en su evaluación del daño en materia de *wrongful birth* se corresponde o no con las conclusiones doctrinales.

II. IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA

1. Primeras sentencias (sala de lo Civil)

Para comenzar con el estudio, resulta interesante comentar por separado los cuatro primeros pronunciamientos que nuestro Tribunal Supremo emitió respecto de las acciones de *wrongful birth*, pues son una muestra patente de la divergencia de criterios jurisprudenciales en la identificación del daño en este ámbito. Junto a ello, además, el interés de este análisis concreto de las cuatro primeras sentencias reside en que, pese a su gran disparidad, estas sentencias sientan las bases de las diferentes líneas que se desarrollarán posteriormente en la identificación del daño por parte de la jurisprudencia.

- La STS de 6 de junio de 1997[6]. La primera sentencia que dictó el Tribunal Supremo español en relación con este tema se presenta como una resolución oscura que hace referencia a múltiples conceptos indemnizatorios, siendo especialmente difícil individualizar el bien jurídico lesionado.

[5] Los pronunciamientos analizados pueden verse clasificados en la tabla anexa (vid. infra), siendo la última sentencia del año 2015, al tiempo de realizar este estudio (septiembre de 2017).

[6] LA LEY 6581/1997.

El primer problema con el que se encuentra la resolución es, pues, identificar el daño producido a los demandantes, teniendo en cuenta que, al resultar imposible imputar al profesional sanitario la enfermedad del feto (que es de carácter congénito o genético), este debe relacionarse con otros eventos que se encuentran íntimamente relacionados con problemas éticos, como son el aborto y la calificación del nacimiento como daño.

De este modo, la sentencia incurre en contradicciones, al establecer primeramente que «surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece síndrome de Down», para, posteriormente, afirmar que el daño sufrido por la gestante radica en el «impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo». Con todo, el fundamento del fallo parece centrarse más bien en la primera idea, de manera que puede afirmarse que en este primer momento el Tribunal Supremo identifica el daño con el propio nacimiento del niño.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria[7] ha rechazado desde el principio que el nacimiento de un hijo pueda ser contemplado como un daño indemnizable, no solo por los problemas jurídicos que esto suscita, sino también por el dilema ético que supone considerar la vida, por penosa que esta pueda llegar a ser, como un perjuicio. Así, el punto central de la cuestión radica en dilucidar qué constituye un daño indemnizable y qué queda fuera de este concepto.

Para ello, debemos tener en cuenta que no existe un concepto legal de daño, pudiendo definirlo como «el detrimento, perjuicio o menoscabo de un interés jurídico protegido o valorado por el legislador»[8]. De este modo, en la delimitación de la noción de daño juegan un importante papel los valores morales imperantes en un orden jurídico dado, en un momento determinado, siendo estos los que establecen cuáles son los intereses protegidos y cuál debe ser la jerarquía entre ellos.

En el estudio de las acciones de *wrongful birth*, se han contemplado dos argumentos que impiden identificar el nacimiento del niño como un daño digno de ser resarcido: la idea de que la vida es un derecho protegido por el ordenamiento, por lo que esta nunca podrá ser un perjuicio; y el hecho de que minusvalorar la vida enferma frente a la vida sana supone una lesión de la dignidad de las personas enfermas.

Respecto al primero de los argumentos, el derecho a la vida se consagra como un valor supremo del ordenamiento jurídico, en la medida en que de él emanan todos los demás derechos legalmente contemplados. Por ello, cabe considerar que identificar como daño para los progenitores el nacimiento de su propio hijo incide frontalmente con el derecho fundamental a la vida (consagrado en el artículo 15 CE). La vida es un valor universalmente aceptado; sin embargo no es un derecho absoluto, encontrando limitaciones en supuestos como el que ahora nos ocupa, más específicamente cuando entra en colisión con el derecho a

[7] Entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II» cit., p. 152; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», cit., p. 1703.

[8] DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid (Civitas), 1999, pp. 296-297.

la integridad física de la gestante, su derecho de autodeterminación y sus derechos sexuales y reproductivos[9]. No obstante, el hecho de que no merezca protección ante cualquier situación no significa que quede totalmente desprovisto de ella, de ahí que no pueda considerarse la vida enferma como algo nocivo.

Por otro lado, la identificación de la vida enferma como daño supone valorar de forma negativa la vida con discapacidades, lo que quebrantaría los principios de dignidad humana[10]. En este sentido, podemos destacar que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, establece en su Preámbulo que «la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

Por todo ello, considero que la Sala efectúa esta primera afirmación sin plantearse realmente cuáles son las consecuencias, tanto jurídicas como morales, de una declaración como la que lleva a cabo[11].

- La STS de 4 de febrero de 1999[12]. Dos años después, el Tribunal Supremo emite una resolución que entra en conflicto con la anterior sentencia. En concreto, en este segundo pronunciamiento se niega por el Tribunal la existencia de un derecho al aborto, por lo que la demanda deja de tener sustento, al no poder invocar la lesión de un derecho que no se posee: no se puede reclamar un daño en relación con no haber podido interrumpir voluntariamente el embarazo, si tal posibilidad no era lícita jurídicamente.

Frente a ello, considero esta resolución, cuanto menos, censurable. Sin entrar a debatir sobre la calificación del aborto como derecho, parece claro que la interrupción voluntaria del embarazo es una posibilidad que nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos. Actualmente, esta posibilidad se encuentra recogida en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pero cabe resaltar (y esto es lo más sorprendente) que en el año en el que fue dictada la resolución ahora examinada, el Tribunal Constitucional ya había establecido en su STC 11 de abril de 1985[13] que la base de despenalización del aborto «se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre», además de considerar el aborto

[9] MACÍA MORILLO. A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, cit., pp. 316-318.

[10] Para un mayor análisis de esta distinción, ver MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, cit., pp. 312-318.

[11] Para un estudio más exhaustivo, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1999, núm. 10, p. 123.

[12] LA LEY 2881/1999.

[13] LA LEY 9898-JF/0000.

como una expresión del derecho de autodeterminación, «íntimamente vinculado con el libre desarrollo de la personalidad». Por tanto, el rechazo de la acción sobre la base de la inexistencia de un derecho al aborto para la gestante carecía realmente de una base jurídica y el Tribunal Supremo debió haber entrado al fondo del asunto.

- La STS de 7 de junio de 2002[14]. Esta tercera sentencia no proporciona una argumentación exhaustiva en torno al daño, pero una lectura atenta de sus fundamentos jurídicos permite extraer que lo identifica con la privación de la facultad de la gestante de «optar por la interrupción del embarazo». Con ello, el Tribunal Supremo contradice la sentencia anterior (en este caso, a mi juicio, correctamente) y vuelve a cambiar su doctrina, considerando que sí existe una facultad de abortar para la gestante que puede ejercitar en atención a sus circunstancias personales y familiares. No obstante, el Tribunal Supremo desestima la pretensión de los recurrentes al entender que la privación a la gestante de su facultad de interrumpir el embarazo «no está basada sino en meras conjeturas»[15]. No entiende, pues, acreditados los elementos de la responsabilidad civil.

- La STS de 18 de diciembre de 2003[16]. La cuarta sentencia emitida por nuestro Tribunal Supremo vuelve a admitir la responsabilidad civil médica por *wrongful birth,* pero por un fundamento radicalmente distinto al de la primera sentencia del año 1997, que deja abiertas algunas incógnitas en torno al daño. De este modo, el pronunciamiento no establece de forma clara cuál es el perjuicio por el que se está indemnizando a los recurrentes, siendo el único indicio al respecto la afirmación de que se privó a los progenitores de una «información adecuada a la que tenían legítimo derecho». Esto plantea una interesante pregunta: ¿es posible considerar la lesión al derecho de información como un daño en sí mismo?

Para responder a esta pregunta, debe tenerse en cuenta que el derecho de información posee una doble perspectiva en lo que respecta a las acciones de *wrongful birth.* Por un lado, sirve para determinar qué podemos considerar negligencia médica, lo que genera interesantes cuestiones sobre los límites de la información que resulta exigible para el profesional sanitario en materia de diagnóstico prenatal; dicho de otra forma, en materia de determinación de comportamiento negligente o culpable[17]. Por otro lado, más centrado en

[14] LA LEY 6198/2002.

[15] FJ 4. Por tanto, podemos observar como una demanda por *wrongful birth,* resulta denegada, pero no por la inexistencia de una facultad de abortar, sino por la exigencia de demostrar un comportamiento imposible de probar.

[16] LA LEY 222/2004.

[17] Aunque no forma parte del objeto de este trabajo, merece la pena indicar que es imprescindible tener en cuenta que este derecho a la información no es absoluto, por lo que será necesario determinar hasta qué punto es exigible esta información y en qué medida se ha infringido la *lex artis*, lo que no es una cuestión pacífica, especialmente cuando lo que existe es una omisión de información. Para delimitar los casos en los que es necesario someterse a ciertas técnicas de diagnóstico en el contexto de las acciones de *wrongful birth*, las autoridades médicas han elaborado una serie de protocolos que toman como referencia factores como la edad de la madre o los antecedentes familiares. Entre los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo a este respecto, podemos destacar las STSS de 19 de junio de 2007 y de 17 de noviembre de 2008 (LA LEY 72189/2007 y LA LEY 175916/2008), en las que los profesionales sanitarios fueron absueltos afirmando que

el objeto de este estudio, un sector de la doctrina ha considerado que el derecho de información ofrece una oportunidad de identificación de un daño resarcible en este contexto, ya que estas acciones son la consecuencia de un error en la información que siempre provoca en los progenitores una falsa creencia sobre el estado de salud de su hijo[18].

Ahora bien, en este punto debe tenerse en cuenta lo que señala Macía Morillo[19], respecto de que no podemos calificar como daño una conducta que no produce como resultado una lesión real en los bienes o intereses de la víctima. De este modo, la autora afirma que el perjuicio debe identificarse con los efectos que esta falta de información provoca, y no con la omisión informativa en sí. Por ello, sostiene que la indemnización en el supuesto que ahora nos ocupa no es sino una forma de resarcir las consecuencias derivadas de la imposibilidad de abortar. Siguiendo, por tanto, a esta autora, las referencias jurisprudenciales que asocian el daño al derecho de información deben reconducirse (y así lo haremos) a la identificación del daño en la imposibilidad de abortar y a la lesión al derecho de autodeterminación de la mujer en relación al derecho de información.

---

el deber de información sobre la posibilidad de someterse a determinadas pruebas que puedan detectar la existencia de malformaciones en el niño, «únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias». Sin embargo, esta argumentación no siempre ha sido seguida por nuestro Tribunal, siendo especialmente relevante la STS de 6 de julio de 2007 (LA LEY72168/2007), en la que se llegó a la conclusión contraria, afirmando que la información constituye un elemento esencial de la *lex artis* que, en el caso del diagnóstico prenatal, «se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo».

Ante esta falta de coherencia entre las sentencias del Tribunal Supremo, son muchos los casos en los que la parte demandada ha alegado el cumplimiento de los anteriormente mencionados protocolos, para justificar la falta de comunicación a la gestante de posibles pruebas de diagnóstico de malformaciones y otras enfermedades. De hecho, dos pronunciamientos relativamente recientes se inclinan hacia la postura de considerar como información relevante aquella que se adecúe a la calificación del embarazo como normal o de riesgo. En este sentido, las STSS de 27 de septiembre de 2011 y de 20 de noviembre de 2012 (LA LEY 186674/2011 y 176175/2012) desestiman el recurso de casación, afirmando que, no existiendo una previsión específica en la legislación respecto a esta cuestión y siendo los protocolos las normas técnicas que operan como pautas dirigidas al médico, «está claro que no puede, en el caso que nos ocupa, imputarse una mala praxis a la actuación médica, pues esta se ajustó al contenido del protocolo vigente».

Así, parece que finalmente el Tribunal Supremo ha optado por continuar con la argumentación establecida por la STS de 19 de junio de 2007 (LA LEY 72189/2007), lo que no deja de ser problemático, al trasladar a los propios profesionales sanitarios la determinación del grado de diligencia que les es exigible en cuanto a información se refiere, recayendo sobre ellos la posibilidad de calificar un embarazo como normal o de alto riesgo. Además, esta limitación del ámbito de información a las pacientes restringe el ejercicio de su autonomía en lugar de favorecer la toma de decisiones conscientes respecto a su embarazo.

[18] ROMERO COLOMA, A.M., «Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica», *Diario La Ley*, 2009, nº7231, p. 12.

[19] MACÍA MORILLO, A. «Comentario a la STS 18 de diciembre de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, 2004, p. 1039.

Recapitulando los resultados que obtenemos del análisis de las primeras cuatro sentencias del Tribunal Supremo, podemos constatar, como ya hemos anunciado, que entre ellas no existe uniformidad. Así, las sentencias de 6 de junio de 1997 y 18 de diciembre de 2003 admiten la responsabilidad por *wrongful birth*, pero identifican perjuicios diferentes. Por otro lado, las sentencias de 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002 rechazan la pretensión, pero sobre diversos fundamentos: la primera sobre la base de la inexistencia de un derecho al aborto y la segunda al entender que no queda acreditado el nexo causal. Constatamos con ellas, por tanto, los bandazos o vacilaciones a las que hacíamos referencia, al tiempo que la identificación de diversos conceptos de daños indemnizables que, como veremos posteriormente, son retomados por las sentencias ulteriores, si bien de forma desorganizada.

Por otra parte, y aunque el objeto de nuestro trabajo es la identificación del daño, es importante destacar que estos cuatro primeros pronunciamientos reflejan además enormes disparidades en lo que a la relación de causalidad se refiere. De hecho, como ya mencionamos al comienzo de estas páginas, no debemos olvidar que el establecimiento del nexo causal en este tipo de acciones plantea numerosos problemas en sí mismo, como elemento de la responsabilidad civil, pero se trata, además, de un tipo de problemas que, a mi juicio y como veremos en el siguiente apartado, han desencadenado cambios de tendencia jurisprudencial en lo que respecta a la calificación del daño, de ahí que merezca la pena detenerse un momento en esta cuestión antes de continuar con el objeto concreto de nuestro estudio.

Así, la primera sentencia de 1997 no desarrolla ningún tipo de reflexión en este aspecto, limitándose a considerar que «ha habido una acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos». De este modo, da por sentado que la madre habría abortado, afirmación que (en realidad) carece de fundamento alguno, pues es imposible saber con absoluta certeza cuál habría sido el resultado de esa decisión. Del mismo modo, la STS de 18 de diciembre de 2003 ni siquiera se plantea esta relación, posiblemente considerando la existencia de un daño que debe ser resarcido, pero sin llevar a cabo un estudio exhaustivo que delimite estas acciones.

En cambio, las sentencias de 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002 sí nos dejan una interesante argumentación sobre la causalidad, afirmando la imposibilidad de establecer un nexo entre la actuación sanitaria y el perjuicio alegado. Así, basan la desestimación en que «no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo». Aquí entran en juego los denominados «cursos causales no verificables», en los que se presentan comportamientos hipotéticos en la medida en que no podemos saber, con absoluta certeza, si la madre, de conocer el diagnóstico, habría optado por interrumpir el embarazo[20]. Esta forma de interpretar la causalidad pone en manos de la gestante la obligación de acreditar que habría abortado, prueba que de por sí es imposible. Así, como bien apunta Bercovitz Rodríguez-Cano, «nadie

[20] DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», cit., pp. 149-152, define estos casos como aquellos en los que «la causalidad posible entre dos hechos no puede ser objeto de fundamentación científico-natural».

puede afirmar en principio cuál sería la reacción de una determinada persona ante semejante dilema (…). No es posible sustituir la reacción de una persona ante una circunstancia real que afecta intensamente a su vida con hipótesis más o menos razonables»[21].

Frente a este problema causal, De Ángel Yagüez[22] sostiene que hay cierta unidad de criterio entre las resoluciones, afirmando que esta jurisprudencia admitiría las demandas siempre que no se evidencie que la madre, de ningún modo habría optado por el aborto. No obstante, considero esta interpretación carente de sustento, ya que esta jurisprudencia no insta a los demandados a probar que la gestante no habría abortado, sino que obliga a esta a demostrar algo que es imposible de verificar. Con todo, lo relevante de esta cuestión es que el hecho de entrar a analizar qué habría hecho la gestante (y si ello debe acreditarse o no), ofrece una dificultad en materia de afirmación del daño. Así, si el daño identificado es que no se abortó, pudiendo haberse abortado, es clave acreditar que, efectivamente, se habría interrumpido voluntariamente el embarazo de haberse podido hacer. Esto es lo que va a resultar clave en la evolución jurisprudencial posterior, como vamos a ver a continuación.

2. El daño como la lesión al derecho de autodeterminación (SSTS de 4 de noviembre de 2005 y 21 de diciembre de 2005)

Tras estas primeras cuatro sentencias en las que el Tribunal Supremo emplea distintos criterios para la determinación del daño, llegamos a un marcado punto de inflexión en la jurisprudencia que podemos relacionar con la idea que acabamos de apuntar. Este cambio fue propiciado por la Sentencia de la Audiencia Nacional 6 de junio de 2001[23] (seguida por la STS de 4 de noviembre de 2005[24]) y por la STS de 21 de diciembre de 2005[25], resoluciones que llevan a cabo una argumentación cuyos primeros pasos pudieron verse en el voto particular del magistrado Román García Varela a la STS de 4 de febrero de 1999.

Gracias a estos pronunciamientos, el Tribunal Supremo dejó de referirse, en exclusiva, a la facultad de abortar como bien jurídico lesionado, ampliando este concepto y estimando que el derecho vulnerado es el de «autodeterminación» de la gestante. De este modo, se centra la identificación del perjuicio en el derecho de autodeterminación de la mujer y no en haberla privado de la ocasión de someterse a un aborto, siendo el núcleo de esta argumentación de identificación del daño la imposibilidad para la madre de tomar una decisión

[21] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, p. 864.

[22] DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia *de wrongful birth* y *wrongful life*: ¿Es posible hablar ya de una jurisprudencia?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005, p. 205.

[23] LA LEY 113493/2001.

[24] RJ 2006, 1544.

[25] LA LEY 121/2006.

informada sobre el término de su embarazo, acorde con sus propios intereses personales y familiares.

Así, la primera sentencia mencionada admite (FJ 1) que «el daño resarcible está en que (…) se la privó de una información trascendente para optar» y que «esto implica que lo lesionado fue una manifestación de la facultad de autodeterminación de la persona, ligada al principio de dignidad».

La argumentación de la segunda resolución, más completa, gira en torno a los dos elementos controvertidos de las acciones de *wrongful birth*: relación de causalidad y daño. De este modo, respecto del primero establece que la relación de causalidad «se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones», pronunciamiento clave para el cambio de enfoque que, de hecho, es muy seguido posteriormente[26]. Por lo que respecta al segundo, afirma que el daño no solo reside en el hecho de haber privado a la gestante de la posibilidad de decidir, sino también en los efectos que dicha privación conlleva, entre los que se incluyen daños morales y patrimoniales[27]. A este respecto, cabe destacar que, en estos casos, el daño moral resarcible debe ser circunscrito al que sufre la madre por haber sido privada de su facultad de interrumpir el embarazo, inherente a su condición de gestante y en la que el otro progenitor no tiene poder de decisión alguno[28].

A mi juicio, esta nueva identificación del daño supone un paso adelante, ya que, como se ha mencionado, permite superar los problemas probatorios que causaba la teoría de la imposibilidad de abortar, en tanto entraban en juego los denominados cursos causales no verificables, que hacían imposible afirmar con absoluta certeza que, la madre, de haber sabido el estado de salud de su descendencia, habría optado por someterse a la interrupción del embarazo. De este modo, el Tribunal Supremo comienza a relacionar el daño únicamente con la posibilidad de elegir, no siendo necesario saber si, finalmente, la madre optaría por el aborto o no.

A partir de este momento, podemos constatar que la identificación del daño con la lesión al derecho de autodeterminación pasó a ser la teoría más utilizada por nuestro tribunal, si bien no podemos afirmar que sea la única, ya que existen otras sentencias que, como veremos, relacionan el daño con otros eventos. Con todo, no obstante, entre los pronunciamientos que siguen la estela de esta tendencia mayoritaria, podemos distinguir dos líneas argumentativas:

- Por un lado, en la sala de lo Contencioso-administrativo puede apreciarse una doctrina muy clara que opta por invertir la carga de la prueba, de modo que pesa sobre el facultativo

[26] En este mismo sentido se pronuncian las STSS de 19 de junio de 2007 (LA LEY 72189/2007), de 24 de octubre de 2008 (LA LEY 158316/2008) y de 31 de mayo de 2011 (LA LEY 128/2008), pertenecientes todas ellas a la sala de lo Civil.

[27] STS de 21 de diciembre de 2005, FJ 7. (LA LEY 121/2006).

[28] ROMERO COLOMA, A.M., «Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica», cit., p. 11.

la responsabilidad de probar que, de haber sabido la gestante el estado de salud del feto, no habría optado por poner fin a su embarazo. Así se manifiesta la STS de 30 de junio de 2006[29], afirmando que «incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada que, en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto, no hubiera optado por un aborto terapéutico».

En relación a esta línea argumentativa, podemos decir que nos encontramos ante un problema de imputación objetiva, y no de causalidad propiamente dicha[30]. Así, la Sala emplea la teoría de la conducta alternativa conforme a derecho, según la cual, si un comportamiento no ha incrementado el riesgo de que se produzca un resultado dañoso, no cabe imputar objetivamente tal resultado a ese comportamiento[31]. De este modo, el Tribunal Supremo exige la acreditación por parte del médico de que la gestante no habría optado por poner fin a su embarazo aunque hubiera recibido toda la información necesaria. No obstante, considero que nuestro tribunal no emplea esta teoría adecuadamente, puesto que si consideramos (como en estas sentencias se hace) que el daño radica en la lesión al poder de decisión de la gestante, lo que deben acreditar los médicos encargados del seguimiento del embarazo es que su actuación negligente no tuvo relación alguna con el error informativo. Por tanto, podemos afirmar que en estos casos el cambio de enfoque del tribunal en la identificación del daño no es completamente coherente y que, de hecho, parece más bien inconsciente o no plenamente consciente de las implicaciones que conlleva la identificación del daño en la lesión a la facultad de autodeterminación de la gestante.

- Frente a estos pronunciamientos, en la sala de lo Civil cabe hacer mención a dos sentencias, la STS de 19 de julio de 2007[32] y 23 de noviembre de 2007[33]. En ellas, la teoría de la conducta alternativa conforme a derecho sí está bien empleada, ya que no se entra a dilucidar si la madre habría abortado o no. No obstante, se admite que los sanitarios puedan exonerarse mediante la prueba de que su error no influyó en el resultado[34]. Por tanto, en estos casos el Tribunal Supremo alinea mejor los elementos del daño y de la relación de causalidad, siendo coherente la identificación del primero con el tratamiento de la perspectiva jurídica del nexo causal.

---

[29] RJ 2006, 6580. En este mismo sentido se pronuncian las SSTS de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1750), de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 162033/2007) y de 25 de mayo de 2010 (LA LEY 86223/2010).

[30] MARTÍN CASALS, M., «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol,* Frankfurt am Main (Peter Lang), 2000, p. 208.

[31] PANTALEÓN PRIETO A.F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. 2, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1990, pp. 1577-1591.

[32] LA LEY 79295/2007.

[33] LA LEY 193591/2007.

[34] Esta prueba puede adquirir relevancia en aquellos casos en los que la gestante no se encuentre en situación de someterse a la interrupción voluntaria del embarazo, puesto que, en ese caso, la negligencia en la información no habría influido en la posibilidad de la madre de abortar. Situación distinta es la que se nos plantea en relación al daño como falta de preparación psicológica (vid. infra).

3. Tendencias alternativas

Llegados a este punto, es importante tener en cuenta que, pese a que la teoría del daño como lesión al derecho de autodeterminación de la mujer es la más empleada por el Tribunal Supremo[35], como ya hemos afirmado desde un primer momento, la jurisprudencia no es uniforme. Así, minoritariamente, se han seguido desarrollando otras teorías cuya base argumentativa se encuentra en las primeras sentencias anteriormente comentadas, sin aparente orden o pauta cronológica que permita afirmar la existencia de patrones en el uso de uno u otro criterio en la identificación del daño por parte del Tribunal Supremo.

A. La imposibilidad de abortar

En contraposición a la tesis mayoritaria, podemos destacar algunas sentencias que continúan calificando el daño como la imposibilidad de abortar. Así, las STSS de 4 de noviembre de 2008[36] y de 17 de noviembre de 2008[37] siguen la estela doctrinal plasmada por la ya comentada STS de 18 de diciembre de 2003, identificando el daño con la lesión a la facultad de abortar y sin entrar a analizar la incógnita de si, habiendo sido consciente la madre de la enfermedad padecida por el niño, habría optado por interrumpir su embarazo o no. Siguiendo su tenor literal, centran su argumentación en «la pérdida de oportunidad de decidir poner fin legalmente al embarazo».

Esta formulación concreta del concepto de daño hace surgir la sospecha de que la tesis tratada por el Tribunal Supremo en estos casos no es la privación de la facultad de interrupción del embarazo, sino la idea de la «pérdida de la oportunidad», debiendo ponerse estos pronunciamientos en relación con la teoría francesa de la *perte de la chance*. Esta puede definirse como la desaparición de la probabilidad de un evento favorable cuando esa suerte se presenta suficientemente seria[38]. Este menoscabo de la oportunidad beneficiosa es un daño indemnizable en sí mismo, pero solo en lo que atañe a la pérdida, no debiendo ser resarcido el beneficio total que, en caso de darse la oportunidad, se le habría procurado a la víctima, ya que este siempre se presentará como incierto.

De hecho, estas sentencias que relacionan el daño con la *perte de la chance*, siguen la estela plasmada por la doctrina inicial, que fue secundada de forma mayoritaria durante

---

[35] Así se manifiesta en la tabla anexa al final de este trabajo.

[36] LA LEY 169650/2008.

[37] LA LEY 175916/2008. Esta sentencia constituye el pronunciamiento más contundente al respecto, afirmando que el daño resarcible se circunscribe a la violación del «derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo».

[38] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», cit., p. 1706.

los primeros años de estudio de las acciones de *wrongful birth*[39]. Sin embargo, actualmente no es una doctrina muy apoyada entre nuestros autores, puesto que su aplicación conlleva no pocos problemas:

- En primer lugar, si identificamos el aborto como un beneficio que se ha perdido, inexcusablemente debemos considerar el nacimiento como un daño[40].

- Además, autores como Martín Casals[41] entienden la oportunidad, base de esta teoría, como un suceso favorable para la víctima que en ningún caso puede depender de su voluntad. La posibilidad de evitar el mal es un evento casual, hecho que no se materializa, en cambio, en los casos en los que se reclama la pérdida de oportunidad de interrumpir el embarazo en los plazos establecidos legalmente, puesto que esta decisión se encuentra totalmente en manos de la madre, no siendo una circunstancia que dependa del azar. Es cierto en este punto que Galán Cortés[42] nos presenta la posibilidad de emplear entonces esta teoría en aquellos casos en los que el facultativo no comunica la existencia o conveniencia de llevar a cabo una determinada prueba diagnóstica[43]. Según el autor, en este caso, la decisión de la gestante sobre la interrupción del embarazo depende de un evento anterior sobre el que no tiene control, y no es más que «la posibilidad (…) de que la ecografía de alta resolución detectase en las veintidós primeras semanas la alteración fetal». Pese a ello, consideramos que debe matizarse que aunque la madre no tenga control sobre el resultado de la prueba, sí que lo tiene sobre la decisión de someterse a ella, por lo que, a mi parecer, no nos encontraríamos ante un verdadero supuesto de pérdida de oportunidad.

Con todo, el problema real de adscribir las sentencias indicadas a la teoría de la pérdida de la oportunidad reside en que una lectura más cuidadosa de las mismas permite apreciar que, pese a que el Tribunal Supremo ha empleado la denominación «pérdida de la oportunidad de abortar», en realidad no está aplicando esta teoría, puesto que en ningún momento se plantea los problemas anteriormente comentados.

Por tanto, como hemos indicado inicialmente, hay que considerar que, en la medida en que sí habla de una lesión a la facultad de abortar, de un obstáculo o traba que se ha interpuesto a la madre y que ha propiciado la imposibilidad de someterse a la interrupción voluntaria del embarazo, esta línea jurisprudencial identifica el daño con la lesión misma

---

[39] Entre otros, PÉREZ-TENESSA, A., «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», cit., p. 56; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», cit., p. 1706.

[40] MARTÍN CASALS, M., «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», cit., p. 200.

[41] MARTÍN CASALS, M., «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», cit., p. 200.

[42] GALÁN CORTÉS, J.C., «Comentario a la STS 6 de julio de 2007», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, 2008, p. 289.

[43] Supuestos como los que se presentan en las STSS de 21 de febrero de 2006 (LA LEY 408/2006) y de 6 de julio de 2007 (LA LEY 72168/2007).

de esta facultad. Los problemas que ya hemos indicado tal premisa conlleva, desde el punto de vista causal, no parecen, por tanto, ser tenidos en cuenta por la jurisprudencia.

B. La falta de preparación psicológica

Aunque ya hemos dicho que las sentencias que identifican el daño con la lesión al derecho de autodeterminación de la mujer han sido las más numerosas, como ya se explicaba inicialmente, el Tribunal Supremo no ha sido unánime en lo que a la calificación del daño se refiere. Así, podemos distinguir algunos escasos pronunciamientos que relacionan el daño moral con la imposibilidad por parte de los padres de conocer la situación del feto en un momento anterior al parto, lo que determina una falta de preparación psicológica para este hecho. Es importante subrayar que, aunque la actuación sanitaria sea completamente diligente, el sufrimiento de los progenitores al ver el estado de salud de su hijo no es evitable. Por eso, es necesario relacionar este impacto con la desinformación, que niega a los padres la posibilidad de conocer la enfermedad de su hijo con la suficiente antelación al parto y con las expectativas frustradas que han ido consolidándose por la convicción del perfecto estado de salud de su hijo hasta el momento del nacimiento[44].

El beneficio que ofrece la identificación de esta posible lesión es que se produciría incluso en aquellos ordenamientos en los que no esté reconocida la facultad de abortar, ya que, para evitar este daño, solo es necesaria una información adecuada en un momento anterior al parto, que permita a los padres adaptarse psicológicamente al estado de su hijo, no influyendo en ello la existencia o no de una posibilidad para la madre de someterse a la interrupción de su embarazo. No obstante, la duda en este punto radicaría en si este tipo de acciones podrían seguir constituyendo supuestos de *wrongful birth*, ya que la doctrina mayoritaria coincide en la necesidad, para estos casos, de que la posibilidad de abortar se encuentre reconocida en el ordenamiento en cuestión[45].

Sobre estas ideas, analizando nuestra jurisprudencia, cabe destacar que, aunque esta idea de identificación del daño late tras alguno de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, este concepto de daño no aparece nunca en las sentencias con entidad propia e independiente. Por el contrario, allí donde aparece, este concepto de daño siempre se ha visto tratado en las sentencias como derivado de la imposibilidad de abortar o, en su caso, de la lesión al derecho de autodeterminación, y que ha servido de sustento para otorgar una indemnización en concepto de daño moral. De hecho, podemos resaltar a este respecto la

[44] PÉREZ PAÑOS, A., «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», cit., p. 6.

[45] En este sentido podemos destacar las posturas de autores como MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pp. 1115-1116, que defienden que esta puede ser una acción subsidiaria a la de *wrongful birth*. En contraposición, NAVARRO MICHEL, M., «Comentario a la STS 21 de diciembre de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006, p. 1653, considera que los daños por falta de preparación psicológica pueden encuadrarse o no dentro de las partidas indemnizables en cada supuesto, pero que en ningún caso constituirán fundamento para otro tipo de reclamación.

STS de 21 de diciembre de 2005, que identifica el daño moral con «la privación a la madre de la información suficiente para permitirle afrontar esta situación desde el inicio del embarazo». A ella se une la ya mencionada STS de 6 de junio de 1997, que define esta situación como «el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas».

Con todo, lo relevante en este punto en lo que respecta a nuestro objeto de estudio es que, a mi juicio, esta tesis se separa de la lesión del derecho de autodeterminación de la mujer, permitiendo entablar la acción de responsabilidad en momentos en los que la gestante ya no tenía la posibilidad de abortar, por no encontrarse entre los supuestos contemplados en la ley. Ejemplo de ello constituyen los casos de aborto embriopático en los que ya ha pasado el plazo de las 14 primeras semanas y, al mismo tiempo, no nos encontramos dentro de un supuesto cualificado de los contenidos en el artículo 15 de la LO 2/2010[46]. Cierto es, no obstante, que el Tribunal Supremo no ha hecho uso de este concepto de identificación del daño para estos casos marginales, sino que lo ha utilizado más bien, como decíamos, como complemento o refuerzo de otros de los posibles daños identificables.

III. LA VALORACIÓN DEL DAÑO

A la hora de indemnizar, nuestro Tribunal Supremo ha sido más proclive a reconocer el daño moral que el patrimonial. De hecho, todas las sentencias que han admitido responsabilidad por *wrongful birth* han indemnizado el daño moral. En contraposición, los pronunciamientos que contemplan el daño patrimonial son bastante reducidos y no siguen una lógica temporal.

En lo relativo al daño moral, no resulta novedosa su difícil cuantificación, en general, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que, en numerosas ocasiones, los tribunales optan por la utilización de baremos objetivos que puedan servir de orientación en la determinación de este tipo de daños. No obstante, en las sentencias estudiadas sobre las acciones de *wrongful birth*, no se ha optado por acudir a ellos, sino que el Tribunal Supremo se ha inclinado por una justificación vaga del *quantum* indemnizatorio, acudiendo a una fijación ponderada que tiene en cuenta las diferentes circunstancias presentes en cada caso[47].

Así, la única referencia que podemos tomar en este sentido es que las indemnizaciones otorgadas por daño moral en exclusiva oscilan entre los 60.000€[48] y los 150.000€[49], sin que el supremo tribunal establezca de forma clara la razón de estas diferencias. En consecuencia,

[46] Recordemos que el artículo 14 LO 2/2010 regula los requisitos para la interrupción del embarazo a petición de la mujer, mientras que el artículo 15 establece los requisitos para la interrupción por causas médicas.

[47] Ejemplo de ello es la STS de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 162033/2007), que establece que: «valorando las circunstancias concurrentes en los actores, parece ponderado fijar en 150.000€ la cantidad a otorgar en concepto de indemnización».

[48] STSS de 4 de noviembre de 2005 (RJ\2006\1544) o de 23 de noviembre de 2007 (LA LEY 193591/2007).

[49] STS de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 162033/2007).

tampoco ha sido posible extraer ningún tipo de diferencia entre ambas salas (civil y contencioso administrativa) en lo referente a las cuantías indemnizatorias, habiendo sentencias que estiman la misma cantidad, procediendo de diferentes salas[50].

Por otro lado, el análisis de la jurisprudencia permite afirmar que el daño patrimonial no ha sido frecuentemente reconocido por el Tribunal Supremo, que en la mayor parte de los casos no ha entrado a valorar la necesidad de indemnizar por este concepto. En aquellos escasos pronunciamientos en los que lo rechaza expresamente, lo hace sobre la base de que los daños derivados de la privación de la posibilidad de decidir o de abortar solo pueden constituir un daño moral[51].

No obstante, antes de entrar a analizar cómo la jurisprudencia ha indemnizado el daño patrimonial en aquellas sentencias que lo admiten, conviene tener en cuenta que, entre los sectores doctrinales, han surgido enormes discrepancias en esta materia, pudiendo diferenciarse dos grandes formas de indemnizar este daño: la primera afirma la necesidad de indemnizar todos los daños que ocasiona el hijo con deficiencias[52], mientras que la segunda defiende que solo deben ser resarcidos aquellos gastos que suponen un plus respecto de los cuidados que demanda un niño normal[53]. En contraposición a estos autores, Díez-Picazo Giménez defiende que la finalidad de la indemnización radica en reparar el daño moral causado por el hecho de no haber podido interrumpir el embarazo, por lo que no suscribe un resarcimiento de los gastos producidos por el nacimiento de un hijo, sean superiores a los ordinarios o no[54].

El Tribunal Supremo ha sido contundente en lo que atañe a la indemnización por daño patrimonial, identificándolo allí donde lo menciona, de manera unánime, como derivado de los superiores gastos que conlleva la crianza de un niño con una discapacidad. De este modo, el Tribunal se posiciona en la controversia establecida por la doctrina, identificando el daño patrimonial con la «lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar una hija con síndrome de Down»[55].

---

[50] Así, por ejemplo, las STSS (3ª) de 4 de noviembre de 2008 (LA LEY 169650/2008) y (1ª) de 14 de marzo de 2013 (LA LEY 18175/2013) cifran la indemnización en 300.500€, haciendo referencia tanto al daño moral como al patrimonial.

[51] En este sentido se pronuncian las SSTS de 4 de noviembre de 2005 (FJ 1) (RJ\2006\1544) y de 5 de diciembre de 2007 (FJ 2) (LA LEY 216996/2007), cuya argumentación común gira en torno a la idea de que los efectos dañosos producidos por la lesión al derecho de autodeterminación solo pueden ser de tipo moral, pues se está en una situación análoga a la omisión del consentimiento informado, cuya resarcibilidad tiene reconocida el Tribunal Supremo en concepto de daño moral.

[52] Así, GALÁN CORTÉS, J.C., «La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia», *Revista Española de Medicina Legal*, 1998, XXII, 84-85, p. 13; o PÉREZ-TENESSA, A., «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», cit., pp. 55-56.

[53] En este sentido se pronuncian autores como DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», cit., pp. 153-154.

[54] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», cit., p. 1707.

[55] STS de 16 de junio de 2010 (LA LEY 104124/2010).

No obstante, esta argumentación no se ha seguido uniformemente en la jurisprudencia posterior. Ejemplo de ello es la STS de 18 de diciembre de 2003, que fija la indemnización en 60 millones de pesetas y afirma que, para el cálculo de esta, se han tenido en cuenta «las expectativas de que se han visto privados los actores y la repercusión del hecho en sus vidas, dada la entidad del evento producido, además del daño moral». En este caso, el Tribunal Supremo identifica el daño patrimonial con la frustración de las expectativas, lo que en otros pronunciamientos ha sido relacionado (más correctamente, en mi opinión) con el daño moral, entendiendo que estas hacen referencia a la creencia de estar gestando un hijo sano y no a hipotéticas expectativas de ahorro o de ganancias que se ven impedidas por los gastos extra que comporta el nacimiento de un hijo discapacitado[56].

Para finalizar, considero importante destacar la singularidad de las STSS de 16 de junio de 2010[57] y de 20 de marzo de 2012[58], que optan por indemnizar a los progenitores en concepto de daño moral y al niño, a través de la acción de *wrongful life*, en concepto de daño patrimonial (ya sea mediante una renta mensual o una cantidad a tanto alzado). Considero que, en estos casos, el Tribunal Supremo ha descartado otorgar la indemnización a los padres ante la proximidad que tal reconocimiento supone con la consideración del nacimiento como daño. Sin embargo, se inclinan por indemnizar patrimonialmente al niño, sujeto que no ha sido el lesionado por la violación del derecho de autodeterminación y cuya enfermedad no es producto de una mala praxis médica. A mi juicio, estas cantidades no tienen cabida si no consideramos que la propia condición del hijo enfermo es un daño en sí mismo, puesto que ninguno de los perjuicios contemplados como resarcibles, inciden directamente en el niño.

IV. CONCLUSIONES

Tras el estudio de las acciones de *wrongful birth* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos llegar a la conclusión de que no ha sido posible sentar una línea decisoria clara. No obstante, pueden identificarse ciertas tendencias concretas:

1. En primer lugar, un rechazo mayoritario a la calificación del nacimiento como daño. Así, la jurisprudencia adopta la postura sentada por la doctrina mayoritaria y separa el perjuicio del hecho del nacimiento. No obstante, pueden entreverse algunas sentencias que lo identifican de forma indirecta y, a mi parecer, inconsciente, ya sea mediante la concesión de una indemnización al niño o, como la STS de 6 de junio de 1997, mediante la afirmación de que «surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece síndrome de Down».

[56] MAZZILLI, E., «La acción de *Wrongful Life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas», *Aranzadi civil y mercantil*, núm. 10, 1, 2012, p. 14.

[57] LA LEY 104124/2010.

[58] LA LEY 29526/2012.

2. En segundo lugar, una tendencia que gira en torno a la calificación del daño como consecuencia derivada de la infracción del derecho de información. De este modo, son numerosos los pronunciamientos que identifican el daño con la imposibilidad de abortar, aunque las sentencias más recientes optan por afirmar que el daño se encuentra en privar a los progenitores de la posibilidad de tomar una decisión informada de acuerdo con sus propios intereses personales y familiares.

3. Asimismo, una clara tendencia a la indemnización de los daños morales, puesto que estos han sido resarcidos siempre que se ha admitido la reclamación por *wrongful birth.* En cuanto a los daños patrimoniales, podemos extraer de la jurisprudencia analizada el posicionamiento del tribunal a favor de indemnizar únicamente aquellos daños derivados de la enfermedad del niño, en tanto suponen un plus respecto de los ordinarios.

4. Finalmente, parece que el tribunal seguirá desarrollando el daño como lesión al derecho de autodeterminación de la mujer, teniendo en cuenta las ventajas que esta teoría presenta en lo relativo a las dificultades probatorias originadas por los cursos causales no verificables. Con el empleo de esta tesis, resulta irrelevante conocer cuál habría sido la decisión de la madre, valorando únicamente la lesión a su derecho de autodeterminación, lo que se manifiesta en la posibilidad de tomar una decisión informada y congruente con sus intereses personales y familiares.

Por todo lo visto, considero que, la identificación del daño por parte de la jurisprudencia no se distancia tanto de la identificación por parte de la doctrina, si bien en el caso de la primera con muchas más vacilaciones y oscilaciones de las que existe entre la segunda, actualmente mucho más asentada. No obstante, nuestro Tribunal Supremo ya ha sentado las bases de su doctrina y, pese a los cambios de tendencia que ha experimentado, parece que refuerza la idea del daño como infracción del derecho de autodeterminación de la gestante, lo que, a mi juicio, es correcto, ya que se trata de la vía que menos conflictos jurídicos suscita dentro del tratamiento de las acciones por *wrongful birth*.

De este modo, pese al largo camino que queda por recorrer en lo que respecta a estas acciones para nuestros tribunales, considero que el Tribunal Supremo cada vez se encuentra más cerca de poder consolidar una verdadera jurisprudencia al respecto.

V. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGEZ-CANO, R., «Comentario a la STS 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, pp. 857-865.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de *wrongful birth* y *wrongful life*: ¿Es posible hablar ya de una jurisprudencia?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005, pp. 179-206.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?»*, Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 10, 1999, pp. 237-294.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 5, 1996, pp. 141-156.

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid (Civitas), 1999.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G*.,* «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 1998, 3, D-168, pp. 1700-1710.

GALÁN CORTÉS, J.C., «La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia»*, Revista Española de Medicina Legal*, 1998, XXII, 84-85, pp. 10-14.

GALÁN CORTÉS, J.C., «Comentario a la STS 6 de julio de 2007», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, 2008, pp. 279-290.

MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Valencia (Tirant lo Blanch), Valencia, 2005.

MACÍA MORILLO, A., «Comentario a la STS 18 de diciembre de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, 2004, pp. 1023-1040.

MARTÍN CASALS, M., «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right»*, European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol,* Frankfurt am Main (Peter Lang), 2000, pp. 179-208.

MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 60, 2002, pp. 1097-1121.

MAZZILLI, E., «La acción de *Wrongful Life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas», *Aranzadi civil y mercantil*, 2012, núm. 10, 1, pp. 1-38.

NAVARRO MICHEL, M., «Comentario a la STS 21 de diciembre de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006, pp. 1637-1656.

PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. 2, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1990, pp. 1561–1591.

PÉREZ PAÑOS, A., «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», *Diario La Ley*, 2014, Nº 8396, D-313, pp. 1-12.

PÉREZ-TENESSA, A., «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», *Revista de la Administración P*ública, núm. 154, 2001, pp. 47-61.

ROMERO COLOMA, A.M., «Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica», *Diario La Ley*, 2009, Nº 7231, D-269, pp. 1-15.

VI. ANEXO

NACIMIENTO COMO DAÑO	IMPOSIBILIDAD DE ABORTAR	AUTODETERMINACIÓN DE LA MUJER	PERDIDA DE OPORTUNIDAD	FALTA DE PREPARACIÓN PSICOLÓGICA
STS 6 de junio de 1997	STS 7 de junio de 2002	STS 4 de noviembre de 2005	STS 21 de febrero de 2006	STS 6 de junio de 1997
	STS 18 de diciembre de 2003	STS 21 de diciembre de 2005	STS 6 de julio de 2007	STS 21 de diciembre de 2005
	STS 4 de noviembre de 2008	STS 30 de junio de 2006	STS 4 de noviembre de 2008	
	STS 17 de noviembre de 2008	STS 14 de marzo de 2007	STS 17 de noviembre de 2008	
		STS 19 de junio de 2007		
		STS 19 de julio de 2007		
		STS 16 de octubre de 2007		
		STS 23 de noviembre de 2007		
		STS 24 de octubre de 2008		
		STS 25 de mayo de 2010		
		STS 31 de mayo de 2011		
		STS 15 de septiembre de 2015		

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Las normas generales de publicación y edición de la RJUAM pueden descargarse en nuestra web (www.uam.es/rjuam) y en nuestro blog (www.rjuam.wordpress.com).

- **Lugar y modo de presentación**

Aquellos que deseen enviar algún texto para que sea publicado en la RJUAM (artículos, lecciones, comentarios de sentencias y recensiones), deberán dirigirse al Consejo de Redacción de la misma. Los textos deberán ser inéditos, si bien el Consejo de Redacción podrá evaluar la conveniencia de aceptar trabajos ya publicados, cuando se trate de traducciones o de artículos cuya difusión en España resulte de especial interés. Los trabajos se enviarán a la dirección de la RJUAM por correo electrónico a la dirección: revista.juridica@uam.es. Los originales vendrán acompañados de un teléfono o dirección de contacto del autor, así como de su dirección de correo electrónico. Alternativamente, los trabajos podrán remitirse a través del Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es/revistajuridica). El envío de trabajos requiere el registro como usuario mediante un sencillo y rápido procedimiento. Se recomienda el uso de esta segunda vía, pues agiliza y facilita el proceso de evaluación necesario para la publicación de cada trabajo.

- **Evaluación de los trabajos presentados**

Los trabajos presentados serán sometidos a un proceso anónimo de evaluación por parte de un miembro del Consejo de Redacción y un evaluador externo. Entre otros criterios, se valorarán: la originalidad del trabajo, la profundidad de la labor investigadora desarrollada y la actualidad e interés de la temática tratada. Dicho proceso concluirá en la aceptación o rechazo del trabajo, comunicándose el resultado del proceso al autor aproximadamente un mes antes de la publicación del número correspondiente. En caso de aceptación del trabajo, los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y separatas.

Además de lo anterior, la RJUAM somete todos los trabajos aceptados para publicación a una rigurosa revisión y corrección ortotipográfica y de estilo, con el fin de asegurar la calidad formal y la uniformidad metodológica en toda la revista.

- **Publicación**

La aceptación por el Consejo de Redacción de los trabajos presentados supondrá la cesión, del autor de los mismos a la Revista, de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, a efectos de publicarlos en formato papel, así como ponerlos a disposición del público a través de bases de datos electrónicas.

- **Extensión**

Los originales tendrán una extensión máxima de treinta folios (DIN A4), salvo las recensiones, que serán de cuatro folios. Excepcionalmente, el Consejo de Redacción podrá autorizar la publicación de trabajos de una extensión mayor.

- **Idioma de la presentación**

Los trabajos serán presentados en castellano. Excepcionalmente, el Consejo de Redacción podrá autorizar la publicación de trabajos redactados en otro idioma.

- **Estilo, tamaño de letra e interlineado**

El estilo de letra será Times New Roman de cuerpo 12, salvo las notas a pie de página, que tendrán cuerpo 10. El texto deberá estar justificado. El interlineado será de un espacio y medio, salvo en las notas a pie de página, en las que será sencillo. El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos.

- **División del Texto**

Título: Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en Times New Roman mayúsculas y negrita, cuerpo 14. Debajo, en Times New Roman minúsculas y negrita, cuerpo 10, se hará constar la traducción del título en inglés.

Autor: Debajo del título deberá ponerse el nombre y apellidos del autor, que irá centrado, en Times New Roman versales, cuerpo 12. En nota a pie de página (a la que se hará referencia con un asterisco: (*) se indicará la condición profesional (catedrático, profesor titular, becario de investigación, abogado, etc.) o el grado de estudios alcanzado (doctorando, estudiante de segundo ciclo, etc.), así como, cuando proceda, el área de conocimiento (Derecho civil, Derecho constitucional, etc.) y el organismo al que pertenece (Universidad, Colegio profesional...). En dicha nota al pie podrá incorporarse la dirección de correo electrónico de contacto, así como cualquier referencia a proyectos de investigación en los cuales se enmarque el trabajo presentado.

Abstract y palabras claves: Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y unas palabras clave/key words (máximo cinco). Tanto el abstract como las palabras clave deberán ir dentro de un cuadro de texto, justificado, interlineado sencillo y letra de estilo Times New Roman de cuerpo 10.

Sumario: A continuación se incluirá un sumario, que reproducirá los títulos de los apartados y subapartados del artículo, separados por punto y coma. El sumario irá en Times New Roman cuerpo 10, interlineado sencillo, sin negritas ni cursivas y con sangría francesa de 1,25 cm.

Títulos: Los títulos de los apartados irán en Times New Roman mayúsculas, negrita, cuerpo 12, precedidos de números romanos (estos irán seguidos de punto, sin guion, en igual tipo y tamaño de letra).

Epígrafes: Los epígrafes de los apartados irán en Times New Roman minúsculas, negrita, cuerpo 12 y precedidos de números árabes (estos irán seguidos de punto sin guion en igual tipo y tamaño de letra).

Sub-epígrafes: Los sub-epígrafes irán en Times New Roman minúsculas, cursiva, cuerpo 12, precedidos de letras (estos irán seguidos de punto sin guion en igual tipo y tamaño de letra).

En la redacción del texto no debe utilizarse negrita ni subrayado, salvo para los casos previstos en las indicaciones anteriores. Cuando se quiera subrayar o resaltar algún término o expresión se usará la cursiva.

- **Mención de autores y citas**

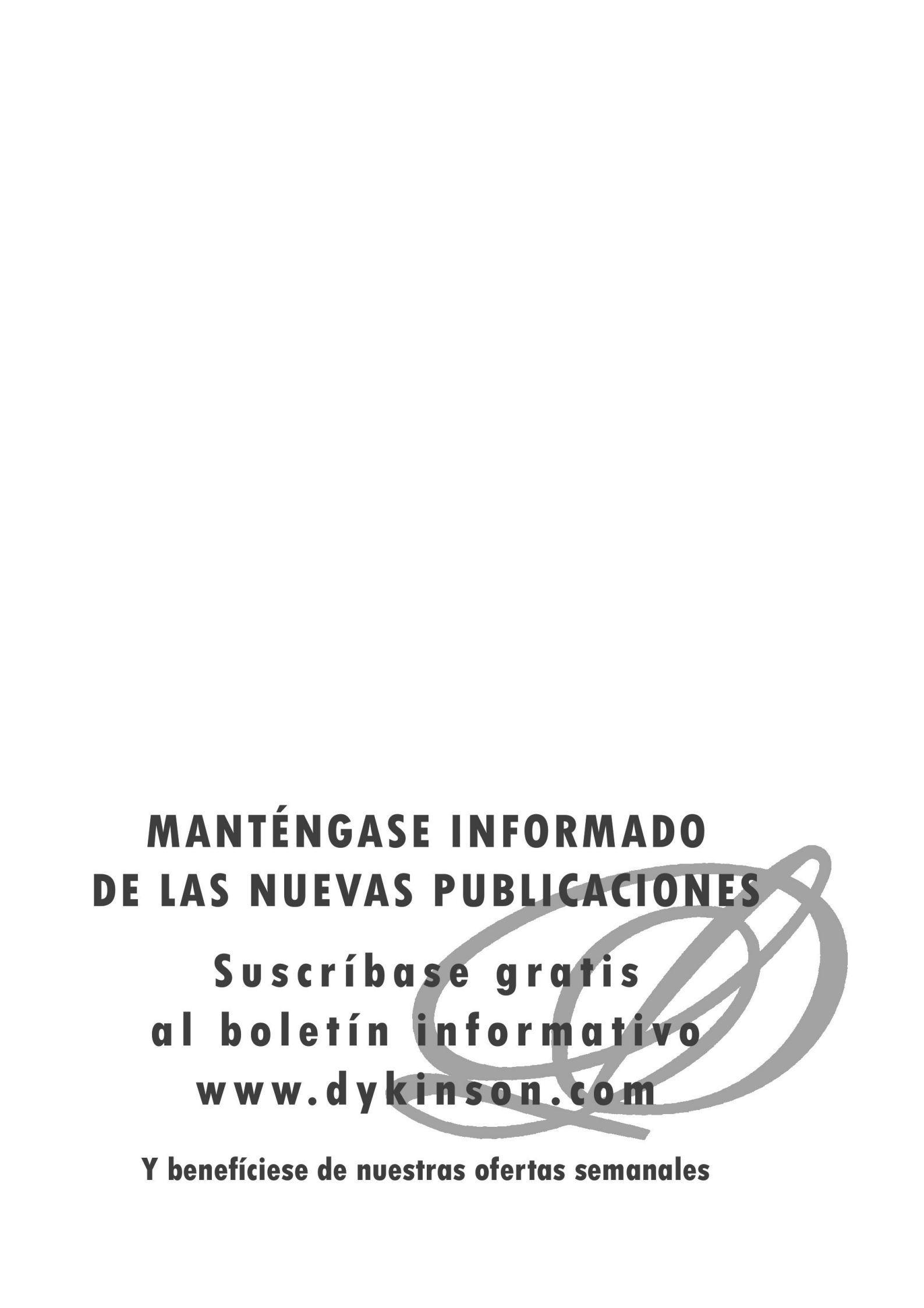
Cuando se mencione a un autor en el cuerpo del texto, solo la primera letra de sus apellidos irá en mayúsculas.

Las referencias bibliográficas de las citas realizadas en el texto, así como las citas que se hagan en nota al pie, deberán realizarse del siguiente modo:

Libros: autor (los apellidos en mayúsculas y la inicial del nombre), la obra (en cursiva), la edición, la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto en los millares) y la página o páginas a las que corresponda la cita (con la abreviatura p. o pp.).

Artículos o fragmentos de obras colectivas: autor (igual que en la anterior), la obra (entre comillas [«…»]), la revista u obra colectiva en la que aparezca (en cursiva), el número de la revista o la edición (en el caso de obras colectivas), la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto tras las unidades de millar) y la página o páginas donde se expresa la opinión (con la abreviatura p. o pp.).

Bibliografía: al final de los artículos y, en su caso, de los comentarios jurisprudenciales deberá constar una relación de la bibliografía citada por el autor.


MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES
Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com
Y benefíciese de nuestras ofertas semanales