

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 1

Junio 2024

eISSN: 2340-5155

DOI: <https://doi.org/10.14201/AIS2024121>



Ediciones Universidad
Salamanca



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 1

Junio 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Scicence / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024121>

EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria

M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria técnica

Noemí MATEOS GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Consejo de Redacción

Fernando ANDRADE FERNANDES (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil)
Susy Inés BELLO KNOLL (Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina)
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (Institut d'Études Politiques de París, Francia. Codirector de Global Governance Studies)
Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)
Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)
José Luis GOÑI SEIN (Universidad Pública de Navarra, España)
Alejandro GUZMÁN-BRITO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)
Rafael LARA GONZÁLEZ (Universidad Pública de Navarra, España)
Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)
Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)

Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia
Estrella TORAL LARA (Universidad de Salamanca, España)

Consejo Científico

Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA (Universidad de La Laguna, España)
Carmela CAMARDI (Università «Ca' Foscari» di Venecia, Italia)
Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)
José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Universidad de Zaragoza, España)
Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)
Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)
Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)
Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia)
Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)
Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)
Augusto MARTÍN DE LA VEGA (Universidad de Salamanca, España)
Alejandro RAMELLI (Universidad de Los Andes, Colombia. Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia)
Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)
Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)
Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)
Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)
César SAN JUAN GUILLÉN (Universidad del País Vasco, España)
Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología)
Fabien TERPAN (Institut d'Études Politiques de Grenoble, Francia)



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 1

Junio 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024121>

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS) Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Vicedecanato de Docencia y Relaciones Institucionales

Contacto

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (dir.)
M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Secretaría) Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Campus Miguel de Unamuno, s/n • 37007 Salamanca (España) Teléfono: +34 923 29 44 41
Correo-e: ais@usal.es

<https://derecho.usal.es/>

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) se publica exclusivamente en formato electrónico y su divulgación será a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la revista en su conjunto.

Propiedad intelectual de la revista *ARS IURIS Salmanticensis* (AIS)

El autor cede a la Universidad de Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública necesarios para la explotación de su obra en la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) en formato electrónico y su divulgación a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la Revista en su conjunto. La cesión de derechos tiene carácter exclusivo, gratuito, indefinido y de alcance mundial.

El autor *garantiza* que el trabajo remitido constituye una obra original de su creación, no copiado ni plagiado en todo o en parte de la obra de terceros, ni publicado anteriormente en otro lugar. Se *compromete*, además, a no remitir el mismo artículo a otras publicaciones mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS); no obstante, transcurridos seis meses desde su envío sin aceptación formal para su publicación, o antes, si la Revista lo hubiera rechazado, podrá de nuevo el autor disponer libremente de su trabajo para publicarlo en otro lugar.

El autor *garantiza*, igualmente, que ha respetado las normas de elaboración del trabajo habituales en su ámbito de estudio, así como las relativas a los derechos de autor de los textos, gráficos y demás materiales incluidos en sus textos remitidos a *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS).

Pretende mantener los *más altos estándares de calidad* en sus publicaciones. Sin perjuicio de la responsabilidad que, en primera instancia, tienen los propios autores cuidando la honestidad, altura creativa y autenticidad de su obra, los editores, los miembros del Consejo de Redacción y los revisores de la Revista velarán por el mantenimiento de la integridad, calidad y originalidad de la investigación.

Esta revista está indizada en: Dialnet y SHERPA/RoMEO. Aparece también en ProQuest y Latindex

NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta e interior: Fernando Benito e Intergraf - Maquetación: Gráficas Lope - Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla

Ni la totalidad ni parte de esta revista puede reproducirse con fines comerciales sin permiso escrito de Ediciones Universidad de Salamanca. A tenor de lo dispuesto en las calificaciones *Creative Commons* CC BY-NC-SA y CC BY, se puede compartir (copiar, distribuir) el contenido de esta revista, según lo que se haya establecido para cada una de sus partes, siempre y cuando se reconozca y cite correctamente la autoría (BY), siempre con fines no comerciales (NC) y compartiendo la obra resultante bajo el mismo tipo de licencia (SA).



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 1

Junio 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024121>

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. NFT e infracción de la propiedad intelectual, por *Michele Crisafulli*..... 11-24
2. Los derechos de las mujeres en la justicia transicional: los impactos de las políticas de género en el derecho procesal, por *Majedeh Bozorgi*..... 25-37

ESTUDIOS

1. Panorama de la criminología feminista brasileña, por *Giselle Dos Santos Andrade, Renata Monteiro García y Marilize Da Silva Bentes*..... 41-53
2. Los valores constitucionales de la propiedad y la aplicación del concepto «interés general» como fundamento de la potestad constitucional de corrección patrimonial en la extinción de dominio. Una interpretación desde la peculiaridad constitucional venezolana, por *Emilio J. Urbina Mendoza*..... 55-82
3. Violaciones de la Suprema Corte de Justicia de la nación de México a los principios del Derecho in claris, non fit interpretatio y ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus, por *Miguel Basurto Hernández Romo* 83-101
4. Estudio sobre la resolución del contrato desde la perspectiva del Derecho comparado bajo el contexto de la modernización del Derecho Contractual, por *Yun Li*..... 103-130
5. Dimensión jurídica de la corrupción en el contexto del derecho corporativo (con especial referencia a los ordenamientos jurídicos portugués y español), por *Niedja de Andrade e Silva Forte Dos Santos*... 131-183

Índice

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 12, Junio 2024, 5-6
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

6. La regulación de las criptomonedas en México y sus principales desafíos jurídicos internacionales, *por Reyna Araceli Tirado Gálvez* 185-211

CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN

(Julio-Diciembre 2023)

Derecho Administrativo	217-221
Derecho Civil.....	222-241
Derecho Constitucional	242-258
Derecho Mercantil	259-298
Derecho Penal	299-304
Derecho Procesal	305-310

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

(Julio-Diciembre 2023)

Derecho Administrativo	315-318
Derecho Civil.....	319-335
Derecho Constitucional	336-343
Derecho Mercantil	344-356
Derecho Penal	357-366



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 1

Junio 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024121>

TABLE OF CONTENTS

CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

1. NFT and Intellectual Property Infringement, *by Michele Crisafulli*..... 11-24
2. Women's Rights in Transitional Justice: The Impact of Gender Policies on Procedural Law, *by Majedeh Bozorgi*..... 25-37

ARTICLES

1. Overview of Brazilian Feminist Criminology, *by Giselle dos Santos Andrade, Renata Monteiro García and Marilize Da Silva Bentes*..... 41-53
2. The Constitutional Values of Property and the Interpretation of the Concept «General Interest» as a Foundation of the Constitutional Power of Property Correction in the Civil Forfeiture. An Interpretation from the Venezuelan Constitutional Peculiarity, *by Emilio J. Urbina Mendoza*..... 55-82
3. Mexican Supreme Court Violations to the Principles of Law in claris, non fit interpretatio and ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus, *by Miguel Basurto Hernández Romo*..... 83-101
4. A Comparative Study of Contract Rescission in the Context of Modernization of Contract Law, *by Yun Li*..... 103-130
5. Legal Dimension of Corruption in the Context of Corporate Law (with special reference to the Portuguese and Spanish legal systems), *by Niedja de Andrade e Silva Forte Dos Santos*..... 131-183
6. The Regulation of Cryptocurrencies in Mexico and its Main International Legal Challenges, *by Reyna Araceli Tirado Gálvez*..... 185-211

Table of contents

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 12, Junio 2024, 7-8
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

LAW REVIEW

(JULY-DECEMBER 2023)

Administrative Law.....	217-221
Civil Law.....	222-241
Constitutional Law.....	242-258
Commercial Law.....	259-298
Criminal Law.....	299-304
Procedural Law.....	305-310

CASE LAW

(JULY-DECEMBER 2023)

Administrative Law.....	315-318
Civil Law.....	319-335
Constitutional Law.....	336-343
Commercial Law.....	344-356
Criminal Law.....	357-366

— TRIBUNA DE ACTUALIDAD —

NFT e infracción de la propiedad intelectual

NFT and Intellectual Property Infringement

Michele CRISAFULLI*

Abogado y doctorando de Derecho Civil en la Università degli Studi di Messina
Especialista en Derecho Civil de las tecnologías y Derecho Civil del medioambiente
michelecrisafulli@hotmail.it

1. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE «ORIGINALIDAD» HASTA LA LLEGADA DE LOS NFT

La diferenciación entre lo que es original y lo que es una copia ha caracterizado siempre el mundo del arte y, de forma más general, todo lo que está relacionado con las creaciones de la mente humana. Esta distinción crea una jerarquía de valor entre la obra original, que se considera generalmente de mayor calidad, y las copias, que se consideran de valor inferior.

Lo sorprendente es que no siempre fue así. Durante la época del Renacimiento la imitación de los modelos clásicos se creía mejor del ingenio¹. La principal motivación es que los estudios de los artistas clásicos tenían la máxima autoridad y representaban

* Abogado y doctorando de derecho civil en la Università degli Studi di Messina, graduado con Mención Magna Cum Laude, Máster en derecho del Consumidor. Especialista en derecho civil de las tecnologías y derecho civil del medioambiente.

1. Véase HECKER, Sharon y VANZETTI, Michelle. 2022: «L'originale nell'arte come concetto mutevole nel tempo e nell'ambito della sua attuale tutela». *Arte e Diritto*, 1 de junio de 2022: 29.

ejemplos de perfección a lo que aspirar. Los autores antiguos, de hecho, constituían una base segura e infalible para los artistas, respondiendo a sus propuestas innovadoras. Por ejemplo, la recuperación de los textos ciceronianos ofrecía a los poetas del cuatrocientos la idea absoluta de las composiciones literarias perfectas². Lo mismo ocurría en todas las otras formas de arte.

Ya a partir de la época barroca la invención del ingenio humano se valora más que la imitación³. Posteriormente, desde la Revolución Industrial, la posibilidad de crear fácilmente reproducciones y copias fieles hizo necesario separar siempre los originales desde las copias. La valorización de la originalidad y su protección jurídica se han vuelto de vital importancia para fomentar la actividad intelectual de todos los artistas. Reconocer la autoría de una obra significa permitir al autor disponer de manera exclusiva y reclamar la paternidad de esta, decidir si y cuándo publicarla, oponerse a cualquier modificación, autorizar todo tipo de utilizaciones y recibir las correspondientes compensaciones⁴. Solo el autor es destinatario de diferentes derechos que lo protegen en relación con su personalidad como autor y en relación con el uso económico de la obra creada.

Por último, el desarrollo del mundo digital ha aumentado aún más la importancia de identificar los originales. La posibilidad de reproducir ilimitadamente y a coste cero copias digitales de todos los contenidos presentes en la red ha cambiado el mundo de los artistas, en particular los artistas digitales, y todas las dinámicas de este mercado.

En este contexto, los NFT representan, en una primera aproximación, un instrumento clave para valorizar la originalidad de los artistas digitales y garantizar la protección de sus obras. Sin embargo, existen varios problemas que el derecho no puede ignorar y que crean nuevas preguntas sobre la extensión del significado de «original» y «copia». Por ejemplo, un famoso museo de arte italiano vendió los NFT «auténticos» de una obra de Michelangelo⁵. Aunque esta iniciativa ha sido bloqueada por el Ministerio italiano, plantea diferentes cuestiones. ¿Este NFT representa «una reproducción, una copia o

2. TOMBI, Beata. 2008: «La teoria dell'imitazione nel Quattrocento». *Nuova Corvina*, 2008, 20: 161.

3. Spear, R. 1989: «Notes on Renaissance and Baroque Originals and Originality». En *Retaining the Original: Multiple Originals, Copies, and Reproductions, Studies in the History of Art*, 20, Symposium Papers VII, 97 y ss. Evidenciado por HECKER, Sharon y VANZETTI, Michelle, *op. cit.*, 163.

4. En Italia el derecho de autor está regulado por la Ley sobre el derecho de autor n. 633 del 22 de abril de 1941, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1941/07/16/041U0633/sg> [3 enero 2024].

5. Véase BERTI, Riccardo y ZUMERLE, Franco. 2022: «Il Museo degli Uffizi e NFT, ora la paura non blocchi l'innovazione», 31 de mayo de 2022, <https://www.agendadigitale.eu/mercato-digitali/il-museo-degli-uffizi-vende-nft-ora-la-paura-non-blocchi-linnovazione/> [3 enero 2024].

un nuevo original?»⁶. De momento es suficiente reconocer que es una copia, pero una copia hecha con una tecnología tal que la convierte en auténtica y no replicable.

2. NFT Y PROTECCIÓN DE LA ORIGINALIDAD

Antes de examinar los problemas conectados con la infracción de derechos de autor a través de la creación de NFT, es indispensable entender cómo funciona esta tecnología y cuáles son las ventajas para los artistas digitales.

Una de las características más destacadas de los NFT está relacionada con su prueba de autenticidad⁷. Cada NFT es único y se puede identificar a través de una llave de seguridad. A diferencia de cualquier archivo digital tradicional que puede ser copiado, enviado y descargado en la red, el NFT se caracteriza por la imposibilidad técnica de replicación⁸, lo cual atrae tanto a artistas como a inversores. A través de los NFT, los artistas digitales pueden controlar la circulación de sus propias obras y disponer de ellas sin depender exclusivamente de las medidas de protección tradicionales de los derechos de autor. Las ventas de los NFT normalmente se desarrollan en mercados virtuales que utilizan la tecnología de cadena de bloques⁹. La consecuencia es que estas tecnologías, así como la de los *Smart contracts*¹⁰, utilizados para ejecutar las transferencias, están profundamente conectadas¹¹.

6. FERRI, Marco. 2022: «Anche le mostre diventano Nft: a Londra arrivano repliche di capolavori da Uffizi, Brera e Pilotta. Le opere (in digitale) in vendita fino a mezzo milione», 5 de marzo de 2022, <https://www.iffattoquotidiano.it/2022/03/05/anche-le-mostre-diventano-nft-a-londra-arri-vano-repliche-di-capolavori-da-uffizi-brera-e-pilotta-le-opere-in-digitale-in-vendita-fino-a-mez-zo-milione/6503691/> [3 enero 2024].

7. MENÉNDEZ PASTORELLI, Paola. 2022: «NFTs (not fungible tokens) desde una perspectiva jurídica». *Asesoría Técnica Parlamentaria*, julio 2022: 1-15.

8. Los NFT están conectados con el proceso de *hashing*, que consiste en la conversión de una larga secuencia de datos, números y letras en una secuencia más sencilla de longitud predeterminada que se llama *hash*. Así que cada NFT está asociado con un único *hash value* generado desde un conjunto específico de datos. Véase ZOLA, Andrew. *What is hashing*, <https://www.techtarget.com/searchdatamanagement/definition/hashing#:~:text=Hashing%20is%20the%20process%20of,the%20implementation%20of%20hash%20tables> [11 enero 2024].

9. TOMMASINI, Maria Francesca. 2023: «NFT o Crypto ART. Inquadramento giuridico e prospettive di tutela nel mercato digitale». *Juscivile*, 2023, 3: 610-627.

10. Los contratos inteligentes, según la definición contenida en el *White Paper* de *Ethereum*, «Son programas informáticos almacenados en la cadena de bloques que siguen la lógica 'si ocurre esto, entonces se produce aquello' y garantizan ejecutarse siguiendo las reglas definidas por su código, que no se puede cambiar una vez creado». <https://ethereum.org/es/smart-contracts/>, última actualización de la página 20 de septiembre 2023 [11 enero 2024].

11. Sobre los contratos inteligentes véase MAUGERI, Marisaria. (2021): *Smart contracts e disciplina dei contratti*. Bologna.

En resumen, sin profundizar en esto, los NFT son auténticos, indivisibles e insustituibles y, por otro lado, la *blockchain* y los *Smart contracts* garantizan seguridad jurídica y privacidad, inexistencia de conflictos entre propietarios, descentralización y ausencia de incumplimientos. Es debido a estas características que los NFT, desde su creación, han ganado popularidad en el mundo del arte y en todos los sectores donde la protección del derecho de autor tradicionalmente tiene relevancia.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NFT

Una primera dificultad es la relativa a la cualificación de los NFT desde una perspectiva jurídica. Se trata de un problema de difícil solución porque afecta a la propiedad intelectual, el derecho civil, la protección del consumidor y la legislación fiscal¹².

Desde una perspectiva de derecho civil, es difícil determinar cuál es la verdadera esencia de un NFT. Dada la ausencia de legislación en este ámbito, surge un debate sobre si considerar los NFT como títulos representativos de bienes o como bienes en sí mismos¹³. La realidad es que hay varios tipos de NFT, como los *asset tokens*, que confieren un derecho específico sobre un bien corpóreo o incorpóreo; los *utility tokens*, que garantizan acceso exclusivo a bienes o servicios en una cadena de bloque; y, por último, los *security tokens*, que confieren a los propietarios derechos similares a los de los instrumentos financieros¹⁴. Así que, en una primera aproximación, todas las teorías sobre la naturaleza jurídica de los NFT tienen un fundamento.

Centrándose en los *asset tokens*, estos pueden considerarse como bienes incorpóreos no fungibles que se negocian en el mercado de forma digital. La diferencia con la adquisición de un bien tradicional es que la compra de un NFT de una obra *tokenizada* no implica la transferencia del dominio real del objeto, sino la posesión del token digital que representa ese objeto, junto con los derechos asociados.

Es crucial comprender que la propiedad de un NFT no necesariamente implica la propiedad del trabajo artístico o creativo que representa. Antes de la creación del NFT, la obra (también si es digital) está protegida por derechos de propiedad intelectual. Si la entidad que crea el NFT no es la misma que creó la obra, pueden surgir problemas relacionados con los derechos de propiedad intelectual, además de otros problemas relacionados con las transacciones en el mercado digital. Cuando se obtiene un NFT, se adquiere efectivamente su propiedad exclusiva. Pero, desde el punto de vista de la

12. MUZZATI, Federico. 2022: «NFT e diritto, quale inquadramento giuridico per i non fungible token», 8 de junio de 2022, <https://www.agendadigitale.eu/documenti/nft-e-diritto-quale-inquadramento-giuridico-per-i-non-fungible-token/> [12 enero 2024].

13. *Ibid.*

14. VULPIANI, Giorgia. 2023: «Blockchain, smart contracts e non fungible token: tutele e responsabilità». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2023, 18: 1338.

propiedad intelectual, los NFT no implican una transferencia de derechos a sus compradores, ya que la autoría no se modifica y los derechos de autor no se transfieren automáticamente. Es importante señalar que, aunque es posible transmitir los NFT mediante un acuerdo entre las partes, la posesión de un NFT en sí misma no conlleva la transferencia directa de derechos de autor¹⁵.

En el caso de que el creador del NFT y el poseedor de la obra sean diferentes personas, es posible que el poseedor tenga los derechos de propiedad intelectual asociados a través de acuerdos de cesión de derechos. Por ejemplo, si un artista crea una obra, la cede a un tercero y este último crea un NFT que luego cede a otra persona, el cesionario tiene el derecho de explotar la obra acuñada en el NFT, siempre que los términos de la cesión incluyan los derechos económicos asociados a la obra¹⁶. Otro problema, conectado con la utilización de tecnología de cadena de bloques, es que los NFT no pueden ser eliminados ni modificados una vez registrados en la cadena de bloque. Así, ser dueño de un NFT se reduce a poseer el *token* que contiene la representación digital de la pieza artística¹⁷.

La otra posibilidad sobre la naturaleza jurídica de los NFT, desmentida por la legislación europea¹⁸, sería aquella de considerarlos como productos financieros. En efecto, especialmente al principio, se ha creado una burbuja especulativa sobre estos *tokens* digitales¹⁹.

La realidad es que se debe apoyar la teoría que considera los NFT como bienes incorpóreos y no productos financieros. Aunque la inversión en arte digital esté motivada por fines lucrativos, la obra en NFT es, y sigue siendo, un bien inmaterial susceptible de transacciones legales a un precio de mercado que puede divergir del valor intrínseco²⁰. Se trata, sin embargo, de bienes sujetos a una disciplina particular, porque, si circulan en la cadena de bloques, no se puede aplicar el régimen del «posee porque posee» y, a diferencia de otros bienes muebles, cada transición está publicada en el registro representado de la *blockchain*²¹.

15. DOMÍNGUEZ PADILLA, Carlos. 2023: «La responsabilidad contractual y extracontractual de los NFTs desde la perspectiva europea». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2023, 18: 1203.

16. *Ibid.*

17. MENÉNDEZ PASTORELLI, Paola, *op. cit.*, 9.

18. La directiva MIFID II no regula los NFT como instrumentos financieros. Los NFT quedan asimismo fuera del ámbito de aplicación del reglamento sobre el mercado de criptoactivos (MiCAR).

19. De acuerdo con Forbes, el mercado de NFT generó más de 23 billones de dólares en volumen de operaciones en el 2021. ALVARADO BAYO, María del Carmen y SUPO CALDERÓN, Daniela. (2022): «Metaverso y Non-Fungible Tokens (NFTs): Retos y Oportunidades desde la perspectiva del derecho de marcas». *IUS ET VERITAS*, julio 2022, 64: 115-134.

20. TOMMASINI, Maria Francesca, *op. cit.*, 613.

21. VULPIANI, Giorgia, *op. cit.*, 1345.

4. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DE MARCAS

Un estudio sobre el mundo de los NFT no puede pasar por alto el análisis de casos en los cuales se pueden producir lesiones a los derechos de autor de terceros. Una primera hipótesis está conectada con la posibilidad de *tokenizar* un bien físico. Con el término *tokenización* se describe el proceso de crear *tokens* digitales de bienes existentes en el mundo real. En este caso los NFT constituyen las copias certificadas de las obras originales físicas. Forman parte de este proceso todas las operaciones de digital *twin*, es decir, la creación de un título virtual equivalente a lo que existe en el mundo real. Se genera así el desdoblamiento del bien, porque el NFT puede circular de manera independiente de la obra física²².

Es evidente que no hay problemas cuando la persona que *tokeniza* la obra física es el autor de esta. Surgen otros problemas cuando la persona que ha registrado el NFT es un sujeto tercero respecto a la obra o es el propietario o el poseedor sin derechos de autor sobre la obra misma.

Paradigmático es el caso de una famosa modelo y de su NFT²³, donde el NFT se ha utilizado como herramienta para «adquirir» la propiedad de la imagen de la modelo y de los derechos económicos conectados. En este caso había una infracción de derechos de autor por parte de un fotógrafo que tomó originariamente el retrato fotográfico de la modelo y lo utilizó sin su autorización²⁴. La particularidad de esta cuestión es que, por fin, la modelo decidió de registrar la obra creada de terceros, originariamente en violación de derechos de autor, como NFT y venderla en el mercado digital. Aunque haya sido una solución no convencional, ha resultado absolutamente efectiva, disfrutando de la unicidad y no reproducibilidad de esta herramienta tecnológica. Este caso muestra como el NFT representa, en casos determinados, una protección alternativa a la protección legal tradicional de los derechos de autor y derechos sobre la propia

22. DE CARIA, Riccardo. 2021: «Blockchain e Intelligenza Artificiale, l'impatto della tokenizzazione sui diritti di proprietà». *Medialaws*, 2021, 03: 90-107.

23. La modelo descubrió que el fotógrafo Richard Prince había expuesto, sin su autorización, un retrato fotográfico extraído de su perfil de Instagram, hecho para *Sport Illustrated*, en la Gagosian Gallery por la muestra *New Potraits*. Por eso decidió comprar la obra por 81.000 dólares y realizar un nuevo retrato de ella en frente de la obra de Prince y venderlo como NFT con el título *Buying myself back: a model for redistribution*. El NFT se vendió por un precio de 175.000 dólares. DWYER, Kate. 2021: «Emily Ratajkowski Is Selling an NFT at Christie's», 23 de abril de 2021, <https://www.nytimes.com/2021/04/23/style/emily-ratajkowski-nft-christies.html> [14 enero 2024].

24. El NFT creado por la modelo titulado *Buying myself back* contiene dos imágenes diferentes. La primera imagen realizada por un fotógrafo de desconocida identidad y la segunda realizada por Robert Prince sin la autorización de la modelo. Esta segunda imagen es un *screenshot* de la página Instagram de la modelo y, por eso, lleva también contenidos gráficos y marcas distintivas de la plataforma social. La tercera imagen, la de la modelo en frente de la obra, registrada como NFT, está ahora protegida de todas las nuevas violaciones de los derechos de autor. SIMONATO, Elisa. 2021: «NFT, immagini e copyright: il caso Emrata», 10 de mayo de 2021, <https://www.iusinitinere.it/nft-immagini-e-copyright-il-caso-emrata-38537>, [14 enero 2024].

imagen. Pero es evidente que, sin la extrema popularidad de la modelo, esta solución habría sido absolutamente inefectiva para determinar el valor de la obra y de su imagen.

Otro caso que se puede mencionar concierne a un famoso director de cine contra un estudio cinematográfico²⁵. El director, sin autorización, había creado y puesto en venta algunos NFT tomados de extractos inéditos del guion. En los contratos entre el director y el estudio cinematográfico se establecía que este último tenía todos los derechos sobre la película, incluida la difusión en medios no conocidos en la época de realización del contrato²⁶. La compañía de producción tenía también el derecho de «primera negociación» y «última denegación» sobre los derechos de explotación económica de la obra²⁷. El director, por otro lado, tenía derechos reservados sobre el álbum de la banda sonora, publicación de música, presentaciones en vivo, adaptación en novelas, obras impresas y realización de secuelas y *remakes*.

El estudio cinematográfico solicitó al director suspender la venta de los NFT de la película porque no tenía los derechos sobre el guión. Por otro lado, los representantes legales del director sostenían que esta operación comercial formaba parte de los derechos del director sobre la publicación del guión. Además, la venta como NFT de estos extractos inéditos, según los textos legales, constituiría una transacción única que no se puede calificar como publicación²⁸. En ausencia de un acuerdo inicial, el estudio cinematográfico presentó una demanda ante el Tribunal de California, acusando a los demandados de incumplimiento contractual, infracción de derechos de autor, infracción de marcas y competencia desleal²⁹. A continuación, poco después, las partes llegaron a un acuerdo donde no descartan colaboraciones futuras que podrían incluir también la creación de nuevos NFT³⁰.

La cuestión, como es fácil de entender, es compleja y se articula en diferentes frentes: el del derecho de autor de la película y del guion, el del uso legítimo, el de la competencia desleal, el de la violación de las marcas distintivas del productor. Este caso compara una visión de la propiedad intelectual vinculada a los principios de

25. Se trata del caso *Quentin Tarantino contra Miramax*.

26. Véase «Miramax LLC vs Quentin Tarantino», 11 de agosto de 2023, <https://enriqueortegaburgos.com/miramax-llc-vs-quentin-tarantino-2/> [16 enero 2024].

27. DAFARRA, Luciano. 2022: «Inglourious NFT: perché la causa di Miramax a Tarantino è importante per il diritto d'autore», 28 de febrero de 2022, <https://www.agendadigitale.eu/documenti/inglourious-nft-perche-la-causa-di-miramax-a-tarantino-e-importante-per-il-diritto-dautore> [16 enero 2024].

28. Para una descripción detallada del caso véase: «Miramax LLC vs Quentin Tarantino», 11 de agosto de 2023, <https://enriqueortegaburgos.com/miramax-llc-vs-quentin-tarantino-2/> [16 enero 2024].

29. *Ibid.*

30. OSPINA HENAO, Diego Alejandro. 2022: «Tarantino y Miramax resuelven pleito de derechos de autor de NFT de Pulp Fiction», 12 de septiembre de 2022, <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/tarantino-y-miramax-resuelven-pleito-de-derechos-de-autor-de-nft-de-pulp-fiction-3444224> [16 enero 2024].

exclusividad con una nueva forma de concebir y llevar a cabo la explotación de las obras creativas mediante el uso de una tecnología completamente peculiar, previamente desconocida, la de los NFT³¹. La misma cuestión puede encontrar diferentes soluciones según el Estado de referencia. Por ejemplo, de acuerdo con la legislación italiana sobre derechos de autor, el guion es una parte integral de la película y los derechos de explotación pertenecen al productor³².

Siguiendo con la investigación, la creación de NFT puede también generar infracciones del derecho de marcas³³. Hay algunos casos que ya han llegado a los tribunales y, gracias a esto, se pueden extrapolar algunas primeras orientaciones en materia de NFT e infracción del derecho de marcas. Un primer caso tuvo su sede en los Estados Unidos y se refiere a una celebre marca de lujo contra un artista criptográfico estadounidense³⁴. El artista creó una colección que expresamente hacía referencia a algunos icónicos bolsos de la marca de lujo. Estos NFT se vendieron a través de varias plataformas de venta de NFT³⁵. En ningún momento la marca de lujo había dado su autorización para que sus bolsos se representaran como NFT. Por eso, presentó una demanda de infracción de marcas, de descripciones y representaciones falsas, ciberocupación, perjuicio a la reputación comercial, apropiación indebida y competencia desleal³⁶.

Por otro lado, el artista declaraba que la creación de esos NFT representaba una expresión artística protegida por la libertad de expresión y sostenía que su proyecto de arte digital en ningún momento tenía el objetivo de engañar los consumidores. Además, declaraba que los NFT no tenían asociación o afiliación con la marca de lujo.

Al final, el veredicto del jurado del Tribunal del Nueva York fue favorable a la firma de moda francesa³⁷ y declaró culpable al artista de los siguientes cargos: infracción marcaría, vulgarización de la marca y ciberocupación³⁸.

31. DAFARRA, Luciano, *op. cit.*

32. Artículos 44-50 de la Ley italiana sobre el derecho de autor en relación con las obras cinematográficas.

33. Sobre las infracciones de propiedad intelectual e industrial en el metaverso, véase JIMÉNEZ SERRANÍA, Vanessa. «Metaverso y moda». *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, 2023, 181: 287.

34. Se trata del caso *Hermès International v. Rothschild*, U.S. District Court for the Southern District of New York, n.º. 1:22-cv-00384.

35. *Opensea* es la plataforma más utilizada y más popular para la comercialización, venta y publicación de los NFT, <https://plisio.net/blog/what-is-opensea-the-most-popular-nft-marketplace> [22 enero 2024].

36. NORRIS, Michelle R. 2023: «Furry Non-Fungible Tokens: Hermès International and the Fuzzy Standards Governing Trademark and NFTs». *California Western Law Review*, 2023, 59(2): 296 y ss.

37. LEVI, Stuart D. y OH, Anita. 2023: «Jury finds that MetaBirkin NFTs infringed Hermès Trademark rights». *The distributed Ledger, Blockchain, Digital Assets and Smart contracts*, 2023, 02: 1-2.

38. *Hermès International et al. v. Rothschild*, Case 1:22-cv-00384, <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2022cv00384/573363/145/0.pdf?ts=1676470251> [22 enero 2024].

Otro caso sobre los NFT y la explotación de las marcas³⁹ se ha decidido en un tribunal italiano⁴⁰. El caso tiene como protagonistas a una sociedad de fútbol contra otra sociedad que trabaja en el sector de criptoactivos⁴¹. Esta última sociedad había puesto en venta NFT coleccionables con la imagen de algunos antiguos jugadores con la camiseta del club deportivo. La sociedad de criptoactivos tenía acuerdos comerciales con los jugadores, pero no con el club. En estos NFT se podían identificar claramente todas las marcas distintivas asociadas con el equipo de fútbol. Por eso se apoyó la tesis de que se trataba de una explotación ilícita de su marca. El tribunal se ha pronunciado a favor de la sociedad de fútbol a través de una interpretación evolutiva de las leyes, en aquel momento, vigentes⁴². Según el Tribunal⁴³, la reproducción de las marcas ocurrió sin autorización alguna por parte de la sociedad de fútbol y tampoco puede justificarse porque no tiene finalidad científica, didáctica, educativa o informativa⁴⁴, sino solo económica. Ni tiene relevancia que el jugador haya prestado su consentimiento a la reproducción de su imagen, porque esto no quita la necesidad de pedir la autorización para la utilización de las marcas registradas en las camisetas. Por último, según la interpretación del tribunal⁴⁵ en relación con el registro de las marcas, la clasificación de Niza se refiere también a publicaciones electrónicas descargables. Y, por eso, el

39. TRAINA CHIARINI, Riccardo. 2022: «La Juventus ottiene la prima inibitoria dalla creazione di NFT in violazione dei propri marchi», 7 de noviembre de 2022, <https://www.altalex.com/documents/2022/11/07/juventus-ottiene-prima-inibitoria-creazione-nft-violazione-propri-marchi> [22 enero 2024].

40. Tribunal de Roma, 17.^a sec., ordenanza 20 de julio de 2022, <https://www.altalex.com/documents/2022/11/07/juventus-ottiene-prima-inibitoria-creazione-nft-violazione-propri-marchi> [22 enero 2024].

41. El club *Juventus* contra la sociedad *Blockeras*.

42. LASORSA BORGOMANERI, Niccolò y SIGNORELLI, Marco. 2023: «NFT e sfruttamento marchi, cosa dicono le regole: il caso della Juventus», 06 de febrero de 2023, <https://www.agenda-digitale.eu/documenti/nft-e-sfruttamento-marchi-cosa-dicono-le-regole-il-caso-della-juventus/> [22 enero 2024].

43. Véase RUGGIERO, Sveva. 2023: «NFT e proprietà intellettuale: problema e prospettive». *Medialaws*, 21 de febrero de 2023, <https://www.medialaws.eu/rivista/nft-e-proprieta-intellettua-le-problemi-e-prospettive/> [23 enero 2024].

44. Según el artículo 97 de la Ley italiana sobre el derecho de autor: «Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro della persona ritrattata».

45. En la 11.^a edición, versión 2022, de la Clasificación de Niza no había alguna referencia explícita a los NFT.

registro de la marca del equipo de fútbol es suficiente para excluir su reproducción por parte de terceros en activos digitales NFT.

En efecto, en la nueva clasificación de Nizza, ocurrida después de esta decisión, se agregan a la antigua clasificación también los «archivos digitales descargables autenticados por tókenes no fungibles (NFT)»⁴⁶. Como resultado de esta motivación, el tribunal inhibe la producción, comercialización, promoción y oferta de venta, directa o indirecta, de cualquier forma de NFT y de los contenidos digitales referidos a la marca, de cualquier otro NFT y de cualquier otro contenido o producto digital que lleve la fotografía referida a la marca, también modificada o las marcas registradas de la sociedad de fútbol.

Estos casos sientan precedentes que beneficiarán a las marcas en el futuro, estableciendo límites sobre lo que puede y no puede ser creado «inspirado» por sus propios productos dentro del metaverso de forma digital. La protección de marcas debe tener la misma fuerza tanto en el mundo físico como en el virtual.

Adicionalmente, en los casos de referencias menos evidentes, se debe comprobar si prevalece el uso artístico de un contenido protegido de una marca previamente registrada o la comercialización. Cuando prevalece el uso artístico, no existe un conflicto con la doctrina del uso justo. Por el contrario, cuando prevalece la comercialización, el componente artístico deja de tener relevancia y simplemente se induce en error al consumidor, perjudicando a la marca⁴⁷.

En resumen, en la actualidad, está claro que cuando el contenido de un NFT reproduzca una obra original preexistente protegida por la propiedad intelectual, esto constituirá una violación de la legislación si el creador del NFT no cuenta con los derechos o autorizaciones del autor original⁴⁸.

5. RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE VENTA DE LOS NFT

En los casos de violación de derechos de autor o de marcas es interesante también comprobar si, además del creador de la NFT, se puede demandar también a la plataforma donde el NFT ha sido comercializado. Esto parece especialmente importante ya que las plataformas suelen ser entidades profesionales con las que podría ser

46. DEL BENE, Giovanna. 2023: «Nuova classificazione di Nizza: I marchi di beni virtuali nel metaverso e connessi ad NFT finalmente tutelabili», 12 de enero de 2023, https://www.lexology.com/firms/thinx/giovanna_del_bene [22 enero 2024].

47. Carolina ALBANESE, entrevista por el artículo «¿Usar propiedad intelectual en NFT trasgrede derechos en el mundo físico?». *Ámbito Jurídico*, 24 de marzo de 2023, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/usar-propiedad-intelectual-en-nft-trasgrede-derechos-en-el-mundo-fisico> [22 enero 2024].

48. JOVER GARCÍA, Federico. 2021: «NFT y derechos de autor: cuestiones legales a tener en cuenta». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2021, 979: 2.

más fácil establecer contacto para la eliminación de contenidos ilícitos⁴⁹. Eso porque, aunque los NFT y la cadena de bloques garantizan descentralización y privacidad, «en la práctica, estamos viendo un ecosistema híbrido donde las plataformas centralizadas y las tecnologías descentralizadas coexisten y se complementan. Las plataformas centralizadas ofrecen la facilidad de uso y la accesibilidad que puede faltar en sistemas puramente descentralizados»⁵⁰. Por eso, reconocer alguna forma de responsabilidad a las plataformas centralizadas podría ofrecer mayores garantías para la protección de la propiedad intelectual.

Para examinar esta cuestión es importante analizar las obligaciones expresas en la directiva sobre el comercio electrónico⁵¹. La directiva establece la inexistencia de obligación general de supervisión para los prestadores de servicios⁵². Así que las plataformas no tienen que supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni tienen «una obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas». La directiva deja abierta la posibilidad de los Estados de establecer obligaciones más rígidas conectadas con la posibilidad de comunicar los presuntos datos ilícitos o actividades ilícitas⁵³.

La misma directiva diferencia entre diferentes tipologías de prestadores de servicios⁵⁴. En particular, al igual que las plataformas sociales y los mercados de comercio electrónico, los *marketplaces* de NFT y criptomonedas también pueden calificarse como alojamiento de datos (*Hosting Provider*), por lo tanto, están sujetos al régimen de responsabilidad que se aplica a los proveedores de servicios de Internet⁵⁵. La consecuencia es que la plataforma sería responsable de la infracción solo en dos casos. El primer caso es relativo a la posibilidad de que la plataforma fuera consciente de que la actividad o la información eran ilícitas. El segundo caso ocurre cuando, una vez informada de los hechos, no actuara de inmediato para eliminar la información o

49. TAVELLA, Massimo. 2022: «La creazione di un NFT in violazione di diritti di proprietà altrui». *Diritto industriale*, 1 de julio de 2022, 4: 394 y ss.

50. GUARDIA, Claudia. 2023: «Los derechos de autor en la relación que subyace a los tokens criptográfico no fungibles». *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, 2023, 19: 19.

51. Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

52. Artículo 15, apartado 1 de la Directiva 2000/31/CE.

53. Artículo 15, apartado 2 de la Directiva 2000/31/CE.

54. En la sección sobre la «Responsabilidad de los prestadores de servicios intermedarios», se diferencia entre «Mera transmisión» (art. 12); «Memoria tampón (*Caching*)» (art. 13) y «Alojamiento de datos» (art. 14).

55. MAZZA, Valentina. 2022: «Il regime di responsabilità di un piattaforma di NFT per contenuti illeciti». *Diritto al digitale*, 23 de febrero de 2022, <https://dirittoaldigitale.com/2022/02/23/nft-piattaforma-responsabilita/#:~:text=In%20particolare%2C%20come%20le%20piattaforme,applica%20agli%20Internet%20Service%20Provider> [22 enero 2024].

deshabilitar el acceso. En este segundo caso, será necesario informar del hecho a la plataforma y esperar su pronta actuación. Cabe destacar que esta exención de responsabilidad se aplica solo si el proveedor no conoce ni controla la información transmitida o almacenada por los usuarios⁵⁶ («*hosting* pasivo»). En cambio, si el proveedor elabora o modifica los contenidos («*hosting* activo»), se aplicarán las reglas generales de responsabilidad civil.

En cualquier caso, no se excluye la posibilidad de que la plataforma pueda recibir una orden de eliminar o deshabilitar el acceso al NFT ilícito, y esta orden puede ser emitida por la autoridad judicial en un procedimiento cautelar⁵⁷.

Además, la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que el proveedor de servicios de Internet puede ser requerido a eliminar también los contenidos equivalentes a aquellos considerados ilícitos. Por lo tanto, se debe defender la tesis de que sea posible solicitar a las plataformas que eliminen cualquier otro NFT que comparta las mismas características que los NFT ilícitos⁵⁸.

Por último, no se puede no mencionar una cuestión de orden técnico, porque, una vez que un dato se ha registrado en la *blockchain*, ya no se puede modificar o cancelar. La inmutabilidad de la cadena de bloque puede representar un límite para la eliminación de un NFT ilícito. Para resolver esta cuestión, se están explorando diversas alternativas. Una de ellas consiste en volver inutilizable el NFT transfiriéndolo a un monedero de criptomonedas que impide otras transferencias⁵⁹, sin borrar efectivamente el código de la cadena de bloques⁶⁰.

6. CONCLUSIÓN

Los NFT representan una revolución para la protección de la propiedad intelectual de todas las creaciones del ingenio humano. Son una forma única e irreplicable de activo digital porque se caracterizan por su singularidad y la presencia de datos cifrados registrados en una cadena de bloques. Estos datos constituyen un certificado de identificación único, otorgando una identidad distintiva al activo digital asociado. El concepto fundamental de los NFT está intrínsecamente ligado a la singularidad, donde la rareza de estos bienes es el principal determinante de su valor. Esta particularidad crea un mercado exclusivo en el cual cada NFT es único en su género y no puede intercambiarse directamente con otro NFT. Cualquier archivo digital, como una imagen, un

56. TAVELLA, Massimo, *op. cit.*, 3.

57. *Ibíd.*

58. Cf. MAZZA, Valentina, *op. cit.*

59. TAVELLA, Massimo, *op. cit.*, 4.

60. Este procedimiento de eliminación de un NFT de la circulación se identifica con la expresión «Quemar un NFT».

vídeo, una canción, un *tweet*, puede convertirse en NFT a través del procedimiento de *minting*. Gracias a los NFT, los creadores pueden demostrar fácilmente la existencia y la propiedad de un activo digital y controlar la circulación de las obras «sin»⁶¹ intermediación. El uso de la cadena de bloques y la criptografía garantizan la autenticidad y la inmutabilidad de esta información, otorgando a los NFT un valor distintivo en el mundo digital y abriendo nuevas posibilidades en la creación y el intercambio de activos digitales⁶².

Aunque representan una herramienta muy eficaz para la preservación de la cultura digital⁶³, por otro lado, no pueden ignorarse los desafíos complejos que esta tecnología está creando para los juristas y los profesionales del derecho. Un primer problema está conectado con la posibilidad de que el arte criptográfico pueda generar burbujas especulativas y de que el mercado pueda ser influenciado artificialmente por los datos introducidos en la cadena. El *crypto art*, al ser un mercado relativamente joven y dinámico, podría verse afectado por situaciones en las que la valoración de los activos pueda ser distorsionada por comportamientos especulativos⁶⁴. Para comprender esto, basta con pensar en el colapso de los NFT en el 2023⁶⁵.

Otras cuestiones están conectadas con la posibilidad de infracción del derecho de autor y del derecho de las marcas. El mayor problema es la posibilidad de que la gente pueda incorporar en sus NFT obras que pertenecen a otros artistas o protegidas por el derecho de las marcas. De momento, la jurisprudencia internacional está planteando concretamente los siguientes principios. En primer lugar, para resolver los casos en que hay referencias más o menos evidentes a otras obras, se puede aplicar un criterio de prevalencia. Si prevalece el uso artístico, se puede valorizar la actividad de los artistas criptográficos. En cambio, cuando prevalece la comercialización, el componente artístico deja de tener relevancia, induciendo simplemente al error al consumidor, con la consecuente infracción de la propiedad intelectual de otros.

En todos los otros casos donde la infracción de la propiedad intelectual es obvia, como se establece en los juicios analizados, se debe tener en cuenta que estas tecnologías deben ser tratadas como algo que es compatible con el mundo físico. La

61. En realidad, la casi totalidad de las transacciones de NFT se desarrollan en las plataformas centralizadas.

62. VULPIANI, Giorgia, *op. cit.*, 1329.

63. CUESTA VALERA, Salomé; FERNÁNDEZ VALDÉS, Paula y MUÑOZ VIÑAS, Salvador. 2021: «NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo». *Artnodes*, 2021, n.º 28 [Paloma González Díaz y Andrea García Méndez (coords.): *En los límites de lo posible: arte, ciencia y tecnología*].

64. TOMMASINI, Maria Francesca, *op. cit.*, 626.

65. El mejor momento para el mercado de los NFT ha sido entre 2021 y 2022 con un valor total de casi 2.800 millones de dólares. En este momento casi el 95 % de los NFT tienen capitalización de mercado igual a 0. GALLEGOS, Christian. (2023): «El informe que confirma el colapso de los NFT: el 95 % de los tokens no fungibles no valen nada», 21 de septiembre de 2023, <https://www.economista.es/economia/noticias/12454695/09/23/> [23enero 2024].

integración entre lo real y lo virtual asegura el reconocimiento de todas las manifestaciones de autonomía y creatividad humana. En muchas hipótesis, a través de una interpretación innovadora, es posible extender las tradicionales protecciones ya existentes para los archivos digitales también a los NFT.

Sin duda sería deseable una extensión de la responsabilidad de las plataformas profesionales de venta y comercialización de NFT porque representan un puente entre el mundo descentralizado y anónimo de la cadena de bloques y el mundo centralizado de las empresas tradicionales. Este puente entre dos realidades plantea la necesidad de evaluar la responsabilidad de estas plataformas en casos de violación de derechos de propiedad intelectual, enfatizando su papel en la preservación de la cultura digital.

Women's Rights in Transitional Justice: The Impact of Gender Policies on Procedural Law

*Los derechos de las mujeres en la justicia
transicional: los impactos de las políticas de género
en el derecho procesal*

Majedeh BOZORGI

Estudiante de Doctorado
Universidad de Salamanca, España
majedeh.bozorgi@usal.es
<https://orcid.org/0009-0009-1755-3115>

1. INTRODUCTION

Transitional societies are those that have taken steps towards transition after a period of severe human rights violations. Given the widespread commission of human rights violations in the pre-transitional period, implementing transitional justice in these societies has been one of the main challenges. Various mechanisms are employed by these societies to implement justice, known as transitional justice mechanisms, depending on the timing of their use. Among the mechanisms that have recently gained attention for implementing transitional justice are traditional justice mechanisms.

An interesting point to note is that traditional justice mechanisms in transitional societies can no longer remain confined to their traditional forms and need to change to adapt to the evolving needs of transitional societies. Modernizing traditional mechanisms to address international crimes in a transitional society is a necessity, as these mechanisms were not originally designed to address such crimes. However, in some cases, the reforms have been significant enough to change the approach of traditional mechanisms.

2. CONCEPT OF TRANSITIONAL JUSTICE

Transitional justice is a response to systematic and widespread human rights violations. It is a specific type of justice that arises in transitioning societies after a period of widespread abuse of human rights. Some governments themselves adopt the necessity of achieving transitional justice and the methods of achieving it. Transitional justice includes judicial and non-judicial measures aimed at redressing human rights violations by a regime after its collapse. These measures «include criminal prosecutions, truth commissions, compensation programs, and various reforms to the functioning of institutions whose structural deficiencies have allowed human rights abuses to occur». Transitional justice is used at a point in the political transition from violence and repression to social stability (or sometimes years later) and is rooted in the society's desire to rebuild social trust, repair dysfunctional judicial and political systems, and build a democratic system. The core value of transitional justice is the concept of justice, which is not necessarily synonymous with criminal justice. This concept, alongside political transformation and non-violent regime change, is key to a peaceful, stable, democratic future without the reproduction of past authoritarianism¹.

Transitional justice has recently garnered more attention from academics and policymakers than ever before. It has also promoted and encouraged discourse in political and legal realms, especially in societies transitioning to democracy. During periods of political transformation, from authoritarian regimes, dictatorships, or civil strife to democracy, transitional justice often provides opportunities for these societies to address past human rights violations, collective traumas, or other forms of harm and facilitate a smoother transition to a more democratic and peaceful future.

Transitional justice, also known as justice in transition or transitional justice, is a relatively new concept in legal literature. In its most optimistic view, the emergence and genesis of transitional justice can be traced back to the Nuremberg trials at the end of World War II. However, most scholars do not consider its existence to be more than two decades old. Transitional justice, as a scientific concept, emerged with the

1. SOBHANI, M. 2016: «Evaluation of Traditional Justice Mechanisms in Transitional Societies». *Criminal Law Research Quarterly*, 2016, 4(15): 43-49.

collapse of apartheid in South Africa and quickly expanded into various fields and global platforms, including Rwanda, Yugoslavia, and Sierra Leone. Transitional justice is a comprehensive process that occurs in war-torn countries, newly liberated societies (post-war societies), or countries engulfed in internal turmoil where the rule of law has been suspended (societies in crisis). By addressing all aspects of war crimes and human rights violations, transitional justice provides these societies with an opportunity to transition from conflict, widespread human rights abuses, and the prevalence of violent crimes to the rule of law, social justice, and sustainable peace.

In recent years, a significant body of literature has been produced on the concept of transitional justice, with numerous works — mostly in English — published in this field. However, the meaning of transitional justice is not entirely clear, and different interpretations and understandings have been created in the minds of legal scholars. Perhaps the roots of these semantic differences can be found in the combination of two heterogeneous concepts in one phrase. Transitional justice is a combination of two different concepts: justice and transitional. On the one hand, the term justice, which embodies one of the greatest ethical values of humanity, represents a universal normative goal that humans have always sought to achieve. On the other hand, the term transitional denotes a specific situation, a momentary and limited one that lacks durability and universality. Therefore, the second term conditions and limits the first term in a significant way. However, the specifics of this constraint are not entirely clear. Is transitional justice the same as ordinary justice that remains unfulfilled due to societal upheaval resulting from genocide or other ethnic conflicts? Or is transitional justice a different kind of justice that differs fundamentally from justice in non-transitional moments?

In the first sense, the focus is on achieving the usual goals of justice, and practical solutions and difficulties arising from the conditions prevailing in transitional societies will be considered. In the second sense, a special justice is redefined, and theorists rethink their understanding of justice versus social violence. The concept of transitional justice can be interpreted in two different ways. In one interpretation, transitional justice is the same as ordinary justice applied in special circumstances. The term ordinary justice refers to the application of normal justice rules: the arrest of suspects; proving their guilt before a competent court and during a fair trial; and then, punishing them according to existing laws and regulations. In this approach, the existence of peace depends on the application of justice to past crimes committed, and the execution of punishments is necessary to restore balance to the moral order of society. Inherent legal and procedural safeguards for suspects are also crucial, and criminal justice guarantees for suspects are prerequisites for transitional justice. The portrayal of transitional justice as ordinary justice requires the fundamental rules of justice to be applied in all circumstances and situations — including sensitive moments after genocide, war, and ethnic conflicts. The transitional period is very sensitive and decisive. A shaky political and judicial system, the incompetence and illegitimacy of former authorities, and the lack of managerial and judicial experience of new forces are among the characteristics of this period. A sudden change in the political and judicial system is practically impossible, and therefore,

predicting a specific process is inevitable. In this process, punishing perpetrators of government violence, addressing the situation of victims of these crimes, amending primary laws, and changing administrative and judicial structures are of particular importance. Thus, what matters in this view is choosing an effective policy, employing appropriate implementation methods, and overcoming practical difficulties.

In another interpretation, transitional justice is a type of special justice that arises when replacing established rules of justice with new ones, and it is justified based on the ethical rupture that occurs in crises. What matters is the possibility of reconsidering fundamental principles of justice. Are the fundamental principles of justice universal and immutable at all times and in all places? Or have the fundamental principles of justice been regulated within the framework of societies enjoying ethical, social, and economic order, and since transitional societies have lost the foundations and prerequisites for the implementation of these principles, do they need new principles? In this approach, transitional justice focuses on rebuilding fractured societies, societies that have deteriorated morally and legally to the extent that reconsidering the fundamental principles of justice is justified. In this view, the inherent problems within a fractured society are much more than mere practical considerations that make achieving peace difficult. This perspective of transitional justice opens up space for the presentation of new rules required and appropriate to the demands of the time and defines a special justice — with an emphasis on criminal procedural regulations. Normal justice has provided a comprehensive set of procedural safeguards for suspects. Guarantees such as the right to counsel, the right to silence, and the right to confront witnesses are the essence of a fair trial, and without these legal protections, the impartiality of the criminal justice system is compromised. However, the mentioned procedural safeguards, after experiencing extreme social violence, are perceived as overly burdensome or even unjustified and are suspended. For example, prosecutors of criminal justice in Rwanda initially attempted to conduct a regular trial. However, this effort was quickly abandoned after the imprisonment of tens of thousands of detainees. Prosecutors of criminal justice did not have the human and financial resources needed to conduct a fair trial. As a result, local Gacaca courts took over and operated well below traditional criminal trial standards. Some critics consider this unfair. But proponents of this approach believe that victims must feel justice is being served to them to restore lost moral balance, even if a fair trial is sidelined in favor of their interests. This is where the fundamental principles of justice are reconsidered, and fair treatment of victims plays a key role in international criminal justice².

There is a fundamental distinction between the two models mentioned. Transitional justice as a special justice focuses on collective accountability for crimes and collective

2. ALIPOUR, Parvin; ZAHEDI, Mohammad Javad, MALEKI, Amir & JAVADI-YEGANEH, Mohammad Reza. 2017: «Discourse Analysis of Gender Equality in the Sixth 5-year Plan for Economic, Cultural and Social Development of Islamic Republic of Iran». *Social Studies and Research in Iran*, 2017, 6(2): 203-229.

harms suffered by victims. International crimes usually involve one group committing offenses against another, and therefore, require a distinct approach. In contrast, transitional justice, as ordinary justice, is less concerned with collective and group actions. What matters is ensuring and guaranteeing fair trial standards. Despite this distinction, it cannot be ignored that what happens in transitional societies encompasses elements of both models. Transitional justice incorporates a combination of criminal, reparative, and societal actions. Transitional justice seeks to combat impunity and strengthen accountability for international crimes, recognize victims, and strive for peace and reconciliation through judicial and non-judicial mechanisms such as:

- a) Truth-seeking: Truth commissions and reconciliation commissions collect oral histories, document events, compile lists of conflict victims, identify the burial sites of mass graves, and specify the details of crimes committed, identifying perpetrators. In addition to this, recording the historical record of human rights violations is a form of public acknowledgment of the atrocities that have occurred and recognition of the suffering of victims.
- b) Criminal accountability: Criminal accountability both satisfies the victims and limits future human rights abuses. Criminal prosecutions are conducted through domestic or international institutions and adhere to the principles of fair trial. The participation of victims in the trial process is also of paramount importance.
- c) Reparations: Compensating the victims repairs the detrimental effects of international crimes. Financial support and symbolic actions help restore victims' previous status. Reparations may include financial compensation, meeting basic needs, providing counseling, medical and social services, facilitating local integration and resettlement of refugees, improving the safety and security of resettled refugees, providing tools and business opportunities, rebuilding sustainable livelihoods, and even issuing formal apologies from the perpetrators.
- d) Institutional reform: Reform programs are implemented in all government and civil society organizations. These plans purify all administrative, security, and political institutions and combat corruption within the armed forces or police. Numerous reform actions are necessary to restore public trust in these institutions, increase the public services of these organizations, improve their protective roles, and prevent future violations³.

3. GENDER POLICY

Gender policy in women's rights refers to a set of actions and measures aimed at influencing the status and rights of women and men, as well as patterns of relationships

3. FALLAHI, B. 2017: «Investigating gender mainstreaming in the policy-making process». *Public Policy*, 2017, 3(2): 237-257.

between the two genders at various levels of social and political life. The background of gender policy is very long and dates back to the earliest social order formulations, but in the modern sense, especially where it appears in the form of «gender policy-making» by governments and governmental institutions, it has roots in the ideas of thinkers such as John Locke, Mary Wollstonecraft, and John Stuart Mill, as well as in the experiences and consequences of the American and French revolutions. In the past couple of centuries, gender policy has gained more importance and dynamism. This has been due to the emergence and impact of new ideas and modern government resulting from the active involvement of women in public spheres and their efforts to change patterns, regulations, and gender-related norms⁴.

4. DEVELOPMENT OF WOMEN'S RIGHTS IN TRANSITIONAL JUSTICE

Women's participation in achieving political and economic development is essential. Because women's status in societies is deeply influenced by the conditions and levels of development in countries, the more developed countries are, the narrower the gap between the development of women and men becomes. Therefore, improving the status of women is among the essential requirements for improving development indicators in any society. In other words, without considering the conditions of women, achieving development will not be feasible for any country. Additionally, the realities in many societies indicate that despite declarations, statements, and the establishment of various institutions and organizations, women suffer from issues and problems arising from economic and cultural poverty. One of the influential indicators of women's political and economic participation is their education and empowerment. The more planning and investment are made in the education and skills development of women, the more direct and indirect effects it will have on the economic and political participation of countries⁵.

Unlike economic development criteria that are quantifiable and can be evaluated and measured within statistical frameworks using precise calculations such as Gross Domestic Product (GDP), per capita income, changes in purchasing power, employment rates, etc., the level of political development cannot be precisely measured due to the qualitative nature of its elements. For example, determining the level of societal acceptance or the institutionalization of political legitimacy in a society and understanding

4. KESHAVARZ, Kh. 2022: «A Critical Review on the Book Feminist Thought: A More Comprehensive Introduction». *Critical Research of Humanities Texts and Programs*, 2022, 22(1): 313-333.

5. HOSSEINI Akbarnejad, H. 2022: «Analytical-critical study of gender mainstreaming in the practice of international institutions». *Women's Strategic Studies*, 2022, 24(95): 31-61.

the extent of political development from it can be difficult. The significant issue is the existence of relatively numerous variables and complex relationships among these variables, making it challenging to recognize the causal relationships between them. For instance, political legitimacy itself increases the level of participation in society, while political and social participation, in turn, contributes to political development and legitimacy⁶.

One of the indicators of political development is political participation, and since women constitute half of the human resources of any society, their role in political participation is crucial. The level of political participation significantly affects the legitimacy of the governing system. The higher the level of healthy and informed political participation, the higher the legitimacy. Political participation encompasses various forms such as voting, membership in political parties, candidacy in elections, etc. The political culture prevailing in society also influences political participation. Political culture refers to the attitudes of individuals in society towards the political system and ruling elites.

Political participation can be examined in two quantitative and qualitative ways; the quantitative aspect includes the percentage of female voter turnout in each country, and the qualitative aspect includes the level of political awareness among women. Robert Dahl and his colleagues have shown that education is one of the important factors influencing political participation. It can be said that as the level of education of individuals increases, both the quantitative and qualitative aspects of their political participation increase. Education indirectly also affects the elevation of individuals' social status and political effectiveness in their political participation.

4.1. Economic Development

According to many experts, human capital is one of the main sources of development, which includes the collective thoughts, beliefs, cultures, knowledge, skills, and power of all individuals, regardless of gender. Women are not only half of this development resource but have been nurturers and guides of both halves of this resource since ancient times, and whether willingly or unwillingly, they play a fundamental role in shaping the human dimensions of development, which can appear either positively or negatively. Many scholars, including Professor Harrison, believe that in economic development, capital and material resources play a secondary role, while human resources play the primary role because these human resources constitute a society that ultimately determines the essence and depth of economic and social development. According to Harrison, human resources form the ultimate wealth of nations. He writes: «Material and natural resources, as well as capital, are considered passive factors of production, while humans are active producers; because it is humans who

6. QAWAM, Abdul Ali. 1382: *Challenges of political development*. Tehran: Qoms Publishing.

create technology, extract natural resources, establish social, economic, and political organizations, and achieve development»⁷.

4.2. The Role of Women's Education in Development

With the growing industrial and post-industrial development of the world, and with the end of the International Decade for Women (1976-1985), a section called «Women in Development» was established in the United Nations Development Program in 1987. In a report on the United Nations Human Development Index indicators in 1993, women's participation rates in various sectors, including the desired development indicators, were highlighted. One important reason for focusing on women in development is the low literacy rate among men, which is the result of inadequate investment in women's education in the past.

Indicators of women's education include:

Literacy rate (low literacy rate among women in developing countries)

Enrollment in primary schools (low enrollment rate of girls compared to boys)

Years of schooling and dropout rates

Underinvestment in women's education can lead to a reduction in the potential benefits of educating men. This shortfall also imposes heavy costs due to loss of potential productivity, income, and quality of life improvement. However, women's education in developing countries still lags far behind men, and this disparity has had undesirable effects on the personal and national welfare of these countries⁸.

The overall impact of women's education on development indicators can be divided into direct and indirect effects. Education has a direct relationship with social welfare. Women's education affects child mortality rates. An educated mother provides more pre-and postnatal care and has a greater inclination to use healthcare services, leading to a direct increase in child survival rates. Additionally, women's education increases children's survival rates indirectly because educated women have higher productivity in the labor market and consequently earn more income, which improves the family's living standards⁹. access to education is gender-biased in developing countries worldwide. Women are indeed disproportionately present at all levels of education.

There is ample evidence supporting the belief that the more educated and literate women are, the faster and more sustainable their participation in education and training

7. PAKNIA, M. 2010: «Liberalism and radical liberal feminism: in the century». *Social Psychological Studies of Women*, Alzahra University, 1382, 8(2): 107-123.

8. HILL, M. A. & KING, E. M. 1993: «Women's education in developing countries: An overview». In *Women's education in developing countries: Barriers, benefits and policies*, 1-50, 17.

9. HILL, M. A. & KING, E. M. 1993: «Women's education in developing countries: An overview». *Women's education in developing countries: Barriers, benefits and policies*, 1-50, 30.

will be, yielding better outcomes. Women's education is defensible based on the principles of human rights, but cost-effectiveness in choosing a strategy for universal basic education is also justifiable. Education is one of the key indicators of sustainable development and one of the most important factors that can highlight gender inequality in society. Contrary to the notion that gender inequality in education only harms women, it should be noted that in the long run, this can be detrimental to the entire education system and even economic growth, ultimately leading to the failure to achieve sustainable development. Shortcomings in investing in women's education can lead to a reduction in the potential benefits of education for men. Additionally, this shortfall imposes heavy costs due to the loss of productivity, income, and improvement in quality of life.

4.3. The Role of Women in the Reconstruction and Development of Societies after Conflicts

The important role of women in the reconstruction and development of societies after conflicts can be examined from two perspectives: First, during times of war when men are killed, missing, or taken as prisoners, the burden of livelihood, security, and the well-being of the family falls on women's shoulders, and many of the wartime hardships become their responsibility, which were previously handled by men. Therefore, when women find themselves in such circumstances, they strive to preserve the community and the family. Thus, it is not surprising to say that women are driving forces for peace and from the outset strive to establish order and reconstruct conditions. However, it should be noted that women's participation in war and peace has been largely overlooked. While women not only play an important role in maintaining war-torn societies, but their effective participation is essential in the peace process and post-conflict reconstruction.

Throughout history, women have played a key role in maintaining order and normalizing conditions; therefore, they cannot be sidelined or ignored. In post-war conditions, women, whether individually or collectively, perhaps more than government officials or international aid, contribute to mediation, revitalization, local economic development, and social network reconstruction. It should also be noted that due to women's inclination towards peacebuilding and economic, social, and other forms of reconstruction, a return to pre-war gender gaps where women were overlooked is not feasible. Instead, confidence should be placed in the developed skills of women, and attention should be paid to providing technical and technological training and supporting women's employment in major reconstruction efforts. Therefore, support for girls' educational levels is essential. When conflict in a region is intense and traditional government services and support are insufficient, international and grassroots organizations focus on caring for affected areas, in which women play a special role due to their inherent attitudes and abilities. In such circumstances, women's spirits and abilities are particularly manifested in providing psychological and social support to orphaned children, the sick, and

elderly affected individuals, and these responsibilities in challenging conditions contribute to the enhancement of women's skills and abilities. So much so that it can be said that women are an essential and indispensable part of any reconstruction and socio-economic development¹⁰.

From another perspective, women play a fundamental role in post-war reconstruction and development; because they constitute half or more of the population in many countries; therefore, their participation in creating peace, sustainable development, and country reconstruction is essential. For example, in Africa (South Africa), women have played a significant role in post-war reconstruction, and in all countries on this continent, including Rwanda, Mozambique, Burundi, etc., women have contributed extensively to the reconstruction of their countries and have taken significant steps in this regard. With a general reference, it must be said that women have played an important role in political, economic, social, and other developments, in this section, we will focus on social reconstruction and development, which includes health and education.

4.4. Social Reconstruction

The social services sector is one of the areas that suffers greatly during wars. The reason for this can also be found in the allocation of budgets related to this issue to military matters. Social reconstruction and development are complex processes that encompass many of the foundations of any society or nation: social identity, roles, relationships, institutions, and social welfare. In general, women have a significant emphasis on revitalizing and developing the social services sector after war and have initiatives to improve existing facilities. After the war, women strive to address the destructive problems of health care, education, and training, and with the cooperation of other social agencies, they endeavor to overcome post-war psychological and social disorders. Many analysts and observers of armed conflicts have stated that social services have been severely affected by wars, and their capacity has been reduced in such conflicts; therefore, the presence of women is essential for the revival of this sector of society¹¹.

5. WOMEN'S RIGHTS IN LEGAL PROCEDURES

One of the important functions of the procedure in contemporary public law is the protection of the fundamental rights and freedoms of individuals, which has

10. CAHN, N.; HAYNES, D. F. & NI AOLAÍN, F. D. 2010: «Returning home: Women in post-conflict societies». *University of Baltimore Law Review*, Forthcoming, GWU Legal Studies Research Paper, 2010, (500): 10-14.

11. SORENSEN, B. 1999: «Women and Post-Conflict Reconstruction: Issues and Sources». *Social Change*, 1999, 29(3-4).

fundamentally highlighted the procedural nature of contemporary public law in this area. In addition, the protection of the rights and freedoms of citizens is one of the most important duties and powers of these institutions. An example of this can be seen in Article 66 of the French Constitution. This principle states that the judiciary is the «guardian of the freedom of the individual»¹². In addition, numerous international documents have emphasized and stated gender equality, which is the main objective and requires programs and necessary changes and skills in the attitudes and behaviors of men and women. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Beijing Declaration are two key documents on gender equality¹³. In these documents, instead of defining equality, discrimination is defined, and emphasis is placed on the invalidation of criteria such as marriage and motherhood to create unequal situations between women and men. They have ingeniously avoided accepting the cognitive existence of this meaning, that specific situations of women are the basis of differentiation, and have not considered it as a criterion of inequality. Gender discrimination in Article 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women means any distinction, exclusion, or restriction based on gender that nullifies the recognition of women's human rights, fundamental freedoms, and equality and enjoyment of all rights and freedoms, regardless of marital status. Women's discrimination in all fields, including political, economic, social, cultural, civil, and other fields, has a detrimental effect or its goal is to eliminate this situation. UNICEF defines gender equality as women and men, girls and boys, having equal conditions, behaviors, and opportunities to realize their full potential, human rights, and their status, and to contribute to (and benefit from) economic, social, cultural, and political development; therefore, gender equality values the similarities and differences between men and women and the roles they play. On this basis, women and men are equal partners in the household, community, and society. Equality does not mean that men and women become the same, but rather, the rights, responsibilities, and opportunities of women and men are not dependent on being male or female. The UN Women's Development Fund states that gender equality, as an international commitment of states, means ending discrimination against women and men, firstly in the legal system and secondly in other normative systems, through the legal system. This means that rights should not only eliminate unfair laws but also end non-legal inequalities produced and reproduced in families, market, education, etc. The International Development Agenda Today, «gender justice» is employed alongside gender equality in legal and non-legal documents at both national and international levels by proponents who belong to different or conflicting intellectual paradigms. This alone indicates the complex dimensions of this concept, which is more than just a political debate and each interpretation has

12. BOZORGI, M. 2023: «Investigating the Role of Culture in Legal Practices in Spain». *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2023, 11(1): 101-116.

13. ALASVAND, F. 2018: «Gender justice as an interpretable and indeterminate concept». *Jurisprudential Studies of Women and Family Law*, 2018, 1(1): 59-78.

different prerequisites and requirements. In one interpretation, gender justice is a strategy centered on «gender» to achieve equality between men and women and eliminate gender stereotypes and create equality among genders. Therefore, when advocates of gender justice from both spectrums that use this concept today, probably do not have a common understanding of it, they do not speak about a common principle. In international discourse, gender justice, which included positive discrimination in favor of women, sought to create a situation beyond equality temporarily so that women could truly achieve equality¹⁴. UNICEF considers gender justice to consist of special temporary actions to compensate for historical or systemic biases that address different but fair behavior and positively compensate for the damage caused by gender roles or gender differences. Justice ensures that women and men, girls and boys, not only have equal opportunities at the starting point but also at the finishing line. From this organization's perspective, fair and just behavior considers the different needs of women and men, cultural barriers, and discrimination (past) against specific groups. In recent governmental and international institutional approaches, the term mainstreaming is not always used. Relevant programs and actions may seek to integrate or incorporate gender equality issues into development processes and procedures and development outcomes, which requires action to transform gender-related issues as an integral part of development policy and practice or increase attention to the gender equality approach. Gender mainstreaming strategy may be implicit rather than explicit in some cases, for example, through reference to gender-sensitive planning and policymaking. Gender mainstreaming is a strategy focused on achieving gender equality, which should be employed by relevant policy areas and sectors. This strategy requires explicit attention to both women and men and different gender identities and ensures that they can participate in, influence, and benefit from political processes and development performance. Thus, the United Nations Women's Agency has placed individuals with gender identities, including LGBTQ+ individuals, among the target groups and beneficiaries.

6. CONCLUSION

In this study, a set of gender justice-based policy tools has been obtained. Planners' attention to both genders is the basis of gender justice-based policy-making. This requires addressing the situation and position of both women and men in society. Gender justice does not focus solely on men or women. Justice will not be achieved by women prevailing over men or vice versa. Balance is achievable when both genders are represented in social spaces based on interests, preferences, productivity, and effectiveness and play roles. Attention to the situation of men and their inclusion

14. ALASVAND, F. 2018: «Gender justice as an interpretable and indeterminate concept». *Jurisprudential Studies of Women and Family Law*, 2018, 1(1): 59-78.

in gender justice-based policymaking, along with gender sensitivity, ensures greater justice for women as well. Gender injustice has become a public issue and should be addressed in the agenda of public policy. Gender mainstreaming is an international strategy for achieving gender equality that has been of interest at national, regional, and international levels in recent years, with liberal feminist teachings (and in some areas such as sexual and reproductive rights, and radical feminism) serving as its theoretical backbone. With more than two decades of practical experience, in many countries, various serious criticisms of different aspects of gender mainstreaming have been raised, and its practical outcomes have not been evaluated in favor of women in some areas. Gender mainstreaming is a strategy focused on achieving gender equality and encompasses social, political, cultural, and economic prerequisites that should be employed by relevant policy sectors and domains* From the perspective of international institutions, the concept of gender is intertwined with cultural and religious values and social norms, and interpretations of it will vary in different societies. With the expansion of the concept of gender at the international level, gender mainstreaming has also undergone significant theoretical and practical developments, such that after the prohibition of discrimination against women and the acceptance of positive discrimination in favor of women as a fully established legal concept, gender mainstreaming projects focused more rigorously on sexual minorities and terms such as «sexual orientation», «gender identity», and «transgender» were explicitly stated in international documents and practices. The vision outlined in gender mainstreaming is one in which women and men have equal rights and opportunities in all personal, familial, and social matters, even though in some matters related to women's inherent characteristics and specific inclinations, such as supporting maternal roles, a different perspective should be taken towards women. On this basis, distinct rights and opportunities should also be defined for them, including in policymaking, the concept of balancing family and employment roles, which entails defining distinct rights and opportunities for women, so that this important and fate-determining issue of motherhood, which is necessary for the stability and sustainability of human societies, is realized appropriately and desirably. Some European writers believe that gender mainstreaming conflicts with human rights in this regard and leads to changes and derogation of gender roles (especially motherhood) because gender mainstreaming is based on feminist teachings that propose fundamental changes in social and cultural norms and lack a cultural-indigenous perspective, merely seeking to promote women's rights through the negation of family and family roles such as motherhood and spousal roles, a vision that is rejected and unpleasant to many women in various parts of the world.

ESTUDIOS

Panorama de la criminología feminista brasileña

Overview of Brazilian Feminist Criminology

Giselle DOS SANTOS ANDRADE

Universidade Federal da Paraíba/Brasil

Licenciada en Derecho y estudiante de maestría

giselle.s.a@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-6061-7905>

Renata MONTEIRO GARCÍA

Universidade Federal da Paraíba/Brasil

Profesora y doctora en Psicología

renata.garcia@academico.ufpb.br

<https://orcid.org/0000-0003-0788-9095>

Marilize DA SILVA BENTES

Universidad de Salamanca/España

Máster en Derecho penal, doctoranda y abogada

marilizebentes@usal.es

<https://orcid.org/0009-0007-0149-4427>

Recibido: 30/09/2023

Aceptado: 03/04/2024

Resumen

La trayectoria del campo que se ha construido y llamado criminología feminista en Brasil está estrechamente relacionada con la demanda de los movimientos feministas por el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, especialmente el derecho a vivir una vida libre de violencia. Adoptando el propio campo como objeto de investigación, este trabajo busca delinear lo que se conoce como criminología feminista en Brasil, identificando sus elementos definidores y, en este sentido, analizando sus puntos de inflexión y convergencia con la criminología crítica. Para ello, se buscaron los términos exactos «criminología feminista» en la base de datos del Portal Capes de Tesis y Disertaciones (Trabajos de Fin de Grado) y en el indexador SciELO. De acuerdo con los criterios de inclusión y exclusión, se seleccionaron tres tesis doctorales y dos artículos científicos, que abrieron el camino para esta investigación exploratoria y bibliográfica. De esta forma, fue posible trazar una constelación a través de la cual conectar los puntos que impulsaron la producción académica y científica de la criminología feminista con los momentos históricos y políticos caracterizados por el movimiento feminista, especialmente en las décadas de 1990 y 2000. Así, se constata la importancia de la afirmación de la criminología feminista como campo autónomo, aunque relacionado con la criminología crítica, no dependiente de ella. Aun así, es innegable que la criminología crítica y la criminología feminista tienen, más allá de sus tensas fronteras, un punto central de convergencia, que es el rechazo del positivismo científico dentro del campo criminológico.

Palabras clave: criminología; feminismos; violencia de género.

Sumario: 1. Introducción. 2. Criminología feminista brasileña. 2.1. Horizontes históricos y políticos del contacto entre criminología y feminismo en Brasil. 3. Advertencias que permanecen: notas sobre las críticas y contradicciones de la Criminología Feminista Brasileña. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

*Giselle DOS SANTOS ANDRADE, Renata MONTEIRO
GARCÍA y Marilize DA SILVA BENTES*
Panorama de la criminología feminista brasileña

Abstract

The trajectory in Brazil of the field that has been constructed and called Feminist Criminology is closely related to the feminist movements' demand for the recognition of women's human rights, especially the right to live a life free from violence. Adopting the field itself as the object of investigation, this work seeks to trace the contours of what has been affirmed as Feminist Criminology in Brazil, identifying its characterising elements and, in this respect, analysing its points of inflection and convergence with Critical Criminology. To do this, the exact terms «feminist criminology» were searched for in the Capes Portal of Theses and Dissertations database and in the SciELO indexer. According to the inclusion and exclusion criteria, three doctoral theses and two scientific articles were selected, which paved the way for this exploratory and bibliographical research. In this way, it was possible to draw a constellation through which to connect the points that have driven the academic and scientific production of Feminist Criminology with the historical and political moments that the feminist movement led, especially in the 1990s and 2000s. On this path, it became clear how important it is to affirm Feminist Criminology as an autonomous field; although it is related to Critical Criminology, it is not dependent on it. Even so, it is undeniable that critical criminology and feminist criminology have, beyond their tense boundaries, a central point of convergence, which is the refusal of scientific positivism within the criminological field.

Keywords: Criminology; Feminisms; Gender violence.

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 12, Junio 2024, 41-53
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

1. INTRODUCCIÓN

La trayectoria del campo que se ha construido y denominado criminología feminista en Brasil está estrechamente relacionada con la demanda de los movimientos feministas por el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, especialmente el derecho a vivir una vida libre de violencias¹.

Adoptando el propio campo como objeto de investigación, este trabajo busca trazar los contornos de lo que se reivindica como criminología feminista en Brasil, identificando sus elementos caracterizadores y, en este sentido, analizando sus puntos de inflexión y convergencia con su «teoría hermana», la criminología crítica. Se trata, por lo tanto, de un estudio exploratorio y bibliográfico que abre el camino para nuevas y más profundas investigaciones sobre la criminología feminista brasileña.

Desde un principio, nos gustaría proponer una cierta forma de abordar el campo de la criminología feminista, con el fin de hacer aprehensible su naturaleza inestable² sin comprometer la comprensión de sus análisis: indicamos que debe tomarse como un territorio. Este pequeño gesto permite asimilar que, al igual que en un territorio, dentro de lo que se delimita con la denominación «criminología feminista» hay un tránsito de elementos que se intensifica cuanto más cerca está de las fronteras con otros territorios —otros campos del saber—. Existe también una cierta disputa sobre los ámbitos más decisivos en la caracterización de este territorio: su significado, su lenguaje y sus políticas.

Conviene aclarar, sin embargo, que abordar el campo de la criminología feminista no es algo nuevo. Otros estudios ya se han propuesto abordar exhaustivamente su significado, lenguaje y política, produciendo un excelente mapeo no solo de qué cuestiones se están abordando en el campo, sino sobre todo de cómo se piensan esas cuestiones y qué bases teóricas son capaces de sustentar esos análisis.

Así que la estrategia de entrada para esta investigación fue la siguiente: se realizó una búsqueda en el Catálogo CAPES de Tesis y Disertaciones, utilizando los términos exactos «criminología feminista». Los resultados fueron refinados a Doctorado (Tesis), teniendo en cuenta que el propósito de la búsqueda era encontrar la producción científica académica que, de alguna manera, inaugurara y reuniera en su propio título un significado específico para las conexiones teóricas que se pueden establecer entre la criminología crítica y los feminismos. Así, se localizaron tres trabajos: *Feminismos Criminológicos: Heterot[r]opías de abolición*, de la profesora Fernanda Martins; *Teoría Crítica Feminista y crítica de la(s) Criminología(s): un estudio para una perspectiva feminista en criminología en Brasil*, de la profesora Carmen Hein de Campos; *(Re)pensando*

1. MARTINS, F. y GAUER, R. M. C. 2020: «Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil». *Revista Direito e Práxis* [online], 2020, 11(01).

2. HARDING, S. 2019: «A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista». En Heloísa Buarque de Holanda (ed.): *Pensamento Feminista – Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo.

la *Criminología: Reflexiones sobre un nuevo paradigma a partir de la epistemología feminista*, de la profesora Soraia da Rosa Mendes. Las tres tesis mencionadas se convirtieron en trabajos publicados posteriormente, que serán las referencias utilizadas en este trabajo.

Aparte de eso, la misma búsqueda —«criminología feminista»— también fue realizada en el portal SciELO. De los once resultados encontrados, dos fueron seleccionados para componer el corpus de esta investigación: «Criminología Feminista con Criminología Crítica: Perspectivas Teóricas y Tesis Convergentes»; «Poder Punitivo y Feminismo: Caminos de la Criminología Feminista en Brasil». La selección de estas dos publicaciones fue el resultado de un proceso artesanal³ de lectura de los once resúmenes inicialmente encontrados, identificando trabajos que pretendieran delimitar el campo de estudio o el pensamiento de la criminología feminista y que no estuvieran centrados en un solo tema específico pertinente a este campo, excluyendo así estudios dedicados al encarcelamiento de mujeres o a la Ley Maria da Penha, entre otros temas más restrictivos.

No se debe ignorar que varios estudios anteriores ya se han ocupado de los vínculos y las distancias entre la criminología crítica y los feminismos, el poder punitivo y las mujeres, la violencia doméstica, la violencia sexual y otras formas de violencia contra las mujeres. Estos estudios aparecen en las referencias de los trabajos tomados como punto de partida para esta investigación y, de esta forma, también resuenan en este texto.

2. CRIMINOLOGÍA FEMINISTA BRASILEÑA

Dentro de los límites de este trabajo, y siguiendo un orden cronológico solo a efectos de sistematización inicial, la primera publicación encontrada es la tesis doctoral elaborada por Soraia da Rosa Mendes, titulada *(Re)pensar la Criminología: Reflexiones sobre un nuevo paradigma desde la epistemología feminista*, defendida en 2012. La tarea de la autora, en sus propias palabras, consistía en:

saber cuál es la posibilidad de construir un marco epistemológico que, sin renunciar a la crítica del derecho penal, perciba, reconozca y trabaje los procesos de criminalización y victimización de las mujeres desde una perspectiva de género. Mi hipótesis es que ello

3. «A diferencia del arte y de la poesía, que se basan en la inspiración, la investigación es un trabajo artesanal que no prescinde de la creatividad, se realiza fundamentalmente a través de un lenguaje basado en conceptos, proposiciones, hipótesis, métodos y técnicas, un lenguaje que se construye con un ritmo propio y particular». MINAYO, M. C. de Souza; DESLANDES, S. F. y GOMES, R. 2009: *Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade*. 28.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2.

es posible desde un giro epistemológico, desde otro paradigma, que aporta la teoría feminista⁴.

El enfoque, por tanto, era proporcionar un nuevo soporte epistemológico para abordar los procesos de victimización y criminalización de las mujeres, que mantuviera un sesgo crítico hacia el derecho penal y pusiera el género en perspectiva. Este soporte epistemológico provendría de las teorías feministas, lo que conformaría un nuevo paradigma para las criminologías.

En el mismo sentido, en la tesis producida por Carmen Hein de Campos, defendida en 2013 y titulada *Teoría Crítica Feminista y Crítica de la(s) Criminología(s): un estudio para una perspectiva feminista en criminología en Brasil*, la autora se enfrentó al siguiente cuestionamiento:

¿Es posible, dentro de marcos teóricos no feministas o incluso antifeministas, elaborar una criminología feminista? Creo que es bastante difícil tomar los presupuestos androcéntricos de la criminología, reformularlos y reinterpretarlos para construir una criminología feminista. Así, una criminología feminista será una construcción basada en el feminismo y no al revés⁵.

Desde el principio, la autora revela el carácter androcéntrico de las referencias criminológicas (incluida, por supuesto, la criminología crítica), que dificultaría la absorción de una perspectiva feminista. Dada la magnitud de este obstáculo, la posibilidad de una criminología feminista solo se abriría camino desde el feminismo. Esto parece indicar, por lo tanto, que la dirección a seguir en la construcción de una criminología feminista subvierte la forma tradicional de solo acumular, añadir o superponer la categoría de *mujer* a los paradigmas existentes.

En ambas obras se aprecian las repercusiones del giro epistemológico propiciado por el propio movimiento feminista. A partir de los años setenta, el feminismo se presentó no solo como un movimiento político, sino también como una teoría crítica a las ciencias y sus métodos tradicionales. Sandra Harding afirma que la crítica feminista superó entonces su carácter reformista y adoptó incluso una postura revolucionaria, ya que pasó de problematizar la cuestión de las mujeres en la ciencia a plantear la posibilidad misma de utilizar esas ciencias, tan impregnadas de proyectos occidentales, burgueses y masculinos, para los fines emancipadores que perseguía el feminismo. En otras palabras, se avanzó hacia la cuestión de la ciencia en el feminismo⁶.

En esta línea, las dos tesis analizadas plantean cuestiones sobre el lugar de la criminología en el feminismo, dado que las «condiciones de vida a las que están sometidas

4. MENDES, S. da R. 2017: *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 14.

5. CAMPOS, C. H. de. 2020: *Criminologia Feminista. Teoria feminista e crítica às criminologias*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 11.

6. HARDING, S. 1996: *Ciencia y feminismo*. Madrid: Morata, 11.

las mujeres en nuestra sociedad no pueden explicarse únicamente por las estructuras económicas y sociales, así como por la lucha de clases producida por el capitalismo»⁷.

Esto implicó una inversión de la dirección tomada por la propia criminología crítica, ya que, para este campo,

Cronológicamente, en la teoría del delito y del derecho penal, el paradigma de la definición o reacción social se introdujo primero en relación con el género. Lógicamente, su correcta utilización es condición para la adecuada utilización del paradigma de género en este campo de estudio. Esto significa que una criminología feminista solo puede desarrollarse de forma científicamente adecuada desde la perspectiva epistemológica de la criminología crítica⁸.

Como señala Alessandro Baratta⁹ en el fragmento anterior, para la criminología crítica, una criminología feminista solo encontraría lugar en el marco epistemológico de la propia criminología crítica, sobre todo debido a un criterio cronológico del cambio paradigmático en el pensamiento criminológico según el cual el paradigma de la reacción social es anterior al pensamiento feminista¹⁰.

El texto citado fue publicado en un libro organizado por Carmen Hein de Campos en 1999, titulado *Criminología y feminismo*, como resultado de la conferencia del mismo título promovida por Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, y que fue anunciado como «el primer libro en Brasil que trae contribuciones a la discusión entre feminismo y Criminología Crítica»¹¹.

Es importante decir todo esto porque introduce el trabajo de comprensión del contexto en el que se inició la discusión sobre criminología y feminismo en Brasil, trayendo a la luz el horizonte político, histórico y teórico que precedió a las producciones

7. TANNUSS, R. W.; SILVA JÚNIOR, N. G. de S. y GARCIA, R. M. 2020: «Mulheres no Tráfico: diálogos sobre transportes de drogas, criminalização e encarceramento feminino». En Renata Monteiro Garcia, Carmen Hein de Campos, Nelson Gomes de Sant'Anna Silva Junior y Rebecka Wanderley Tannus (eds.): *Sistema de Justiça Criminal e Gênero: Diálogos entre as Criminologias Crítica e Feminista*. João Pessoa: Editora do CCTA/UFPB, 16-40.

8. BARATTA, A. 1999: «O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana». En Carmen Hein de Campos (ed.): *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 39.

9. Es importante mencionar la dimensión del criminólogo italiano Alessandro Baratta, autor de los escritos que siguen siendo los institutos básicos de la criminología crítica, y que aparece casi invariablemente en las referencias de las producciones posteriores en el campo criminológico.

10. «La criminología de la Reacción Social incluiría, por tanto, las teorías del etiquetamiento (Becker, Erikson, Kitsuse, Lemert), del estigma (Goffman) y del estereotipo (Chapman). También incluiría modelos analíticos que se centran en variables como la organización y sofisticación del poder y la delincuencia (Turk), variables que influyen en la criminalización de los hombres y comportamientos que han sido definidos por los códigos represivos». CASTRO, L. A. de. 1983: *Criminología de la Reacción Social*. Rio de Janeiro: Forense, 96.

11. CAMPOS, C. H. de. 1999: *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina.

académicas que asumieron la denominación de criminología feminista (que será discutida más adelante).

Fernanda Martins, por su parte, está radicalmente comprometida con la cuestión del lugar de las criminologías para el feminismo. En su tesis, destaca desde el principio su intención de buscar formas que se manifiesten originalmente desde los movimientos feministas para los conflictos relacionados con la violencia de género. Surge así su propuesta de «Feminismos Criminológicos», situados en el rechazo innegociable del poder punitivo como expresión de sus compromisos feminista y abolicionista armónicamente sintonizados¹².

2.1. Horizontes históricos y políticos del contacto entre criminología y feminismo en Brasil

A partir de los años 80, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) intensificó sus esfuerzos para elaborar una agenda centrada específicamente en los derechos de la mujer. En 1981 entró en vigor la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW); en 1995 se celebró en Pekín la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en la que se reconoció que los derechos de la mujer son derechos humanos. Esto puede parecer un poco obvio hoy en día, pero de lo que se trataba era de atender de forma especializada los derechos de las mujeres como sujetos de derechos humanos, sin permitir que la supuesta universalidad de estos derechos ocultara reivindicaciones específicas de las mujeres, como las relacionadas con la seguridad y la salud de las mujeres.

En el contexto institucional de la actuación de la ONU, y no sin mucha disputa¹³, fue después de la Conferencia de Pekín que se pasó de la centralidad de la categoría de mujer al concepto de género, lo que estableció la comprensión de la necesidad de transformar toda la estructura social con vistas a alcanzar la igualdad. También en la Conferencia de Pekín se enumeraron doce áreas de atención para los derechos de las mujeres y las niñas, entre las cuales queremos destacar la violencia contra las mujeres, dada su fuerte repercusión en los debates regionales que nos interesan (latinoamericanos y brasileños) y su vinculación directa con el campo que se conocería como criminología feminista.

En el ámbito regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) fue promulgada en 1994 en la asamblea general de la Organización de Estados Americanos (OEA). La convención surgió por iniciativa de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), con el objetivo de insertar adecuadamente las cuestiones relativas a la mujer y la violencia

12. MARTINS, F. 2021: *Feminismos Criminológicos*. São Paulo: Tirant lo Blanch.

13. CORRÊA, S. 2018: «A 'política do gênero': um comentário genealógico». *Cadernos Pagu*, 2018, 53, <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201800530001> [04 julio 2023].

en el ámbito jurídico y legislativo, convirtiéndose en una referencia mundial sobre el tema¹⁴.

Desde una perspectiva feminista, podemos decir que la Convención de Belém do Pará, a través de medios institucionales, llevó a la arena pública la violencia que estaba confinada a la privacidad del espacio doméstico, convirtiéndola en un problema político internacional. En la medida en que su texto buscaba garantizar una vida libre de violencia para todas las mujeres, comenzó a involucrar a los Estados firmantes en su responsabilidad de proteger a las mujeres y, consecuentemente, en el desarrollo de mecanismos institucionales para garantizar esta protección.

En Brasil, la Convención de Belém do Pará fue ratificada el 27 de noviembre de 1995. Ese mismo año se publicó la Ley de Tribunales Especiales (Ley n.º 9.099/1995) que, en el ámbito penal, está destinada a castigar los delitos denominados «de menor potencial ofensivo» (infracciones penales para las que la ley determina una pena máxima de dos años). Dentro de esta gama se incluían precisamente los tipos de violencia que suelen darse en las relaciones domésticas: amenazas y lesiones.

Los tribunales penales especiales, con sus aspiraciones minimalistas¹⁵, se crearon con el objetivo de abrir posibilidades alternativas a las penas de prisión, a fin de promover el desencarcelamiento e invertir en soluciones más educativas y menos violentas para conflictos considerados de menor relevancia. Sus procedimientos se desarrollan a un ritmo diferente, de modo que el proceso judicial se lleva a cabo en menos tiempo, lo que significa que se eliminan varias etapas de la investigación y es posible una cierta informalización del poder judicial.

En la práctica, los tribunales penales estaban casi totalmente ocupados por conflictos relacionados con la violencia doméstica. La ley, creada desde una perspectiva pretendidamente neutral, parecía reservada a las «relaciones conyugales violentas» y «la consecuencia de esta formulación, que excluye el paradigma de género, es la banalización de la violencia doméstica»¹⁶. Aquí encontramos la apertura en la que las feministas intensificarán la disputa en las discusiones criminológicas en Brasil. La contradicción latente entre todo el movimiento de erradicación de la violencia contra las mujeres y el hecho de que, con la creación de tribunales penales especiales, esta misma violencia pase a ser considerada en Brasil como de menor potencial ofensivo, suscitará una producción específica de críticas feministas al derecho.

Hablamos de una disputa en el campo criminológico porque, por un lado, las propuestas descriminalizadoras, minimalistas y alternativas son celebradas como

14. BANDEIRA, L. M. y ALMEIDA, T. M. C. de. 2015: «Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha». *Revista Estudos Feministas*, mayo 2015, 23(2): 501-517, <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n2p501> [11 julio 2023].

15. El minimalismo penal es la corriente político-teórica que busca la mayor reducción posible de la incidencia del sistema penal.

16. CAMPOS, C. H. de. 2003: «Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico». *Revista Estudos Feministas*, 2003, 11(1): 155-170. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2003000100009> [14 julio 2023].

importantes conquistas para la criminología crítica. Con el problema de la violencia contra las mujeres colocado fuera de las paredes del mundo privado, convirtiéndose así en una cuestión política y pública, las criminólogas feministas señalan ahora con más vehemencia la necesidad de que el paradigma de género sea incluido en las discusiones del campo.

Las demandas que darán contenido a las críticas feministas a la criminología crítica brasileña, por lo tanto, circulan en la órbita del problema de la violencia contra las mujeres y su enfrentamiento institucional. Fernanda Martins organiza las denuncias feministas sobre los tribunales penales especiales en seis puntos, que considera «profundamente productores del sentido mayoritario de la criminología crítica feminista brasileña»¹⁷.

Estos puntos pueden resumirse como se expone a continuación: 1. la adopción de la Ley de Tribunales como directriz del trabajo de las Comisarías Especializadas de la Mujer en los casos de violencia de género, informalizando los procedimientos de investigación; 2. la oposición entre la idea de la violencia doméstica como un delito de menor potencial ofensivo y la lucha feminista por situar esta misma violencia como un problema social relevante; 3. Dado que la ley de los tribunales especiales permite un cierto nivel de negociación entre las partes para resolver la cuestión, se produciría una reprivatización del conflicto, que se banalizaría y cuya solución pasaría por una «embestida familista»; 4. Estos mismos mecanismos de conciliación producirían impunidad; 5. A pesar de la posibilidad de conciliación, las investigaciones feministas han identificado el silenciamiento continuado de la víctima; 6. Con todo ello, las mujeres quedarían al margen de lo que podrían considerarse sujetos de derecho.

Este cuadro se reconfiguró más o menos con el advenimiento de la Ley Maria da Penha en 2006, pero lo cierto es que aún hoy podemos identificar la permanencia y la resonancia de estas denuncias en términos de las críticas que afectarán el sentido de la producción dentro del campo de la criminología feminista.

Es de conocimiento público que la Ley 11.340/2006 lleva el nombre de una mujer que nació en la provincia de Ceará/Brasil, Maria da Penha Maia Fernandes, autora del libro *Sobrevivi... Posso contar (Sobreviví... Puedo contar)* (1994), que fue víctima de dos intentos de asesinato por parte de Marco Antonio Heredias Viveros, hombre con el que estaba casada y tenía tres hijas.

Entre 1991 y 1996, se celebraron dos juicios contra el autor del crimen en la justicia penal brasileña, que se mostró extremadamente lenta y negligente. La historia de Maria da Penha adquirió proporciones internacionales cuando su lucha por la justicia fue llevada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que reconoció la morosidad del Estado brasileño en juzgar y resolver el caso. Casi veinte años después de que se produjeran los crímenes, en 2001 Brasil fue declarado responsable y considerado negligente, omisivo y tolerante en materia de violencia contra las mujeres.

A partir de los debates sobre la eficacia de los tribunales especiales en casos de violencia doméstica, de la Convención de Belém do Pará y la condena del Estado

17. MARTINS, F. 2021: *Feminismos Criminológicos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 76.

brasileño por la CIDH en el caso Maria da Penha, en 2001, se formó un consorcio con la participación de seis organizaciones feministas, expertos jurídicos y académicos que, desde el principio, tenían como enfoque actuar en el campo legislativo¹⁸. Tras cinco años de trabajo, la Ley Maria da Penha tomó forma en 2006.

Una vez inaugurada a nivel institucional y social, la Ley Maria da Penha reajustará los debates en los campos criminológico crítico y feminista. Diversas producciones¹⁹ constatan la profundización de la tensión entre criminología crítica y feminismo, tensión que podría ser representada por el camino que los movimientos feministas han tomado en Brasil al cruzar la línea que demarcaba el rechazo, en el campo teórico, del poder punitivo como instrumento de construcción de ciudadanía. En un intento de subvertir esta lógica, que está en el centro del giro crítico de la criminología, y de reconocer el derecho a vivir una vida libre de violencia, las feministas brasileñas han reconocido el mérito de la Ley Maria da Penha.

La discusión de todo el movimiento entre criminología crítica y criminología feminista, aunque prolífica, no es el único punto a ser destacado en este trabajo. Hasta aquí, el esfuerzo ha sido ofrecer un posible esbozo que represente al menos algunos de los elementos que caracterizan el campo político-teórico de la criminología feminista brasileña.

3. ADVERTENCIAS QUE PERMANECEN: NOTAS SOBRE LAS CRÍTICAS Y CONTRADICCIONES DE LA CRIMINOLOGÍA FEMINISTA BRASILEÑA

Analizando lo que ella llama la «trayectoria del pensamiento criminológico feminista en Brasil»²⁰, Fernanda Martins señala acertadamente que esta trayectoria se limita al campo del derecho. En busca de una respuesta a la cuestión de la incidencia de los debates relacionados con el género dentro del campo de la criminología feminista, la investigadora observa que es «como si hubiera una especie de tránsito del derecho

18. CARONE, R. R. 2018: «A atuação do movimento feminista no legislativo federal: caso da Lei Maria da Penha». *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* [online], 2018, 105: 181-216. <https://doi.org/10.1590/0102-181216/105> [20 julio 2023].

19. Citamos de forma no exhaustiva: a) CAMPOS, Carmen Hein de y CARVALHO, Salo de. 2011: *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. En Carmen Hein de Campos: *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 143-172; b) MARTINS, Fernanda y GAUER, Ruth M. C. 2020: «Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil». *Revista Direito e Práxis* [online]. 2020, 11(01); c) WEIGERT, Mariana de A. B. e CARVALHO, Salo de. 2020: «Criminologia Feminista com Criminologia Crítica: Perspectivas teóricas e teses convergentes». *Revista Direito e Práxis*, jul. 2020, 11(3): 1783-1814.

20. MARTINS, F. y GAUER, R. M. C. 2020: «Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil». *Revista Direito e Práxis* [online], 2020, 11(01).

para afuera», lo que lleva a la criminología feminista a operar una «reducción de los problemas políticos involucrados en la cuestión de género a una planificación dentro de la gramática del derecho, introduciendo el género como un vocabulario más de esta semántica»²¹.

Con esto, la autora retrata cierta impermeabilidad de la criminología feminista que se desarrollaba en Brasil entre las décadas de 1990 y 2000, que no incorporaba las vastas producciones de otras áreas de las ciencias sociales y humanas, ámbito en el que ya existía una amplia y cuidadosa discusión sobre la violencia contra las mujeres o violencia de género.

Atrapado en el estrecho lenguaje que ofrece el campo del derecho, el debate que inicialmente unió a criminología y feminismo se tradujo en respuestas principalmente legislativas que, si bien, por un lado, inauguraron un enfoque institucional comprometido con la toma en serio de las relaciones de género, por otro, incurrieron en algunos de los mismos viejos problemas, como el silenciamiento de las mujeres y su revictimización por parte del sistema de justicia penal.

Aunque el espíritu pionero es innegable en cuanto a los innumerables cambios legislativos e innovaciones que buscaban conferir un estatus igualitario a las mujeres, las producciones criminológicas que empaquetaron todos estos avances condensados en la década de 2000 no se centraron principalmente en lo que hoy parece ser la articulación crítica fundamental de la criminología feminista: violencia-género-vulnerabilidad. Y lo que es más importante, el sistema de justicia penal no se situó adecuadamente dentro de esta articulación. Visto como un instrumento indispensable en la construcción de la ciudadanía, fue reconocido como la mayor inversión social de muchos movimientos feministas.

Esta apuesta se negoció con la forma más común de violencia, la que es «practicada por, en nombre de y a través de las ‘prácticas del Estado’, mediante el sistema judicial y otros dispositivos de seguridad. Así, es en la lucha contra la violencia donde ésta se alimenta continuamente [...]»²².

Es a través del sistema de justicia penal que el Estado reviste de conformidad su dominio violento de la población. Mediante técnicas y lenguaje jurídicos, avalados por una legislación destinada sobre todo a proteger la propiedad, basada en el discurso de la defensa social que divide estratégicamente a la sociedad en buenos ciudadanos y ciudadanos peligrosos, existe una forma pacíficamente aceptada de torturar y eliminar —por qué no decirlo: sacrificar— a los abyectos²³.

21. MARTINS, F. 2021: *Feminismos Criminológicos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 108.

22. RIBEIRO, L. R. 2011: «... o que não tem governo...» *Estudo sobre linchamentos* (Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa), 134.

23. «Lo abyecto, para Kristeva (1982), está en el reino de lo innombrable en psicoanálisis, siendo una condición para la constitución del sujeto que va más allá de la mera represión (la llamada piedra angular del psicoanálisis). Mientras que el objeto está ante mí en una relación de aprehensión, lo abyecto es el exceso de un yo que constituye los bordes falibles de este yo

4. CONCLUSIONES

Al analizar una determinada trayectoria de la criminología feminista brasileña, nos enfrentamos a la imposibilidad de agotar u ofrecer, en estas páginas, un mapeo completo de lo que se ha producido hasta ahora dentro de este campo. Sin embargo, ha sido posible trazar una constelación a través de la cual conectar los puntos que desencadenaron el inicio de la producción académica y científica con los momentos históricos y políticos que estaban siendo protagonizados por el movimiento feminista, especialmente en las décadas de 1990 y 2000.

Creemos, por lo tanto, que este trabajo ha presentado una estrategia de entrada para los estudios en el área de la criminología feminista, sin dejar de registrar, aunque sea brevemente, las críticas y las contradicciones percibidas a lo largo del levantamiento bibliográfico realizado.

Reafirmamos que este trabajo no abarca la totalidad de las producciones que se inscriben en el campo de la criminología feminista. Las tesis y las publicaciones inicialmente seleccionadas representan, ante todo, las opciones metodológicas que forman parte de un escrito como este, lo que no debe implicar la conclusión de que otros estudios que puedan no haber aparecido aquí no sean extremadamente relevantes para la investigación en el ámbito.

Por último, destacamos la importancia de afirmar la criminología feminista como un campo autónomo; aunque está relacionado con la criminología crítica, no es dependiente de ella. Aun así, es innegable que la criminología crítica y la criminología feminista tienen, más allá de sus fronteras tensionadas, un punto central de convergencia, que es el rechazo al positivismo científico dentro del campo criminológico. Ambas se entrelazan al rechazar cualquier esencialismo de los sujetos y al abrazar un análisis macrosociológico del fenómeno de la delincuencia en las sociedades²⁴.

Con este trabajo, por tanto, pretendemos empezar a cartografiar esta zona autónoma, presentando sus contornos, sus elementos y sus zonas de peligro.

corpóreo. Participando en el momento fundador del sujeto, lo abyecto sigue siendo paradójicamente una amenaza constante. Si el objeto se entiende en la diada sujeto-objeto, es decir, precisamente en la relación, lo abyecto, que sólo puede enunciarse temporalmente, es todo el exterior constitutivo de esta relación; no es sólo lo que se rechaza o descarta, sino que es la condición misma de ser del sujeto, porque es lo que acecha y perturba cierto orden establecido, un espectro permanente que amenaza la unidad del Yo. Lo abyecto, por lo tanto, no sólo se localiza en el afuera que delimita el Yo, sino que es la perenne ambigüedad entre lo que nos unifica y lo que nos amenaza, ocupando ese locus de ambigüedad». DEMETRI, Felipe Dutra. 2018: *Cuerpos desposeídos: Vulnerabilidad en Judith Butler* (Trabajo de Fin de Master, Maestría en Psicología, Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis), 16.

24. WEIGERT, Mariana de A. B. e CARVALHO, Salo de. 2020: «Criminología Feminista com Criminología Crítica: Perspectivas teóricas e teses convergentes» *Revista Direito e Práxis*, jul. 2020, 11(3): 1783-1814, <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/38240> [25 julio 2023].

5. BIBLIOGRAFÍA

- BANDEIRA, L. M. y ALMEIDA, T. M. C. de. 2015: «Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha». *Revista Estudos Feministas*, mayo 2015, 23(2): 501-517, <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n2p501> [11 julio 2023].
- BARATTA, A. 1999: «O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana». En Carmen Hein Campos (ed.): *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina.
- CAMPOS, C. H. de. 1999: *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina.
- CAMPOS, C. H. de. 2003: «Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico». *Revista Estudos Feministas*, 11(1): 155-170, <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2003000100009> [14 julio 2023].
- CAMPOS, C. H. de. 2020: *Criminologia Feminista. Teoria feminista e crítica às criminologias*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CARONE, R. R. 2018: «A atuação do movimento feminista no legislativo federal: caso da Lei Maria da Penha». *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* [online], 2018, 105: 181-216, <https://doi.org/10.1590/0102-181216/105> [20 julio 2023].
- CASTRO, L. A. de. 1983: *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense.
- CORRÊA, S. 2018: «A ‘política do gênero’: um comentário genealógico». *Cadernos Pagu*, 2018, 53, <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201800530001> [04 julio 2023].
- DEMETRI, F. D. 2018: *Corpos Despossuídos: Vulnerabilidade em Judith Butler* (Trabajo de Fin de Master, Maestría en Psicología, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis).
- HARDING, S. 1996: *Ciencia y feminismo*. Madrid: Morata.
- HARDING, S. 2019: «A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista». En Heloísa Buarque de Holanda (ed.): *Pensamento Feminista – Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo.
- MARTINS, F. 2021: *Feminismos Criminológicos*. São Paulo: Tirant lo Blanch.
- MARTINS, F. y GAUER, R. M. C. 2020: «Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil». *Revista Direito e Práxis* [online], 2020, 11(01).
- MENDES, S. da R. 2017: *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva.
- MINAYO, M. C. de S.; DESLANDES, S. F. y GOMES, R. 2009: *Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade*. 28.ª ed. Petrópolis: Vozes.
- RIBEIRO, L. R. 2011: «... o que não tem governo...» *Estudo sobre linchamentos* (Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa).
- TANNUSS, R. W.; SILVA JÚNIOR, N. G. de S. y GARCIA, R. M. 2020: «Mulheres no Tráfico: diálogos sobre transportes de drogas, criminalização e encarceramento feminino». En Renata Monteiro Garcia, Carmen Hein de Campos, Nelson Gomes de Sant’Anna Silva Junior y Rebecka Wanderley Tannus (eds.): *Sistema de Justiça Criminal e Gênero: Diálogos entre as Criminologias Crítica e Feminista*. João Pessoa: Editora do CCTA/UFPB.
- WEIGERT, M. de A. B. y CARVALHO, S. de. 2020: «Criminologia Feminista com Criminologia Crítica: Perspectivas teóricas e teses convergentes». *Revista Direito e Práxis*, jul. 2020, 11(3): 1783-1814, <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/38240> [25 julio 2023].

Los valores constitucionales de la propiedad y la aplicación del concepto «interés general» como fundamento de la potestad constitucional de corrección patrimonial en la extinción de dominio. Una interpretación desde la peculiaridad constitucional venezolana

The Constitutional Values of Property and the Interpretation of the Concept «General Interest» as a Foundation of the Constitutional Power of Property Correction in the Civil Forfeiture. An Interpretation from the Venezuelan Constitutional Peculiarity

Emilio J. URBINA MENDOZA

Abogado

Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (Bilbao – 2010)

Profesor del Doctorado en Derecho

Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

urbina@ucab.edu.ve

<https://orcid.org/0000-0001-5430-1157>

Recibido: 22/01/2024

Aceptado: 26/02/2024

Emilio J. URBINA MENDOZA
Los valores constitucionales de la propiedad
y la aplicación del concepto «interés general»...

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 12, Junio 2024, 55-82
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

Resumen

La creciente criminalidad económica a nivel global, producto de los procesos globalizadores de las dos últimas décadas, ha obligado al diseño y la ejecución de nuevas formas de combate contra esta tipología de conductas. La incapacidad del Derecho penal para hacer frente con éxito impulsa el péndulo de las políticas criminales hacia la persecución civil-patrimonial, donde, por una ficción jurídica, se instaura un proceso de naturaleza civil contra los bienes de origen ilícito o cuyo uso devino en actividades contrarias a Derecho. Entre las nuevas formas, encontramos el decomiso civil o sin condena, propio de Europa y Norteamérica, o la variante latinoamericana denominada extinción de dominio. Venezuela se incorporó a las naciones que han implementado la extinción de dominio, no sin antes debatir las polémicas de este instituto basado en las tensiones entre los valores de la Constitución y el derecho de propiedad garantizado por el texto fundamental de 1999.

Palabras clave: decomiso sin condena; extinción de dominio; propiedad; valores constitucionales; interés general.

Abstract

The growing economic crime at a global level, product of the globalizing processes of the last two decades, has forced the design and execution of new forms of combat against this type of conduct. The inability of criminal law to successfully cope drives the pendulum of criminal policies towards civil-patrimonial prosecution, where, due to a legal fiction, a civil process is instituted against assets of illicit origin or whose use resulted in activities contrary to law. Among the new forms, we find civil confiscation or without conviction, typical of Europe and North America, or the Latin American variant called asset forfeiture. Venezuela joined the nations that have implemented asset forfeiture, but not before debating the controversies that this institute has brought about based on the tensions between the Constitution and the right to property guaranteed by the fundamental text of 1999.

Key words: Confiscation; Asset forfeiture; Property; Constitutional values; General interest.

Sumario: 1. Preliminar: ¿cuál es el fundamento constitucional de la extinción de dominio? 1.1. La extinción de dominio como variante latinoamericana del decomiso sin condena. 1.2. La ratio de la extinción de dominio y su calificación como materia «civil» patrimonial. 2. La función social y el interés general de la propiedad como fundamento de la potestad de corrección patrimonial en el Estado Social de Derecho. Los denominados «valores constitucionales de la propiedad» y su ausencia en la tradición constitucional venezolana. 2.1. Los valores constitucionales de la propiedad. 2.2. El «interés general» como fundamento de la potestad de corrección patrimonial constitucional de la propiedad. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. PRELIMINAR: ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO?

En abril del año pasado, fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* la Ley Orgánica de Extinción de Dominio (en adelante

LOED)¹. Dentro del texto legal se introducía en el país un instituto global ampliamente reconocido en la legislación latinoamericana, así como de larga data fuera de nuestro continente con el mote de «decomiso sin condena», que, como apunta el profesor BLANCO CORDERO (2023, p. 297), es el «término favorito de la doctrina y jurisprudencia».

La extinción de dominio es una institución que se caracteriza tanto por ser de naturaleza sustantiva como adjetiva. En su primera arista, responde a su esencia constitucional, mientras que, en la faceta procesal, es una *actio in rem*, en la cual, partiendo de una ficción, se confisca civilmente el patrimonio por haber sido producto o instrumento de una actividad ilícita, más precisamente, delictiva-económica. Sin la necesidad de una condena penal, se puede «decomisar» bienes si estos son de origen ilícito o se han empleado para cometer acciones tipificadas como tal, apelando a la institución del enriquecimiento sin causa o ilícito, este último, incuestionablemente de materia civil.

Esta incursión dentro tanto del derecho civil como el proceso de idéntica naturaleza del *actio in rem verso* es una elevada apuesta de los Estados para el restablecimiento del equilibrio patrimonial quebrantado por la obtención de bienes en contravía de los valores constitucionales previstos para la consolidación del derecho de propiedad. De esta manera, por autorización de la propia Constitución, se readapta la señera figura del enriquecimiento sin causa o ilícito², con la gran diferencia de que las causas (conducta reprochable) no provienen de las clásicas ilicitudes civiles (v. gr. *condictio indebiti*, *condictio causa data non secuta*, *condictio ob turpem vel injustam causam*), sino de delitos tipificados en la legislación penal, o en los casos de modelos subjetivos³, de un espectro más elástico del término «ilicitud». En pocas palabras, se litiga en juzgados civiles, pero por causas total o parcialmente conexas con actividad delictual.

1. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, extraordinario, n.º 6.745, 28.04.2023.

2. Curiosamente en el Código de Napoleón no existía un artículo expreso que hiciera referencia directa al enriquecimiento injusto o sin causa, sino que, directamente, precisó la existencia de los «cuasicontratos», en específico, la *negotiorum gestio* y la *condictio* (artículos 1371-1381). Es en la doctrina francesa, específicamente en los autores AUBRY, Ch. y RAU, Ch.-F. 1917: *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zacharie*. París: Marchal et Godde, Successeurs, 354-355, quienes establecerán el concepto omnicompreensivo del enriquecimiento injusto para aplicarlo en el Códice Napoleón. Más bien la regulación expresa por el legislador ocurre en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), al establecer «[...] A nadie le está permitido enriquecerse a expensas de otro sin que medie justa causa [...]» (§ 812).

3. Sobre las diferencias entre los modelos «subjetivos» y «objetivos» en la extinción de dominio, véase URBINA MENDOZA, Emilio J. 2023: «Los modelos del decomiso sin condena y la extinción de dominio en el Derecho Comparado Latinoamericano. Origen, tendencias y transformaciones por la Justicia Constitucional». *Estudios de Deusto*, julio-diciembre 2023, 71/2: 259-299. También, véase JIMÉNEZ TAPIA, Rafael S. y URBINA MENDOZA, Emilio J. 2023: *Introducción al estudio de la extinción de dominio y sus modelos globales*. Caracas: AVIPRI-Editorial Jurídica Venezolana, 796 pp.

Ahora bien, la autorización constitucional a la que hacemos referencia, en la generalidad de los países de América Latina, rara vez es expresa como ocurre con la Constitución Política de Colombia⁴ o la proveniente de los Estados Unidos Mexicanos⁵. Fuera de estas Constituciones, la fundamentación constitucional sobre la extinción de dominio se torna polémica y polarizadora de comunidades jurídico-científicas en el continente, dado que es deducida de la hermenéutica constitucional.

En este trabajo analizaremos precisamente ese carácter de doble naturaleza (constitucional y civil), pero intrínsecamente conexas con el derecho penal económico. Además, revisaremos el concepto de «corrección patrimonial constitucional» como mecanismo garantista de la limpieza de los patrimonios dentro de un Estado, fundamento y *ratio* de la extinción de dominio. Estudiaremos también la concepción venezolana, que, aunque no exista en este momento una decisión definitoria de fondo (tras

4. «Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social».

5. «Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete la autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni de *aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia*.

La acción de extinción de dominio se ejercerá por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal. Las autoridades competentes de los distintos órdenes de gobierno le prestarán auxilio en el cumplimiento de esta función. La ley establecerá los mecanismos para que las autoridades administren los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, incluidos sus productos, rendimientos, frutos y accesorios, para que la autoridad lleve a cabo su disposición, uso, usufructo, enajenación y monetización, atendiendo al interés público, y defina con criterios de oportunidad el destino y, en su caso, la destrucción de los mismos. Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.

A toda persona que se considere afectada, se le deberá garantizar el acceso a los medios de defensa adecuados para demostrar la procedencia legítima del bien sujeto al procedimiento» (cursiva nuestra).

más de un año con la LOED), salvo la 315 de la Sala Constitucional del TSJ⁶, allanaremos un camino para incorporar otras materias conexas del proceso civil, este último, moldeado en estos 25 años tanto por la Sala Constitucional (en adelante TSJ/SC) y la de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (en adelante TSJ/SCC)⁷.

1.1. La extinción de dominio como variante latinoamericana del decomiso sin condena

No puede comprenderse la extinción de dominio sin hacer referencia al concepto más omnicompreensivo y de mayor tradición global: *el decomiso sin condena, comiso autónomo, decomiso civil o decomiso a secas*, como lo define la Convención de Mérida contra la Corrupción (en adelante UNCAC 2003)⁸.

El decomiso sin condena proviene del Derecho angloamericano. Fue prácticamente introducido en Europa por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)⁹ desde 1996 (VERVAELE, 1998, pp. 71-80), hasta su concreción

6. En Venezuela, la Constitución de 1999 exige que toda ley para ser calificada de «orgánica» necesariamente debe cumplir unos requisitos sustanciales y formales. Entre los primeros, exige el artículo 203 que serán orgánicas aquellas leyes que así denomine expresamente la Constitución, las que sirven de marco normativo a otras leyes, las que se dicten para organizar poderes públicos o para desarrollar derechos constitucionales. Los formales incluyen que sea aprobado el proyecto de ley orgánica con el voto favorable de las dos terceras partes de la Asamblea Nacional (Parlamento), así como el pronunciamiento también favorable de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien analizará, una vez sancionada la ley, la constitucionalidad del carácter orgánico, es decir, verificará si se enmarca dentro de los supuestos sustanciales previstos en el artículo 203 constitucional para poder calificar de orgánica a la ley. Este proceso se llevó a efecto el mismo día de sanción de la ley (28 de abril de 2023). La Sala Constitucional se pronunció el mismo día, mediante sentencia número 315.

7. El artículo 11 de la LOED es expreso en establecer que «[...] La acción de extinción de dominio se ejercerá por el Ministerio Público y se sustanciará por las normas contenidas en esta Ley, independientemente de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado. El Ministerio Público deberá disponer de fiscalías especializadas en materia de extinción de dominio, tomando en cuenta *la naturaleza civil de la acción de extinción de dominio* [...]» (cursiva nuestra). Por ello, vista esta declaratoria, en cada fase del proceso serán determinantes las disposiciones que ha interpretado tanto nuestra Sala Constitucional como la Sala de Casación Civil, ambas, pertenecientes al Tribunal Supremo de Justicia.

8. Artículo 2, literal g).

9. Véase TEDH, sentencias de 24 de octubre de 1986 (*Agosi vs. Reino Unido*); 9 de febrero de 1995 (*Welch vs. Reino Unido*); 5 de mayo de 1995 (*Air Canada vs. Reino Unido*); 21 de noviembre de 2006 (*Cecil Stephen Walsh vs. Reino Unido*); 10 de junio de 2007 (*Dassa Foundation and Other vs. Liechtenstein*); y 12 de mayo de 2015 (*Gogitidze and Others vs. Georgia*).

en la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del Delito (BLANCO CORDERO, 2023, p. 298).

Este mecanismo, que según el TEDH es equiparado al enriquecimiento injusto, implica una ficción por la cual el objeto, al provenir de una actividad delictiva (conducta reprochable), o bien deviene en ella porque se emplea para cometer actos ilícitos, se le decomisa en razón de trasgredir la legalidad (*actio in rem*), sin que ello implique la condenatoria penal del titular aparente del bien. Es un juicio al patrimonio y no a la persona que se le asocia del derecho real. Este decomiso, evolución propia del comiso accesorio (pena accesoría), no exige una sentencia penal. Basta con formular la pregunta al patrimonio ¿de dónde se obtuvo? Si la respuesta se encuadra bajo los supuestos tipificados como «actividad ilícita», se procede al decomiso tras un proceso de naturaleza civil como detallaremos más adelante.

En América Latina, a pesar de suscribirse UNCAC 2003 de forma unánime, el término no ha ganado adeptos. Se prefiere utilizar el término «extinción de dominio», en reconocimiento al esfuerzo teórico-dogmático del Derecho colombiano a quien se le debe la terminología y la morfología definitiva del instituto (BLANCO CORDERO, 2023, p. 297).

Aunado a esta tradición de peso en el subcontinente, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Delincuencia y Drogas (ONUDC), tomando como referencia la tesis dominante colombiana, preparó en 2011 la *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (en adelante LMEDO) en el marco del programa de asistencia para América Latina y el Caribe. Este documento, horma indiscutible de la extinción de dominio en nuestros países¹⁰, ha sido el marco referencial para asumir hasta el vocablo y transformar el decomiso sin condena en un término casi inexistente. En la exposición de motivos de la LMEDO explica:

[...] Es «*regional*» por cuanto fue diseñada siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica que pudieran acoger la iniciativa. Por la misma razón, se adoptó el nombre de «*extinción de dominio*» por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, por «decomiso sin condena» término utilizado en otros ámbitos internacionales [...]. (cursiva nuestra)

A simple vista puede apreciarse que la extinción de dominio y el decomiso sin condena son términos sinónimos; pero, por razones de tradición histórica, el primero es de mayor calado en América Latina, mientras que el segundo se aplica en ámbitos «internacionales», como puede leerse en efecto en UNCAC 2003, los instrumentos globales

10. En Venezuela, tal como lo indicó en su oportunidad el proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, tuvo como referencia casi exclusiva la Ley Modelo de Naciones Unidas. No solo se asumieron los términos y demás componentes de la jerga especializada del instituto, sino, también, la propia estructura del procedimiento de extinción de dominio. De igual manera ocurrió en América Latina en el lapso que corre desde 2012 hasta 2020, donde casi todos los países de la región habían incorporado el instituto a su legislación.

y comunitarios, las legislaciones europeas, asiáticas y africanas y la Jurisprudencia del TEDH. Inclusive, en la propia Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos la traducción al español de sus NCB (*Non-Conviction Based*) se relaciona más con el decomiso civil que con la extinción de dominio¹¹.

La diferencia entre ambos estaría circunscrita en cuanto a fuente¹², naturaleza¹³, alcance¹⁴ y fundamento¹⁵. Por la precisión del presente trabajo remitimos a nuestro estudio pormenorizado sobre la materia (JIMÉNEZ y URBINA, 2020, pp. 148-157).

1.2. La ratio de la extinción de dominio y su calificación como materia «civil» patrimonial

A pesar de la enorme persistencia en ciertos sectores de la doctrina en calificar a la extinción de dominio como materia «penal», debemos afirmar que esta tendencia es un desconocimiento de la naturaleza misma del instituto. El debate sobre el carácter civil o constitucional de la extinción de dominio (SANTANDER ABRIL, 2023, pp. 1-16) adquiere una relevancia esencial para comprender mejor el instituto. Esto implicó, no solo a nivel de doctrina, sino de la propia jurisprudencia constitucional colombiana, calificar la extinción de dominio como poliédrica o de diferentes enfoques, siendo objetiva y adjetiva a la vez¹⁶. Esta tesis dual del instituto (sustantiva y procesal) está marcando el compás para así decantar mejor los procedimientos que sobre extinción de dominio se

11. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, *United States vs. Ursery*, 518 U.S. 267, de 24 de junio de 1996.

12. La fuente a que hacemos referencia es sobre el documento matriz que lo introduce. Por ejemplo, en ningún tratado o convención internacional se hace referencia a la extinción de dominio, sino al decomiso.

13. Sobre la naturaleza existe una distinción en equiparar la extinción de dominio a la institución del derecho romano conocido como enriquecimiento ilícito (*actio in rem verso*), mientras que el decomiso sin condena se asocia más a la tesis de la accesoriadad, aunque en algunos fallos del TEDH se vincule al enriquecimiento sin causa.

14. En el decomiso sin condena, prácticamente el alcance está circunscrito a la lucha contra la delincuencia económica, en específico a drogas, delincuencia organizada y corrupción. La extinción de dominio es más omnicompreensiva, pues, además de vincular al concepto de «actividad ilícita» a los tres frentes de la criminalidad económica, se incluyen también otras conductas que no están tipificadas como delitos, pudiendo servir para enfrentar los casos de elusión fiscal, violación a ilícitos administrativos de naturaleza cambiaria, etc.

15. En la extinción de dominio el fundamento se centra en la violación del bien o patrimonio a los valores constitucionales de la propiedad, es decir, que dichos patrimonios fueron obtenidos en contravía de lo ordenado en la Constitución sobre el destino y el origen de todo bien. En el decomiso, casi nunca se hace alusión a la constitucionalidad del origen de la propiedad adquirida, sino a la concreción de los requisitos legales sin necesidad de una condena penal.

16. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-740, de 28 de agosto de 2003.

sustancien en la región. Como afirma el fallecido profesor DUQUE CORREDOR (2023a, p. 19), citando a SANTANDER ABRIL, es «[...] necesario distinguir entre la extinción de dominio como instituto jurídico de derecho sustancial y la acción mediante la cual se concreta la pretensión procesal de extinción de dominio [...]».

Esta calificación nos parece capital, puesto que, si se arrinconara hacia el Derecho penal, entonces, la extinción de dominio sería no solo inconstitucional, sino también un concepto inútil. Debemos recordar que se apeló a la creación de estas acciones *in rem* precisamente por debilidades en la probática penal, es decir, por una ausencia de plena prueba para condenar a un ciudadano, y, de esta manera, desvirtuar la presunción de inocencia y el resto de las garantías jurídico-penales. Sin embargo, una acción basada en demandar a los bienes y no a las personas, cimentada en un régimen de presunciones, un balance de probabilidades y carga dinámica de la prueba, sí podía resistir cualquier obstáculo basado en los principios garantísticos del Derecho penal. Por ello, se calificó sustantivamente a la extinción de dominio como una institución de naturaleza «constitucional» (corrección patrimonial de conformidad con los valores de la Constitución Económica), mientras que, para su abordaje procesal, sería de incuestionable carácter civil-patrimonial.

Esta calificación como «civil» del procedimiento (acción), aparece precisamente reflejada en la LOED venezolana bajo los siguientes términos:

[...]

Naturaleza de la acción

Artículo 11. La acción de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, real y de contenido patrimonial y recaerá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio y de crédito, sobre cualquiera de los bienes descritos en esta Ley, independientemente de quien esté ejerciendo la posesión sobre los mismos, o quien se ostente o adjudique la propiedad del bien, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa o sin simulación del negocio.

La acción de extinción de dominio se ejercerá por el Ministerio Público y se sustanciará por las normas contenidas en esta Ley, independientemente de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado. El Ministerio Público deberá disponer de fiscalías especializadas en materia de extinción de dominio, tomando en cuenta la *naturaleza civil de la acción de extinción de dominio*.

Los funcionarios y funcionarias del Ministerio Público que por retardar u omitir algún acto de sus funciones en materia de extinción de dominio, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, serán sancionados de conformidad con lo previsto en la ley [...]. (cursiva nuestra)

Esta concreción normativa traerá varias consecuencias, siendo la primera el carácter civil del proceso de extinción de dominio. Por tanto, las normas supletorias —y sus principios procesales— serían las establecidas en el Código de Procedimiento Civil (equivalente a la Ley de Enjuiciamiento Civil española). En segundo lugar, el Tribunal

Supremo de Justicia de Venezuela, en Sala Plena¹⁷, implantó la competencia transitoria (mientras se crean los tribunales especializados concebidos en la LOED), en los juzgados civiles del área metropolitana de Caracas, como jurisdicción única, para todo el país.

Esta dualidad en su naturaleza nos obliga a detenernos no tanto en la esfera procesal de la extinción de dominio, típicamente civil, sino en el fundamento de creación de este instituto que aborda uno de los puntos más álgidos en una Constitución: *la propiedad y derecho de propiedad*.

2. LA FUNCIÓN SOCIAL Y EL INTERÉS GENERAL DE LA PROPIEDAD COMO FUNDAMENTO DE LA POTESTAD DE CORRECCIÓN PATRIMONIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. LOS DENOMINADOS «VALORES CONSTITUCIONALES DE LA PROPIEDAD» Y SU AUSENCIA EN LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL VENEZOLANA

Todo análisis sobre extinción de dominio en nuestro continente pasa obligatoriamente por el examen a fondo, sistemático, metódico y desideologizado del concepto de propiedad privada. Aunque en esta oportunidad no vamos a realizar un estudio detallado sobre la misma, pues rebasaría el contenido temático precisado desde el inicio del presente artículo académico, es necesario dejar muy en claro que es uno de los temas más neurálgicos dentro de cualquier sociedad, incluyendo las de corte socialista. Inexplicablemente, estas últimas, abiertamente contrarias al liberalismo, terminan por asumir una institución de raigambre liberal como la extinción de dominio, aunque, como apunta BREWER-CARÍAS (2023, p. 732), pudiera encuadrarse bajo una forma específica de confiscación.

En la extinción de dominio, para no caer en la superficialidad o la tentación reduccionista (MORÍN, 2018) para abordar aquella, es necesario adentrarnos en las dimensiones reales sobre lo que implica este derecho, que en las versiones liberales se calificaba de «sagrado» (art. XVII de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789), y que en Venezuela halló eco en la precursora *Declaración de Derechos del Pueblo* adoptada por el Congreso General de las Provincias de Venezuela en 1811 (BREWER-CARÍAS, 1990, pp. 87-88).

La extinción de dominio no cuestiona ni las bases ni mucho menos las garantías propias del derecho de propiedad. Es más, veremos que el instituto es producto de

17. Véase Resolución número 2023-0002, de 24 de mayo de 2023, mediante la cual se establece la competencia de los tribunales civiles para conocer, sustanciar y decidir sobre las acciones de extinción de dominio.

una versión liberal primigenia, donde no se polemiza el dominio, sino que, a través de una ficción, se analiza si la propiedad logró consolidarse o no dependiendo de los actos originarios de adquisición de los titulares aparentes. Por ello, para comprender el fundamento de la extinción de dominio necesariamente debemos detenernos en dos (2) ejes —complementarios— del derecho de propiedad analizado desde la Constitución bolivariana de 1999.

Es inútil persistir en la visión tradicional venezolana sobre el apotegma que es el derecho real por excelencia, más afincado en las restricciones a los atributos, las garantías para su uso, goce y disposición, así como la intervención del Estado para lograr su ablación, sea por expropiación u otras formas contenidas en el texto constitucional. Tampoco cuestionamos una verdad lacerante, presente en los últimos años, sobre la progresiva modificación y debilitamiento del núcleo duro constitucional de la propiedad (GALLOTI, 2015, p. 161). Así que nos detendremos a estudiar, para este artículo, los valores constitucionales de la propiedad y el concepto de «interés general» como fundamento de la potestad de corrección patrimonial constitucional a la propiedad, que todo Estado goza en razón de la protección a la mismísima Constitución económica.

En Venezuela el primer eje casi no tiene asidero, o, mejor dicho, ha sido prácticamente abordado de forma eventual. Apenas, marginalmente, es mencionado en una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Justicia del año 2012, precisamente, al dilucidar un caso relativo a ejidos municipales¹⁸. El segundo eje, si bien posee un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial a lo largo de 6 décadas, también se ha extendido más allá de sus límites racionales, usando como yelmo de su inexplicable expansión una extremísima interpretación del contexto del Estado social de derecho que han proclamado las Constituciones de Venezuela, por lo menos, formalmente, desde la Constitución de 1947¹⁹. En pocas palabras, queremos diferenciar conceptualmente lo que significa el interés público y el interés social del «interés general», este último, uno de los fundamentos de la potestad de corrección patrimonial muy presente en la extinción de dominio.

18. Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n.º 881, de 26 de junio de 2012 (Caso: *Municipio Iribarren vs. sentencia del juzgado superior contencioso-administrativo de la región centro-occidental*).

19. Para el manejo de los textos constitucionales en Venezuela, emplearemos la obra de BREWER-CARÍAS, A. R. 2008: *Las Constituciones de Venezuela*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2 tomos. Revisando los textos, podemos encontrar que precisamente fue a partir de la Constitución de 1947 (artículos 65 al 69) cuando se expanden los conceptos relativos a utilidad pública o social, interés general, o bien, restricciones y obligaciones establecidas en la ley.

2.1. Los valores constitucionales de la propiedad

En Venezuela, el abordaje de la propiedad desde los valores constitucionales para su obtención ha sido exigua, cuando no nula, en lo que respecta a las afirmaciones de la doctrina (JIMÉNEZ y URBINA, 2023, p. 205). Sin embargo, en la revisión de la literatura histórica venezolana, realizada más exhaustivamente, encontramos un trabajo del académico de número Amenodoro RANGEL LAMUS (1938, pp. 31-32), quien expresaría, finalizando la década de los años 30 del siglo pasado, lo siguiente:

[...] El Estado protege *la afectación de una cosa* a un interés individual, bajo el concepto de que tal cosa ha de emplearse en forma que *contribuya al desarrollo de la riqueza pública*. El individuo no es un fin, como explicaba aquel hombre genial que fue Duguit, sino un medio: rueda de esa máquina complicada que es el organismo social, *él tiene una función que cumplir, un trabajo que ejecutar, de acuerdo con el puesto que ocupa dentro del conglomerado en que actúa*. Por eso, en una materia que tiene una importancia decisiva para la vida de los pueblos, el legislador de nuestro tiempo no puede reconocer el absolutismo que proclamó el Código napoleónico. En su ejercicio y en su realización, el derecho del propietario encuentra limitaciones, y es por eso por lo que el individuo no puede emplear los bienes que forman su patrimonio de modo que le plazca, *sino en concordancia con la misión social que le señala su carácter mismo de propietario*. Si no obra de esta manera, si no usa su derecho, sino que abusa de él, los poderes públicos están facultados para intervenir, por ser contraria tal conducta a la organización social contemporánea, que se basa en el principio de la solidaridad o interdependencia [...]. (cursiva nuestra)

El pionero del agrarismo en Venezuela (1937) nos introduce en uno de los fundamentos valórico-constitucionales que reviste las razones por las cuales la propiedad, para poder consolidarse, requiere del cumplimiento de unas funciones constitucionalmente asignadas. En este caso, relativas al «[...] desarrollo de la riqueza pública [...]». Además, el propietario, entendido como sujeto de derecho, tampoco puede ampararse, bajo un supuesto derecho real, para no cumplir una misión constitucional como es la de verificar que los bienes se alineen con esos valores para el desarrollo de la prosperidad. Prosigue RANGEL LAMUS, en su condición de ministro de Agricultura y cría durante la presidencia del general LÓPEZ CONTRERAS (1936-1941):

[...] El señor *Mussolini*, que ciertamente no se distingue por su inclinación al comunismo, hace unos años dispuso obligar a los propietarios a cultivar sus campos *bajo amenaza de confiscación si no los trabajaban*, y después dictó una serie de medidas para combatir el absentismo. De acuerdo con las enseñanzas de los individualistas, las disposiciones del Duce constituyen un verdadero atentado, *más no aparecen lo mismo para la nueva doctrina*, toda vez que uno de los principios que ella sustenta es el de que el propietario tiene una función social que cumplir, y si no la cumple, o si la cumple mal; si —decía Duguit— deja sus tierras sin cultivar, sus sitios urbanos sin construcciones, sus capitales muebles improductivos, sus casas caer en la ruina o sin arrendar, *la*

intervención de los gobernantes es legítima para obligarlo a asegurar el empleo de las riquezas que posee [...]. (Rangel Lamus, 1938, p. 33) (cursiva nuestra)

No podemos calificar al autor citado como prácticamente, o siquiera, «simpatizante» de doctrina comunista o similar, máxime, cuando el Gobierno al que formaba parte había realizado una modificación sustancial —y quizá única en términos ideológicos— a la Constitución precisamente para «proscribir el Comunismo»²⁰. La nueva doctrina a la que hacía referencia era sin duda alguna un liberalismo corregido —aunque más vinculado a las tesis de León DUGUIT— que colocaba los bienes no tanto como «cosas» inanimadas, sino como efectos patrimoniales que interactúan con otros patrimonios para acrecentar la prosperidad «lícita» de la nación.

Este tipo de filosofía liberal daría fundamento a la primigenia extinción de dominio concebida en Colombia con la reforma agraria de 1936, y que, perfectamente, se fue perfilando hasta su concreción definitiva en la Constitución 1991. La médula discursiva de estos valores se concentra fundamentalmente en dos: *la honestidad para adquirir patrimonios y la legalidad en el desarrollo de estos*. Ambos valores están relacionados con el contexto del liberalismo primigenio, en el cual, solo a través del trabajo lícito puede concebirse una genuina igualdad para obtener el patrimonio.

Quien ha reflejado y proyectado para América Latina el fundamento de los valores constitucionales de la propiedad ha sido la Corte Constitucional de Colombia, que, en la celebérrima sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003 (Caso *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*). Veamos:

[...] La Corte debe precisar que el derecho de propiedad no es, *per se*, un derecho fundamental ya que el constituyente no lo ha dotado de esa precisa naturaleza. Si bien durante el Estado liberal originario, el derecho de propiedad era considerado como un derecho inalienable del ser humano y, por lo mismo, no susceptible de la injerencia estatal, hoy esa concepción está superada y esto es así al punto que en contextos como el nuestro, el mismo constituyente le ha impuesto límites sustanciales a su ejercicio. De allí que, si bien se lo reconoce como un derecho constitucional, se lo hace como un derecho de segunda generación, esto es, como un derecho adscrito al ámbito de los derechos sociales, económicos y culturales. Por ello, la jurisprudencia de esta Corporación *sólo le ha reconocido al derecho de propiedad el carácter de derecho fundamental*

20. «[...] Artículo 32. La Nación garantiza a los venezolanos: [...] Omisis [...] 6.º La libertad del pensamiento, manifestado de palabra, por escrito o por medio de la imprenta, u otros medios de publicidad, pero quedan sujetas a pena, conforme lo determine la ley, las expresiones que constituyan injuria, calumnia, difamación, ultraje o instigación a delinquir. No es permitido el anonimato, ni se permite ninguna propaganda de guerra ni encaminada a subvertir el orden político o social. *Se considerarán contrarias a la independencia, a la forma política y a la paz social de la Nación, las doctrinas comunista y anarquista, y los que las proclamen, propaguen o practiquen serán considerados como traidores a la Patria y castigados conforme a las leyes [...]*» (cursiva nuestra) Tomado de: BREWER-CARÍAS, A. R. 2008: ... *Las Constituciones de Venezuela...*, tomo II, 1228-1229.

cuando está en relación inescindible con otros derechos originariamente fundamentales y su vulneración compromete el mínimo vital de las personas [...]. (cursiva nuestra)

A pesar de no reconocer el fundamento liberal de la aseveración «[...] que solo se reconoce el derecho de propiedad cuando está en relación inescindible con otros derechos [...]», hace referencia a la concatenación de la propiedad y su anclaje con la funcionalidad de otros cometidos constitucionales. Prosigue la Corte Constitucional:

[...] 4. La Constitución de 1991 suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda democracia constitucional —dignidad humana y democracia pluralista— sino también al *fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los de trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. De acuerdo con esto, afincó el trabajo como fuente lícita de realización y de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y relegó al interés privado a un plano secundario respecto del interés general.*

Así, ya desde el artículo 1.º, está claro que en el nuevo orden constitucional no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues su ejercicio debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales. Pero estas implicaciones se descontextualizan si no se tienen en cuenta los fines anunciados en el artículo 2.º y, para el efecto que aquí se persigue, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. *No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente* y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales [...]

[...] Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto por el constituyente de 1991, el orden de valores y principios configurado para posibilitar la convivencia, *toma exigible un título lícito para la adquisición de los derechos, pues en una democracia constitucional se protegen únicamente aquellos que son fruto del trabajo honesto.* Y si esta exigencia no se satisface, el Estado ejerce la facultad de desvirtuar la legitimidad de los bienes y de extinguir, por esa vía, un dominio al que se accedió ilegítimamente. De esta manera, la regulación de los efectos de la ilegitimidad del título del derecho de dominio dejó de estar relegada a la ley y fue regulado directamente por el constituyente [...]. (cursiva nuestra)

Nótese que en el texto persiste la Corte en rechazar el liberalismo²¹, más, sin embargo, cuando ratifica que solo el trabajo es «[...] fuente lícita de realización y de riqueza

21. Aunque podemos estar de acuerdo que el rechazo de la Corte Constitucional pudiera ser hacia un tipo de liberalismo, ya que, como se ha podido comprobar dentro de esta corriente del pensamiento, lo correcto es hablar de «liberalismos», en alusión a las múltiples variantes y formas de ser «liberales». Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, E. J. 2005: «Neoliberalismo, filosofía liberal y derecho del siglo XXI». En Fernando Parra Aranguren (ed.): *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera*. Caracas: Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, 533-566.

[...], asume las tesis «liberales» del John LOCKE. Para el filósofo inglés, lo único que legitimaba la propiedad era precisamente el «trabajo». Veamos lo que explica sobre el fundamento de la propiedad privada:

[...] 25. Tanto si consideramos la razón natural, la cual nos dice que, una vez que nacen, los hombres tienen derecho a su autoconservación y, en consecuencia, a comer, a beber y a beneficiarse de todas aquellas cosas que la naturaleza procura para su subsistencia, como si nos atenemos a la revelación, la cual nos da cuenta de los dones mundanales que Dios otorgó a Adán, a Noé y a sus hijos, es sobremanera evidente que Dios, como dice el rey David (*Salmos cxv. 16*), «ha dado la tierra a los hijos de los hombres», es decir, que se la ha dado a toda la humanidad para que ésta participe en común de ella. Más, admitido esto, *a algunos les resulta muy difícil entender cómo podrá un individuo particular tener posesión de cosa alguna*. No sólo me limitaré a responder que, si es difícil justificar la propiedad partiendo de la suposición que Dios entregó el mundo a Adán y a su posteridad para que todos lo tuvieran en común, sería también imposible que nadie, excepto un monarca universal, tuviese propiedad alguna si suponemos que Dios dio el mundo a Adán y a sus sucesores directos, excluyendo al resto de la humanidad; no me limitaré a la respuesta que acabo de dar, digo, sino que también mostraré cómo los hombres pueden llegar a tener en propiedad varias parcelas de lo que Dios entregó en común al género humano; y ello, sin necesidad de que haya un acuerdo expreso entre los miembros de la comunidad.

[...]

27. Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sean a todos los hombres comunes, cada hombre, empero, *tiene una «propiedad» en su misma «persona»*. A ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. *El «trabajo» de su cuerpo y la «obra» de sus manos podemos decir que son propiamente suyos*. Cualquier cosa, pues, que él remueva del estado en que la naturaleza le pusiera y dejara, con su trabajo se combina y, por tanto, queda unida a algo que de él es, y así se constituye en su propiedad. Aquella, apartada del estado común en que se hallaba por naturaleza, *obtiene por dicho trabajo algo anejo que excluye el derecho común de los demás hombres*. Porque siendo el referido «trabajo» propiedad indiscutible de tal trabajador, no hay más hombre que él con derecho a lo ya incorporado, al menos donde hubiere de ello abundamiento, y común suficiencia para los demás.

28. Ciertamente, quien se ha alimentado de las bellotas que él mismo ha recogido de debajo de una encina, o de las manzanas que ha cosechado de los árboles del bosque, puede decirse que se ha apropiado de ellas. Nadie podrá negar que ese alimento es suyo. Pregunto pues: ¿Cuándo empezaron esos frutos a pertenecerle? ¿Cuándo los ha digerido? ¿Cuándo los comió? ¿Cuándo los coció? ¿Cuándo se los llevó a su casa? ¿Cuándo los cogió en el campo? Es claro que si el hecho de recogerlos no los hizo suyos, ninguna otra cosa podría haberlo hecho. Ese trabajo estableció la distinción entre lo que devino propiedad suya y lo que permaneció siendo propiedad común. El trabajo de recoger esos frutos añadió a ellos algo más de lo que la naturaleza, madre común de todos, había realizado. Y de ese modo, dichos frutos se convirtieron en derecho privado suyo. ¿Podrá decir alguno que este hombre no tenía derecho a las bellotas o manzanas que él se apropió de ese modo, alegando que no tenía el consentimiento de todo el género humano para tomarlas en pertenencia? ¿Fue un robo el apropiarse de lo

que pertenecía comunitariamente a todos? Si el consentimiento de todo el género humano hubiera sido necesario, este hombre se habría muerto de hambre, a pesar de la abundancia que Dios le había dado. Vemos en las tierras comunales que siguen siendo tales por virtud de un convenio que la apropiación de alguna de las partes comunales empieza cuando alguien las saca del estado en que la naturaleza las ha dejado. Sin esto, las tierras comunales no tendrían sentido. Y la apropiación de esta o aquella parte no depende del consentimiento expreso de todos los comuneros. Así, la hierba que mi caballo ha rumiado, y el heno que mi criado ha segado, y los minerales que yo he extraído de un lugar al que yo tenía un derecho compartido con los demás, se convierten en propiedad mía, sin que haya concesión o consentimiento de nadie. El trabajo que yo realicé sacando esos productos del estado en que se encontraban me ha establecido como propietario de ellos [...].²² (cursiva nuestra)

Sin lugar a duda la tesis constitucional avalada por la Corte, aunque ella misma establezca que no es del liberalismo, proviene del concepto liberal de LOCKE donde explicita que solo el trabajo es lo que permite el nacimiento de la propiedad privada y el fin del «estado de naturaleza» o del «dominio comunitario». Es quizá, según apunta GUERRERO (1990-1991, pp. 9-60), la primera de las teorías sistematizadoras sobre el fundamento de la propiedad privada formuladas en Occidente y que ha de mantenerse incólume, a pesar de que, autores como Richard PIPES (2019, pp. 47-48), consideran la aseveración de LOCKE como un «retroceso» al concepto de propiedad. Este fundamento persistirá en la misma Corte, inclusive, cuando aborda la esfera procesal de la extinción de dominio²³. Como ha indicado tan respetado órgano jurisdiccional, los bienes «no pueden ir en ‘contravía’ de los valores que arropan y fundamentan la propiedad, entre ellos, el del trabajo honesto, lícitamente reconocido por el sistema jurídico».

En Venezuela poco se ha abordado sobre el papel del «trabajo lícito» como fundamento de la propiedad. Como apuntamos en nuestros diferentes trabajos a lo largo de estos años (JIMÉNEZ y URBINA, 2020, pp. 179-180 y JIMÉNEZ y URBINA, 2023, pp. 211-214), nuestros tribunales supremos se han debatido no en cuanto a la legitimidad del origen propietario en sí, sino más bien al carácter elástico o no del derecho real, si es absoluto o relativo.

De todas las sentencias dictadas en Venezuela en materia de constitucionalidad de la propiedad, resalta la número 881 del mes de junio de 2012, en la cual, la Sala Constitucional del actual Tribunal Supremo de Justicia destacó:

22. LOCKE, John. 1690: *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Hemos empleado para la cita la versión publicada en Madrid: Editorial Tecnos (traducción de C. Mellizo), 2010. Capítulo V: «De la propiedad», pp. 32-35.

23. En efecto, la propia sentencia C-740 establecerá: «[...] Es una acción pública porque el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social. [...] (cursiva nuestra).

[...] La propiedad privada en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 545 del Código Civil. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con significado y alcance diversos. De ahí que esta Sala asuma el criterio, con general aceptación doctrinal y jurisprudencial, respecto de la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.

Tales consideraciones tienen, su fundamento en un dato histórico y material, en tanto que la propiedad como institución, incide directamente en orden social (sistema económico, político y cultural), por lo que cada sistema constitucional asume una postura sobre ella.

Así, si bien la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, consagró en términos muy generales el derecho de propiedad entre los derechos «*naturales e imprescriptibles*», siendo su conservación, junto a la de la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, «*el fin de toda asociación política*» (artículo 2 *eiusdem*), debe tenerse presente que bajo el vigente sistema constitucional no es posible derivar de su contenido, que el contenido del derecho de propiedad deba responder a los principios del sistema económico de mercado, como ámbito natural, frente a otros sistemas, en tanto que esta sería una interpretación constitucional distorsionada, en el cual se asumirían criterios a nuestra realidad política y social, y se asumirían preceptos propios del siglo XIX, impulsados por una corriente doctrinaria, que enfatizaba la libertad «*natural*» del sistema frente a la numerosa y perjudicial regulación del Antiguo Régimen.

La propia «*teoría económica implica que los derechos de propiedad se redefinirán de tiempo en tiempo a medida que cambian los valores relativos de los usos diferentes de la tierra*» —Cfr. Postner, RICHARD A. *Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica*, México 2007, p. 101—, que en materia urbana se concreta en el deber de los órganos que ejercen el Poder Público de garantizar el derecho a acceder a una vivienda adecuada, mediante el ejercicio de sus competencias constitucional y legalmente establecidas, ya que como bien señaló esta Sala «*la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho subjetivo, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica limitada exclusivamente al tipo abstracto descrito en el Código Civil, sino que la misma ha sido reconducida en virtud de la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, produciéndose una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos, como entre ellos podría citarse el aprovechamiento del suelo, así como la delimitación y restricción del derecho de edificación en ciertos casos.* (Vid. Rey Martínez, Fernando. *La Propiedad Privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucional, pp. 304-327). (Cfr. Sentencia de esta Sala N.º 403/06). [...]» (subrayado nuestro, cursivas originales de la Sala)

Al citar el tema de los valores y principios relativos a la propiedad dentro de un espacio temporal, hacemos alusión a aquellos que son incuestionables como es la adquisición «legítima» de la propiedad, que perfectamente calzan cuando la Sala trae a colación la exposición del economista Richard POSTNER en la supra citada sentencia 881/2012. Sin embargo, debemos apuntar que es insuficiente lo precisado en el fallo como para favorecer la tesis que en Venezuela sí se ha hablado sobre este punto.

Al cuestionarse siempre la estabilidad de la propiedad privada, poco o nada ha importado revisar su forma de adquisición, pues ha estado siempre presente que todo es «expropiable». Que, lamentablemente, se ha equiparado la propiedad privada con la pública, cuando esta última debe ser una anomalía. Por tanto, es lógico que tanto la antigua Corte Suprema de Justicia (1961-1999) como el actual Tribunal Supremo de Justicia (2000-2023) dediquen sus criterios jurisprudenciales a ratificar ese concepto relativo de propiedad²⁴, pues esta estará permanentemente sometida a un interés superior el cual siempre deberá «prevaler sobre el interés particular»²⁵, aunque se deja abierta la puerta según la Sala Constitucional para que:

[...] En este contexto, se aprecia que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva perspectiva subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, **sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.**

[...]

No obstante lo expuesto, cabe advertir que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, *por lo que ello puede y debe ser controlado por esta Sala Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias.*

Finalmente, debemos advertir que entendiendo la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho subjetivo, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica

24. Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. Sentencia n.º 1269, de 18 de septiembre de 2014 (Caso: *Industrias Venoco, C.A. Vs. Decreto n.º 7.712 de la Presidencia de la República*).

25. Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. Sentencia n.º 196, de 26 de febrero de 2013 (Caso: *Inversiones Alvean 2000 Vs. Decreto n.º 8.857 de la Presidencia de la República*).

limitada exclusivamente al tipo abstracto descrito en el Código Civil, sino que la misma *ha sido reconducida en virtud de la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, produciéndose una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos*, como entre ellos podría citarse el aprovechamiento del suelo, así como la delimitación y restricción del derecho de edificación en ciertos casos. (Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, «*La Propiedad Privada en la Constitución Española*», Centro de Estudios Constitucional, pp. 304-327). [...].²⁶ (cursiva nuestra, negrillas originales de la Sala)

Con la extinción de dominio, la propiedad en Venezuela abre una puerta inexplorada que facilitará una genuina integración con el resto de las naciones del orbe donde la revolución patrimonial no radica en abrazar fórmulas propias del materialismo dialéctico o cualquier versión socialista (VON MISSES, 1984, pp. 1-38), sino, más bien, centrarse en el origen mismo del concepto moderno de propiedad, que, por mucho que haya sido formulado por LOCKE y una corriente liberal determinada, no es dominio exclusivo del liberalismo.

2.2. El «interés general» como fundamento de la potestad de corrección patrimonial constitucional de la propiedad

Así como se ponen en boga, con la extinción de dominio, los valores constitucionales de la propiedad, se reformula una de las más señeras limitaciones al concepto de propiedad privada. Hacemos referencia al denominado «interés general», presente en casi todas las Constituciones occidentales al momento de regular el derecho real por excelencia.

Debemos partir, por otra parte, que, además de este concepto, existe la cláusula social de la propiedad, resumida en la expresión «función social», propia de la concepción del Derecho administrativo desde mediados del siglo XX (HERNÁNDEZ, 2014, p. 24; GHAZZAOU, 2020, p. 119). Según el profesor HERNÁNDEZ (2014, 25), este anclaje fue introducido por la tesis de León DUGUIT, donde, para el autor galo, «la propiedad es una función social» sin diferenciar las categorías.

Sobre esta influencia de la doctrina francesa, estamos de acuerdo con el profesor BREWER-CARÍAS (1980, p. 83), al indicar que la propiedad en sí «no es una función social»²⁷, como apunta DUGUIT, sino que el concepto omnicompreensivo no puede ser

26. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n.º 403, de 24 de febrero de 2006 (Caso: *Municipio Baruta del estado Miranda vs. Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*).

27. Expresaba el profesor BREWER-CARÍAS al respecto: «[...] Ahora bien, de acuerdo a la concepción de Duguit, realmente no era que la propiedad tenía una función social que cumplir,

incompatible con los intereses públicos (BREWER-CARIAS, 1980, p. 84), máxime, cuando la Constitución de 1999 no contempló expresamente la cláusula²⁸ a diferencia de la de 1961, donde sí se precisaba como concepto diferenciado de otros como la utilidad pública o el mismísimo interés general²⁹.

Ahora bien, se ha esgrimido muchas veces que estas limitantes son producto de interpretaciones socialistas, mejor dicho, antiliberales, pues la Constitución venezolana de 1961 apuntaba más hacia el modelo socialdemócrata. Es por ello por lo que su abordaje no puede hacerse a través de una hermenéutica directa, ni mucho menos, para justificar medidas arbitrarias de las Administraciones públicas. La extinción de dominio busca erradicar el preconstitucional concepto de «confiscación», aunque su término en el idioma inglés se asocie a este vocablo³⁰. Términos como los incorporados en el artículo 115 de la Constitución venezolana de 1999 son, dentro del marco de los valores constitucionales estudiados, un fundamento para la «corrección patrimonial» en los casos donde la propiedad pudiera ser producto de actividades condenadas por la propia Constitución y las leyes. En fin, hablamos de la propiedad «ilícita».

En la extinción de dominio el papel de la función social toma poca relevancia, pues no estamos hablando del servicio de la propiedad al colectivo, sino de cómo la propiedad privada para poder consolidarse como un verdadero derecho fundamental debe necesariamente crearse desde la licitud, es decir, desde los mecanismos generativos de riqueza válidamente contemplados en el ordenamiento jurídico. Todo derecho originado de actividades ilícitas termina por enlodar cualquier ejercicio de derechos subjetivos. Tampoco podemos aceptar que, en nombre de la «función social de la propiedad», se alienten actividades filantrópicas con bienes de dudosa procedencia con el

sino que la propiedad tendía a ser considerada como una función social, lo que implicaba la transformación total de la propiedad individualista, es decir, de la propiedad-derecho en una propiedad-función. Esta concepción, sin embargo, no ha sido la acogida en el derecho moderno, y la concepción que recoge nuestra Constitución no es que la propiedad sea una función social, sino que la propiedad tiene una función social [...]». *Urbanismo y propiedad privada*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1980, 83.

28. El artículo 115 establece: «Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes».

29. «Artículo 99. Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general».

30. Generalmente, algunos autores asocian al vocablo «civil forfeiture» con una errónea traducción de «confiscación civil». Consultando el WEBSTER, define a «forfeiture» como «[...] the act of forfeiting: the loss of property or money because of a breach of a legal obligation [...]». Consulta en línea: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/forfeiture>

único objetivo de «blanquear jurídicamente» dichos patrimonios. Esto sería un evidente fraude a la función social de la propiedad.

De esta manera, el interés general nos ampara lo que se denomina el *principio del ejercicio lícito de la propiedad*. Esto autoriza al Estado para que genere, en la suma de su política criminal, los mecanismos internacionales constitucionales y otras facultades propias de su capacidad como ente regulador de la sociedad, para que ponga en vigencia una acción permanente sobre bienes que sirven a la delincuencia económica, donde, dada su peculiaridad, la capacidad económica y la forma organizativa perfectamente se encuentren en la disposición para lesionar el sistema patrimonial completo de una nación. Y esta lesión, a la larga, genera daños sobre todo el sistema económico, limitando de facto las atribuciones de la propiedad ante el miedo legítimo de que se esté negociando con organizaciones delincuenciales sin que el ciudadano se percate. Para evitar este estado de «sospecha patrimonial», es que se cuenta con el mecanismo de extinción de dominio, que responde a esa necesidad de protección estatal a la economía más allá de las clásicas actuaciones u odiosos intervencionismos que cercenan la libertad económica.

Somos conscientes de que la propiedad es una consecuencia directa de la libertad general del ciudadano (CANOVAS, 2013, pp. 21-23). Y como apunta el profesor HERNÁNDEZ (2014, p. 35), la propiedad es un derecho asociado al ejercicio del derecho constitucional de libertad de empresa, pues la propiedad «[...] es inherente a la realización de toda actividad económica [...]». En ello se funde el núcleo duro de la propiedad, en que el bien o patrimonio mantenga una utilidad privada del derecho a pesar de cualquier limitación legitimamente contemplada en la Constitución y las leyes. Es por esta razón que hablar de propiedad es tautológicamente hacer alusión a una de las principales aristas de la libertad en todo Estado constitucional de derecho. De allí las razones para sostener que, en la medida que las sociedades abrazan conceptos comunistas de la propiedad, poca o ninguna funcionalidad tiene la extinción de dominio, como, en efecto, veremos más adelante.

Solo en los Estados con aproximaciones más o menos liberales en cuanto al patrimonio, es que podremos encontrar una funcionalidad a la extinción de dominio. Si, por el contrario, en una sociedad se ha impuesto, como explica el profesor HERNÁNDEZ (2014, pp. 52-55), una expansión ilimitada de las limitaciones de la propiedad privada, consideramos que sería nugatoria la función de la extinción de dominio, ya que bastaría con extender el bizarro concepto de «expropiación-sanción» para entonces hacerse con bienes y patrimonios sin tener que escrudiñar sobre los orígenes de estos o si son producto del trabajo honesto. Como indica el profesor Luciano PAREJO ALFONSO (1986, p. 82), una contradicción entre una situación privada y el interés público se resuelve satisfactoriamente a través de la expropiación.

Esto nos lleva a analizar otros conceptos inherentes a la propiedad que son determinantes para limitarla, pero, que, a su vez, facilitarían entender lo que denominamos «corrección patrimonial constitucional». Esta corrección implica no tanto tomar bienes privados y pasarlos al patrimonio público porque estos bienes perdieron su «función

social», sino más bien, cómo el Estado, en su papel de garante de los valores constitucionales de la propiedad, corrige la ilicitud patrimonial no tanto para quedarse con esos bienes, sino para que puedan ser reintroducidos en el sistema económico y cumplan estos valores de creación de riqueza y ejemplarización sobre el indispensable valor de la honestidad para su obtención. Como indica PAREJO ALFONSO (1986, p. 83), el «[...] derecho subjetivo resultante del reconocimiento de la institución aparece funcionalizado al interés general [...]».

De todos estos mecanismos correctivos extrapatrimoniales en una sociedad de riesgo global, el que calza a la perfección no tanto para identificar a la extinción de dominio, sino más bien para fundamentarla constitucionalmente, es el concepto de interés general, presente en todas nuestras Constituciones al precisar el derecho de propiedad. Como punto preliminar, debemos hacer una advertencia sobre la innecesaria concreción en la LOED de calificar la extinción de dominio como de «interés general», cuando, repetimos, es el interés general el que facilita la fundamentación constitucional a la extinción de dominio. En su artículo 4, *ejusdem*, es enfática al señalar:

[...] La extinción de dominio sobre los bienes y efectos patrimoniales relacionados o *derivados de actividades ilícitas es materia de interés general*. Las disposiciones de esta ley son de orden público [...]. (cursiva nuestra)

Este artículo, a nuestro juicio, resulta sobranter si partimos de que la propiedad está sometida a valores constitucionales y que la ED no está diseñada para ser, *per se*, un fin en sí misma, sino su *instrumentalidad permanente*. En los últimos años, en Venezuela, el legislador ha abusado de las calificaciones de «interés público» a un sinfín de actividades económicas donde la intervención del Estado luce hasta perturbadora.

En la legislación comparada no se hace ratificación alguna al interés general, ni en los decomisos sin condena, como tampoco a la extinción de dominio. El Código de Extinción de Dominio colombiano, considerado el prototipo de la región, no contempla en su articulado este calificativo, pues desnaturalizaría el instituto introduciendo una jacobina presunción generalizada de que el patrimonio de toda la sociedad está peligrosamente alimentado por fuentes «ilícitas». La LMEDO tampoco hace referencia al interés general de la extinción de dominio, pues implicaría desconocer su carácter eminentemente instrumental. Recalamos que la extinción de dominio es un instituto instrumental, es decir, no está al servicio de ella misma, sino para la protección de los valores constitucionales de la propiedad.

Esto nos lleva a repasar algunas nociones sobre el concepto de interés general, presente en casi todas las Constituciones modernas al momento de fijar mecanismos correctivos de la propiedad cuando esta última se desvía de los sanos principios y valores constitucionales para su adquisición. Concepto que, en su justa medida, facilitará los criterios de discernimiento para saber cuándo estamos ante un caso para aplicar la extinción de dominio y cuándo estamos en presencia de una arbitrariedad del Estado.

Primeramente, el interés general es un *concepto jurídico indeterminado*. Esta calificación nos permite establecer un puente legitimador de la extinción de dominio en un

Estado social de derecho, pues, como indicamos, el concepto de Estado social tiende a arrinconar los problemas de la propiedad más hacia sus limitaciones y tensiones con relación al orden público, las decisiones colectivas y su servicio a la sociedad en general. Como en la extinción de dominio no estamos en presencia de esta lidia, sino que la cuestión fundamental es verificar si la propiedad privada se configuró o no como derecho fundamental, en relación a la actividad del titular aparente, cuya única solución —y no se acepta tercera vía— es dilucidando el carácter «lícito o ilícito» de su origen. En fin, o es un patrimonio legalmente adquirido o no lo es. No puede aceptarse un término medio, pues toda sociedad sabe calificar, según las circunstancias temporales, cuándo estamos en presencia de patrimonios honestamente obtenidos y cuándo no lo estamos.

Los conceptos jurídicos indeterminados, además de caracterizarse por su «dinamicidad», así como no nos permiten sino una única solución como apuntamos en el párrafo anterior, poseen una estructura compleja, bien definida y aceptada en la doctrina (CASSAGNE, 2016, p. 249), a saber: 1.- un núcleo fijo o zona de certeza positiva; 2.- un halo conceptual o zona de incertidumbre; 3.- una zona de certeza negativa, que excluye totalmente la posibilidad de una solución justa. En la extinción de dominio, apelando al interés general que rodea toda propiedad, siendo más incisivamente en la privada, sería: 1.- todo bien lícito adquirido de conformidad a la ley es requisito indispensable para reconocer, por todos, la propiedad privada; 2.- es contrario a la ley, sin que implique un hecho punible en algunos casos, la apropiación de bienes en perjuicio patrimonial a la Administración pública, o bien, en desmedro de la confianza de la sociedad, por ventaja desleal y deshonestas³¹, 3.- No puede ampararse la propiedad, bajo ninguna circunstancia, cuando fue adquirida de forma ilícita.

Este *test* se alimenta, para verificar el respeto al interés general de una propiedad, en la extinción de dominio, con el *balance de probabilidades* o también llamado criterio de probidad. Ahora bien, el concepto jurídico indeterminado goza de una nota característica que es su «dinamicidad», es decir, que, dependiendo de circunstancias históricas, coyunturas estructurales, vinculación de la apreciación pública sobre lo que debería ser «trabajo honesto», por ejemplo, puede actualizarse constantemente y responder ante la necesidad jurídica de liquidar cualquier vestigio de discrecionalidad, sobre todo, porque no podemos entender en estos tiempos el mismo concepto de «trabajo honesto», como era apreciado hace más de 50 años, en una sociedad más homogénea valóricamente hablando.

Para evitar una modificación legal o reglamentaria permanente, en la medida que avanza la sociedad, el concepto jurídico indeterminado nos permite actualizar la gravedad de la delincuencia económica en nuestros días. Como hemos explicado, hoy, la delincuencia económica no emplea «viejas» fórmulas como la mafia de antaño, donde se constituían empresas para delinquir y redes más o menos visibles. Hoy, es

31. O bien a través de otras actividades que no solo sea la prototípica corrupción, que, en el caso venezolano, también sería aquella proveniente de tráfico de drogas, lavado de activos, delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo.

sencillamente insertarse en la estructura económica legal, aprovechando la libertad y la globalización de los mercados, potenciando las deficiencias de organización y estructuras, para de esta forma delinquir sin la menor sospecha. A diferencia de la discrecionalidad donde puedo escoger entre varias decisiones, en el concepto jurídico indeterminado solo existe una: O se lesiona el «interés general» con actividad ilícita para adquirir la propiedad o no existe tal daño patrimonial. O fue legítima la obtención de esos bienes, y, por tanto, apegados a los valores constitucionales de la propiedad, o son de origen ilícito, generando lesiones al interés general que reviste el concepto de propiedad dentro de nuestro Estado de derecho.

Por eso, en momentos como los actuales, donde ningún venezolano puede negar la existencia de lo que el profesor DUQUE CORREDOR (2023b, p. 19) denomina atinadamente «hipercorrupción», el interés general presiona para que mecanismos como la extinción de dominio actúen para corregir las desproporciones e injustificadas maneras de enriquecimiento patrimonial no basado en el trabajo honesto. Por ello, si no existiera el concepto fundante de interés general de la propiedad, sería prácticamente imposible perseguir y castigar patrimonialmente estos hechos gravísimos de corrupción solamente empleando la estrategia punitiva del Derecho penal liberal clásico; máxime, cuando desde hace algunos lustros, sumado a la incapacidad evidente del castigo penal, debemos luchar ante una realidad de evidente desinstitucionalización del Estado (BREWER-CARÍAS, 2014, pp. 20-27) y déficits en la capacidad judicial para hacer valer ese interés general de la propiedad, lesionado por las formas ilícitas de obtención.

En segundo lugar, sobre el interés general, más allá del universo conceptual supra estudiado, vale la pena detenernos en una advertencia formulada por ACOSTA GALLO (2019, pp. 173-182) sobre la necesaria calificación como concepto «jurídico» y no político. Esto es capital por cuanto, si se abraza un concepto de tipo político, el núcleo de lo que se entiende por «interés general» será interpretado ideológicamente por quienes regenten las estructuras de gobierno de un Estado, siendo muy determinante si esa ideología está impregnada por notas totalitarias. Y como indica el maestro NIETO GARCÍA, fallecido el año pasado (1991, p. 221), «[...] la ideología del interés general ha servido para legitimar el poder y al mismo tiempo para limitarlo [...]».

Esta es quizá una de las razones que también nos llevan a establecer que el artículo 4 de la LOED era innecesario y hasta problemático, pues, como indicamos, la extinción de dominio no es en sí de interés general, sino que este último es el que habilita los mecanismos intrínsecos para la aplicación de la extinción de dominio. Para el ejercicio del derecho de propiedad, salvo casos de actividades económicas calificadas, no podemos identificar al título de propiedad de bienes inmuebles como si fuera un «título habilitante» obligatoriamente previo otorgado por el Estado (HERNÁNDEZ MENDIBLE, 2021, pp. 285-287).

Si la propiedad fuera así, entonces, la extinción de dominio no tendría sentido alguno, pues existiría una intervención estatal previa para validar la propiedad; por tanto, de confirmarse una propiedad «ilícita», en este sistema, más que una conducta reprochable al titular aparente, sería más bien como una falla de servicio del propio Estado por cuanto sus mecanismos administrativos no pudieron verificar la ilicitud o licitud de origen de un determinado bien. En fin, un contrasentido. Como apunta PAREJO

ALFONSO (1998, pp. 605-606), el interés general genera un fin institucional a cualquier concepto jurídico, en nuestro caso, al derecho de propiedad. Siempre estará sometida a otros valores superiores que la condicionan, inclusive, al reconocimiento o no de su concreción en el titular aparente.

En tercer lugar, aunque en la doctrina comparada buena parte de ella indique el interés general se identifique a utilidad pública, interés social y otras tantas expresiones abiertas (ACOSTA GALLO, 2019, pp. 174-175), generando cierto desorden terminológico al estudiarse; en Venezuela no podemos aceptar esta indeterminación ya que el texto constitucional en su artículo 115 es enfático al diferenciar «utilidad pública o de interés general», como una disyunción incuestionable. Por tanto, podemos entender que el interés general, además de ser un concepto jurídico indeterminado, habilitante del Estado para actuar con sus potestades correctoras, implica la existencia de condicionantes legitimadoras indeterminadas e indeterminables al principio, que, en el contexto donde ha sido concretado, habilita el actuar del Estado en protección de un bien común. Es lo que indica MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2022, pp. 29-30), que el solo interés general no puede ser comprendido sin la existencia de la «debida gradación» entre el interés particular y el general, y su contraste en la medida que se concreta una situación sometida a la decisión del Estado. En nuestro caso, la verificación de la «licitud» o «ilicitud» en la forma de adquisición de un bien o patrimonio indicará la presencia o no del interés general de la propiedad, como mecanismo —paradójico— protectorio de la misma.

En cuarto lugar, existe una errónea percepción de que el interés general es la suma de intereses individuales, donde el criterio de afectación mayoritaria sería la clave para entenderlo. Este concepto, propio del utilitarismo, no es el que contemporáneamente se debe aceptar, pues, por interés general, se asiste, protege e interpreta a minorías precisamente contra una interpretación «generalizante» que desfavorecería el mismísimo derecho de propiedad. El interés general, en este caso, serviría —empleando el argumento de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2022, p. 39)— como la garantía para la salvaguarda de libertades y la satisfacción del derecho mismo de propiedad. El interés general, por tanto, «no es el interés de la mayoría» (ACOSTA GALLO, 2019, p. 176), sino de todo aquello común que afecta, de forma indeterminada, a todos.

En quinto lugar, siendo así vislumbrado el concepto de interés general aplicado al derecho de propiedad, aquel sería a su vez un principio jurídico de actuación del Estado, y, como principio general del Derecho, facilita un criterio de interpretación (ACOSTA GALLO, 2019, p. 178). Lo que se traduce en que gracias al interés general se faculta al Estado [y a su vez este lo garantiza como indica RODRÍGUEZ ARANA (2008, p. 7)] para la verificación que el origen de todos los bienes dentro de un sistema constitucional esté permanentemente vigilado para evitar que su adquisición sea a través de formas «ilícitas», estas últimas, producto de actividades que quiebran al principio de igualdad formal ante la ley y, por tanto, de la dignidad de la persona humana.

En Venezuela, además de los comentarios anteriores, el interés general no ha servido como fundamento para golpear al núcleo duro de la propiedad (HERRERA, 2014, pp. 78-79) como sí ha ocurrido con el concepto de «función social». Así como pudimos revisar las principales cuestiones doctrinales sobre este concepto jurídico indeterminado, valdría la pena detenernos en lo que la jurisprudencia venezolana ha interpretado

por el mismo. Nuevamente hacemos énfasis en que el interés general no faculta para generar una «pérdida de la propiedad» (DOMÍNGUEZ GUILLÉN y PÉREZ FERNÁNDEZ, 2019, pp. 131-165) por el titular aparente, sino que habilita al Estado, más propiamente dicho, al Poder Judicial (garantía de reserva judicial), para verificar si la propiedad, sometida al interés general, ha sido adquirida de forma lícita o no. De ser positiva su «ilicitud», más que extinguir la propiedad, el juez de extinción de dominio lo que hace es «declarar que la propiedad jamás fue consolidada, pues, la ilicitud es una forma de atentado contra el interés general; y por tanto, pasa a manos del Estado».

La jurisprudencia venezolana ha asociado el interés general a otros cometidos o fines; es decir, que no tiene sentido apelar a un «abstracto interés general» cuando este concreta y concatena otros valores, principios o conceptos, como, por ejemplo, «[...] transparencia, estabilidad, seguridad, eficiencia, solvencia y licitud [...]». Eso se dejó entrever por la Sala Constitucional del Supremo, en dos sentencias³² vinculadas a la regulación de la actividad financiera.

Aunque también esta Sala ha confundido muchas veces este concepto con el de interés social, interés público, interés común; llevándolo a posiciones simplistas que el «interés general es todo lo contrario al interés particular»³³, sin otorgar al primero un concepto diferenciante del segundo. Lo importante del caso, a pesar de estas observaciones, estriba en que no puede existir un «interés general» *in abstracto*, sino que se concreta tanto en acciones, simulaciones o —incomprensiblemente— conveniencia³⁴, máxime, cuando afectan a la propiedad y se vincula estrechamente con la libertad económica. Además de estas aristas, la Sala ha empleado más el interés general como un «comodín restrictivo» de derechos fundamentales³⁵ que como un justificador para acciones positivas y no tanto negativas o de eliminación.

En fin, el interés general siempre estará asociado a la propiedad y esta última a la libertad de forma intrínseca e imposible de separarse, pues, de hacerlo, se desnaturaría el derecho, como afirma la profesora Andrea RONDÓN (2009, pp. 199-238) en su completo trabajo sobre la propiedad. Para la extinción de dominio el concepto jurídico indeterminado abordado en las líneas precedentes habilita al Estado para que se realicen las correspondientes revisiones sobre el origen de los bienes y patrimonios, fungiendo como el instrumento para justificar la *potestad de corrección patrimonial constitucional*, pues, reconocer que un bien ilícito en su origen puede generar propiedad, sería un grave atentado contra el propio derecho de propiedad y sus garantías, aceptadas por todos los ciudadanos.

32. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n.º 85, de 24 de enero de 2002 (Caso: *Asodiviprilara vs. Sudeban*). También, sentencia n.º 825, de 6 de mayo de 2004 (Caso: *Banco del Caribe vs. Sudeban*).

33. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n.º 1324, de 13 de agosto de 2008 (Caso: *Richard Monasterio Marrero*).

34. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n.º 1556, de 8 de diciembre de 2000 (Caso: *Transportes Sipalcar S.R.L. vs. Puertos del Litoral Central P.L.C., C.A.*).

35. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n.º 1265, de 5 de agosto de 2008 (Caso: *Ziomara del Socorro Lucena vs. Contraloría General de la República*).

3. CONCLUSIONES

La cada vez más necesaria forma de persecución a la delincuencia económica asume nuevas instituciones que se alejan de la exclusiva —y clásica— sanción penal. La interrelación entre los mecanismos del Derecho constitucional y civil, día a día, arroja un esperanzador horizonte en la lucha contra este flagelo que consume no menos del 7 % del PIB global según estimaciones de los organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Esta apuesta por la heterodoxia implica también un estudio pormenorizado sobre los límites constitucionales de las mismas. No podemos permitir la «simple huida» del Derecho penal hacia el civil o el constitucional. Es otorgar mayores arsenales en esta batalla permanente entre lo que Kofi ANNAN denominó la lucha contra la sociedad «incivil»³⁶.

La extinción de dominio proviene precisamente de estas nuevas maneras, la cual, muchas veces rayará en concebirse como paradigma y antiparadigma. El uso de la misma dependerá siempre de un Poder Judicial estable, confiable, técnicamente probado y éticamente incólume. Además, un Ministerio Público que deberá en todo momento olvidarse de su función como «vindicta pública», como acusador, para reasumir su papel constitucional de garante de la legalidad y la buena fe en los procesos no penales. En el proceso de extinción de dominio, la parte fiscal actúa como representante y guardián de la constitucionalidad y la legalidad. La doctrina, por la escasa producción y estudio sobre la materia, deberá profundizar en la revisión periódica de los modelos globales, pulsando en todo momento la funcionalidad de la extinción de dominio dentro de un sistema constitucional de acciones de corrección patrimonial.

Debemos enfatizar que todo bien o patrimonio que es producto del delito, así no pueda ser este comprobado en la esfera de la jurisdicción penal, siempre adolecerá de la capacidad para concretar el legítimo derecho de propiedad. Sin este factor de legitimación, basado en la obtención de los bienes solo por vías lícitas, la propiedad será una entelequia y valdrá poco para el Derecho constitucional y el Derecho civil. De esta forma, comprenderemos que el sistema económico constitucional, concretado en las instituciones civiles de derecho real, no puede tolerar dentro de sus componentes bienes o efectos patrimoniales de procedencia no cónsona con los valores de trabajo honesto y lícito contemplados en la Constitución y en las leyes.

36. «[...] Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer la delincuencia, la corrupción y la trata de personas [...]». OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 2004: *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York: Ediciones de las Naciones Unidas, III.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA GALLO, P. 2019: «Interés general». *Eunomía: Revista en Cultura de la legalidad*, 2019, 16: 173-182.
- AUBRY, Ch. y RAU, Ch-F. 1917: *Droit civil Français d'après la méthode de Zacherie*. París: Marchal et Godde, Successeurs.
- BLANCO CORDERO, I. 2023: Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea. En M. Luchtman (ed.): *Of Sword and Shields: Due process and crime control in times of globalization. Liber Amicorum prof. Dr. J. A. E. Vervaele*. Chicago: Eleven International Publishing.
- BREWER-CARIÁS, A. R. 1980: *Urbanismo y propiedad privada*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARIÁS, A. R. 1990: *Los Derechos Humanos en Venezuela: casi 200 años de historia*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- BREWER-CARIÁS, A. R. 2008: *Las Constituciones de Venezuela*. Caracas: Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- BREWER-CARIÁS, A. R. 2014: *Estado totalitario y desprecio a la ley*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARIÁS, A. R. 2023a: *Propiedad privada y Derecho administrativo. Estudios*. Cuadernos de la Biblioteca «Allan R. Brewer-Carías» del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, 18. Caracas.
- BREWER-CARIÁS, A. R. 2023b: «Confiscación, comiso y extinción de dominio: Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 18 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre algunas de sus incongruencias inconstitucionales». *Revista de Derecho Público*, 2023, 173-174 (enero/junio): 279-294.
- CASSAGNE, J. C. 2016: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- CANOVAS, A. 2013: «El papel de la propiedad privada en el Derecho». En Academia de Ciencias Políticas y Sociales (dir.): *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. 2019: «Notas acerca de los modos de perder la propiedad en el Derecho venezolano». *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2019, 12: 131-165.
- DUQUE CORREDOR, R. J. 2023a: *Poder punitivo del Estado de Extinción de Dominio y las garantías del régimen constitucional de la propiedad y del debido proceso*. Caracas: Fundación Alberto Adriani – Bloque Constitucional.
- DUQUE CORREDOR, R. J. 2023b: *La hipercorrupción en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- GALLOTI, A. 2015: «La disminución progresiva del derecho de propiedad en Venezuela». En Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (dir.): *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación. 1915-2015*. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- GHAZZAUI, R. 2020: *Propiedad y expropiación. Un estudio comparado entre los ordenamientos de España y Venezuela*. Valencia: Ediciones Tirant Lo Blanch.
- GUERRERO, D. E. 1990-1991: «El tratado sobre el gobierno civil de John Locke. Una refutación del absolutismo de Robert Filmer». *Universitas Philosophica*, 1990.1991, 15-16: 9-60.
- HERNÁNDEZ, J. I. 2014: *La expropiación en el Derecho administrativo venezolano*. Caracas: Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello.

- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. 2021: «Los títulos habilitantes y las actividades económicas de interés general». *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2021, 16: 285-287.
- HERRERA, L. A. 2014: «Derecho administrativo y libertad: o del por qué el Derecho administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad». *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, 2014, 2: 78-79.
- JIMÉNEZ TAPIA, R. S. y URBINA MENDOZA, E. J. 2020: *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- JIMÉNEZ TAPIA, R. S. y URBINA MENDOZA, E. J. 2023: *Introducción al estudio de la extinción de dominio y sus modelos globales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-AVIPRI.
- LOCKE, J. 1690: *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Trad. C. Mellizo, 2010. Madrid: Editorial Tecnos.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. 2022: «El interés general». *Revista de Derecho*, 2022, 23: 29-30.
- MORIN, É. 2018: *Fabrication des villes de demain: méthode d'approches d'un territoire dans sa complexité urbanin*. París: Asociación Rêves de Scènes Urbaines.
- NIETO GARCÍA, A. 1991: «La administración sirve con objetividad los intereses generales». En S. Martín-Retortillo (coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Editorial Civitas.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 2004: *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional y sus protocolos*. Nueva York: Ediciones de las Naciones Unidas.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 2011: *Ley Modelo de Extinción de Dominio*. Bogotá: Ediciones de Naciones Unidas.
- PAREJO ALFONSO, L. 1986: *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*. Mendoza: Ediciones Ciudad Argentina.
- PAREJO ALFONSO, L. 1998: *Manual de Derecho administrativo*. Barcelona: Editorial Ariel.
- PIPES, R. 2019: *Prosperidad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Boston: Epubibre.
- RANGEL LAMUS, A. 1938: «La propiedad, función social». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 1938, 3(1): 31-39.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. 2008: «Un nuevo derecho administrativo: el derecho del poder para la libertad». *Revista de Derecho Público*, 2008, 116: 7-29.
- RONDÓN GARCÍA, A. 2009: «El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico venezolano». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, 2009, 133: 199-238.
- SANTANDER ABRIL, G. 2023: «Distinciones esenciales para comprender el instituto de la extinción de dominio». En Fiscalía General del Estado, República de Ecuador (dir.): *EDAR. Extinción de dominio: Análisis y Reflexiones*. Quito: Dirección de Estudios Penales de la Fiscalía General del Estado.
- URBINA MENDOZA, E. J. 2005: «Neoliberalismo, filosofía liberal y derecho del siglo XXI». En F. Parra Aranguren (ed.): *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera*. Caracas: Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia.
- URBINA MENDOZA, E. J. 2023: «Los modelos del decomiso sin condena y la extinción de dominio en el Derecho comparado latinoamericano. Origen, tendencias y transformaciones por la Justicia Constitucional». *Estudios de Deusto*, 2023, 71(2): 259-299.
- VERVAELE, J. A. E. 1998: «Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?». *Revista Penal*, 1998, 2: 71-80.
- VON MISSES, L. 1984: «Socialismos y pseudosocialismos». *Estudios Públicos*, 1984, 15: 1-38.

Violaciones de la Suprema Corte de Justicia de la nación de México a los principios del Derecho *in claris, non fit interpretatio* y *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus*

Mexican Supreme Court Violations to the Principles of Law in claris, non fit interpretatio and ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus

Miguel BASURTO HERNÁNDEZ ROMO

Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, México

Abogado en DLA Piper México, S.C.

Estados Unidos Mexicanos

miguelbhr.98@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-0653-6466>

Recibido: 18/09/2023

Aceptado: 12/03/2024

Resumen

El presente artículo expone violaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México a ciertos derechos humanos, así como también a los principios del Derecho *in claris, non fit interpretatio* y *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus*.

Se estudia la inaplicación del plazo de prescripción para los hechos ilícitos establecido en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

Se proponen soluciones para impedir la violación a la Constitución Mexicana, así como también a las regulaciones locales e internacionales.

Palabras clave: derechos humanos; principios de derecho; obligaciones; derecho civil; derecho penal.

Abstract

This paper exposes infringements by the Mexican Supreme Court of Justice to certain Human Rights as well as to the principles of Law *in claris, non fit interpretatio* and *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus*.

The paper is about the misapplication of the limitation period for illegal actions established in the Mexico City Civil Code.

Solutions are proposed to prevent the infringement to the Mexican Constitution and local and international regulations.

Keywords: Human Rights; principles of law; torts; civil law; criminal law.

Sumario: 1. Introducción. 2. Periodos de prescripción conforme al CC. 3. Interpretación del artículo 1934 del CC. 4. Estudio del amparo en revisión 4865/2015. 5. Puntos conclusivos. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2017 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación («SCJN») en el amparo directo en revisión 4865/2015 dictó una sentencia en favor de la parte quejosa y recurrente. Otorgó a esta la protección de la Justicia Federal, al revocar una sentencia recurrida en materia de la revisión emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito, en donde la norma de prescripción de dos años establecida en el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México («CC»), que hace mención a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos fue inaplicada y en su lugar se aplicó la norma general en materia de prescripción, es decir, diez años.

El presente trabajo expone una de las sentencias dictadas por la SCJN en la que violan ciertos principios del Derecho, varios artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos («CPEUM»), el CC y dos tratados en materia de derechos humanos que fueron firmados y ratificados por México.

Si bien la sentencia que se critica busca proteger al recurrente, omite aplicar, sin facultad alguna para hacerlo, lo establecido en el capítulo de los hechos ilícitos del CC;

yendo en contra del debido proceso legal que deben velar los juzgadores y que constituye uno de los fines del Derecho.

Debo adelantar que lo que se dijo en la sentencia dictada por la Primera Sala de la SCJN no es acorde a lo que establece la ley, ya que da una interpretación errónea al CC y como consecuencia aplica un artículo diverso a lo que se establece en el CC. Al haber inaplicado cierta norma, los ministros de la SCJN cometieron un error sumamente grave por la interpretación que le dieron al caso; lo anterior se fundamenta conforme a los principios generales del derecho *in claris, non fit interpretatio* (en las cosas claras no se hace interpretación) y *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus* (cuando las palabras no son ambiguas no ha lugar a la interpretación).

Los principios mencionados se deben estudiar en relación con la sentencia porque, como se menciona más adelante, no hubo necesidad de llevar a cabo una interpretación para aplicar una norma a un supuesto contrario a lo que es claro en el CC.

Afirmo que cuando existe un supuesto en la norma y este se actualiza, entonces se tiene que aplicar la consecuencia de derecho al caso objeto de la controversia; no se deben inaplicar disposiciones claras para beneficiar a cierta persona, ni mucho menos se deben inaplicar cuando en la hipótesis normativa se establecen los casos en los que debería aplicarse.

Es claro que, si la ley o la CPEUM establecen cierta norma, esta debe estudiarse atendiendo al sentido de los hechos que se estén juzgando. Las sentencias dictadas deben atender respecto a la aplicación de alguna disposición a (i) la literalidad del texto o, en su defecto, (ii) llevar a cabo una interpretación que vaya conforme al espíritu de la norma.

Si la ley establece una norma que prevé un plazo de prescripción de 2 años a partir de que se actualice cierto supuesto, entonces se tiene un plazo de 2 años para no rebasar el término; no 10 años; de lo contrario el mismo poder judicial —que se dedica a juzgar las leyes—, estaría haciendo un juicio contrario a la ley; establecería un precedente erróneo y obligatorio para los tribunales inferiores.

Por ende, si el CC establece el plazo de 2 años para demandar la responsabilidad civil proveniente de un hecho ilícito, no se puede estar sujeto a la regla general de prescripción por casos que «afectan derechos *tan fundamentales* como la vida o la integridad» como lo considera la sentencia de referencia.

Si bien el trabajo de los jueces o ministros de la SCJN es juzgar, interpretar y aplicar las leyes conforme a su constitucionalidad, al momento de dictar una sentencia esta debe ser (i) conforme a la letra o (ii) a la interpretación jurídica de la ley, como lo señala el artículo 14 de la CPEUM; a falta de estas dos, (iii) la sentencia debe ser dictada por los jueces conforme a los principios generales del derecho.

Lo que a mi juicio es preocupante es que la sentencia no se dictó conforme a la letra de la ley o conforme a los principios del Derecho y sí se dictó por una aplicación errónea de la ley. De hecho, conforme a los argumentos planteados más adelante, se podrá apreciar que fueron violados los principios del derecho *in claris, non fit interpretatio* y *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus*.

2. PERIODOS DE PRESCRIPCIÓN CONFORME AL CC

Es importante, previo al estudio del Amparo en Revisión 4865/2015, conocer los dos artículos del CC que se tomaron en consideración para dictar las sentencias. El artículo 1934 del CC que se encuentra específicamente en el capítulo sobre los hechos ilícitos reza: «La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño».

Cito a continuación el artículo 1159 del CC, mismo que la SCJN decidió aplicar al caso de estudio respecto al periodo de prescripción: «Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento».

Además de la diferencia en el plazo legal que se tiene para ejercer la acción, el legislador hace referencia en el artículo 1934 del CC a que el periodo de prescripción empieza a correr *a partir del día en que el daño se haya causado*. Por otro lado, el artículo 1159 del CC establece que el plazo de prescripción comienza a correr una vez que la obligación *pudo exigirse*.

3. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1934 DEL CC

La interpretación de las palabras juega un papel fundamental en cualquier oración escrita o hablada y se puede entender el sentido de lo que se trató de decir buscando una definición por cada una de las palabras o interpretando todas estas relacionadas entre sí. Muchas veces al buscar una especificación de lo que se trató de decir, bien cabe realizar una pregunta; muchas veces eso no es posible, como cuando se trata de un texto en un artículo, libro o sentencia.

El intérprete tiene que entender y darle un sentido a cada una de las palabras sobre lo que se trató de comunicar y así evitar caer en algún error. Hay casos en los que una palabra puede tener distintos fines o sentidos, es entonces cuando esta(s) se deben entender en un sentido lógico y en concordancia con lo que el autor busca explicar para así entender la *significación*¹. Por ejemplo, la palabra «dolo» tiene un significado distinto en la materia civil a la materia penal; se entiende que utilizar la palabra dolo en materia penal aplica en casos respecto de hechos jurídicos realizados de manera

1. NINO, C. S. 1983: *Introducción al Análisis del Derecho*. España, 260; GARCÍA MAYNEZ, E. 2011: *Introducción al Estudio del Derecho*. México, 325-346; VILORO TORANZO, M. 2018: *Introducción al Estudio del Derecho*. México, 264-265. KELSEN, H. 1982: *Teoría Pura del Derecho*. México, 352-353.

intencionada² sin necesidad de la posible realización de un acto jurídico. Por otro lado, en materia civil la palabra dolo se utiliza cuando en un acto jurídico se lleva a cabo una inducción al error por algún contratante³.

Es diferente decir que «actuó con dolo al momento de realizar el delito de homicidio» a decir que «hubo dolo al momento de celebrar el contrato de compraventa». Si bien es la misma palabra y las dos aluden a un sentido en donde la persona que intervino directamente en el hecho actuó con malicia, no significan lo mismo en las materias que les ocupa.

Al estudiar algún enunciado pueden existir problemas de interpretación como (i) ambigüedades al expresar más de una proposición o (ii) imprecisiones por ser vaga la proposición; estos problemas también traen aparejada en el sistema jurídico la posibilidad de que existan contradicciones entre normas o una superabundancia de soluciones compatibles o equivalentes para un mismo caso⁴. Sin embargo, es por lo anterior que para el presente trabajo se busca entender el significado del artículo inaplicado por la SCJN para verificar más adelante si cabía la posibilidad de invalidarlo.

Como se menciona en el párrafo anterior, previo al estudio de la sentencia considerado de importancia desentrañar el sentido de las palabras del presente artículo que, por ser de relevancia para poder entender la claridad o, en su caso, si pudieron o no tomarse en consideración los principios del derecho *in claris, non fit interpretatio* y *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus* al momento de dictar la sentencia.

1. La palabra «acción» que, de conformidad con la Real Academia Española («RAE»), significa «[e]n sentido procesal, derecho a acudir a un juez o tribunal recabando

2. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, P.; HERNÁNDEZ ESTRADA, J. y OCHOA ROMERO, R. 2016: *Compendio de Derecho Penal Mexicano*. México, 143; LÓPEZ MEDRANO, D. D. 2018: *Derecho Penal Parte General*. México, 201-242; NAVA GARCÉS, A. E. 2015: *El tipo penal y sus elementos*. México, 106-109; autores norteamericanos como CLARK JR., W. L. 1915: *Handbook of Criminal Law*. Estados Unidos de América, 49-50; autores españoles como DEL ROSAL, J. 1959: *Derecho Penal Español*. España, 400-415; MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. 2015: *Derecho Penal. Parte General*. Argentina, 281-296.

3. BORJA SORIANO, M. 2018: *Teoría General de las Obligaciones*. México, 220-223; SÁNCHEZ MEDAL, R. 2019: *De los Contratos Civiles*. México, 56-59; BEJARANO SÁNCHEZ, M. 1984: *Obligaciones Civiles*. México, 99-101; RICO ÁLVAREZ, F.; GARZA BANDALA, P. y COHEN CHICUREL, M. 2021: *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*. México, 172-176; VILLORO TORANZO, M. 2018: *Introducción al Estudio del Derecho*. México, 388-389; PASAPERA MORA, A. 2022: *Obligaciones*. México, 199-207; autores italianos como MESSINEO, F. 1948: *Dottrina Generale del Contratto*. Italia, 144-148; autores españoles como CASTÁN TOBEÑAS, J. 1987: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. España, 676-677; autores franceses como COLIN, A. y CAPITANT, H. 1987: *Curso Elemental de Derecho Civil*. España, 617- 619.

4. BONNECASE, J. 1944: *Introducción al Estudio del Derecho*. México, 195-211; NINO, C. S. 1983: *Introducción al Análisis del Derecho*. España, 259-281. KELSEN, H. 1958: *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, 288.

de él la tutela de un derecho o de un interés»⁵, es decir, el CC faculta a la persona lesionada por consecuencia de un hecho ilícito a reclamar ante un juez un derecho subjetivo. Conforme a lo expuesto, *sí* se ejercitó la acción.

2. La palabra «para» que, conforme a la RAE, significa «[d]enota el fin o término a que se encamina una acción»⁶. Dentro de las facultades que tiene la persona que sufrió el daño puede, o no, ejercitar el derecho de ir ante un juez a solicitar la reparación del daño; se entiende que no hay una obligación para hacerlo, pero sí una libertad para poder llevarlo a cabo. Conforme a lo expuesto, la persona afectada *sí* decidió ejercitar su libertad con la finalidad de demandar la reparación del daño.
3. La palabra «exigir» que, conforme a la RAE, significa «[p]edir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho»⁷. El actor de la demanda *sí* exigió eso a lo que pudo haber tenido derecho en algún momento.
4. La palabra «reparación» que, conforme a la RAE, significa «[a]cción y efecto de reparar algo roto o estropeado»⁸. Como lo expuse anteriormente, el recurrente *sí* solicitó la reparación del daño. Conforme al artículo 1915 del CC «[l]a reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios».
5. La palabra «daños», el CC establece qué se entiende por «daño»: «Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación»⁹. Conforme a las pruebas presentadas en juicio, se demostró que *sí* hubo un daño porque se incumplió con una obligación de cuidado por parte del médico demandado, por lo que se actualizó la responsabilidad subjetiva.
6. Las palabras «causados en los términos del presente capítulo» hacen mención (i) al libro cuarto: de las obligaciones, (ii) primera parte: de las obligaciones en general, (iii) título primero: de las fuentes de las obligaciones y (iv) capítulo V: De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos. Este mismo capítulo establece que los hechos ilícitos son una fuente de obligaciones, por lo que se confirman las reglas a que van a tener que atenerse los juzgadores al momento de dictar una sentencia en donde los hechos sean considerados como hechos ilícitos¹⁰.

5. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. [versión 23.6 en línea], <https://dle.rae.es> [1 abril 2023].

6. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. [versión 23.6 en línea], <https://dle.rae.es> [3 abril 2023].

7. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. [versión 23.6 en línea], <https://dle.rae.es> [1 junio 2023].

8. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. [versión 23.6 en línea], <https://dle.rae.es> [3 abril 2023].

9. Artículo 2108 del CC.

10. El primer artículo del capítulo V de referencia establece qué debe interpretarse como un acto ilícito «Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima».

7. La palabra «prescribe» que proviene de prescripción, según la RAE significa «[M]odo de extinguirse un derecho como consecuencia de su falta de ejercicio durante el tiempo establecido por la ley»¹¹. En el caso específico, la persona que sufrió el daño estuvo facultado por un plazo de hasta dos años conforme al artículo 1934 del CC contados a partir de la cirugía ocular para presentar la acción, de lo contrario perdería el derecho a solicitar la indemnización.
8. Hacer mención a «en dos años» respecto de la prescripción. Se hace referencia a un plazo determinado.
9. Terminando con «contados a partir del día en que se haya causado el daño», es decir, el plazo tuvo que haber empezado a correr desde el momento en que la intervención médica tuvo lugar; no un día después y tampoco desde que fue conocido.

4. ESTUDIO DEL AMPARO EN REVISIÓN 4865/2015

Previo a la transcripción de las secciones que considero fundamentales para el presente estudio, hago referencia a que el 9 de marzo de 2023 el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito dictó una sentencia de amparo en donde el fondo del estudio fue también sobre responsabilidad médica y, tomando en cuenta los argumentos del amparo 4865/2015, aplicó el plazo de prescripción de 10 años establecido en el CC. Es decir, la sentencia dictada por la SCJN ya está siendo utilizada como base para que los tribunales inferiores dicten sus sentencias respecto a los asuntos que traten sobre la misma materia y hechos similares¹².

El caso que se estudia enfrenta una problemática respecto a la *no* aplicación del plazo de prescripción establecido en el CC por tratarse de una violación a los derechos humanos. Cito a continuación algunos extractos que creo importantes de la sentencia dictada por la SCJN y más adelante expongo mis puntos conclusivos:

El 17 de octubre de 2003¹³ Francisco Reyes Gómez se sometió a una cirugía ocular practicada por el galeno Manuel Ramírez Fernández, en el hospital conocido como

11. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. [versión 23.6 en línea], <https://dle.rae.es> [3 abril 2023].

12. RAMÍREZ-LUDEÑA, L. 2023: «La creación de precedentes interpretativos». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 2023: 42-45; VON MEHREN, A. T. y GORDLEY, J. Russell. 1977: *The Civil Law System. An Introduction to the Comparative Study of Law*. Estados Unidos de América, 1156, mencionan el sistema utilizado en la unión americana —que cada vez más está teniendo relevancia en México— al decir «In the United States, unity of judicial action within a given jurisdiction is ensured by the rule that a court has no right to deviate from precedents established by its hierarchical superior».

13. Las cursivas en las citas son hechas por mí.

«Médica Sur». Según las manifestaciones del paciente, la cirugía generó un daño irreversible en su vista.

el 5 de agosto de 2005 Francisco Reyes Gómez presentó una queja ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico [...], la cual se admitió a trámite el 29 de agosto de ese año, [...] y concluyó con el desistimiento presentado por el quejoso el 14 de octubre de 2005.

Por escrito presentado el 8 de abril de 2013¹⁴ (nueve años y medio después de la cirugía), Francisco Reyes Gómez demandó en la vía ordinaria civil de Médica Sur, Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable [...] y Manuel Ramírez Fernández, las siguientes prestaciones:

a) La declaración judicial de que los demandados: (i) incurrieron en responsabilidad en la atención médica y servicios de salud que proporcionaron; (ii) otorgaron una inadecuada, irregular e ilícita atención médica; (iii) *violaron los derechos humanos del demandante*; y (iv) ocasionaron que el demandado sea una víctima directa en los términos anteriores.

b) El pago de: (i) una pensión vitalicia de invalidez; (ii) los daños físicos ocasionados y los que se sigan generando; (iii) gastos médicos que se generen en el futuro; (iv) *daños* y perjuicios; (v) \$6,000,000.00 (seis millones de pesos 00/100 moneda nacional) por daño moral; (vi) intereses; y (vii) gastos y costas.

Mediante sentencia de 18 de octubre de 2014, el Juez Cuadragésimo Tercero de lo Civil en la Ciudad de México *declaró prescrita la acción de daños por responsabilidad subjetiva y objetiva*, y absolvió a las codemandadas de todas las prestaciones.

Por sentencia de 26 de febrero de 2015, la Sexta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal *confirmó la resolución de primera instancia y condenó al actor al pago de costas*.

Por escrito presentado el 24 de marzo de 2015, Francisco Reyes Gómez *promovió juicio de amparo directo*. (estableciendo que): 1° *El artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal es incompatible con los derechos humanos a la salud y a una reparación integral [...]*

Mediante *sentencia de 6 de agosto de 2015 el Tribunal Colegiado negó la protección constitucional a la parte quejosa*, con base en las siguientes consideraciones: 1) *No es inconstitucional el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal*, pues: a) No existe en las convenciones internacionales ratificadas por México un principio de imprescriptibilidad de la acción. [...] Pese a limitar el acceso a la justicia, *la prescripción de la acción es razonable por la necesidad de dotar de seguridad jurídica y certidumbre a las relaciones surgidas por hechos ilícitos*, contribuyendo así a la paz social y a la eliminación de conflictos eternos. [...] Es inatendible el argumento respecto a que el plazo de prescripción es de 10 años y no de dos, toda vez que no se planteó ante el tribunal de alzada responsable. A mayor abundamiento, *no es aplicable el plazo de 10 años en atención a que la conducta descrita como negligencia médica no fue catalogada como delito*.

Por escrito presentado el 3 de septiembre de 2015 el quejoso interpuso recurso de revisión [...] (estableciendo que) casos como el presente no pueden regirse por el plazo

14. Empezando el juicio de origen.

de prescripción de dos años, *pues no pueden tratarse de igual manera los asuntos con afectaciones meramente patrimoniales y aquéllos donde éstas afectan la vida y la salud*. Lo anterior, obstaculiza el derecho a una reparación integral por las violaciones a derechos humanos surgidos de la deficiencia (en la atención) médica^{15 16}.

[A]unque no se destacó como tema central en el recurso de reclamación 1232/2015, en la *demanda de amparo se cuestionó la constitucionalidad del artículo 1934 del Código Civil* para el Distrito Federal por limitar la posibilidad de las víctimas de obtener una reparación en casos de negligencia médica.

La SCJN dividió el estudio de fondo en tres apartados: «(1) doctrina de esta Primera Sala sobre la prescripción negativa en casos de negligencia médica; (2) excepciones a la regla de prescripción negativa y su inaplicabilidad a casos de negligencia médica; y (3) respuesta a los planteamientos de la parte recurrente».

Dentro del primer apartado, la SCJN dividió el tema en tres puntos fundamentales: «(i) la importancia de la prescripción negativa o liberatoria como corolario del principio de seguridad jurídica; (ii) el momento a partir del cual empieza a correr el plazo para la prescripción en acciones por responsabilidad civil extracontractual; y (iii) el plazo

15. Posteriormente, conforme a la Ley de Amparo, una vez dictada una sentencia en los juicios de amparo directo, es posible presentar un recurso de revisión, mismo que se interpuso, ya que el quejoso declaró que el asunto de referencia trataba sobre la inconstitucionalidad del artículo 1934 y estableció que se violaban sus derechos humanos al no tener el derecho a la reparación del daño.

Para mayor claridad: Conforme a la legislación mexicana pueden presentarse amparos directos e indirectos. Por un lado, el amparo directo, a grandes rasgos, se presenta en contra de una sentencia de segunda instancia; es decir, contra la sentencia del tribunal de apelación. Por otro lado, todo amparo indirecto se presenta contra violaciones a la CPEUM por parte de alguna autoridad.

Respecto al recurso de revisión: Ley de Amparo, Artículo 81, fracción II (respecto a uno de los supuestos en los que se puede presentar el recurso de revisión): «[E]n contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el asunto revista un interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales sin poder comprender otras».

16. El recurso de revisión fue desechado por el presidente de la SCJN. Como consecuencia, la parte recurrente interpuso un recurso de reclamación y se declaró fundado el medio de impugnación por considerarse de importancia y trascendencia, así como también por tratar «temas puramente constitucionales»; la Primera Sala de la SCJN se declaró competente para conocer asunto.

Respecto al recurso de reclamación: Ley de Amparo, artículo 104: «El recurso de reclamación es procedente contra los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito».

aplicable para la prescripción de la acción en casos derivados de responsabilidad civil extracontractual».

Respecto al primer punto fundamental de la doctrina de la Primera Sala de la SCJN, estableció que

[I]a seguridad jurídica constituye la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, y de ella se ha desprendido un derecho de las personas a conocer o tener certeza sobre su situación jurídica [...]. A la luz de lo anterior, el «derecho a la prescripción» o «a ampararse en los plazos de prescripción» surge de la necesidad de que las relaciones jurídicas —y particularmente las patrimoniales— entre las personas no permanezcan inciertas indefinidamente.

La acción de responsabilidad civil debe empezar a correr una vez que el daño sea conocido, pues es en ese momento cuando la parte afectada se encuentra en posibilidad de exigir el cumplimiento de una obligación¹⁷.

Respecto al plazo aplicable a casos de responsabilidad civil extracontractual, la SCJN estableció que

del estudio de los artículos 1158 a 1164 y 1934 del Código Civil Federal, se advirtió que existen acciones imprescriptibles, como la de alimentos, y *plazos diferenciados* para el resto: dos años para ciertas acciones identificadas limitativamente, cinco para las acciones derivadas de obligaciones periódicas o de rendición de cuentas, y *diez años por regla general y residual*. [...] [L]a proporcionalidad del plazo dependerá de los derechos o intereses lesionados, así como de la gravedad o intensidad de la afectación. Así, resulta fundamental reparar en si en un caso, la afectación se proyecta sobre derechos meramente patrimoniales o sobre derechos como la vida o la integridad, la magnitud que ésta revista (leve o grave), y la consecuencia de los daños ocasionados, que pueden ser temporales o permanentes. [...] [E]s importante considerar que cuando se presentan afectaciones a la integridad y a la salud de las personas, es previsible que éstas se preocupen primero por recuperarse y luego por demandar la reparación del daño causado, lo cual no ocurre cuando se afectan solamente derechos patrimoniales. De acuerdo con la recurrente, resulta constitucionalmente admisible interpretar que el derecho de acceso a la jurisdicción, como prerrequisito del derecho a una reparación integral, admite casos en los cuales no corren los plazos de prescripción para reclamar la reparación integral del daño.

[S]e analizará la premisa central del razonamiento del Tribunal Colegiado, que ahora cuestiona la recurrente, en torno a la existencia y alcance del principio principio [así] de *imprescriptibilidad de la acción tratándose de delitos graves conforme al derecho internacional*.

17. El razonamiento detrás de este criterio proviene de la tesis jurisprudencial de rubro «Daños causados en términos del capítulo v del título primero de los códigos civiles federal y para el Distrito Federal. Inicio del cómputo del plazo para que opere la prescripción de la acción relativa a su reparación, conforme al artículo 1934 de dichos ordenamientos».

Resulta infundado el primer agravio de la parte recurrente, pues esta Primera Sala considera que la regla de imprescriptibilidad de la acción no resulta aplicable a casos de negligencia médica.

[E]ste artículo (el 1934 del CC) resulta inaplicable para casos donde se hayan afectado la vida o la integridad de las personas, como ocurre en el presente caso en el que se demandó la reparación de los daños derivados de negligencia médica.

[R]esulta aplicable el artículo que prevé el plazo genérico para las acciones para reclamar responsabilidad civil, que en este caso es el artículo 1159: Artículo 1159. *Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse*, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento.

De los antecedentes del presente caso se advierte que la parte recurrente reclamó la reparación del daño derivada de una afectación a su integridad, pues: [...] 2) El 8 de abril de 2013 (*9 años y seis meses después de la cirugía*), Francisco Reyes Gómez demandó en la vía ordinaria civil la reparación del daño.

3) Durante toda la secuela procesal, en términos del artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal que ahora se interpreta en un sentido que lo hace inaplicable al presente caso, se declaró prescrita la acción para reclamar la reparación del daño por responsabilidad civil extracontractual, debido a que no se ejerció dentro de los *dos años siguientes al conocimiento de la afectación*.

5. PUNTOS CONCLUSIVOS

Primer punto. Leídas las secciones más importantes de la sentencia de amparo 4865/2015 considero de importancia iniciar los puntos conclusivos haciendo notar que hay varias inconsistencias en toda la sentencia; sobre todo porque existe una confusión en el cuerpo del texto respecto al momento en que el plazo de prescripción comienza a correr.

En primer lugar, tomando puramente en cuenta las disposiciones que existen a la luz del CC, el artículo 1934 de este ordenamiento establece que el plazo de prescripción de dos años empieza a correr *a partir del día en que se haya causado el daño*. En segundo lugar, en los antecedentes de la sentencia la SCJN establece que *nueve años y medio después de la cirugía* el actor demandó en la vía ordinaria civil la responsabilidad del médico por negligencia. Estrictamente conforme al CC, el actor independientemente de su queja en el año 2005 ante la Comisión Nacional de Arbitraje en México, tuvo dos años posteriores a la intervención para solicitar la reparación del daño. A mí parecer, *no es necesario establecer que el actor presentó la acción de responsabilidad casi diez años después del daño, ya que para efectos legales el plazo para presentar la acción había prescrito*.

Haciendo el mismo ejercicio que en el párrafo anterior, ahora tomando los argumentos de la SCJN; el artículo 1159 del CC —que fue el que aplicaron al caso de estudio— establece que el plazo de prescripción empieza a correr desde el momento en

que una obligación pudo exigirse. Al establecer *pudo exigirse* cabrían dos interpretaciones al respecto sobre el momento en que pudo haber ejercitado la acción y solicitar la reparación del daño: (i) a partir de que tuvo conocimiento del daño o (ii) que ningún hecho de ninguna naturaleza se haya interpuesto para impedir que el actor solicitara la reparación del daño.

Es importante distinguir sobre los hechos que pueden suceder respecto del punto (ii) anterior que harían *imposible* que la persona que haya sufrido el daño pudiera solicitar la reparación dentro del plazo legal establecido en el CC. El primero y más claro sería que la persona no se haya dado cuenta del daño que se había causado porque no tenía ninguna molestia y que pasados los dos años empiece a tener conocimiento de un posible daño. Un ejemplo claro podría ser sobre algún utensilio que el médico haya necesitado durante la intervención quirúrgica y que este se haya quedado dentro del cuerpo sin causar molestia, sino hasta pasados dos años posteriores a la intervención.

Un segundo ejemplo podría ser por una imposibilidad como consecuencia de alguna falla motora, en donde el sujeto no esté en contacto con alguna persona para que lo auxilie y que este tercero pueda presentar la demanda. Para este segundo supuesto, los tres elementos —la imposibilidad, la falta de contacto y presentar la demanda— tendrían que estar presentes. Un tercer hecho podría ser por una falla cognitiva grave que impida al afectado expresar el daño durante los dos años posteriores a la intervención.

En ese sentido el recurrente, al haber presentado una queja en el año 2005 ante la Comisión Nacional de Arbitraje en México y sin haber estado situado en una de las hipótesis mencionadas, da a entender que bajo el supuesto del artículo 1159 tuvo conocimiento del daño causado en el año 2004 o hasta el 2005; como consecuencia pudo exigir la reparación del daño desde esas fechas. Es decir, se podría interpretar que partir de ese momento tuvo conocimiento del daño. En pocas palabras y para tener presentes los plazos, la demanda por responsabilidad civil en su juicio de origen fue presentada hasta el 8 de abril de 2013; es decir, 8 o 9 años después del *conocimiento* del daño.

La razón del párrafo anterior es que la SCJN aprobó el proyecto de sentencia por medio del cual empezaron la cuenta del periodo de prescripción el día en que el recurrente se sometió a la cirugía y no conforme a lo que ellos mismos estuvieron argumentando; no iniciaron el conteo del plazo al momento en que el actor de la demanda tuvo *conocimiento* del daño. Los ministros de la SCJN erraron al iniciar el conteo del plazo de prescripción a partir de que se llevó a cabo la intervención médica; *ellos mismos, en el mismo cuerpo de la sentencia, contravinieron sus argumentos al empezar el cómputo cuando sucedió el hecho y no cuando este se conoció o pudo exigirse*; es decir, (i) no respetaron el artículo que consideraron como justo para aplicar ni tampoco la jurisprudencia que el pleno de la SCJN emitió respecto al inicio del plazo de prescripción y (ii) no aplicaron una consecuencia acorde al supuesto de derecho que correspondía¹⁸.

18. PRECIADO HERNÁNDEZ, R. 1982: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. México, 99.

Segundo punto. Una vez conocido el plazo de prescripción y estudiada la aplicación que dio la SCJN, considero de importancia llevar a cabo una comparación entre materias, ya que el Derecho al ser un todo debe estudiarse en conjunción con otras áreas. Si bien la materia de la presente sentencia es primordialmente de carácter civil, también considero que la materia penal juega un papel importante sobre todo respecto al plazo de prescripción para solicitar la reparación de daños causados.

En materia civil —como bien se ha establecido en páginas anteriores— el plazo para la prescripción en materia de responsabilidad subjetiva es de *dos* años contados *a partir de que el daño se causó*. La regla general de prescripción establecida en el CC —misma que la menciono por ser de relevancia al ser regla aplicada al caso de estudio por la SCJN— hace referencia a que el titular del derecho subjetivo cuenta con un plazo de *diez* años para solicitar la reparación a partir de que *la obligación pudo exigirse*. Ahora, como el Derecho se debe estudiar siendo este un *todo*, creo importante hacer mención a que, conforme al Código Penal Federal («CPF»), los artículos 104 y 107 establecen que la «acción penal prescribe en *un* año, si el delito sólo mereciere multa» y el 107: «la acción penal que nazca de un delito que sólo puede perseguirse por querrela del ofendido o algún otro equivalente, prescribirá en *un* año», respectivamente.

Si bien el médico pudo haber tenido únicamente responsabilidad civil, podría haber la posibilidad de que se le pueda imputar por los daños causados la comisión de un delito en su contra por haber afectado un bien jurídico individual¹⁹ y, sobre todo, por haber tenido una especial responsabilidad frente al paciente por la posición en la que se encontraba. Por no ser objeto de estudio, creo únicamente necesario basar el presente punto conclusivo en los plazos establecidos en las distintas regulaciones para ejercitar la acción de responsabilidad y no adentrar en los elementos constitutivos del delito respecto del médico.

Es preocupante que de una interpretación sistemática la legislación civil establezca periodos de *dos* años para la prescripción aplicada a estos daños, la SCJN un periodo de *diez* años y que la legislación penal establezca el periodo de *un* año a partir de que se tiene conocimiento del daño y del actor para solicitar la reparación ante una autoridad jurisdiccional; el Derecho es un todo, no debe estudiarse únicamente tomando una materia y mucho menos se debe dejar a la ligera el derecho subjetivo que tiene un individuo para ejercitar la reparación de un daño que le fue causado y que le provocó un daño probablemente irreparable.

El estudio del Derecho y la creación y modificación de normas deben tomar en cuenta todas las materias y no se deben crear regulaciones únicamente por urgencia

19. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. 2002: *Derecho Penal. Parte General*. España, 63-65; MUÑOZ CONDE, F. 2001. *Introducción al Derecho Penal*. Argentina, 90-92; BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBAL MALARÉE. 2006: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. España, 180-182; LUZÓN PEÑA, D. M. 2012: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. España, 176-178; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, P.; HERNÁNDEZ ESTRADA, J. y OCHOA ROMERO, R. 2016: *Compendio de Derecho Penal Mexicano*. Mexico, 161.

política; de lo contrario (i) no se podría hacer un estudio de fondo que amerite encuadrar distintos supuestos y (ii) habría una grave confusión sobre las normas que se tendrían que aplicar.

Tercer punto. Respecto de la acusación sobre una posible violación al derecho internacional y la imprescriptibilidad de la acción por tratarse de un delito grave, no considero que valga la pena ser mencionado en el presente trabajo. La conducta no encuadra para constituir un delito internacional y menos para poder ser una razón de suspensión del plazo de prescripción.

Es válido tener siquiera el cuestionamiento ¿este asunto trató sobre algún crimen de guerra, esclavitud, piratería, crimen contra la paz, genocidio, tortura o crimen de lesa humanidad? A mi parecer no.

También sería importante cuestionarse ¿por qué el recurrente solicita la imprescriptibilidad de la acción por algún delito grave conforme al derecho internacional? Al considerarlo de poca importancia y no ser objeto del presente estudio, creo importante seguir con el cuarto punto conclusivo.

Cuarto punto. Que se «afectan derechos *tan fundamentales*» hace que nazcan las dudas: (i) ¿Qué no, los derechos fundamentales y, en general, los derechos humanos no tienen orden de jerarquía y se deben de tomar todos en un mismo nivel²⁰ siempre y cuando estén reconocidos en nuestra Constitución y/o en los tratados internacionales firmados y ratificados por México conforme al artículo 1 párrafo segundo y 133 de la CPEUM? y (ii) ¿no se deben tomar en cuenta para los derechos humanos los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad?²¹. Creo que la SCJN cometió un error sumamente grave al darle un adjetivo de esa magnitud a ciertos derechos fundamentales ya que deja la posibilidad de que los demás jueces que se ubican en niveles inferiores a la SCJN empiecen a dictar sentencias emitiendo juicios de valor irracionales sobre qué derecho humano tiene más valor y cuál vale menos.

Al establecer que se violaron derechos *tan fundamentales* e inaplicar el plazo de prescripción de dos años por tratarse de una violación a la *integridad y a la salud de las personas*, la SCJN violó los derechos humanos del médico al dejarlo en un estado de indefensión por aplicar una norma contraria al supuesto de derecho; violaron su

20. CARBONELL, M. 2014: *El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*. México, 46-47.

21. RAMÍREZ GARCÍA, H. S. y PALLARES YABUR, P. de J. 2011: *Derechos Humanos*. México, 57-73; CORCUERA CABEZUT, S. 2015: *Los Derechos Humanos, Aspectos Jurídicos Generales*. México, 38.

dignidad²² como persona y violentaron el *debido proceso legal*²³, mismo que *también es un derecho humano*.

El debido proceso legal es un derecho humano que se encuentra reconocido en México en distintos cuerpos normativos como: (i) el artículo 14, párrafo cuarto de la CPEUM; (ii) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamado «Pacto de San José de Costa Rica» en su artículo 8 fracción primera; firmado y ratificado por México, y (iii) en el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; igualmente firmado y ratificado por México.

Sin embargo, se olvida que este derecho humano —el debido proceso legal— también debe ser reconocido en la misma jerarquía de importancia en todos los juicios de cualquier naturaleza y, sobre todo, estar en el mismo nivel que los derechos a la integridad y a la salud, ya que de lo contrario se estaría violando un derecho fundamental; se deben estudiar conjuntamente, no discriminar uno con otro.

Los ministros de la SCJN al violar los tratados internacionales y al (i) inaplicar un plazo claro de prescripción para casos en los que se demanda la responsabilidad subjetiva consecuencia de un hecho ilícito y (ii) aplicar la regla general de prescripción en casos de violación a los derechos humanos, contravinieron tajantemente el debido proceso legal y, como consecuencia, no respetaron un derecho fundamental. Dejaron un precedente judicial que, lejos de respetar las normas, abre las puertas a

22. SÁNCHEZ STEWARD, N. 2021: *Manual de Deontología para Abogados*. España, 141-145; GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, M. J. 2020: «La dignidad humana y los derechos sociales». *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 103-105; GONZÁLEZ PIÑA, A. 2015: *Los Derechos Humanos en Perspectiva*. México, 447-454; autores argentinos como NINO, C. S. 1984: *Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*. Argentina, 173-174.

23. CARNELUTTI, F. 1971: *Derecho y Proceso*. Argentina, 75-76; GARCÍA RAMÍREZ, S. 2016: *El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*. México, 22-23; GONZÁLEZ PÉREZ, J. 2006: «Las Violaciones del Derecho al «Proceso Debido» por las Jurisdicciones Instituidas para su Protección». En E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2006*, tomo III: 2599-2608; UBERTIS, J. 2017: *Elementos de epistemología del proceso judicial*, 44-47; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, P.; HERNÁNDEZ ESTRADA, J. y OCHOA ROMERO, R. 2016: *Compendio de Derecho Penal Mexicano*. México, 33, al establecer que «en la CPEUM se declaran y reconocen, explícita o implícitamente, los principios constitucionales del Derecho Penal: de legalidad [...]. Una norma penal que contradiga abiertamente cualquiera de los principios [...] será una norma inconstitucional. Y, con carácter general, no puede olvidarse, las normas penales, como todas las pertenecientes al ordenamiento jurídico, han de ser interpretadas conforme a la CPEUM»; respecto a países como España, el artículo 24 de la Constitución española establece el derecho a *obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*. Constitución española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978); respecto a autores colombianos, DEVIS ECHANDÍA, H. 2017: *Teoría General del Proceso*. Colombia, 33.

interpretaciones que violen derechos humanos establecidos en la CPEUM y en los tratados internacionales.

Es importante en cualquier juicio tomar siempre en consideración el debido proceso legal y estudiarlo junto con los demás derechos humanos *en un mismo nivel*. Se caería en un error garrafal al decir que en un juicio el derecho humano a la integridad personal tiene más peso e importancia que el derecho humano al debido proceso legal.

En el caso de estudio hubo una clara violación al proceso legal y como consecuencia se afectó al médico, a quien se le inaplicó la regla prevista en el CC. Al estar inaplicando plazos de prescripción y aplicando erróneamente el plazo genérico de prescripción establecido en el CC, la SCJN cometió un grave error; estableció un precedente para dejar en estado de indefensión a aquellas personas que han cometido hechos similares, ya que los jueces inferiores al tener que someterse a los precedentes de la SCJN estarían aplicando un plazo ilegal de manera inconstitucional e inconvencional.

Con estos precedentes en donde se violan derechos humanos y se sustituyen por otros, no sorprenderá que en asuntos futuros —de cualquier naturaleza—, por ejemplo, los acreedores cuenten con toda su vida (no nada más la regla general de prescripción de diez años) para ejercer el derecho a demandar el pago de una deuda porque de lo contrario se violaría —irracionalmente a mi juicio— un «derecho humano a aumentar el patrimonio»; la seguridad jurídica, el debido proceso legal y cualquier otro derecho humano racional sería nulo en nuestro sistema jurídico.

La norma y el estudio y aplicación de esta por medio de los juzgadores tiene que ser acorde a lo que se establece y más cuando la norma es clara; la aplicación no debe ser conforme al pensamiento social irracional. Muchas veces las personas no estarán de acuerdo con la decisión basada en las normas que hayan sido dictadas por un juez o ministro porque sin evaluar todos los hechos conforme a Derecho ellos inclinan su balanza hacia lo que piensan o lo que podría estar de moda. En México ha existido en los últimos años una corriente encaminada a inaplicar leyes o incluso ir en contra de la CPEUM con la finalidad de triunfar socialmente; esto es grave y tiene que cambiar para bien, se deben respetar los ordenamientos, la CPEUM, los tratados internacionales, las leyes y los derechos humanos.

Quinto punto. En seguimiento con el punto conclusivo anterior, la SCJN, además de establecer un precedente sumamente grave para futuros asuntos de naturaleza similar, cometió un delito previsto en el Código Penal Federal al impartir justicia e inaplicar con conocimiento de causa un artículo del CC. Me explico. En el proyecto completo de la sentencia del amparo 4865/2015 se hace mención *ocho* veces a los hechos ilícitos de manera expresa. Es decir, si se discute sobre esta fuente de obligación entonces se podría entender que la conocen.

Si los ministros de la SCJN hacen mención a los hechos ilícitos y buscan dar seguridad jurídica a aquellas personas que solicitan el acceso a la justicia, no debieron haber inaplicado un artículo que daba seguridad jurídica; es decir, para la comisión de

un hecho ilícito no debieron inaplicar el artículo referente al plazo de prescripción que se encuentra *dentro* del capítulo de los hechos ilícitos en el CC.

Al entender que hubo conocimiento sobre el hecho ilícito, al haber realizado una inaplicación de la ley y entender que existen garantías constitucionales de inequívoco corte procesal²⁴, cito el primer párrafo de artículo 225 del CPF así como también la fracción sexta que considero necesarios para el presente estudio.

Artículo 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: [...] VI. - Dictar, *a sabiendas*, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio u omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley.

En este sentido, considero que el CPF es claro al establecer que, si los juzgadores tienen conocimiento sobre la violación del precepto y dictan una sentencia contraria a lo establecido en el artículo anterior, se actualizarían los elementos del tipo penal. Por lo anterior confirmo la hipótesis que he venido planteando en el presente punto conclusivo al establecer la comisión de un delito por parte de los ministros de la SCJN.

Sexto punto. Conclusión. Los ministros de la SCJN violaron los principios del Derecho *in claris, non fit interpretatio* y *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus* al haber aplicado de manera errónea los hechos presentados.

Como consecuencia, igualmente, violaron distintas normas locales e internacionales como lo son el artículo 1 párrafo segundo, el artículo 14 párrafo cuarto y el artículo 133, todos de la CPEUM; el capítulo sobre los hechos ilícitos establecido en el CC; el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Urge una reforma en las distintas legislaciones, tanto civil como penal, en la que se establezca el plazo de prescripción con el que van a contar los individuos en caso de la comisión de algún hecho ilícito, así como también el momento en el que el plazo comienza. La reforma debe tomar en cuenta la materia civil y la penal para estar acorde una con otra y así evitar en la medida de lo posible que existan plazos distintos para casos que aplican a los mismos hechos jurídicos.

Es de suma importancia que los ministros de la SCJN no dicten sentencias violentando las disposiciones locales o internacionales. Es un error sumamente grave dictar acuerdos violando derechos humanos. La SCJN, al ser tan relevante a nivel nacional, se encuentra estableciendo precedentes violando derechos humanos, dando a entender que sí se pueden discriminar estos y que aquellos derechos humanos que estén de moda en la sociedad son los que mayor relevancia van a tener al momento de dictar las sentencias.

24. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, P.; HERNÁNDEZ ESTRADA, J. y OCHOA ROMERO, R. 2016: *Compendio de Derecho Penal Mexicano*. Mexico, 33.

La SCJN está atrayendo muchos más casos de los que considero que pueden estudiar a fondo y como consecuencia emiten sentencias que los ministros no pueden estudiar por falta de tiempo. Como consecuencia votan a favor del sentido del proyecto sin adentrarse a los conceptos o al fondo del asunto; eso debe cambiar urgentemente.

La seguridad jurídica y los principios del derecho deben ser las bases de cualquier procedimiento; los ministros tienen que actuar conforme a Derecho y a la ética para poder dictar sentencias justas, constitucionales y coherentes.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BEJARANO SÁNCHEZ, M. 1984: *Obligaciones Civiles*. México: Industria Editorial.
- BONNECASE, J. 1944: *Introducción al Estudio del Derecho*. México: José M. Cajica, Jr.
- BORJA SORIANO, M. 2018: *Teoría General de las Obligaciones*. México: Porrúa.
- CARBONELL, M. 2014: *El ABC de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*. México: Porrúa.
- CARNELUTTI, F. 1971. *Derecho y Proceso*. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. 1987: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. España: Reus.
- CLARK JR., W. L. 1915: *Handbook of Criminal Law*. Estados Unidos de América: West Publishing Co.
- COLIN, A. y CAPITANT, H. 1987: *Curso Elemental de Derecho Civil*. España: Reus.
- COLOMBIA. 1948: *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. IX Conferencia Internacional Americana, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>
- CORCUERA CABEZUT, S. 2015: *Los Derechos Humanos, Aspectos Jurídicos Generales*. México: Oxford.
- COSTA RICA. 1970: *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, n.º 4534, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- DEL ROSAL, J. 1959: *Derecho Penal Español*. España: Aguirre Torre.
- DEVIS ECHANDÍA, H. 2017: *Teoría General del Proceso*. Colombia: Temis.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917: «Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos». *Diario Oficial de la Federación*.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 1928: «Código Civil para el Distrito Federal». *Diario Oficial de la Federación*.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2011: *Tesis: 1a./J. 141/2011 (9a.)*. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, tomo 3, página 2103
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2013: «Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos». *Diario Oficial de la Federación*.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2017: *Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4865/2015*. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2023: *Sentencia recaída al Amparo Directo 783/2022*. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ponente: Mónica Cacho Maldonado.

- GARCÍA MAYNEZ, E. 2011: *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. 2016: *El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*. México: Porrúa.
- GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, M. J. 2020: «La dignidad humana y los derechos sociales». *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2020, 8(1): 99-114, <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/23853>
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; HERNÁNDEZ ROMO VALENCIA, P.; HERNÁNDEZ ESTRADA, J. y OCHOA ROMERO, R. 2016: *Compendio de Derecho Penal Mexicano*. México: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. 2006. «Las Violaciones del Derecho al 'Proceso Debido' por las Jurisdicciones Instituidas para su Protección». En E. Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional* (tomo III). Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. México: Porrúa.
- GONZÁLEZ PIÑA, A. 2015: *Los derechos humanos en perspectiva*. México: Tirant Lo Blanch.
- KELSEN, H. 1958: *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM.
- KELSEN, H. 1982: *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM.
- LÓPEZ MEDRANO, D. D. 2018: *Derecho Penal Parte General*. México: Flores.
- LUZÓN PEÑA, D. M. 2012: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. España: Tirant Lo Blanch.
- MESSINEO, F. 1948. *Dottrina Generale Del Contratto*. Italia: Dott. A. Giuffrè.
- MUÑOZ CONDE, F. 2001. *Introducción al Derecho Penal*. Argentina: Euros Editores.
- MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. 2015: *Derecho Penal. Parte General*. España: Tirant Lo Blanch.
- NAVA GARCÉS, A. E. 2015: *El tipo penal y sus elementos*. México: Porrúa.
- NINO, C. S. 1983: *Introducción al Análisis del Derecho*. España: Astrea.
- NINO, C. S. 1984: *Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*. Argentina: Paidós.
- PASAPERA MORA, A. 2022: *Obligaciones*. México: Porrúa.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, R. 1982: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- REINO DE ESPAÑA, 1978. «Constitución española». *BOE* núm. 311.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2023: *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. [versión 23.6 en línea], <https://dle.rae.es>
- RAMÍREZ GARCÍA, H. S. y PALLARES YABUR, P. de J. 2011: *Derechos Humanos*. México: Oxford.
- RAMÍREZ-LUDEÑA, L. 2023: «La creación de precedentes interpretativos». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2023, 24, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/7654/5965>
- RICO ÁLVAREZ, F.; GARZA BANDALA, P. y COHEN CHICUREL, M. 2021: *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*. México: Porrúa.
- SÁNCHEZ MEDAL, R. 2019: *De los Contratos Civiles*. México: Porrúa.
- SÁNCHEZ STEWARD, N. 2021: *Manual de Deontología para Abogados*. España: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España.
- UBERTIS, G. 2017: *Elementos de epistemología del proceso judicial*. España: Segretariato Europeo pe le Pubblicazioni Scientifiche (SEPS).
- VILLORO TORANZO, M. 2018: *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- VON MEHREN, A. T. y GORDLEY, J. Russell. 1977: *The Civil Law System. An Introduction to the Comparative Study of Law*. Estados Unidos de América: Little, Brown & Company.

Estudio sobre la resolución del contrato desde la perspectiva del Derecho comparado bajo el contexto de la modernización del Derecho Contractual

A Comparative Study of Contract Rescission in the Context of Modernization of Contract Law

Yun Li

Profesora titular de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho (CUPL, Beijing, China)

Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho

(CUPL, Beijing, China)

carfield_9@163.com

Recibido: 18/01/2024

Aceptado: 12/03/2024

Resumen

La resolución del contrato es uno de los sistemas civiles básicos más importantes y que más atención ha suscitado. El Código Civil de China ha introducido muchas mejoras legislativas en el sistema de la resolución del contrato, pero sigue habiendo muchas

Abstract

The rescission of contract is not only the reason of elimination of the rights and obligations of contract, but also one of the important ways of remedies of breach of contract. It is the legal system that should be emphatically stipulated in the context of the

Yun Li

Estudio sobre la resolución del contrato desde la perspectiva del Derecho comparado...

Ars Iuris Salmanticensis,

vol. 12, Junio 2024, 103-130

eISSN: 2340-5155

Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

dificultades teóricas «sin resolver» en la interpretación y la aplicación del sistema. La resolución del contrato no solo es la razón de la eliminación de los derechos y obligaciones del contrato, sino también es uno de los remedios importantes para el incumplimiento del contrato. En el presente trabajo se presentan algunas consideraciones preliminares sobre la resolución del contrato, como uno de los remedios frente al incumplimiento, enfatizando en una visión de derecho comparado.

Palabras clave: Derecho contractual; incumplimiento del contrato; remedios; resolución del contrato; incumplimiento fundamental; Derecho comparado.

modernization of contract law. Although the contract rescission systems stipulated in the Contract Laws of many countries basically meet the needs of the development of the market economy in their countries, there is still space for improvement. This paper argues that the condition of rescission should be further clarified and improved, the rules of contract rescission should be more refined, and also the effect of contract rescission should be clarified in order to better adapt to the needs of market transactions and development of judicial practice.

Keywords: contract law; breach of contract; contract remedies; contract rescission system; rescission of contract; rescission right of contract; default party; fundamental breach of contract; comparative law.

Sumario: 1. Introducción. 2. Hacia el remedio resolutorio. 3. El carácter esencial del incumplimiento como presupuesto para la resolución del contrato. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Al tratar los remedios frente al incumplimiento, la resolución del contrato es uno de los remedios contractuales que la ley ofrece al acreedor perjudicado por el incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, no siempre ha sido considerado así en todos los sistemas jurídicos ni en todos los momentos históricos dentro de un mismo sistema jurídico. Podemos afirmar, por el contrario, que, junto al concepto antes descrito (resolución como remedio), propio de la CISG, encontramos la tradicional concepción de la resolución como fruto de una condición resolutoria tácita o implícita en el contrato, propia de algunos sistemas herederos del Derecho romano (así, en el Código Civil francés antes de la Reforma de 2016, el derogado Código Civil italiano o el vigente Código Civil español).

España asiste ya a la superación de este modelo y a la moderna interpretación del Código Civil conforme al modelo de la CISG, que está plasmada en la PMCC. En este sentido se ha afirmado que la resolución de las obligaciones bilaterales por incumplimiento de una de las partes es una institución relativamente reciente¹.

1. ÁLVAREZ VIGARAY, R. 2003: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 3.ª ed. Granada: Editorial Comares, 1.

A continuación, pretendo exponer una perspectiva de Derecho comparado que me permita aportar alguna conclusión que facilite la comprensión de los diversos sistemas y concluya la necesidad o conveniencia de su armonización para mayor eficacia del mercado.

Aunque son muchos los aspectos relacionados en los que me podría detener, escogeré tres de ellos, que considero básicos, para comparar los sistemas y llegar a la conclusión de la conveniencia de una mayor armonización entre los textos jurídicos, con sugerencias al respecto: en primer lugar, me referiré a la citada evolución actual de la figura de la resolución dentro del movimiento armonizador; en segundo lugar, como sostiene el jurista Álvaro VIDAL OLIVARES, «La dificultad que ofrece la resolución es determinar si el incumplimiento invocado como su fundamento es, o no, esencial», por lo que me detendré en el carácter esencial del incumplimiento como presupuesto básico de aplicación de este remedio.

2. HACIA EL REMEDIO RESOLUTORIO

Afirma el jurista argentino Atilio Aníbal ALTERINI que «para que se produzca la resolución del contrato a causa del incumplimiento, éste debe ser significativo y, en caso de ser parcial, ha de privar sustancialmente a la parte de lo que razonablemente tenía derecho a esperar en virtud del contrato [Cód. Civil portugués de 1967 (art. 436), Cód. Civil de Louisiana de 1984 (art. 2014), Cód. Civil holandés de 1992 (arts. 6.265 y 6.279), Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (art. 73.1)]»².

2.1. El Derecho romano³

Juan Luis MIGUEL ha indicado que

se acepta uniformemente que el derecho romano clásico no conoció el instituto de la resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes. Tampoco existía explícitamente enunciado el distinguo entre contratos unilaterales y bilaterales, ni la reciprocidad entendida en el sentido tradicional de interdependencia de obligaciones, o de prestaciones mutuamente condicionadas que se sirven de causa. El acreedor sólo

2. ALTERINI, A. A. 1996: «Los Principios de UNIDROIT y las soluciones del derecho común». En *The UNIDROIT Principles: A common law of contracts for the Americas?*, Actas. Congreso Interamericano, UNIDROIT. Valencia, Venezuela, 270.

3. Véase en MIGUEL, J. L. 1986: *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2.ª ed. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 45-47; CLEMENTE MEORO, M. E. 1998: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 28.

tenía protección legal para exigir la ejecución del contrato, a cuyo fin se le otorgaban las acciones directas, de efectos sumamente rigurosos sobre los bienes y aun sobre la persona del deudor⁴.

En sentido semejante, Mario CLEMENTE explica lo siguiente: «En el Derecho romano, se consideraba que las obligaciones dimanantes de un contrato bilateral eran independientes entre sí, por lo tanto, la falta de cumplimiento de una de las obligaciones no repercutía en la otra y cada parte sólo tenía acción para exigir el cumplimiento de la obligación de que era acreedor»⁵.

El jurista argentino Juan Luis MIGUEL continúa diciendo:

En materia de incumplimiento contractual, el sistema romano adoptó dos criterios opuestos: uno para la venta, el contrato más usual; y el otro para el arrendamiento de inmuebles y los contratos innominados. Respecto de la venta, no admitió en principio la posibilidad de resolución judicial. Si la acción intentada por el acreedor no lograba del deudor obtener el cumplimiento del contrato, la relación jurídica quedaba, no obstante, subsistente, aunque incumplida, pero siempre obligatoria para las partes. El régimen resultaba especialmente peligroso para el vendedor, quien se hallaba expuesto, en caso de insolvencia del comprador, a perder la cosa y el precio⁶.

La experiencia — continúa diciendo el autor — demostró la inconveniencia de mantener obligado al vendedor cuando resultaba evidente que el comprador no pagaría el precio. De este modo, en la práctica de los negocios se impuso la costumbre de incluir en los contratos de venta un pacto por el cual el vendedor se reservaba el derecho de resolver el negocio cuando el comprador no pagase el precio en el plazo convenido. A este respecto dice Ulpiano: «Duda Marcelo, en el libro vigésimo, si el pacto de la ley comisoría tendrá lugar si el requerido no pagara, o si no hubiera ofrecido el precio. Y juzgo más cierto, *que debe él ofrecerlo, si quiere librarse de la eficacia del pacto de la ley comisoría*; pero que si no tiene a quién ofrecerlo, puede estar seguro» (Digesto, XVIII, III, 4,4). / De manera que aceptándose rigurosamente el principio de «*pacta sunt servanda*», no conoció el antiguo derecho romano el instituto de la resolución del contrato. La ley comisoría vino a atemperar la dureza del esquema, permitiendo al vendedor (solamente) resolver la venta cuando el comprador no pagase el precio en el plazo convenido⁷.

2.2. Del Derecho francés a la evolución del Derecho francés en el Derecho comparado

Un gran heredero del Derecho romano fue el Código Civil francés de 1804 y —como resultado de su influencia— lo fueron también los sistemas de corte continental

4. MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos*, cit., 45.

5. CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad de resolver*, cit., 28.

6. MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos*, cit., 45.

7. MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos*, cit., 46.

latino, tanto europeos como latinoamericanos. Sin embargo, se observa que, entre estos últimos, algunos han superado actualmente el modelo romano-francés y se han aproximado al modelo de resolución que encontramos en la CISG. En este sentido, me referiré más adelante a Italia y España. En Latinoamérica comienza a despuntar también este modelo en la doctrina de algún autor

2.2.1. El Derecho francés

La materia de los remedios frente al incumplimiento es una de las claves de la reforma del Código francés de 2016, que busca armonizar el Derecho francés de contratos con la CISG.

Veamos, por esa razón, cómo ha sido el cambio, ya que influirá en los países herederos de dicho Código.

En relación con el Derecho francés, seguiré a continuación a los autores españoles y chinos que han realizado aportaciones significativas para explicar el origen de esta influencia recibida luego por tantos sistemas. Vemos así «desde fuera» este sistema, contando con la óptica de la doctrina china e hispana que nos interesa aquí para avanzar en el conocimiento mutuo y la construcción de las relaciones comerciales entre China y América Latina sobre la base de la seguridad jurídica.

Las ideas de los canonistas medievales —explica Juan Luis MIGUEL— son recibidas en Francia por Domat, en el siglo XVII, y quedan como principios dogmáticos en su obra, en la cual se acepta la noción de interdependencia y de cambio recíproco de prestaciones como características de los contratos bilaterales en los que una obligación es causa de la otra⁸.

DOMAT opina que en la compraventa la falta de pago del precio en el término fijado o de la ejecución de cualquier otra convención da lugar a la resolución «porque los contratantes no quieren que el contrato subsista, sino en el caso de que cada uno ejecute su compromiso»⁹.

«Las enseñanzas de Domat pasaron a Pothier»¹⁰, POTHIER señala que, en los contratos sinalagmáticos, que contienen obligaciones recíprocas entre cada uno de los contratantes, ha de tenerse por condición resolutoria de la obligación de cada uno la inejecución de cualquiera de las obligaciones del otro¹¹.

8. MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos.*, cit., 50.

9. Citado por el autor CLEMENTE MEORO, M. E.: «DOMAT, J.: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1771, Lib. I, tít. II, sección XII, n. 13, pág. 42», cita 12 de *La facultad de resolver*, cit., p. 33.

10. MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos*, cit., 50.

11. Citado por el autor CLEMENTE MEORO, M. E.: «POTHIER, R. J: *Traité des obligations*, París, 1824, n. 672, pág. 406», cita 13 de *La facultad de resolver*, cit., 33.

La doctrina de Domat y Pothier y sus moldes es recogida por los demás códigos latinos, el *Code (Código francés)* en su art. 1.184, de donde pasa al art. 1.042 del Proyecto español de Código de 1851, también al art. 1.165 del *Codice (Código italiano)* de 1865, los artículos 1.453 a 1.459 del Código Civil italiano de 1942¹², y llega al art. 1.124 del vigente *Código Civil* español de 1889¹³.

En el mismo sentido se pronuncia el jurista argentino Juan Luis MIGUEL, que explica además que «en el aspecto de la bilateralidad, el código argentino siguió al pie de la letra el esquema francés»¹⁴.

El Código Civil francés contempla en su artículo 1.184 lo siguiente:

La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances¹⁵.

El jurista chino Li XINTIAN ha explicado las notas que caracterizan la resolución por incumplimiento en el Derecho francés: el carácter judicial en cuanto a la forma de ejercicio y la necesidad de que el incumplimiento sea grave, en cuanto a los presupuestos del remedio. En el Derecho francés, si una parte quiere pedir la resolución del contrato con causa del incumplimiento del contrato de la otra parte, tiene que pedírsela al Tribunal con el litigio, y el Tribunal la juzgará y dictará la sentencia. Cuando el juez decide si permite a la parte perjudicada la resolución del contrato, pone énfasis en la consideración de la gravedad del incumplimiento, solo permite la resolución del contrato cuando el incumplimiento es grave¹⁶.

12. ÁLVAREZ VIGARAY, R. 2003: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 3.ª ed. Granada: Editorial Comares.

13. CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad de resolver*, cit., 33; MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos*, cit., 50.

14. MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos*, cit., 50.

15. Traducción al español: «La condición resolutoria se entiende implícita en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resolverá automáticamente. La parte que no haya recibido el cumplimiento de la obligación podrá escoger entre exigir a la otra el cumplimiento del contrato, si fuese posible, o pedir la resolución, junto con el abono de daños y perjuicios. La resolución deberá pedirse judicialmente, y podrá concederse al demandado un plazo, según las circunstancias». Citado por el autor: Cfr. art. 1124 CC. Código Civil Francés / Code Civil, edición bilingüe. Á. Núñez Iglesias (traducción), Rafael Domingo (coordinación). Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S. A. 2005, 547.

16. LI, X. 2005: *Estudio comparado del incumplimiento de contrato*. Wuhan: Editorial de la Universidad de Wuhan, 102.

Veamos a continuación la figura de la resolución por incumplimiento en otros sistemas vecinos al francés (Italia, España), que reciben su influencia, pero en los que se constata una evolución que aproxima estos sistemas al modelo de resolución propio de la CISG.

2.2.2. La evolución de los sistemas afrancesados

Como decía antes, el Código Civil francés sirvió de referencia no solo a varios países europeos como España e Italia, sino también a los países de Latinoamérica a la hora de redactar sus propios códigos civiles, razón por la cual nos hemos detenido en él brevemente, en primer lugar, para ahora hacer referencia a la evolución que ha sufrido en sistemas que lo tomaron como referencia en la elaboración de sus propios códigos civiles (en particular, Italia y España).

2.2.2.1. Códigos civiles italianos de 1865 y 1942

El Código Civil francés influyó en el Código Civil italiano de 1865. Sin embargo, en la materia que nos ocupa veremos que el vigente Código Civil de 1942 ya se distancia de él hacia un modelo de resolución más parecido a la figura actual de los textos del Derecho uniforme (resolución como remedio). La mención directa a la condición resolutoria implícita propia del primero (como aparece también ubicada la resolución por incumplimiento en el Código Civil español, artículo 1124) desaparece en este último. Veámoslo a continuación:

El Código Civil italiano de 1865 disponía, en su artículo 1.165, lo siguiente:

La condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contratos bilaterales en el caso de que una de las partes no cumpla su obligación. En tal hipótesis el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a quien no fue hecha la prestación, podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato a la otra parte, cuando esto sea posible, o su resolución con el resarcimiento de daños en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse judicialmente y puede concederse al demandado una dilación, según las circunstancias¹⁷.

Este artículo ha sido comentado por Rafael Álvarez Vigaray, que confirma la influencia del Derecho francés sobre el italiano:

El art. 1.165 del CC italiano de 1865 se expresa en términos análogos a los del art. 1.184 del CC francés, que le sirvió de modelo. La doctrina italiana interpretó este art. en términos análogos a los usuales en la interpretación del art. 1.184 del CC francés, por la doctrina de este país. Así se estimó que la condición resolutoria tácita, a diferencia de la expresa, confiere una mera facultad de demandar la resolución al juez, que puede no

17. ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos*, cit., 46-47.

pronunciarla cuando, reconociendo posible y satisfactoria la prestación, estime preferible otorgar una dilación a quien no la cumplió¹⁸.

El Código Civil italiano de 1942 (Capítulo IV. *De la resolución del contrato*, Sección I. *De la resolución por incumplimiento*)¹⁹, vigente, contempla en su artículo 1.453 lo siguiente:

Resolución del contrato por incumplimiento.- En el contrato con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, la otra parte puede a su elección requerir el cumplimiento o la resolución del contrato, y, siempre, el resarcimiento del daño. La resolución puede ser requerida aun cuando se haya promovido juicio para obtener el cumplimiento; pero cuando se demandó la resolución ya no puede recabarse el cumplimiento. Desde la fecha de la demanda por resolución el inejecutante no puede ya cumplir sus obligaciones.

En cuanto a los presupuestos para que proceda la resolución del contrato, el artículo 1454 del Código Civil italiano dispone que el emplazamiento al deudor para que cumpla es requisito previo para el ejercicio del remedio resolutorio por parte del acreedor²⁰, salvo condición resolutoria expresa en cuyo caso será suficiente la notificación a la otra parte (artículo 1456)²¹ o salvo término esencial (artículo 1457)²². Además, para que pueda resolverse el contrato, el incumplimiento ha de tener una relativa importancia, no pudiendo resolverse el contrato si el incumplimiento «tiene escasa importancia» (artículo 1455).

La resolución tendrá efecto retroactivo entre las partes «salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, a cuyo respecto el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya cumplidas», y sin que perjudique a terceros (artículo 1458).

18. ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos*, cit., 46-47.

19. Seguiré, con leves variaciones, la versión al español aportada por MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos*, cit., 64.

20. Dispone el artículo citado lo siguiente: «La parte puede intimar al inejecutante por escrito para que cumpla en un término adecuado, con la declaración que transcurrido inútilmente ese término el contrato se entenderá sin más resuelto. El término no puede ser inferior a quince días, salvo pacto diverso de las partes o salvo que, por la naturaleza del contrato o según los usos, resulte adecuado un término menor. Trascurrido el plazo sin que el contrato haya sido ejecutado, éste queda resuelto de derecho».

21. Art.1 456. «Cláusula resolutoria expresa.- Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso que una determinada obligación no se cumpla según las modalidades establecidas. En este caso la resolución se produce de derecho cuando la parte interesada declara a la otra que entiende valerse de la cláusula resolutoria».

22. Art. 1457. «Término esencial para una de las partes.- Si el término fijado para la prestación de una de las partes debe considerarse esencial en el interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso contrario, si quiere exigir la ejecución no obstante el vencimiento del plazo, debe notificar a la otra parte expresamente la resolución».

Por tanto, el Código Civil francés (en su artículo 1.184) y el derogado Código Civil italiano de 1865 (en su artículo 1.165), se refieren a la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, conocido como «condición resolutoria implícita o tácita»^{23 24} y no como remedio general frente al incumplimiento del contrato. Esto cambió en el Código Civil italiano de 1942. Como veremos a continuación, el Código Civil español mantiene en su artículo 1124 la originaria norma de corte afrancesado, si bien la Propuesta de Modernización del Código Civil (2009) busca ya ubicarlo ordenadamente como remedio general frente al incumplimiento contractual, conforme al modelo de la CISG y Principios UNIDROIT.

2.2.2.2. El Código Civil español y la PMCC

Por su autoridad en la materia, seguiremos aquí la doctrina de CLEMENTE MEORO. Dice así el autor:

El Código Civil español (en adelante, CC español) regula la resolución por incumplimiento en un único precepto, en la sección relativa a las obligaciones puras y condicionales, que se remite, a su vez, a otros dos, los artículos 1295 y 1298, en sede de rescisión de los contratos. Es por su ubicación, por los antecedentes del precepto en los artículos 1184 del Código Civil francés y 1165 italiano, y por la dicción del propio artículo 1124.1 CC, que a la facultad de resolver se la ha conocido como condición resolutoria implícita o tácita²⁵.

En efecto, el Código Civil español dispone, en su artículo 1.124, lo siguiente:

La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

23. CLEMENTE MEORO, M. E. 1992: *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 30; CLEMENTE MEORO, M. E. 1998: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 40, y CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española*, 2-3.

24. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos*, cit., 30, y también en CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad de resolver*, cit., 40.

25. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos*, cit., 30; CLEMENTE MEORO, M. E. *La facultad de resolver*, cit., 33; MIGUEL, J. L. *Resolución de los contratos*, cit., 40, y CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución por incumplimiento*, cit., 2-3.

Este último párrafo quiere decir que los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes no alcanzarán a los terceros que hayan adquirido con buena fe y a título oneroso (e inscrito el título en el Registro de la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles; tratándose de bienes muebles, habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 464 del Código Civil). Veamos, por lo demás, el contenido del artículo citado: «El art. 1124 del Código Civil español —explica Mario Clemente, citando textualmente parte del precepto— se limita a establecer la facultad de resolver las obligaciones «para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe». En consecuencia, se limita a referirse al incumplimiento de la obligación como hecho determinante de la resolución»²⁶. Sin embargo, podemos preguntarnos aquí si cualquier tipo de incumplimiento de la obligación legitima al acreedor afectado para resolver el contrato, lo que parece en principio desproporcionado, o si —por el contrario— el legislador se refiere tan solo a un incumplimiento cualificado que perjudique gravemente el interés del acreedor, aspecto al que nos referiremos más adelante, al estudiar el incumplimiento esencial como presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria.

Como hemos visto, el Código Civil italiano vigente suprime toda alusión a la condición resolutoria implícita. Sin embargo, como explica el profesor Mario CLEMENTE, el artículo 1.124 del Código Civil español se refiere a una «facultad» resolutoria implícita, siendo este precepto el que cierra la sección dedicada a las obligaciones condicionales²⁷. Ahora bien, si atendemos a la vigente opinión de la doctrina española y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es posible afirmar que esta interpretación ha sido superada por influjo del Derecho comparado y, muy en particular, por influencia de la CISG, que —al haber sido ratificada por España— constituye parte de su Derecho interno y contempla la resolución como uno de los remedios contractuales frente al incumplimiento de una de las partes, como vengo indicando.

En este sentido, Mario CLEMENTE explica que la asimilación entre facultad —o acción— resolutoria y condición resolutoria ha sido objeto de crítica, sobre la base de consideraciones tales como²⁸ que el derecho a la resolución nace de la ley y no de la voluntad de las partes; o que no es una resolución automática, sino una facultad de actuación por la que puede optar el acreedor perjudicado; entre otros.

El jurista español Eugenio LLAMAS POMBO explica que, en cuanto a la relación entre la facultad resolutoria establecida en el artículo 1124 del Código Civil español

26. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución por incumplimiento*, cit., 4.

27. Citado por el autor: «Por otra parte, siguen hablando de condición resolutoria implícita las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983 (R. A. 255), 1 de octubre de 1986 (R. A. 5.229; La Ley, 1987-1, 134) y de 30 de septiembre de 1989 (R. A. 6.393; La Ley, 1989-4, 842)». CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos*, cit., 30 y también en *La facultad de resolver*, cit., 40.

28. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos*, cit., 30-33, y también en *La facultad de resolver*, cit., 40-44.

y otros remedios, «expresamente se pueden obtener del precepto dos importantes conclusiones: 1.º). La absoluta incompatibilidad entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión resolutoria, pues optar por una equivale automáticamente a descartar la otra. Esto es fácil de entender. 2.º). La esencial compatibilidad entre cualquiera de los dos mecanismos, y el «resarcimiento de daños y abono de intereses», y por tanto, entre la resolución y dicho resarcimiento»²⁹.

La Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, presentada al ministro de Justicia español por la Comisión General de Codificación en 2009, supera el antiguo modelo de la condición resolutoria implícita y propone la resolución —como uno más— dentro del sistema general de remedios frente al incumplimiento contractual (artículo 1190 PMCC). El texto de la PMCC requiere que el incumplimiento sea esencial para que el acreedor pueda acudir al remedio resolutorio (artículo 1199.I), en cuyo caso la resolución del contrato se efectuará mediante «notificación a la otra parte» (artículo 1199.II).

2.2.2.3. Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)

Los ya referidos PLDC abordan en su borrador la materia de modo semejante a lo que hemos visto en la española PMCC: en el artículo dedicado a los *medios de tutela del acreedor*, se dispone que «en caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela: [...]; 3. Resolución del contrato; [...]». Otro artículo [están aún sin numerar, dado el estado incipiente de los PLDC], dedicado a la *resolución por incumplimiento*, dispone lo siguiente: «Cualquiera de las partes de un contrato puede resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial. El incumplimiento recíproco no obsta la resolución del contrato. La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte, la que producirá efectos desde su recepción». Los PLDC dan una definición del carácter esencial del incumplimiento contractual:

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: 1. Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento. 2. El incumplimiento es doloso. 3. La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato. 4. Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato.

Sin duda, como vengo afirmando, los Principios UNIDROIT y la CISG están ejerciendo una importante influencia en la armonización de los textos jurídicos del Orbe, de modo paulatino, a ritmos diversos, pero de forma clara y progresiva. Repasaré a continuación estos textos y la influencia que también en China han dejado sentir.

29. LLAMAS POMBO, E. *La compraventa*, La Ley. Madrid: 2014, 629-630.

2.3. Los Principios UNIDROIT

En relación con el remedio resolutorio, los Principios UNIDROIT prevén, como afirma el jurista argentino Atilio Aníbal ALTERINI,

el derecho a dar por terminado el contrato si la otra parte ha incurrido en un «incumplimiento esencial», a cuyo fin es relevante la consideración de si «el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado», y si «el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato» [art. 7.3.1 (2, a y b)]. El artículo 7.3.3 de los Principios UNIDROIT otorga derecho a dar por terminado el contrato «si con anterioridad a la fecha de cumplimiento [...] queda claro que habrá un incumplimiento esencial por la otra parte». A su vez, el artículo 7.3.2 (d) considera incumplimiento esencial que asigna derecho a dar por terminado el contrato al que «le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte»; en el Comentario se asume como hipótesis la de «una prestación a plazos» cuando «resulta claro que los defectos en una de las primeras prestaciones permiten anticipar que éstos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes [...], aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismos la terminación del contrato»³⁰.

2.4. La CISG

Como vimos, la CISG introduce en el ordenamiento interno español una regulación del contrato de compraventa fruto del consenso entre las diferentes familias jurídicas (en especial entre el derecho anglosajón y el derecho continental germánico y francés), por lo que sus reglas son muy diferentes a las de los Códigos Civil y de Comercio. Las principales novedades de este sistema son —como ya se dijo— la redefinición de las obligaciones del vendedor, eliminando las obligaciones de saneamiento por evicción y por vicios ocultos, a cambio de ampliar el concepto de entrega, que debe ser conforme, de un lado; y la reestructuración del sistema de remedios frente al incumplimiento, que deja de centrarse en la calidad de la obligación incumplida para hacerlo en la esencialidad del incumplimiento para resolver el contrato, que elimina las acciones edilicias e introduce otras como la de sustitución o la de reparación e incorpora la figura del plazo suplementario para permitir que un incumplimiento no esencial devenga en resolutorio³¹.

30. ALTERINI, A. A. «Los Principios de UNIDROIT...», cit., 270-271.

31. MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. 2009: Derecho del Comercio Internacional. Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías, mayo 2009, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes

Pues bien, en la CISG el remedio resolutorio es uno más entre los que constituyen el haz de mecanismos de tutela frente al incumplimiento que se ofrecen al acreedor (artículo 45), que requiere para su ejercicio que el incumplimiento sea esencial (artículo 49), esto es, que «cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación» (artículo 25).

2.5. La Ley de Contratos de China de 1999

¿Cómo regula la Ley de Contratos de China de 1999 la resolución por incumplimiento? Lo hace en su artículo 94, del que ofrezco la traducción oficial al inglés de la Asamblea Popular de China, así como su traducción original al español:

Artículo 94. Las partes de un contrato podrán resolverlo en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- (1) Cuando sea imposible lograr el propósito del contrato por causas de la fuerza mayor;
- (2) Cuando, antes del vencimiento del plazo del cumplimiento, la otra parte afirma expresamente, o indica a través de su conducta, que no va a cumplir con su obligación principal;
- (3) Cuando la otra parte retrasa el cumplimiento de su obligación principal, y no realiza el cumplimiento dentro de un plazo razonable después de que la parte demande el cumplimiento;
- (4) Cuando la otra parte retrasa el cumplimiento de sus obligaciones, o incumple el contrato de alguna otra manera, lo que hace que sea imposible lograr el objeto del contrato;
- (5) Cuando concurren otras circunstancias previstas por la ley.

Como hemos visto, en China —como en todos los sistemas comparados antes estudiados—, la resolución del contrato no se admitirá si el incumplimiento tiene escasa importancia, exigiéndose en muchos casos que tenga carácter esencial. Detengámonos brevemente, a continuación, en esta última cuestión.

3. EL CARÁCTER ESENCIAL DEL INCUMPLIMIENTO COMO PRESUPUESTO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La noción del incumplimiento esencial, que actualmente encontramos en la doctrina española, se tradujo de la noción inglesa *fundamental breach* que aparece en la CISG. El carácter esencial del incumplimiento se convierte en el criterio de determinación

Balears (el texto es prácticamente idéntico al original del autor dado que la autora de esta tesis es nativa china y ha preferido basarse en la literalidad de los textos españoles).

de la procedencia o no del remedio resolutorio³². Como veremos, el incumplimiento esencial del contrato significa que una parte incumple el contrato, causando a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

3.1. La noción del incumplimiento esencial en el Common Law

Para estudiar la noción del incumplimiento esencial en el *Common Law*, distinguiré —brevemente— entre el Derecho inglés y el norteamericano.

3.1.1. El Derecho inglés: la distinción entre *conditions* y *warranties*

Para estudiar la noción del incumplimiento esencial en el Derecho inglés, seguiré básicamente las tres obras de referencia sobre la materia desarrolladas por la doctrina china [HUI CONGBING, 2013: *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*. Beijing: Law Press China; y LI XINTIAN, 2005: *Estudio comparado del incumplimiento de contrato*. Wuhan: Editorial de la Universidad de Wuhan], así como las dos obras de referencia en Derecho español (CLEMENTE MEORO, M. E. 1992: *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch; y de ÁLVAREZ VIGARAY, R. 2003: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 3.ª ed. Granada: Editorial Comares) y las obras de referencia de juristas Latinoamericanos [Chile: PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á. 2010: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario; PIZARRO WILSON, C. (coord.). 2012: *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los Contratos)*. Santiago de Chile: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laner]; y Argentina MIGUEL, J. L. 1986: *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma).

La noción del incumplimiento esencial se originó y se fundó en la sentencia del caso *Poussard v. Spiers* del año 1875. En aquel entonces, los tribunales ingleses distinguieron las cláusulas del contrato en dos tipos de pactos contractuales, «condición» (*condition* en inglés) y «garantía» (*warranty* en inglés), según la importancia de la cláusula. El incumplimiento de las primeras (condiciones), pero no el de las segundas (garantías), faculta para resolver³³.

En el *Common Law*, el término «condición» (*condition*) tiene dos significados diferentes: uno es el requisito previo del contrato, el otro es un tipo de la cláusula del contrato. En el último, «a efectos de resolución», «condición» es la cláusula más importante

32. HUI, C. 2013: *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*. Beijing: Law Press China, 96.

33. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos*, cit., 102.

o esencial del contrato, mientras que «garantía» es la cláusula adicional y auxiliar del contrato. Por lo tanto, si la parte incumple la cláusula «condición», esto supone un incumplimiento esencial, por lo cual la parte perjudicada tiene el derecho a resolver el contrato; sin embargo, si la parte incumple la cláusula «garantía», la otra parte no puede resolver el contrato³⁴. «A efectos de resolución, *condition* es aquel pacto (term) cuyo incumplimiento por el deudor legitima al acreedor para resolver la relación obligatoria; por el contrario, si el pacto pertenece a la categoría de las *warranties*, su incumplimiento no permite resolución, sino sólo reclamar *damages*»³⁵.

Ahora volvemos al caso de *Poussard v. Spiers*³⁶. En este caso, el tribunal inglés opinaba que la actriz Poussard incumplió la cláusula «condición», por lo tanto, la otra parte, Spiers, tenía derecho a resolver el contrato. En el caso *Bettini v. Gye* del año 1876³⁷, como el tribunal opinaba que la parte incumplidora incumplió la cláusula «garantía», y no la cláusula «condición», la parte perjudicada no podía resolver el contrato³⁸.

3.1.2. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho norteamericano

La distinción inglesa de las cláusulas contractuales («condición» y «garantía») ha dejado mucha influencia en el *Common Law* americano, pero la diferencia entre el

34. HUI, C. *Estudio comparativo sobre remedios*, cit., 97.

35. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos*, cit., 102-103, notas 72, 73 y 74.

36. «La señora Poussard firmó un contrato para actuar como cantante de ópera durante tres meses. Ella estuvo enferma cinco días antes de la noche de apertura, y no era capaz de realizar las primeras cuatro noches. Spiers la reemplazó con otra cantante de ópera. La señora Poussard incumplió la cláusula «condición», por lo tanto, Spiers tenía derecho a rescindir el contrato», traducción del siguiente texto original en inglés: «Madame Poussard entered a contract to perform as an opera singer for three months. She became ill five days before the opening night and was not able to perform the first four nights. Spiers then replaced her with another opera singer. Held: Madame Poussard was in breach of condition and Spiers were entitled to end the contract. She missed the opening night which was the most important performance as all the critics and publicity would be based on this night», <http://www.e-lawresources.co.uk/Poussard-v-Spiers.php>

37. *Bettini v. Gye* (1876), L.Q.B.D. cit., 83 de CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos*, cit., 105: (1876) 1 Q.B.D. 183. Vid. también *Behn v. Burness* (1863) 3 B. & S.751. «En *Bettini v. Gye*, un cantante de ópera —Bettini— se comprometió a estar en Londres, para ensayar, seis días antes del comienzo de las representaciones, pero cayó enfermo y sólo pudo llegar dos días antes, razón por la cual el empresario resolvió. En opinión de Blackburn J. la cuestión central consistía en determinar si tal pacto era una *condition precedent* de la responsabilidad de la otra parte, o sólo un *independent agreement*, cuyo incumplimiento no justificaba la resolución». CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, 105.

38. HUI, C. *Estudio comparativo sobre remedios*, cit., 97.

common law inglés y el *Common Law* americano consiste en que el *Common Law* americano no emplea la noción del *fundamental breach*, sino la noción del *material breach* o la del *substantial non-performance*³⁹. La norma general era que cuando el incumplimiento de una parte constituye un *material breach*, la otra parte puede pedir la resolución del contrato, como la sentencia de *Colonial Dodge v. Miller* de 1984⁴⁰.

3.2. La noción del incumplimiento esencial en la familia del Derecho civil continental

En el Derecho civil continental, no existía ni la noción del incumplimiento esencial ni la uniformidad de las normas sobre el incumplimiento esencial⁴¹. El Derecho civil continental tampoco clasifica las cláusulas del contrato en cláusulas de «condición» y cláusulas de «garantía» como el Derecho anglosajón, pero existen disposiciones similares a las propias del incumplimiento esencial en el Derecho civil continental.

3.3. La noción del incumplimiento esencial en la CISG

Según sostiene el jurista chileno Álvaro VIDAL OLIVARES,

la noción del incumplimiento esencial, si bien la CV la toma directamente de la LUCI (art. 10), tiene su origen mediato en el *Common Law* en la institución del *fundamental breach of contract*, que coincide con la versión inglesa de la CV. En el *Common Law* el criterio desde fines del siglo XIX ha sido el de la naturaleza del pacto incumplido, apoyándose en la distinción entre *conditions* y *warranties*, autorizando la resolución sólo ante la infracción de los primeros. Sin embargo, desde el año 1963, el criterio ha sido el de la gravedad de las consecuencias del incumplimiento, en términos de que se podrá resolver el contrato cuando éste afecte la raíz o la base del contrato, frustrando el propósito del acreedor o privándolo sustancialmente del beneficio que pretendía obtener. Las estipulaciones, cuya infracción afecta la base o raíz del contrato, se denominan esenciales o fundamentales, llegándose a la noción de *fundamental breach of contract*⁴².

En la CISG se exige que, para que el incumplimiento legitime al acreedor no incumplidor a la resolución del contrato, ha de ser un incumplimiento esencial (artículo 49), lo que exige la determinación de un criterio de distinción entre el incumplimiento esencial

39. Hui, C. *Estudio comparativo sobre remedios*, cit., 98.

40. <http://www.4lawschool.com/contracts/dodge.shtml>

41. Hui, C. *Estudio comparativo sobre remedios*, cit., 99.

42. VIDAL OLIVARES, Á. 2006: *La protección del comprador; Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 103.

y el no esencial. Según el artículo 49 de la Convención, en los casos del incumplimiento esencial, la parte no incumplidora tiene derecho a resolver el contrato.

El criterio para determinar cuándo el incumplimiento es esencial viene establecido en el artículo 25 de la Convención de Viena, que contempla la noción del «incumplimiento esencial». Se entiende por incumplimiento esencial el no cumplimiento de la obligación de una de las partes «que cause a la otra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya cumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación» (artículo 25 CISG). La obligación incumplida puede ser tanto una expresamente contemplada en el contrato como una obligación de origen legal impuesta por la CISG⁴³.

El artículo 25 de la Convención de Viena permite así distinguir el incumplimiento esencial del incumplimiento no esencial. El jurista mexicano Jorge ADAME GODDARD explica que solo el incumplimiento que cause un *perjuicio grave* es un incumplimiento esencial y puede dar lugar a la resolución del contrato⁴⁴. Por su parte, el jurista chino Hui CONGBING opina que la Convención de Viena exige dos requisitos para el incumplimiento esencial: la gravedad del incumplimiento y la previsibilidad del incumplimiento⁴⁵. A mi juicio, es más completa la explicación del jurista chino. Como sostiene el jurista chileno Álvaro VIDAL OLIVARES,

la razonable previsibilidad del resultado (privación sustancial de lo que el acreedor tiene derecho a esperar en virtud del contrato) se aprecia, aunque la norma no la exprese, al momento de la celebración del contrato, instante en que se fija su objeto y ámbito de protección; lo que ocurra después no incide en la posición contractual de las partes, especialmente en la del deudor, quien, sobre la base del conocimiento real o imputado que posea al momento del contrato, tiene la carga de prever varias cosas relacionadas con el desarrollo del programa de prestación: a) los incumplimientos que pueden privar a su acreedor de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato (art. 25 CV); b) los impedimentos que pueden afectar la preparación o ejecución de la prestación (art. 79(1) CV) y c) los daños que puedan ser una posible consecuencia de la infracción contractual que le atribuye responsabilidad (art. 74 CV). O sea, la carga de prever se proyecta en tres direcciones y el momento en el que actúa es el mismo: el de la celebración del contrato. En ese instante se reparten los riesgos entre las partes, permitiendo dibujar el ámbito de cada uno de estos remedios⁴⁶.

43. MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. *Derecho del Comercio*, cit., 4.

44. ADAME GODDARD, J. *El contrato de compraventa internacional*, 231, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1936/11.pdf>

45. Hui, C., *Estudio comparativo sobre remedios*, cit., 98.

46. VIDAL OLIVARES, Á. 2006: *La protección del comprador; Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 101-102.

El jurista chileno Álvaro VIDAL OLIVARES sostiene que «La esencialidad no obedece a un criterio cuantitativo, ni menos atiende al carácter principal o accesorio de la o las obligaciones incumplidas, sino, exclusivamente, a uno cualitativo, vinculado directamente con el interés del acreedor y la posibilidad de su ulterior satisfacción por medio de una prestación tardía o la corrección de la prestación ejecutada defectuosa o imperfectamente»⁴⁷.

El jurista mexicano antes citado atribuye a los juristas mexicanos un papel importante en el establecimiento de este criterio en el texto de la CISG: Cabe mencionar —explica— que, en las sesiones del grupo de CNUDMI que preparó el proyecto de la convención actual, los representantes mexicanos hicieron la propuesta de ligar la noción de incumplimiento esencial con la de «perjuicio importante»⁴⁸. La propuesta fue aprobada, y en el proyecto de convención que se presentó a la Conferencia de Viena (art. 23) se definía el incumplimiento esencial como el que «causa un perjuicio importante». Se pasó así —afirma—, por iniciativa de los juristas mexicanos, de una definición subjetiva de incumplimiento esencial a una objetiva⁴⁹. La palabra «perjuicio» del artículo 25 de la Convención de Viena debe interpretarse en sentido amplio —sigue diciendo el autor—, como cualquier deterioro o menoscabo económico, y no en el sentido restringido de ganancia dejada de obtener, con el que aparece en el artículo 74 que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios⁵⁰.

Comentando el origen del incumplimiento esencial establecido en el artículo 25 CISG, el jurista chino Wang LIMING explica lo siguiente⁵¹: el incumplimiento esencial se origina en el *Common Law*. La CISG contempla la noción del incumplimiento esencial en el artículo 25 y ubica esta norma en el sistema de las responsabilidades por incumplimiento del contrato. Por esta razón, el autor contextualiza la norma explicando otras relacionadas con ella, tales como el artículo 51 CISG, conforme al cual cuando existe una entrega parcial de parte del obligado solo habrá lugar a la resolución del contrato si puede hablarse de incumplimiento esencial, debiendo mantenerse el contrato en el resto de los casos: De acuerdo con el artículo 51 de la Convención —sigue diciendo el autor chino citado—, «1) si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías o si sólo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme. 2) El comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste».

47. VIDAL OLIVARES, Á. 2006: *La protección del comprador*, cit., 99.

48. Citado por el autor: «Véase *Yearbook VI* (1975) 53, 64, 77-78 y 94-95». ADAME GODDARD, J. *El contrato de compraventa*, cit., 232.

49. ADAME GODDARD, J. *El contrato de compraventa*, cit., 232.

50. ADAME GODDARD, J. *El contrato de compraventa*, cit., 232.

51. El jurista chino LIMING, W. expresó en un discurso titulado «La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China», en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn

A juicio de la doctrina china, es muy positivo exigir el carácter esencial del incumplimiento como presupuesto para la resolución, porque aporta seguridad jurídica. El incumplimiento esencial limita severamente las condiciones de la resolución del contrato y establece una protección legal importante para el cumplimiento del contrato.

En relación con la explicación del régimen del incumplimiento esencial en la CISG, pueden destacarse algunas diferencias de carácter expositivo o en cuanto al método de sistematización de la materia. Así, por ejemplo, a juicio de Mario CLEMENTE MEORO, el concepto del incumplimiento esencial se encuentra en la Convención de Viena en los artículos 25, 46.2, 49.1 a), 51.2, 64.1 a), 70, 72.1 y 73⁵². Por consiguiente, el autor incluye dentro del incumplimiento esencial los supuestos de incumplimiento anticipado esencial (*fundamental*) o *anticipatory breach*, lo que es admisible a mi juicio, ya que el autor sistematiza la materia tomando el criterio de esencialidad del incumplimiento como referencia. Sin embargo, los autores chinos clasifican el incumplimiento en dos apartados: 1) El incumplimiento previsible y 2) El incumplimiento de hecho, ubicando el incumplimiento esencial en este segundo apartado como aquella de las modalidades del mismo que daría lugar a la resolución del contrato. Ambos modos de explicar la materia son compatibles. La diferencia es únicamente expositiva o de orden.

3.4. Los Principios UNIDROIT

La noción del incumplimiento esencial en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (PICC en inglés, en adelante, Principios UNIDROIT) se encuentra en el artículo 7.3.1. (*Derecho a dar por terminado el contrato*), como requisito para resolver el contrato.

De acuerdo con los Principios UNIDROIT, la parte perjudicada puede declarar resuelto el contrato en caso del incumplimiento esencial de la otra parte. En comparación con la CISG, los Principios UNIDROIT describen el incumplimiento esencial de un modo más amplio o exhaustivo que la CISG, ya que —junto al carácter grave e imprevisible del incumplimiento— consideran también aspectos subjetivos (en particular, la actitud del deudor contraria al cumplimiento, intencional o temeraria), así como el incumplimiento esencial anticipado (la parte incumplidora da razones justificadas a la otra parte para desconfiar de que se cumplirá en el futuro). Parece posible afirmar, por consiguiente, que los Principios UNIDROIT no siguen solo el modelo de la CISG, sino que reciben otras influencias.

En este sentido, se ha indicado que los Principios UNIDROIT contemplan con mucho detalle los factores determinantes de la existencia o no del incumplimiento esencial, y se ha explicado que la mayoría han sido tomados de las disposiciones relacionadas del *Restatement (Second)* de Contratos de EE.UU.⁵³.

52. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución por incumplimiento*, cit., 4.

53. Hui, C. *Estudio comparativo sobre remedios*, cit., 100.

3.5. La noción del incumplimiento esencial en los Principios Europeos del Derecho de Contratos

En los Principios Europeos del Derecho de Contratos (en adelante, PECL), elaborados por la denominada Comisión Lando y aprobados en 1998 por el Consejo Europeo del Derecho Contractual, el concepto del incumplimiento esencial se define en el artículo 8.103 PECL (*Incumplimiento esencial*), que dispone lo siguiente:

El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte⁵⁴.

3.6. La española PMCC (2009)

En relación con la noción del incumplimiento esencial en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil español (Comisión General de Codificación, 2009), merece ser destacado el trabajo de Mario CLEMENTE MEORO sobre la materia⁵⁵.

La PMCC dispone que el incumplimiento esencial legitima al acreedor para resolver el contrato. Como ha afirmado Esther GÓMEZ CALLE, «se configura el incumplimiento esencial como causa de resolución en el art. 1199. I PMCC»⁵⁶. Como apunta Esther GÓMEZ CALLE, la «cuestión es determinar cuándo el incumplimiento reviste la nota de *esencialidad*. El art. 1199. I PMCC se limita a apuntar que ello debe concretarse atendiendo a la finalidad del contrato: «Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial»⁵⁷.

54. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución por incumplimiento*, cit., 5.

55. CLEMENTE MEORO, M. E. *La resolución por incumplimiento*, cit., 1-2 (este trabajo constituye, con ligeras modificaciones, la conferencia impartida por su autor en las *Jornadas sobre la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* organizadas por el Ministerio de Justicia en Madrid del 15 al 17 de febrero de 2010, y ha sido publicado en la obra colectiva *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*. Valencia, 2010, 97 y ss.).

56. GÓMEZ CALLE, E. 2012: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia». *Anuario de Derecho Civil* 2012, tomo LXV, fasc. I: 65.

57. GÓMEZ CALLE, E. «Los remedios ante el incumplimiento...», cit., 65.

3.7. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino

En este apartado abordaré la cuestión del incumplimiento esencial en el Derecho chino, basándome en el trabajo previo de los juristas chinos Wang LIMING, Han SHI-YUAN, Hui CONGBING y Li XINTIAN, entre otros. El texto aporta una síntesis y traducción de algunos de sus trabajos, y mi particular juicio al respecto.

3.7.1. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino antes de la Ley de Contratos de China de 1999

Aunque la ley china no emplea directamente la noción del incumplimiento esencial, el contenido sustancial del incumplimiento esencial se manifiesta en la Ley de Contrato Comercial Extranjero del año 1985 y la Ley de Contratos de China del año 1999.

Como ya se explicó, antes de que la Ley de Contratos de China entrase en vigor en el año 1999, había en China tres leyes que funcionaban y jugaban el papel de la Ley de Contratos. Estas normas son los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China (GPCL en inglés), la Ley de Económica de Contratación, la Ley Económica de Contratación Extranjera y la Ley de Contratos de Tecnología, entre las cuales el GPCL servía como ley general, mientras que las otras tres leyes eran leyes especiales.

De entre ellas, solo la Ley Económica de Contratación Extranjera había contemplado muy sencillamente el incumplimiento esencial (su contenido). Aunque esta ley no utiliza el concepto del incumplimiento esencial propiamente dicho, el contenido sustancial o la interpretación de la norma sí coincide con la noción del incumplimiento esencial. La norma dice así:

Una parte puede resolver el contrato bajo las siguientes condiciones:

- (1). cuando la otra parte incumple el contrato, causando un perjuicio grave sobre el interés económico que tenía derecho a esperar en virtud del contrato;
- (2) si la otra parte no cumple el contrato dentro del plazo estipulado por el contrato, y sigue sin cumplirlo dentro del plazo razonable pospuesto permitido.

A mi juicio, el texto se parece más a lo dispuesto en los PECL que en la CISG, toda vez que la CISG requiere que el incumplimiento resolutorio sea grave e imprevisible, mientras que los PECL admiten que pueda resolverse el contrato cuando se dio al acreedor un plazo para cumplir y no lo hizo.

Bajo las dos condiciones mencionadas en el artículo citado, la parte incumplidora causa con su conducta la imposibilidad de realización del objetivo del contrato para la parte no incumplidora, lo cual supone un incumplimiento esencial, que legitima a la parte perjudicada para resolver el contrato.

Aunque algunos juristas chinos opinan que la Ley Económica de Contratación de China y la Ley de Contratos de Tecnología de China también contenían las

disposiciones relacionadas con el incumplimiento esencial, estas disposiciones sobre las condiciones de la resolución del contrato solamente involucraban el incumplimiento del contrato, sin determinar si se puede resolver el contrato de acuerdo con la naturaleza del incumplimiento o la gravedad del perjuicio causado por el incumplimiento. Por lo tanto, se considera que la *Ley de Contrato Comercial Extranjero* fue la única ley que contemplaba el incumplimiento esencial antes de la *Ley de Contratos* de China⁵⁸. Esto también demuestra que, antes de la *Ley de Contratos* de China de 1999, el concepto del incumplimiento esencial solamente se aplicaba a los contratos económicos extranjeros y no a los contratos internos, lo cual se ha considerado como un defecto significativo del derecho contractual de aquella época⁵⁹, que se ha reformado después con la modernización del Derecho de contratos, derogando las diferentes leyes especiales y aprobando una única Ley General de Contrato que los rijan a todos, sin distinguir si son contratos internacionales o no, como veremos más adelante. A mi juicio, sería recomendable que los países latinoamericanos que comercian con China modernizaran sus códigos civiles de modo semejante, a fin de que se aplique y conozca la misma regla en el mercado interior y el internacional, por razón de eficacia y seguridad jurídica.

Querría explicar algunos aspectos de la resolución por incumplimiento del contrato en la antigua Ley de Contrato Comercial de China, aplicable en el mercado interior (y no aplicable, a diferencia de la anterior, al contrato internacional):

Vamos a ver la disposición de la Ley Económica de Contratación de China sobre este aspecto. La Ley Económica de Contratación de China contempla que «una parte podrá resolver el contrato y notificar la resolución del contrato a la otra parte si la otra parte no cumple las obligaciones dentro del plazo acordado en el contrato». Esta simple disposición demuestra que la resolución del contrato no tiene nada que ver con la consideración de la gravedad del perjuicio, sin considerar si la parte incumplidora está dispuesta a las acciones del cumplimiento ni considerar la necesidad de dar a la parte incumplidora un plazo adicional para cumplir sus obligaciones contractuales, lo cual es más duro e injusto para la parte incumplidora⁶⁰, y a veces, también es un malgasto del recurso social, además, se ha desviado bastante de la finalidad de fomentar el comercio⁶¹. Como ya se ha indicado, esta norma será derogada después para fundirse todo el régimen jurídico de la contratación en un solo texto legal, aplicable a contratos internos e internacionales, por razón de eficacia y seguridad jurídica.

58. HUI, C. *Estudio comparativo sobre remedios*, cit., 100.

59. LI, X. *Estudio comparado*, cit., 126.

60. LI, X. *Estudio comparado*, cit., 126.

61. El jurista chino LIMING, W. lo expresó en un discurso titulado *La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China*, en la Universidad Renmin de China el día 15 de marzo de 2013. Véase en: www.civillaw.com.cn

3.7.2. La noción del incumplimiento esencial en el Derecho chino de la Ley de Contratos de China de 1999

Como se indicó, La Ley de Contratos de China de 1999 ha derogado el derecho anterior y es actualmente la única Ley aplicable a los contratos en China, sean nacionales o internacionales.

El artículo 94 de la Ley de Contratos de China contempla lo siguiente:

Una parte puede resolver el contrato bajo las siguientes condiciones: [...]

(3). Si una parte está en mora en cuanto a la prestación, o existen otros actos del incumplimiento por esta parte, lo cual causa que el objetivo del contrato no se pueda realizar.

El artículo 148 de la Ley de Contratos dispone que «si la calidad del objeto no cumple los requisitos de calidad, causando que el objetivo del contrato no pueda realizarse, el comprador puede rechazar la entrega del objeto o resolver el contrato [...]»⁶².

Aunque la *Ley de Contratos* de China no emplea la noción del incumplimiento esencial, contempla que «el perjuicio grave» es la condición de la resolución del contrato de la parte perjudicada, lo cual demuestra que la Ley de Contratos de China acepta sustancialmente la regla del incumplimiento esencial⁶³.

¿Por qué la Ley de Contratos de China ha adoptado el concepto del incumplimiento esencial?

Antes de la elaboración de la Ley de Contratos de China, en la Ley Económica de Contratación de China no había ningún límite a las condiciones para la resolución del contrato por incumplimiento.

La Ley Económica de Contratación de China establecía que, si una parte incumple el contrato, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato, lo cual se desviaba bastante de la finalidad de fomentar el comercio.

Más adelante los juristas chinos encontraron el concepto del incumplimiento esencial en la Convención de Viena. El concepto del incumplimiento esencial es una restricción para la resolución del contrato; a los juristas chinos, les parece una creación importante.

Así que la nueva Ley de Contratos de China adopta este concepto, pero más tarde se descubrió que, heredado del incumplimiento anticipado del *Common Law*, la Convención distingue el incumplimiento anticipado esencial y el incumplimiento esencial no anticipado.

Más tarde, la Ley de Contratos de China heredó el concepto del incumplimiento esencial anticipado, pero no adoptó la distinción entre el incumplimiento esencial anticipado y el incumplimiento anticipado no esencial.

62. Fuente: www.gov.cn. (página web oficial del Gobierno de la República Popular de China).

63. HUI, C. *Estudio comparativo sobre remedios*, cit., 100.

El párrafo 4 del artículo 94 de la Ley de Contratos de China establece que, «si una parte retrasa el cumplimiento del contrato o su incumplimiento del contrato frustra el objeto del contrato», la otra parte puede resolver el contrato.

Al respecto, quiero aclarar que la norma admite la resolución no solo en caso de retraso que frustre el fin del contrato, sino también cuando por cualquier otra causa no pueda realizarse el objetivo de este. Es decir, el último inciso marca la pauta de cierre de la norma, pudiendo afirmarse que lo esencial o decisivo para la resolución del contrato es la frustración del fin del contrato como consecuencia del incumplimiento.

Esta disposición considera el incumplimiento esencial como la condición principal de la resolución del contrato por el incumplimiento.

3.8. El incumplimiento resolutorio en el Derecho chileno

Al hablar del «incumplimiento resolutorio», el jurista chileno Álvaro VIDAL OLIVARES sostiene que «debe ser grave o esencial»⁶⁴, o sea: «La resolución del contrato requiere un incumplimiento que sea lo suficientemente grave o, lo que es igual, que tenga el carácter de esencial»⁶⁵. El jurista expresa que

desde que el art. 1.489 del *Código Civil* requiere para la que proceda la resolución que el deudor no cumpla lo pactado, sin distinguir, podría pensarse que cualquier incumplimiento, por insignificante que sea, sería suficiente. Sin embargo, desde hace mucho la doctrina y la jurisprudencia reserva la resolución por inejecución para incumplimientos de cierta gravedad o entidad, limitando así el ejercicio de la facultad resolutoria para aquellos casos en los que el incumplimiento incide en obligaciones esenciales o cuando en sí es grave. El profesor Peñailillo Arévalo, en su reciente obra, propone ciertos factores que sirven para determinar la trascendencia del incumplimiento y entre ellos considera: el valor del negocio (la naturaleza de ese valor dependerá del negocio que generalmente será económica); la función que por su naturaleza cumple el contrato (considerado en abstracto); la finalidad perseguida mediante ese específico negocio por el acreedor víctima del incumplimiento y concluye apuntando que el examen sobre la importancia del incumplimiento implica la interpretación del contrato y que los factores debidamente probados deben ser ponderados a la luz de la buena fe que ha de presidir las diversas etapas del trayecto contractual⁶⁶.

64. VIDAL OLIVARES, Á. *La protección del comprador*, cit., 93-194.

65. VIDAL OLIVARES, Álvaro R. (2009). La noción de incumplimiento esencial en el «código civil». *Revista de derecho (Valparaíso)*, (32), 221-258. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000100006>

66. VIDAL OLIVARES, Á. *La protección del comprador*, cit., 193-194.

Aparte de esto, el jurista expresa que «la facultad resolutoria debe examinarse desde la perspectiva del interés del acreedor»⁶⁷. Él cita a CLEMENTE MEORO, cuando habla de la concepción de la resolución, «medio de tutela frente a la inejecución (o defectuosa, o tardía ejecución) de la prestación. Ante el riesgo de pérdida de la contraprestación el ordenamiento faculta al contratante no incumplidor para desligarse de un vínculo del que no ha obtenido la ventaja que preveía, de forma que pueda acudir al mercado y buscar formas más adecuadas y convenientes para satisfacer sus intereses»⁶⁸.

3.9. El carácter esencial del incumplimiento en los PLDC⁶⁹

En los PLDC se dedica un artículo al *Carácter esencial del incumplimiento* (Sección 1.a *Del incumplimiento en general*, Capítulo 2. *Incumplimiento de las obligaciones contractuales*, Segunda Parte)⁷⁰:

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: 1. Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento. 2. El incumplimiento es doloso. 3. La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato. 4. Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato⁷¹.

4. CONCLUSIÓN

China y América Latina, lejos de estar distantes en el ámbito jurídico, han recibido la misma influencia del Derecho civil continental europeo en materia de Contratos, si bien China recibe una influencia mayor de la rama germana (pues toma como referencia a Japón que, a su vez, siguió el modelo alemán), mientras que Latinoamérica recibe una influencia decisiva del Código Civil francés y de un código afrancesado en Derecho de obligaciones y contratos como es el Código Civil español.

67. VIDAL OLIVARES, Á. 2010: «La noción de 'incumplimiento esencial' en el Código Civil». En C. Pizarro Wilson, y A. Vidal Olivares: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 487.

68. VIDAL OLIVARES, Á. «La noción de...», cit., 488, nota 4.

69. MORALES MORENO, A. M. 2014: «Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación». *Anuario Derecho Civil*. Anexo Principios latinoamericanos de derecho de los contratos, 2014, tomo LXVII, fasc. I: 249.

70. MORALES MORENO, A. M. «Los principios latinoamericanos...», cit., 249.

71. MORALES MORENO, A. M. «Los principios latinoamericanos...», cit., 249.

Partiendo de esta proximidad, ajena en su origen a la influencia anglosajona, es posible dar un paso más y observar que tanto China como la inmensa mayoría de países Latinoamericanos han ratificado la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, que pasa, por lo tanto, a formar parte de su Derecho interno. Este hecho ha tenido mayor relevancia doctrinal, al parecer, en China que en América Latina (paralelamente en cierto sentido a la mayor influencia práctica de la Convención de Viena en el Derecho germano que en el Derecho francés).

Del contraste entre los sistemas chino y latinoamericanos se desprende que, mientras China ha modernizado su Derecho de Contratos (unificando tres antiguas leyes en la Ley de Contratos de 1999, para simplificar el régimen jurídico de la compraventa), los países latinoamericanos comienzan ahora a despertar a las transformaciones del Derecho de la contratación y a los nuevos principios introducidos en el orden internacional del Derecho de comercio por los textos internacionales de Derecho uniforme (la ya mencionada Convención de Viena) y de *soft law* (Principios UNIDROIT).

Los nuevos principios del Derecho de la contratación se caracterizan por su sencillez. Si tomamos como ejemplo el ámbito del incumplimiento contractual, vemos que estos principios constituyen una clara referencia para la modernización del Derecho de obligaciones de los Códigos del Derecho continental, ya que se emplea un concepto amplio del incumplimiento contractual (que abarca tanto la no prestación, como el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento tardío...) al que se asocia «un sistema articulado de remedios» (empleando una expresión de MORALES MORENO). De adoptarse este sistema, la materia del incumplimiento contractual quedaría sistematizada y ordenada, y se superarían las disquisiciones que plantea la existencia en el Código Civil de remedios especiales en sede de compraventa (los saneamientos) con sus breves plazos de ejercicio (entre otras objeciones que pueden hacerse al mantenimiento de las acciones edilicias).

Países de la familia del Derecho continental europeo se han dejado guiar por estos nuevos principios: Alemania ha modernizado su Código Civil en 2002 (BGB); España ha elevado al Ministerio de Justicia una Propuesta de Modernización del Código Civil elaborada por la Comisión General de Codificación en 2009 (PMCC), y la jurisprudencia española está haciendo en ocasiones una interpretación del Código Civil inspirada en estos nuevos principios. A nivel del Derecho europeo, la influencia de la Convención de Viena (CISG) y de los Principios UNIDROIT es evidente en los Principios de Derecho Contractual europeo (PECL) y en el Marco Común de Referencia (DCFR), textos académicos que cuentan con el respaldo de las instituciones europeas. Se ha plasmado también en el Derecho positivo a través principalmente de la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo, así como, recientemente, en la Propuesta de Reglamento para la Compraventa Europea (CESL). Estas son solo algunas manifestaciones de la influencia del Derecho anglosajón (con su concepción amplia de obligación como garantía de satisfacción del interés del acreedor) sobre el Derecho civil europeo. Adviértase, especialmente, la influencia de la entrada de este sistema de responsabilidad en la compraventa europea en los sistemas nacionales de

los distintos países miembros a través de la citada Directiva 1999/44, que supera el régimen de los saneamientos con un sistema de responsabilidad objetiva por la falta de conformidad de la mercadería.

La apertura de un sector minoritario aún de la doctrina latinoamericana hacia los nuevos principios del Derecho de la contratación se advierte en el reciente borrador de *Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Como conclusión de esta tesis se aboga a favor de esta vía hacia la seguridad jurídica del comercio internacional, como factor necesario para la mejora de las relaciones comerciales entre China y América Latina.

El estudio de Derecho comparado pone de manifiesto las semejanzas y diferencias en el régimen jurídico de estas figuras y otras afines existentes en China y América Latina, y —con ello— clama por la armonización jurídica entre sistemas y por el refuerzo de estudios de Derecho comparado que avancen por esta vía de la aproximación y el conocimiento mutuo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, R. 2003: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 3.ª ed. Granada: Editorial Comares.
- ALTERINI, A. A. 1996: «Los Principios de UNIDROIT y las soluciones del derecho común». En *The UNIDROIT Principles: A common law of contracts for the Americas?*, Actas. Congreso Interamericano, UNIDROIT. Valencia, Venezuela, 1996.
- CLEMENTE MEORO, M. E. 1992: *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CLEMENTE MEORO, M. E. 1998: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CLEMENTE MEORO, M. E. 2011. La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española.
- Hui, C. 2013: *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*. Beijing: Law Press China.
- GÓMEZ CALLE, E. 2012: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia». *Anuario de Derecho Civil*, 2012, tomo LXV, fasc. I.
- Hui, C. 2013: *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*. Beijing: Law Press China.
- LLAMAS POMBO, E. *La compraventa*, La Ley. Madrid: 2014, 629-630.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. 2009: Derecho del Comercio Internacional. Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías, mayo 2009. Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagógic Universitat de les Illes Balears.

- MIGUEL, J. L. 1986: *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- MORALES MORENO, A. M. 2014: «Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación». *Anuario Derecho Civil Anexo Principios latinoamericanos de derecho de los contratos*, 2014, tomo LXVII, fasc. I.
- PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á. 2010: *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento, de Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- VIDAL OLIVARES, Á. 2006: *La protección del comprador; Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- VIDAL OLIVARES, Á. 2010: «La noción de 'incumplimiento esencial' en el Código Civil». En C. PIZARRO WILSON y Á. VIDAL OLIVARES: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- LI, X. 2005: *Estudio comparado del incumplimiento de contrato*. Wuhan: Editorial de la Universidad de Wuhan.
- Fuente: www.gov.cn. (página web oficial del Gobierno de la República Popular de China).

Dimensión jurídica de la corrupción en el contexto del derecho corporativo (con especial referencia a los ordenamientos jurídicos portugués y español)

Legal Dimension of Corruption in the Context of Corporate Law (with special reference to the Portuguese and Spanish legal systems)

Niedja DE ANDRADE e Silva FORTE DOS SANTOS

Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Coimbra (IJ-FDUC/FCT) y del Centro de Administración y Políticas Públicas de la Universidad de Lisboa (CAPP-ISCSP/FCT), Portugal; Investigadora doctoranda seleccionada por el Programa de Formación Avanzada de Doctorado de la Fundación para la Ciencia y la Tecnología de Portugal (FCT) (2022.12591.BD), e Investigadora Invitada en la Universidad de Salamanca

niedja.santos@ij.uc.pt | niedjasantos@edu.ulisboa.pt

<https://orcid.org/0000-0002-7313-2296>

Recibido: 18/09/2023

Aceptado: 29/04/2024

Resumen

Este estudio explora la dimensión jurídica de la corrupción en el derecho corporativo, examinando sus diversos aspectos. El

Abstract

This article explores the legal dimension of corruption in the field of corporate law, examining its various aspects. The argument

argumento planteado es que comprender mejor la corrupción en el ámbito del derecho corporativo facilitará la identificación de lagunas y el desarrollo de mecanismos para prevenir y combatir la corrupción en los negocios, contribuyendo así a la lucha global contra este fenómeno. La introducción proporciona una visión general del estado actual de la investigación en el campo. La siguiente sección define el concepto de corrupción en los negocios, destacando la importancia del interés social como un enfoque analítico crucial para examinar la convergencia de la gobernanza corporativa y la responsabilidad social en relación con la corrupción. Se hace hincapié en cómo la corrupción puede socavar la rentabilidad, poner en peligro los activos corporativos e impactar a las partes interesadas. A continuación, el artículo explora las respuestas jurídicas a la corrupción empresarial, centrándose en los deberes fiduciarios como base para imponer consecuencias legales en el ámbito del derecho corporativo. También se destacan los conflictos de interés y el abuso de poder como principales fuentes de corrupción en el mundo empresarial. Posteriormente, el artículo aborda los diversos aspectos de la corrupción en el derecho corporativo. Se profundiza en temas como los códigos de gobierno corporativo, los códigos de conducta, la información financiera y no financiera, así como las consideraciones ambientales, sociales y de gobernanza (ESG/ASG), examinando su relación con la corrupción. La conclusión ofrece un resumen de los principales puntos discutidos a lo largo del artículo, reforzando la importancia de comprender y abordar la corrupción dentro del marco del derecho corporativo.

Palabras clave: corrupción; corrupción en los negocios; dimensión jurídica; derecho corporativo; buen gobierno corporativo; responsabilidad social de las empresas; interés social.

put forth is that a deeper understanding of corruption within corporate law will facilitate the identification of gaps and the development of mechanisms for preventing and combating corruption in business. This, in turn, contributes to the global fight against corruption. The introduction provides an overview of the current state of research in the field. The subsequent section defines the concept of corporate corruption, highlighting the importance of the social interest as a critical lens for examining the convergence of corporate governance and social responsibility in addressing corruption. It emphasizes how corruption can undermine profitability, jeopardize corporate assets, and impact stakeholders. The article then explores the legal responses to corporate corruption, focusing on fiduciary duties as the foundation for imposing legal consequences within the realm of corporate law. It also highlights conflicts of interest and abuse of power as major sources of corporate corruption. Subsequently, the article maps out the various aspects of corruption in corporate law. It delves into topics such as codes of corporate governance, codes of conduct, financial and non-financial statements, ESG (environmental, social and governance), examining their relationship with corruption. Finally, the conclusion provides a summary of the main points discussed throughout the article, reinforcing the importance of understanding, and addressing corruption within the framework of corporate law.

Keywords: corruption; corporate corruption; legal dimension; corporate law; corporate governance; corporate social responsibility; social interest.

1. INTRODUCCIÓN¹

Además de ser una amenaza conocida para el desarrollo sostenible global, la corrupción es un obstáculo real para el comercio internacional y la prosperidad empresarial. Estimada en 2,6 billones de dólares al año (UN SECURITY COUNCIL, 2018), la corrupción mundial supera en más de dos veces el producto interno bruto de España (Instituto Nacional de Estadística, 2022). Este valor podría financiar la reconstrucción de Ucrania siete veces, estimada en 349.000 millones de dólares (WORLD BANK, GOVERNMENT OF UKRAINE y EUROPEAN COMMISSION, 2022). La corrupción es la barrera no arancelaria más costosa para el comercio internacional, ya que se lleva cada año 2 000 millones de dólares en ingresos aduaneros de los países miembros de la Organización Mundial de Aduanas (OCDE, 2017a, p. 15). A nivel corporativo, alrededor del 15 % de las empresas de todo el mundo reciben cada año al menos una solicitud de pago de soborno, en su mayoría relacionada con contratos gubernamentales o licencias de explotación (WORLD BANK, 2023).

En este marco, no son el mérito, la competencia o la eficiencia los que determinan el éxito en los negocios corporativos, sino los competidores corruptos. Las sociedades mercantiles están, por lo tanto, directamente interesadas en la lucha contra la corrupción. Los instrumentos de derecho civil como las acciones por daños y perjuicios suelen ser recordados como mecanismos de derecho privado relacionados con el tema (BURGER y HOLLAND, 2006, p. 63). Sin embargo, no menos prometedor es el papel anticorrupción del derecho corporativo. Esta rama del derecho privado tiene el objetivo específico de regular cuestiones de agencia a través de estrategias jurídicas principalmente relacionadas con la gestión de empresas comerciales (HANSMANN y KRAAKMAN, 2004, p. 2). A su vez, estas cuestiones de agencia están sujetas al desvío de recursos organizacionales o al mal uso de la autoridad corporativa para obtener beneficios privados (ASHFORTH y ANAND, 2003, p. 2; MAHMUD, MOHAMED y ARSHAD, 2022, p. 35). Así, la lucha contra la corrupción se beneficiará de una mayor comprensión de sus relaciones con el derecho corporativo.

Los estudios sobre la corrupción en el ámbito jurídico siguen siendo minoritarios. La *Web of Science*, una de las principales bases de datos de producción científica en ciencias sociales (BRYMAN, 2012, pp. 114-115), muestra que solo el 15 % de los 38 943 artículos científicos publicados entre 1902 y 2022 sobre corrupción son investigaciones jurídicas². Entre estas, a su vez, prevalece el campo del derecho público,

1. Un agradecimiento especial al profesor Fernando CARBAJO CASCÓN por su apoyo y acompañamiento durante la estancia de investigación de la autora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca en 2023, que fue esencial para la realización de este estudio. También, un enorme agradecimiento al profesor Coutinho de Abreu por su valiosa orientación académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra.

2. Se puede consultar en: <https://www.webofscience.com/wos/woscc/summary/71093e83-2e06-4bb0-b78c-6491e00afaa8-73b315c7/relevance/1>

principalmente el derecho penal y el administrativo (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 135; 2012, p. 302; CHAPPUIS, 2011, p. 139). La corrupción desde la perspectiva del derecho privado aún está poco explorada.

Además, en el campo del derecho privado, los estudios sobre corrupción tienden a centrarse en aspectos jurídico-civiles específicos. Son ejemplos aquellos que abordan los efectos de la corrupción en los contratos comerciales internacionales (ALA'I, 2014; MEKKI, 2014; WELLER, 2014) o la nulidad de los contratos celebrados con base en la corrupción (JALUZOT y MEISELLES, 2009). Otros estudios tratan la compensación por daños a terceros por prácticas corruptas (KURNIAWAN *et al.*, 2019) y la restitución de lucros ilegítimos (CHAPPUIS, 2011). Los que abordan de manera global los mecanismos que ofrece el derecho civil para combatir la corrupción (MEYER, 2009; SOTIROPOULOS, 2017) son excepción.

De igual modo, los escasos trabajos desde la perspectiva del derecho de sociedades tienden a analizar situaciones particulares. Se han estudiado los programas de *whistleblowing* (MESÍA MARTÍNEZ, 2015), el papel del consejo de administración (LOZANO GARCÍA, 2004) y de los procesos de autorregulación del gobierno corporativo (LOZANO GARCÍA, 2008), así como la relevancia de la publicidad de la información corporativa (FERREIRA, NONATO y PANHOCA, 2019; HESS, 2012). También existen estudios sobre la responsabilidad de los administradores en la gestión de riesgos como forma de prevenir la corrupción (LOMBARDI *et al.*, 2019). Por lo tanto, la visión global de los aspectos jurídico-empresariales de la corrupción todavía es un tema poco desarrollado.

Los estudios más significativos sobre la corrupción en el contexto del derecho de la propiedad privada florecieron en la Universidad de Salamanca a principios del siglo XXI. Alma máter del humanista Francisco de Vitoria, icono de la «Escuela de Salamanca» y precursor de los estudios del orden social y económico basados en un marco ético-moral, dicha universidad sigue inspirando perspectivas vanguardistas sobre la ética en la empresa (GÓMEZ RIVAS, 1999). Entre los pioneros en abordar la «economía de la transgresión» (CARBAJO CASCÓN, 2000, p. 55), caracterizada por la interposición de intereses privados sobre el interés público mediante el uso de instrumentos de derecho privado y, en particular, del derecho mercantil, el profesor Fernando CARBAJO CASCÓN identificó los «aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción» (2000, p. 55), que pueden generar la responsabilidad de empresas y administradores. Con ello, el catedrático de derecho mercantil caracterizó el derecho societario como «parte indispensable en el estudio de la corrupción» (CARBAJO CASCÓN, 2000, p. 59).

Desarrollos salmantinos posteriores han identificado instrumentos y técnicas jurídico-privadas relacionadas con operaciones corruptas (CARBAJO CASCÓN, 2004, 2008, 2012). Esta línea de investigación ha dado lugar a cursos en la Universidad de Salamanca (CARBAJO CASCÓN, 2023), y ha tenido repercusión en otros países europeos (CARBAJO CASCÓN, 2017) y en América (CARBAJO CASCÓN, 2012; 2014). El presente estudio se enmarca en esta línea de investigación, incluyendo los desarrollos legales más recientes en relación con el tema.

El argumento es que una mayor comprensión de la corrupción en el núcleo del derecho corporativo promoverá la identificación de lagunas y mecanismos de prevención y contención, porque el «principal freno a la corrupción debe venir de la prevención» (CARBAJO CASCÓN, 2008, p. 218). Específicamente, esta investigación pretende explorar la dimensión jurídica de la corrupción en el ámbito del derecho societario, a través de la operacionalización de los aspectos e instituciones de esta rama jurídica que, de alguna manera, tienen interfaz con la corrupción.

Aunque predomina el estudio de la corrupción basado en la idea de la responsabilidad social (COUTINHO DE ABREU, 2015, 2019; HESS, 2012; KRISHNAMURTI, SHAMS y VELAYUTHAM, 2018), aquí se adopta una visión más amplia. El interés social es la justificación para estudiar la corrupción en el campo del derecho corporativo. Desde esta perspectiva y para estos efectos, resulta menos relevante si el estudio de la corrupción se caracteriza como un tema de gobierno corporativo con impacto legal o como responsabilidad social.

El enfoque en los aspectos jurídico-corporativos de la corrupción no significa que esta rama del derecho sea autosuficiente como mecanismo para contener la corrupción. Como fenómeno social complejo, la corrupción requiere un abordaje integral que, en el campo del derecho, implica la interdisciplinariedad entre el derecho público y el privado³ (CARBAJO CASCÓN, 2000, p. 59; 2004, p. 135). Sin embargo, al centrar la atención en los aspectos de la corrupción relacionados con el derecho de sociedades y permitir su comprensión detallada, esta investigación también contribuirá al enfoque integrado.

Este estudio se divide en cuatro secciones, además de la introducción. La sección dos aborda el contenido y el alcance de la corrupción en los negocios, centrándose en el movimiento mundial contra la corrupción y examinando dos aspectos específicos: la corrupción privada y el *supply side* de la corrupción. La sección tres se enfoca en las perspectivas del derecho corporativo respecto a la corrupción, analizando el gobierno corporativo y la responsabilidad social corporativa. También se propone un enfoque integrado del derecho corporativo hacia la corrupción, basado en el interés social corporativo. La cuarta sección inicia examinando las respuestas jurídicas que han surgido en distintas ramas del derecho para enfrentar la corrupción en los negocios y discute las consecuencias específicas en el ámbito del derecho societario. En este sentido, los deberes fiduciarios se consideran la base de dichas consecuencias, mientras que los conflictos de interés y el abuso de poder emergen como las principales fuentes de corrupción en los negocios. A continuación, se lleva a cabo la operacionalización de la corrupción dentro del derecho corporativo, identificando los aspectos que tienen una relación potencial con la corrupción en los negocios. Por último, la conclusión resume

3. CARBAJO CASCÓN defiende la constitución del «derecho privado del tráfico económico» como un único cuerpo jurídico que une la tradicional dicotomía entre derecho civil (*ius commune*) y derecho mercantil (*lex specialis*), abarcando la generalización de la actividad mercantil a toda la sociedad (2012, p. 307).

los puntos principales discutidos a lo largo del estudio y refuerza la importancia de entender y abordar la corrupción dentro del marco del derecho corporativo.

2. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

2.1. Movimiento global anticorrupción

La globalización ha fomentado el avance de la corrupción transnacional. Las empresas ubicadas en países considerados menos corruptos utilizan la corrupción para ingresar a mercados más propensos a la práctica (FORTE DOS SANTOS, 2021, p. 225). El análisis de las diez mayores multas pagadas hasta 2022 en casos investigados bajo la estadounidense *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) muestra que el 80 % involucra a empresas ubicadas en los 25 países más honestos del mundo (Tabla 1). Esto demuestra la relevancia del movimiento global anticorrupción (HOUGH, 2013, p. 12). La coordinación de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Transparencia Internacional (TI) ha dado lugar a un estándar global relacionado con la lucha contra la corrupción.

Las primeras iniciativas globales anticorrupción fueron lideradas por la ONU y la Cámara de Comercio Internacional (ICC), que emitieron recomendaciones en la década de 1970 (HARRIS, 2019, p. 22; HOUGH, 2013, p. 25). La primera legislación nacional contra la corrupción transnacional, la FCPA, se promulgó en EE.UU. en 1977 con efectos extraterritoriales (HARRIS, 2019, p. 21) centrándose en la corrupción corporativa (MIRANDA RODRIGUES, 2021a, p. 137). Desde entonces, la ley estadounidense ha inspirado instrumentos anticorrupción en todo el mundo (Spalding, 2012, p. 670), incluidas las convenciones anticorrupción de la ONU y la OCDE (KATZAROVA y ANSART, 2020). La segunda habría sido fruto de la presión del Gobierno de EE.UU. (HOUGH, 2013, p. 6), con el objetivo de corregir la supuesta situación de desventaja en la que se encontraban las empresas nacionales sujetas a la FCPA.

Es importante señalar que el Consejo de Europa abordó la corrupción en el sector privado de forma pionera en 1998 a través de la Acción Conjunta 98/742/JAI, con el objetivo de proteger el libre mercado y la competencia leal (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 290). Aquella acción fue derogada por la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la UE, que obligaba a los países miembros a tipificar como delito la corrupción privada con o sin ánimo de lucro (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 293). La transposición debía haberse realizado antes de julio de 2005. Francia lo hizo en 2005 a través de la Loi n.º 2005-750, de 4 de julio. Portugal llevó a cabo la transposición en 2008, mediante la Lei n.º 20/2008, de 21 de abril. España lo hizo en 2010, a través de la Ley Orgánica n.º 5/2010, de 22 de junio. Alemania ha avanzado recientemente, mediante la ley anticorrupción del 20 de noviembre de 2015 (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*).

Tabla 1. Diez multas más altas pagadas hasta 2022 bajo la FCPA

País	Empresa	Multas (dólares)	Año	Clasificación - CPI 2022
Estados Unidos	Goldman Sachs Group inc.	3.300 millones	2020	24
Holanda/Francia	Airbus SE	2.090 millones	2020	8/21
Brasil	Petróleo Brasileiro S. A. - Petrobras	1.780 millones	2018	94
Suecia	Telefonaktiebolaget LM Ericsson	1.060 millones	2019	5
Suecia	Telia Company AB	1.010 millones	2017	5
Rusia	MTS	850 millones	2019	137
Alemania	Siemens	800 millones	2008	9
Holanda	VimpelCom	795 millones	2016	8
Francia	Alstom	772 millones	2014	21
Suiza	Glencore plc	700 millones	2022	7

Nota. Elaborado por la autora con base en CASSIN (2022) y TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2023).

A pesar de tales desarrollos, la corrupción relacionada con el sector privado ha recibido menos atención que la corrupción política y pública. Algunos argumentan que esto se debe a que generalmente no implica fondos públicos (MAHMUD, MOHAMED y ARSHAD, 2022, p. 37) mientras que otros afirman que se entiende tradicionalmente como un costo regular de actividad empresarial (GOEL, BUDAK y RAJH, 2015, p. 762). De hecho, hay varios ejemplos de países desarrollados, como Alemania, que aún permitían, hasta finales del siglo XX, la deducción fiscal de la corrupción pagada en el extranjero (KATZAROVA y ANSART, 2020, p. 45). Suiza, por ejemplo, prohibió esta práctica a partir de enero de 2022 (MILLER, 2020). El tema es tan relevante que en 2021 la OCDE emitió una recomendación (2021, p. 12) instando a los países miembros a prohibir expresamente la deducibilidad fiscal de la corrupción.

2.2. Supply side de la corrupción y corrupción privada

La corrupción en los negocios puede analizarse como la contrapartida de la corrupción pública o política, conocida como el *supply side* (lado de la oferta), o como una manifestación intrínseca al sector privado denominada corrupción privada.

Las instituciones internacionales suelen definir la corrupción como el abuso del poder público para obtener beneficios privados (BHARGAVA, 2006, p. 341; INTERNATIONAL MONETARY FUND [IMF], 2019, p. x; TI, 2021, párr. 1). Por lo tanto, es un concepto formulado desde la perspectiva de quienes demandan la corrupción (AMUNDSEN, 2006, p. 4). Si bien es aplicable tanto a la corrupción en el sector público como en el ámbito político, no cubre la corrupción en el sector privado.

Las transacciones corruptas involucran a aquellos que demandan corrupción, conocidos como *demand side* (lado de la demanda), y a aquellos que la ofrecen, o *supply side* (lado de la oferta) (MAHMUD, MOHAMED y ARSHAD, 2022, pp. 34-35). Tanto en la corrupción pública como en la política, la demanda proviene de la autoridad que tiene beneficios para otorgar, como la asignación de recursos, otorgamiento de licencias, contratación de servicios públicos o imposición de tasas y multas. La oferta (*supply*) es proporcionada por personas naturales o agentes del sector privado, incluidas las empresas, que están dispuestos a pagar para obtener esos beneficios.

La corrupción pública, que implica el abuso del poder público para obtener beneficios privados, puede manifestarse en forma de gran corrupción (*grand corruption*) o corrupción pequeña (*petty corruption*) (BHARGAVA, 2006, p. 342). La gran corrupción implica sumas elevadas y altas autoridades involucradas. Los sectores empresariales más propensos a la gran corrupción son la construcción de obras públicas, los servicios inmobiliarios, el petróleo y el gas, la minería, la generación y transmisión de energía y la industria farmacéutica (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2011, p. 18). En realidad, las empresas de los sectores más relevantes para la sociedad suelen tener conexiones con el poder político «desregulador» que generan una relación de clientelismo (CARBAJO CASCÓN, 2008, p. 198).

Por otro lado, la corrupción pequeña involucra sumas menores y funcionarios públicos que llevan a cabo operaciones cotidianas en contacto directo con el *supply side*. Por ejemplo, la corrupción en los puertos de todo el mundo es principalmente realizada por prácticos de puerto (*maritime pilots*), agentes de aduana, autoridades y agentes portuarios, quienes exigen pequeños pagos en efectivo, cigarrillos o refrescos a las empresas marítimas (MARITIME ANTI-CORRUPTION NETWORK, 2021, pp. 21-22). Tanto la corrupción pequeña como la gran corrupción están relacionadas con la corrupción empresarial, ya que las empresas pueden estar del lado de la oferta en ambos casos.

La corrupción política involucra a las élites gobernantes, altos líderes del sistema político y agentes afines que buscan preservar y/o fortalecer su propio poder a través del enriquecimiento privado y/o del grupo político (AMUNDSEN, 2006, p. 3). Los recursos pueden extraerse de la economía en general, de los ingresos gubernamentales o del sector privado (AMUNDSEN, 2006, p. 3). En estos casos, las empresas constituyen el *supply side* a través de acciones como el financiamiento de partidos, elecciones y actividades públicas, así como los pagos realizados durante el ejercicio del gobierno para obtener intereses comerciales, como concesiones, licencias, contratos públicos, préstamos, garantías, protección del mercado, derechos de monopolio y otros (AMUNDSEN, 2006, p. 6). Por lo tanto, las empresas pueden ser el *supply side* cuando la corrupción pública se superpone con la política.

A su vez, la corrupción privada se limita a entidades del sector privado, ya sean con o sin fines de lucro. En el ámbito empresarial, CARBAJO CASCÓN define la corrupción privada como la «desviación fraudulenta o abusiva de potestades de control y decisión en la empresa privada que genera conflictos de intereses dentro del sector privado y que, de forma refleja o indirecta, puede afectar también al interés general»

(2012, p. 287). Un ejemplo de esto es la corrupción de funcionarios de la FIFA por parte de empresas de *marketing* deportivo revelada en 2015, implicando los derechos de transmisión de partidos de fútbol (CHADE, 2016). Este tipo de corrupción disminuye el atractivo comercial, contribuye a la imposición de costos no financieros en forma de demoras burocráticas y distorsiona la competencia justa (MAHMUD, MOHAMED y ARSHAD, 2022, p. 35). Además de generar una pérdida de recursos económicos y afectar negativamente el funcionamiento de la Administración pública y su imagen entre los ciudadanos, reduce la confianza en el Estado de derecho y en el sistema político (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 285). En otras palabras, la corrupción privada es igual de perjudicial que la corrupción pública o política.

2.3. Concepto y alcance de la corrupción en los negocios

El concepto de corrupción en los negocios abarca tanto el *supply side* como la corrupción privada. En este estudio, se define la corrupción en los negocios como la desviación de recursos organizacionales o el uso de la autoridad corporativa para obtener beneficios privados, ya sean personales o corporativos (ASHFORTH y ANAND, 2003, p. 2; MAHMUD, MOHAMED y ARSHAD, 2022, p. 35). En estos casos, los sujetos implicados suelen ocupar posiciones de poder y toma de decisiones en empresas privadas, como administradores, gerentes, directores generales o de área (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 286).

La corrupción en los negocios puede resultar en un beneficio directo para el individuo responsable o para terceros, pero también puede ser practicada por los administradores en nombre y en beneficio de la sociedad mercantil (PINTO, LEANA y FRITS, 2008). En este sentido, se podría argumentar que, si la operación de corrupción es provechosa para la sociedad, no estaría violando el interés social. Sin embargo, el interés social debe ser «lícito ou alcançável por meios lícitos» (COUTINHO DE ABREU, 2015, p. 390). Esta condición de legitimidad establece que las actividades de la sociedad no pueden ser perjudiciales para la comunidad en general (SERRA, 2011, p. 246). La distinción entre corrupción en beneficio de la empresa, del agente o de terceros tiene una razón pragmática para determinar la responsabilidad por el acto corrupto. No obstante, los efectos perjudiciales de la corrupción para la empresa y para el interés público serán similares en todos los casos.

El epicentro legal de la corrupción ha estado tradicionalmente vinculado al soborno financiero. Sin embargo, en la actualidad existe un «efeito de transvase» o desbordamiento (GOMES CANOTILHO, 2011, p. 8). Por ejemplo, en el contexto de la corrupción en los negocios, el desvío de recursos organizacionales puede tener como objetivo servir como una herramienta para encubrir o realizar operaciones corruptas y posteriormente reintroducir recursos ilícitos en el sistema financiero (CARBAJO CASCÓN, 2000, p. 55; 2008, pp. 213-214; 2012, p. 342). Esto puede llevarse a cabo de diversas formas, como la utilización de sociedades fiduciarias para realizar servicios simulados con el fin de circular el dinero obtenido de manera corrupta; la manipulación de cuentas

con la colaboración de los auditores de cuentas; la creación de sociedades de capital para asignar fondos ilícitos que luego serán transferidos a destinos más seguros, como sociedades *offshore* y *trusts*, o el uso de empresas ficticias para dispersar de manera gradual sumas ilícitas a través de transferencias electrónicas, entre otras operaciones fraudulentas (CARBAJO CASCÓN, 2012, pp. 312-217). De esta manera, las actividades de encubrimiento y blanqueo de operaciones corruptas también se incluyen entre las hipótesis de desvío de recursos organizacionales que pueden caracterizar la corrupción en los negocios.

3. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y DERECHO CORPORATIVO

3.1. Derecho corporativo y campos de interés en estudio de la corrupción

El derecho corporativo es la rama del derecho que regula el comportamiento de las sociedades mercantiles a través de un sistema de incentivos dirigido a los principales actores de la empresa, como administradores, directores y accionistas, y la acción de responsabilidad es la principal consecuencia del incumplimiento (EISENBERG, 1999, p. 1253). En otras palabras, es la rama del derecho comercial que gobierna las sociedades mercantiles. Dentro de este ámbito, el estudio de la corrupción se ha abordado desde dos perspectivas: gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa.

3.2 Buen gobierno corporativo (*corporate governance*)

El *corporate governance movement* tiene sus raíces en el escándalo de *Watergate* en los EE.UU., que reveló el financiamiento electoral ilegal de la campaña del presidente Nixon y el soborno de representantes de gobiernos extranjeros por parte de empresas (COUTINHO DE ABREU, 2005, pp. 9-10). En este sentido, se puede decir que el buen gobierno corporativo surgió a partir de un principio anticorrupción (SANTOS, 2021), que aún lo guía implícitamente.

Desde aquel escándalo en la década de 1970, la regulación del gobierno corporativo ha evolucionado en etapas⁴ (CARBAJO CASCÓN, 2014, p. 11). El primer momento consistió en meras sugerencias para las empresas, como ejemplifican los *Principles*

4. Es cierto que en la década de 1930, cuando ni siquiera se conocía la expresión gobierno corporativo, la gran dispersión del capital en las corporaciones americanas dio lugar a un primer y aislado debate sobre el gobierno corporativo centrado en las posibles consecuencias inmediatas para el estatus de directores y para el concepto de sociedad, pero, en la década de 1960, el debate en torno del derecho corporativo fue declarado muerto en EE.UU. por Bayless MANNING (MAIA, 2012, p. 49).

of Corporate Governance del American Law Institute (COUTINHO DE ABREU, 2005, p. 32; ELSON y SHAKMAN, 1994). Casi simultáneamente, llegó la fase de autorregulación suave en la década de 1990, y se hizo amplia referencia al *Cadbury Code* británico. El Informe Olivencia de 1998 en España y las recomendaciones de 1999 de la *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários* (CMVM) de Portugal son también ejemplos de esta etapa. En este contexto surgió el modelo *comply or explain*. Luego vino la fase legal (CARBAJO CASCÓN, 2014, p. 13), con iniciativas como la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 en Estados Unidos. La Directiva 2007/36/CE, del 11 de julio, sobre los derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas, con modificaciones posteriores, incluso en 2022, es un ejemplo reciente de la fase legal de regulación del gobierno corporativo.

Como fenómeno social, el buen gobierno corporativo se refiere al sistema mediante el cual las empresas son dirigidas y controladas (COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE, 1992, p. 14). En el ámbito jurídico, el concepto de buen gobierno corporativo es ambiguo (HOPT, 2013, p. 10; MAIA, 2012, p. 44), especialmente en relación con los temas abordados. En este caso, existen dos enfoques: la visión de los *shareholders*, centrada en los accionistas, o la visión de los *stakeholders*, más amplia, que incluye a las partes interesadas en la actividad empresarial (HOPT, 2013, pp. 10-11).

En línea con el primer enfoque, el gobierno corporativo puede ser definido como el conjunto de normas legales, estatutarias, jurisprudenciales, éticas, entre otras, así como los mecanismos de administración y control o supervisión de las empresas (COUTINHO DE ABREU, 2005, p. 7). Se ocupa de la organización, composición, funcionamiento y distribución de competencias entre los órganos de la sociedad, así como de temas relacionados con los administradores, como nombramiento, remuneración, deberes, responsabilidad y destitución, además del control interno y externo de la empresa (COUTINHO DE ABREU, 2005, p. 10). Es un enfoque conceptual que gira en torno a las relaciones internas de la sociedad, especialmente la relación entre accionistas y directivos. En este caso, la corrupción no es, en principio, un tema directamente relacionado con el gobierno corporativo.

Desde una perspectiva más amplia, el gobierno corporativo tiene como objetivo proporcionar un sistema de incentivos a los administradores para que persigan el interés social y el crecimiento económico sostenible a largo plazo mediante el uso eficiente de los recursos, generando confianza en el mercado. También aborda los problemas de agencia, como los conflictos de interés y el abuso de poder, protege a los accionistas minoritarios, garantiza la transparencia de la información financiera e incorpora decisiones éticas que involucran los intereses de las partes relacionadas con la empresa, además de los accionistas (CARBAJO CASCÓN, 2014, p. 11). Esta visión es adoptada por el G20 y la OCDE⁵. Al considerar a estos grupos de interés, esta perspectiva sitúa la responsabilidad social empresarial dentro del ámbito del gobierno corporativo. En

5. Ver en <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264259195-pt.pdf?expires=1682523827&id=id&accname=guest&checksum=56C37972939FACBBB86C8F393BBBE956>

este sentido, la Directiva 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022, incluyó claramente la corrupción entre los temas de interés para el gobierno corporativo (art. 29-B.2.c).

En cualquier caso, a pesar de que la corrupción es el punto de partida para la implementación de la *corporate governance*, parece que el análisis de la corrupción en las sociedades mercantiles desde la perspectiva del gobierno corporativo aún no es unánime. Sin embargo, para aquellos que consideran la responsabilidad social como parte del gobierno corporativo, la corrupción o la anticorrupción serán temas de interés.

3.3. Responsabilidad social corporativa

La responsabilidad social es uno de los temas principales en el derecho corporativo contemporáneo (FLEISCHER, 2017, p. 509)⁶ y ha captado la atención de expertos de diversas áreas, lo que ha resultado en una amplia diversidad de conceptos (FLEISCHER, 2017, p. 509). Sin embargo, como señala COUTINHO DE ABREU, hay un elemento conceptual recurrente que es su carácter voluntario (2015, p. 392; 2019, p. 1088), el cual tiene una doble dimensión: adicionalidad y libertad (BATALLER, 2022, p. 83). Es un deber moral cuya falta de aplicación puede generar una sanción moral, pero no una sanción legal (COUTINHO DE ABREU, 2019, p. 1088). Algunos sostienen que existe responsabilidad civil de las empresas por los daños materiales causados por la omisión en la responsabilidad social (EMBID IRUJO, 2020, p. 31). En cualquier caso, el daño a la reputación es una de las posibles consecuencias de los fallos u omisiones en la responsabilidad social (NAVARRO FRÍAS, 2021, p. 205). Además, el valor de una empresa en el mercado puede verse directamente afectado por el cumplimiento normativo del gobierno corporativo y el desempeño de una cultura ética (LEO-CASTELLA, RODRÍGUEZ-LÓPEZ y SÁNCHEZ-MACÍAS, 2019, p. 409). Por lo tanto, la responsabilidad social es una acción que normalmente va más allá del objetivo lucrativo (EMBID IRUJO, 2020, p. 13), aunque puede impactar en él, y las empresas pueden optar por practicarla, pero no están obligadas a hacerlo.

El derecho a ejercer la responsabilidad social o «filantropía corporativa» (NAVARRO FRÍAS, 2021, p. 213) se basa en la legislación que fomenta su práctica sin obligarla (COUTINHO DE ABREU, 2019, p. 1091; NAVARRO FRÍAS, 2021, p. 210). Esto significa que la idea de que la responsabilidad social solo se centra en las ganancias (FRIEDMAN, 1970) está desactualizada. La Directiva 2014/95/UE, también conocida como directiva de responsabilidad social (FLEISCHER, 2017, p. 510; WELLER, HÜBNER y KALLER, 2014, p. 240), deja en claro que la lucha contra la corrupción está respaldada por la responsabilidad social (FORTE DOS SANTOS, 2020). La directiva establece una «orientación vinculante» (EMBID IRUJO, 2020, p. 316) y determina que ciertas empresas mercantiles que tienen políticas, resultados, análisis de riesgos y procesos de *due diligence*

6. Sobre las ventajas y desventajas de la responsabilidad social empresarial, ver COUTINHO DE ABREU (2015, pp. 392-393).

relacionados con temas ambientales, laborales, sociales, de derechos humanos y anticorrupción, incluyendo intentos de soborno, deben presentar una explicación clara y fundamentada.

La citada directiva incorpora sistemas internacionales⁷ considerados de referencia en materia de responsabilidad social (WELLER, HÜBNER y KALLER, 2014, p. 239). Estos sistemas incluyen la Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales de la Organización Internacional del Trabajo⁸, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁹, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos¹⁰, la norma ISO 26000¹¹ y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas¹². A excepción del primero, que se centra principalmente en temas laborales, los demás sistemas consideran la corrupción como uno de los aspectos a tener en cuenta en la responsabilidad social.

El marco normativo no deja dudas de que la perspectiva de la responsabilidad social empresarial es adecuada para analizar la corrupción. Sin embargo, la conveniencia de hacerlo es cuestionable, ya que, al considerar la corrupción como parte de la responsabilidad social, se estaría admitiendo que las empresas no están obligadas a adoptar medidas anticorrupción.

3.4. El interés social como punto de referencia

El interés social es el propósito fundamental de una empresa y abarca los objetivos y fines que guían su actividad (FLEISCHER, 2017, p. 510). El debate en torno a este tema involucra dos perspectivas principales: el contractualismo y el institucionalismo (COUTINHO DE ABREU, 2007, pp. 31-33; JAEGER, 2000, pp. 798-799). Ambas perspectivas reconocen que la tarea principal de una sociedad mercantil es crear valor agregado y distribuir resultados a los accionistas, pero difieren en los intereses amparados por el interés social.

El contractualismo, en línea con el modelo angloamericano, refleja una *shareholder society* (sociedad de accionistas) (JAEGER, 2000, p. 798), donde prevalecen los intereses de los accionistas. En este caso, el interés de la sociedad mercantil está

7. Ver el considerando 9 de la Directiva (página 2) en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095&from=EN>

8. Ver en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

9. Ver en https://www.oecd-ilibrary.org/governance/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales_9789264202436-es

10. Ver en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

11. Ver en <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100258.pdf>

12. Ver en <https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>

estrechamente vinculado al interés de los accionistas (*shareholders*). Por otro lado, el institucionalismo se deriva del modelo alemán, que se refiere a una *stakeholder society* (JAEGER, 2000, p. 798). Según esta perspectiva, el interés de las sociedades involucra a otros actores además de los accionistas, como trabajadores, socios comerciales, proveedores, clientes, acreedores, comunidad local, asociaciones, entidades reguladoras y el Gobierno (SERRA, 2011, p. 214). Estos actores pueden estar interesados, por ejemplo, en la protección del medio ambiente, los derechos humanos y la lucha contra la corrupción, entre otros temas que pueden ser potencialmente afectados por la actividad empresarial. En la actualidad, existe una tendencia creciente a integrar «los intereses generales al ‘corazón’» de los negocios (EMBID IRUJO, 2020, p. 43). En Francia, la Loi Pacte (Loi n.º 2019-486, de 22 de mayo) incluye explícitamente cuestiones sociales y ambientales en el interés social de la empresa (MUÑOZ PÉREZ, 2021, p. 504), con el objetivo de hacer que las empresas sean más equitativas y reconsiderar su papel en la sociedad actual (PEREZ PUEYO, 2019, pp. 428, 447-448).

Según la propuesta de directiva sobre la debida diligencia (COM[2022] 71 final) que se está discutiendo en la Unión Europea, las decisiones empresariales deben considerar intereses adicionales más allá del interés lucrativo de los accionistas (RECALDE, 2022, p. 20). Aunque no tan explícito como la ley francesa, el *Código das Sociedades Comerciais* (CSC) de Portugal sigue esta corriente al establecer que el deber de lealtad implica equilibrar intereses de sujetos relevantes para la sostenibilidad de la sociedad (art. 64, 1, a). La UE también adopta esta perspectiva en la Directiva 2014/95/UE sobre la divulgación de información no financiera por parte de las sociedades comerciales.

Algunos sostienen que el debate se ha resuelto con el triunfo del institucionalismo (Jaeger, 2000, p. 812) mientras que otros argumentan que la disputa continúa (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 33). Estos últimos parecen tener razón, ya que todavía hay países, como España, donde el enfoque contractualista es más fuerte¹³ (CARBAJO CASCÓN, 2020, p. 253) y también porque los supuestos intereses atribuidos a los *stakeholders* aún carecen de protección jurídica. A diferencia de los accionistas, estas partes generalmente no tienen derecho de acción para hacer valer sus intereses (COUTINHO DE ABREU, 2015, p. 392; FLEISCHER, 2017, p. 514). La Loi Pacte, que establece el derecho de acción en beneficio de terceros (EMBID IRUJO, 2020, p. 350), es una excepción. Incluso en Canadá, donde la *Business Corporation Act* refuerza el *stakeholder principle* (VASUDEV, 2015, p. 145), con los remedios legales que empoderan los *stakeholders* (*derivative actions* e *oppression actions*), la solución no ha funcionado.

13. Aun así, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de España revisado por la CNMV en junio de 2020 recomienda que la búsqueda del interés social concilie los intereses de empleados, clientes, proveedores y otros grupos de interés que puedan verse afectados por las actividades de la empresa (Recomendación 12). Ver en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf

Los tribunales aún se adhieren a estándares convencionales¹⁴ que evitan proteger los intereses de los no accionistas, y también se ven limitados por la *business judgement rule*, que respeta las decisiones corporativas, incluso en detrimento de los intereses de los *stakeholders* (VASUDEV, 2015, p. 173).

La lucha contra la corrupción es un tema que interesa a la comunidad y a menudo se reconoce como parte de la responsabilidad social empresarial según instrumentos internacionales¹⁵. Desde la perspectiva institucionalista, la lucha contra la corrupción se considera parte del interés social. Esto contrasta con la «economía de la transgresión» (CARBAJO CASCÓN, 2000, p. 55), que busca maximizar el beneficio empresarial a expensas del interés general. Sin embargo, según NOVAL PATO, las pautas contractuales para maximizar el valor de los accionistas no deben considerarse incompatibles con las políticas de sostenibilidad, ya que la «búsqueda del rendimiento económico no es sinónimo de actividad fraudulenta» (2022, p. 166), y la maximización del beneficio puede guiarse por la sostenibilidad (2022, p. 167). Además, la amplia difusión de estrategias basadas en la sostenibilidad favorece la integración natural de esta visión dentro del interés social (NOVAL PATO, 2022, p. 174).

A pesar de los estudios actuales en línea con la corriente *grease the wheels* (NYE, 1967)¹⁶, que resalta aspectos de la corrupción que son beneficiosos para los negocios (HEO, HOU y PARK, 2021), predominan los análisis científico-económicos que demuestran que la corrupción representa un riesgo para los intereses de los accionistas, con un impacto directo en los resultados financieros de las empresas. Por ejemplo, se ha demostrado que la corrupción puede reducir la rentabilidad de las acciones hasta en un 3 % (LAKSHMI, SAHA y BHATTARAI, 2021). Debido a los escándalos de corrupción, los accionistas de las empresas patrocinadoras de la Copa Mundial de la FIFA experimentaron una reducción significativa en el rendimiento de las acciones entre 2000 y 2017 (HUNDT y HORSCH, 2019). La corrupción también afecta directamente a la innovación empresarial, reduciendo la obtención de certificados de calidad en aproximadamente un 24 % y la adquisición de patentes en un 23 % (BUKARI y ANAMAN, 2020). Incluso la presión social por corrupción a través de las redes sociales tiene un impacto

14. *Air Canada Pilots Association v Air Canada ACE Aviation Holdings*. Federal Court of Appeal (2007); *BCE v 1976 Debentureholders*. Supreme Court of Canada (2008); *Peoples Department Stores Inc (Trustee of) v Wise*. Supreme Court of Canada (2004).

15. Por ejemplo: Declaración Tripartita sobre Empresas Multinacionales de la Organización Internacional del Trabajo, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, Principios de Gobierno Corporativo del G20 y la OCDE, Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Norma ISO 26000 y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas.

16. En la segunda mitad del siglo XX se intensificó un debate entre dos corrientes: la *grease the wheels*, que defendía la corrupción como la grasa que hace mover los engranajes de la máquina pública, y la corriente *sand the wheels*, que acusaba a la corrupción de ser la arena que frena a la sociedad.

negativo en el rendimiento del mercado de la empresa y genera costos de agencia debido a una mayor rotación de los directivos (ENIKOLOPOV, PETROVA y SONIN, 2018).

Por otro lado, las políticas gubernamentales anticorrupción tienen un impacto positivo en el margen de utilidad neta de las empresas de aproximadamente un 12 %, además de generar un crecimiento del 1 % en los activos empresariales (BADAWI y ALQUDAH, 2019). También se ha demostrado que el cumplimiento de las normas anticorrupción tiene un impacto positivo en el desempeño a largo plazo de las empresas cotizadas (YANG, WU y YANG, 2017, p. 16). Además, las posibles sanciones penales por corrupción generan pérdidas patrimoniales y de imagen (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 335). Así pues, desde la perspectiva contractualista, la acción anticorrupción también forma parte del interés social, dado que la corrupción afecta directamente a los resultados financieros.

En resumen, la lucha contra la corrupción une las ambiciones de las partes interesadas y de los accionistas. La corrupción en los negocios, ya sea como el *supply side* o en el ámbito privado, perjudica no solo los resultados de la sociedad y, por tanto, el retorno para los accionistas, sino también a la comunidad y al bien común, especialmente en la sociedad actual, que está «impregnada de elementos economicistas y de mercado en todos los sectores y escalas» (CARBAJO CASCÓN, 2008, p. 195). Por lo tanto, tanto desde la perspectiva de los *stakeholders* como de los *shareholders*, la lucha contra la corrupción siempre estará dentro del ámbito del interés social. Esto no se debe a una ampliación de la esfera de intereses (SERRA, 2011, p. 213) ni a favorecer el interés social cuando se favorece a los *stakeholders* (SERRA, 2011, p. 248). Esto sucede porque el tema de la corrupción es intrínseco al interés de los accionistas. Como afirma CARBAJO CASCÓN, a las empresas les interesa conservar su propio patrimonio para garantizar su continuidad y permitir la maximización de la rentabilidad a largo plazo, que responda a los objetivos comunes de los accionistas y otras partes interesadas en el funcionamiento de la empresa (2020, p. 253). En otras palabras, independientemente de si se considera la responsabilidad social en el ámbito de la gobernanza corporativa, la lucha contra la corrupción será objeto de interés.

Esto significa que la corrupción es indudablemente un tema de interés para el derecho societario, al igual que el derecho societario es una «parte imprescindible en el estudio de la corrupción» (CARBAJO CASCÓN, 2000, p. 59). En este sentido, es de suma importancia identificar los principales aspectos del derecho corporativo que tienen interfaces con la corrupción para comprender y/o delimitar la responsabilidad de la empresa y de los administradores en relación con la corrupción, así como fortalecer los mecanismos de prevención, contención y represión de la corrupción.

4. OPERACIONALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL DERECHO CORPORATIVO

4.1. Consideraciones generales

El derecho privado, especialmente el derecho societario, se utiliza con frecuencia como instrumento para llevar a cabo operaciones de corrupción, encubrimiento y blanqueo de capitales ilícitos (CARBAJO CASCÓN, 2000, p. 55). Esto se logra, por ejemplo, mediante la manipulación de registros contables y la transferencia de fondos a sociedades *offshore* y *trusts* (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 314). Dado el daño que esto suele causar al interés público, no es sorprendente que la represión de la corrupción, incluida la corrupción empresarial, sea una prioridad en el ámbito del derecho público (CARBAJO CASCÓN, 2000, p. 59).

No obstante, esto no puede servir como motivo para no considerar el derecho corporativo una parte esencial en el estudio de la corrupción. De hecho, la corrupción, el lavado de dinero y el encubrimiento de capitales desvían el interés social de la empresa. Estas situaciones se aprovechan de fallas estructurales en las sociedades empresariales, lagunas legales y del propio sistema financiero globalizado (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 286), por lo que es importante analizar las manifestaciones de corrupción en derecho societario.

Esta sección comienza examinando las principales consecuencias legales de la corrupción en los negocios en sentido amplio y luego las consecuencias derivadas del derecho corporativo. Aquí se presentan los fundamentos principales de las consecuencias jurídico-corporativas (deberes fiduciarios) y las principales fuentes de corrupción en los negocios (conflictos de interés y abusos de poder). A continuación, con el objetivo de identificar las brechas que posibilitan y/o facilitan la corrupción en los negocios, se presentan aspectos de la corrupción dentro del marco institucional del derecho corporativo. Se abordan, en primer lugar, los temas relacionados con la represión (consecuencias), seguidos de aquellos relacionados con la prevención y el control de la corrupción en los negocios.

4.2. Consecuencias legales generales de la corrupción en los negocios

Los diversos campos del derecho ofrecen una amplia gama de mecanismos para combatir la corrupción en los negocios. Además de las respuestas propias del derecho societario, se destacan las respuestas jurídicas en el ámbito del derecho penal, administrativo, civil (CARBAJO CASCÓN, 2008, p. 230) e incluso del derecho procesal civil.

En el ámbito del derecho público-administrativo, es posible inhabilitar a una sociedad mercantil para recibir subvenciones públicas, incentivos y beneficios fiscales o de

seguridad social, así como prohibir la celebración de contratos con el sector público (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 333). Además, existen sanciones administrativas establecidas por la legislación del mercado de valores. Por ejemplo, el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre el uso de información privilegiada, un tema a menudo relacionado con la corrupción en los negocios, establece numerosas sanciones administrativas como la revocación o la suspensión de la autorización para las empresas de inversión, la publicación de una advertencia sobre el responsable de la infracción, entre otras (art. 30).

En Portugal, el *Código de Valores Mobiliarios* (DL n. 486/99, de 13 de noviembre) establece sanciones administrativas para el delito de abuso de información privilegiada, como la prohibición temporal de ejercer la administración, gestión, dirección, liderazgo o supervisión y representación en sociedades mercantiles sujetas a la supervisión de la CMVM (art. 380). En España, además de la prohibición temporal de realizar actividades, la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (L 6/2023, de 17 de marzo) contempla la posibilidad de inmovilizar activos, suspender o limitar el tipo o volumen de operaciones que la empresa puede realizar, entre otras medidas administrativas (art. 234).

En el ámbito del derecho penal¹⁷, se consideran delitos aquellos relacionados con el abuso de mercado (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 337). En 1999, la Convención de Derecho Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa (CDPCCE) estableció que los Estados miembros adoptarán medidas para criminalizar la corrupción privada (arts. 7 y 8) y responsabilizar a las personas jurídicas (art. 18). La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 hizo lo mismo, respectivamente en los artículos 21 y 26.

En Portugal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas está reconocida desde 1984 (MIRANDA RODRIGUES, 2021b, p. 124) y la corrupción privada se tipificó como delito a través del *Regime de Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção cometidos no Comércio Internacional e na Actividade Privada* (Lei n. 20/2008, de 21 de abril).

En España, el Código Penal no solo tipifica como delito la corrupción empresarial (art. 286), sino también otros delitos societarios relacionados (arts. 252, 290 a 297) y reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde 2010¹⁸, con penas expresamente establecidas en los artículos 33.7 y 66.bis del Código Penal. En 2015 se llevó a cabo una modificación adicional para aclarar las dudas interpretativas en torno al artículo 31.bis.1 del Código Penal, especialmente en lo que concierne a las

17. Además de las referencias citadas, los párrafos sobre las consecuencias penales de la corrupción en los negocios también fueron fruto de las conversaciones con María Quintas Pérez, investigadora predoctoral en formación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

18. Por las modificaciones promovidas a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

personas físicas que pueden transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2016, pp. 2, 8-9), aunque también se argumenta que esta reforma limitó la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2018, p. 93). En este país, el delito es cometido por la persona jurídica cuando es perpetrado por sus administradores, directores, empleados o colaboradores en nombre del interés de la sociedad (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 331). Además, los administradores, tanto de facto como de derecho, también pueden ser considerados penalmente responsables por actos de corrupción (GIL NOBAJAS, 2017).

Sin embargo, para los entes sin personalidad jurídica se siguen aplicando las consecuencias accesorias de la pena (CP, art. 129), que se aplicaba a las personas jurídicas antes de la reforma penal de 2010. Esta regla tiene como objetivo prevenir la repetición del delito o reparar los daños causados por actividades ilícitas (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 150; 2008, p. 226). Entre estas consecuencias se destaca la prohibición futura de realizar el tipo de actividad utilizada para cometer el delito (CARBAJO CASCÓN, 2008, p. 226).

En el derecho penal, también debe hacerse mención a la reparación de daños realizada a través de la responsabilidad civil derivada del delito. Esto está establecido en la UE desde 1999 por el CDPCCE (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 150) y está garantizado en España (CP, arts. 109-122) y en Portugal (CP, arts. 129-130). Es importante resaltar que esto solo será conocido por el juez penal si el perjudicado lo solicita (CARBAJO CASCÓN, 2008, p. 224).

En el ámbito del derecho civil, desde 1999, el Convenio del Consejo de Europa sobre Derecho Civil en Materia de Corrupción recomienda a los Estados establecer recursos legales para reparar los daños materiales o inmateriales sufridos como consecuencia de actos de corrupción (CARBAJO CASCÓN, 2008, p. 226). Este tema se fortaleció a nivel mundial con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, que prevé la indemnización de las personas perjudicadas por actos de corrupción (art. 35).

Además, existen mecanismos de responsabilidad contemplados en el derecho civil, como la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 152; 2008, p. 228). También, la omisión en el deber de supervisión de los empleados puede dar lugar a la responsabilidad civil de la sociedad mercantil (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 145). Este derecho no solo puede ser ejercido por las empresas competidoras afectadas, sino también por los ciudadanos en general, debido al deber moral de evitar la corrupción en las instituciones, el fraude y el abuso en el ejercicio de las actividades económicas privadas (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 153).

La sociedad empresarial también puede enfrentar consecuencias en el ámbito del derecho procesal, a través del mecanismo jurisprudencial conocido como levantamiento del velo (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 150; 2008, p. 225). Esto puede ocurrir,

por ejemplo, en casos de corrupción en los que los beneficios obtenidos de manera ilícita se canalizan hacia una sociedad instrumental que no posee activos o que ha utilizado los fondos de manera inapropiada, y cuyos socios son los propios beneficiarios de las transacciones. En tales casos, se puede responsabilizar a los socios ocultos que se demuestre que son los principales responsables de las decisiones corporativas.

4.3. Consecuencias legales de la corrupción en el ámbito del derecho corporativo

4.3.1. Base de las consecuencias legales: deberes fiduciarios y responsabilidad

Los deberes fiduciarios se derivan de la administración de los bienes de terceros. Son deberes generales relacionados con una amplia responsabilidad de diligencia inherente al ejercicio del cargo de administrador en una sociedad mercantil (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 18). Estos deberes tuvieron su origen en el *common law*, pero en la actualidad están incorporados en la legislación (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 17). A nivel global, se traducen en dos tipos de deberes típicamente considerados fiduciarios: el deber de lealtad (*duty of loyalty*) y el deber de cuidado (*duty of care*).

En el *Código das Sociedades Comerciais* (CSC) de Portugal, estos dos deberes se establecen como fundamentales para los administradores (art. 64), mientras que en España el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC - RDL 1/2010, de 2 de julio) menciona el deber general de diligencia (art. 225) y el deber de lealtad (art. 227). Se hace hincapié en la obligación de evitar conflictos de interés en el contexto del deber de lealtad (art. 229), así como el deber de secreto incluso después de cesar en el cargo (art. 288.b). Aunque de manera aislada, también se considera el deber de buena fe (*duty of good faith*), como se establece en la jurisprudencia de los EE.UU.¹⁹ (MOREDO SANTOS y VOGLER GUINÉ, 2013, pp. 293-294). No obstante, la doctrina no lo considera como un deber autónomo (VASCONCELOS, 2009, pp. 46-48).

El deber de cuidado o diligencia requiere que los administradores dediquen el tiempo, el esfuerzo, el conocimiento y la competencia necesarios en la organización, toma de decisiones y control empresarial (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 19). Esto implica tres componentes importantes del deber de cuidado: (1) deber de control o vigilancia organizativa-funcional, (2) deber de acción procesal y (3) deber de tomar decisiones razonables (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 20).

19. La Corte Suprema de Delaware reconoció el «deber de buena fe» como un deber fiduciario en *Cede & Co v. Technicolor, Inc.*, 634A.2d345. Delaware Supreme Court (Del 1993).

Por otro lado, el deber de lealtad está estrechamente relacionado con el interés social de la empresa, que los directores deben perseguir, evitando promover intereses propios o de terceros (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 22). Basándose en el caso portugués, COUTINHO DE ABREU describe cinco aspectos principales del deber de lealtad: (1) equidad en la contratación; (2) no competir con la sociedad; (3) no aprovechar personalmente oportunidades de negocio; (4) no utilizar activos, información y cargo de administrador, y (5) no abusar de su posición para recibir ventajas patrimoniales de terceros (COUTINHO DE ABREU, 2007, pp. 23-29). En España, el TRLSC vincula el deber de lealtad²⁰ con la observancia del interés social y la prevención de conflictos de interés.

Debido a sus deberes fiduciarios, los administradores están obligados a proteger a la sociedad mercantil de posibles riesgos, incluyendo el daño reputacional (NAVARRO FRÍAS, 2021, p. 212). Esto implica cuestiones que no son legalmente exigibles a las empresas, pero se consideran responsabilidad social (NAVARRO FRÍAS, 2021, p. 212). Es decir, un tema puede considerarse voluntario para la sociedad al mismo tiempo que es un deber para el administrador. La violación de estos deberes genera responsabilidad del administrador hacia la sociedad.

4.3.2. Respuestas del derecho corporativo a la corrupción

La corrupción implica la violación de deberes fiduciarios, lo que conlleva consecuencias jurídicas cuando se produce daño a la sociedad. Una de estas consecuencias es la responsabilidad civil del administrador frente a la sociedad (COUTINHO DE ABREU, 2015, p. 390). Existe la obligación de indemnizar los daños causados al patrimonio social debido a la corrupción, así como de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto²¹ obtenido como resultado del incumplimiento del deber de lealtad (CARBAJO CASCÓN, 2020, p. 259)²².

Tanto en España como en Portugal, el derecho societario prevé la acción social de responsabilidad²³ (TRLSC, arts. 227.2 y 238; CSC 72.1, 75, 77), que implica la solidaridad entre los miembros del órgano de administración que hayan participado, conocido

20. CARBAJO CASCÓN (2020, p. 253) también aborda el deber de lealtad del socio hacia el interés social y los demás socios, el cual se manifiesta en situaciones como la prohibición de voto del socio en conflicto de interés con la sociedad (TRLSC, art. 190.1; CSC, art. 251), así como en la impugnación de acuerdos adoptados debido al voto decisivo de los accionistas en situaciones de conflicto de interés con el interés social (TRLSC, art. 190.3 LSC; CSC, art. 58, I, B).

21. En España, según lo establecido expresamente en la Ley de Sociedades (TRLSC, art. 227.2).

22. Para obtener más información sobre la acción de enriquecimiento injusto en el derecho societario, se puede consultar el trabajo de GIMENO RIBES (2020).

23. Para obtener más detalles sobre la acción social de responsabilidad en España, se puede consultar CAMPUZANO (2015).

o dejado de oponerse a los actos lesivos (TRLSC, art. 237 - CSC 73), mientras que en España también cubre expresamente y legalmente a los administradores de hecho (art. 236.3)^{24,25}. Dichas acciones también pueden ser presentadas por daños y perjuicios derivados de sanciones por delitos de corrupción, siendo los legítimos autores la propia empresa, con previa autorización de la junta general, de los accionistas minoritarios o de los acreedores²⁶ (CARBAJO CASCÓN, 2012, pp. 334-335). Tanto en España como en Portugal, la acción social de responsabilidad no perjudica las acciones individuales de responsabilidad de los socios y terceros directamente perjudicados (TRLSC, art. 241; CSC, art. 79.1).

En el ámbito de la responsabilidad civil de los administradores, el derecho societario protege la discrecionalidad de las decisiones empresariales relacionadas con la estrategia y los negocios a través de la *business judgement rule* (TRLSC, art. 226; CSC, art. 72.1). Para su aplicación, debe haberse tomado una decisión, haberse cumplido las normas procesales de la decisión y no puede existir un conflicto de interés entre los administradores y la sociedad (COUTINHO DE ABREU, 2010a, p. 38). La presencia del interés personal del administrador en una decisión discrecional constituirá una violación del deber de lealtad (NAVARRO FRÍAS, 2021, p. 219). También es importante la buena fe del administrador (CARBAJO CASCÓN, 2017, p. 34).

Otras consecuencias jurídicas de la corrupción en el ámbito del derecho societario incluyen la posibilidad de destituir al administrador por justa causa (COUTINHO DE ABREU, 2015, p. 390) y «acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos celebrados por los administradores con violación del deber de lealtad (art. 232LSC)».

24. En Portugal, el CSC no prevé expresamente la responsabilidad de los administradores de hecho, pero el artículo 80 del CSC extiende la responsabilidad de los administradores a otras personas a quienes se les ha encomendado funciones de gestión. Durante mucho tiempo, la doctrina se ha pronunciado sobre la aplicación directa del artículo 72 del CSC a los administradores de hecho (COUTINHO DE ABREU, 2010, p. 104). También existe la posibilidad de reconocimiento de la responsabilidad extracontractual a través de la acción directa por parte de los acreedores sociales, de acuerdo con el artículo 78.º, n.º 1, del CSC. Además, el artículo 24 de la Ley General Tributaria equipara a los administradores de hecho con los administradores de derecho.

25. Para obtener más información sobre los administradores de facto de las sociedades comerciales en Portugal, incluyendo aspectos de la legislación tributaria, penal e de insolvencia, consultar a SANTOS COSTA (2014).

26. Según el texto refundido de la Ley Concursal española (RDL 1/2020, de 5 de mayo), tienen legitimidad para ejercer la acción subsidiaria en caso de inacción de la administración en licitaciones (TRLSC, art. 122, 240).

4.3.3. Las principales fuentes de la corrupción en los negocios: conflictos de interés y abuso de poder

Como afirma CARBAJO CASCÓN, en la «base del fenómeno socioeconómico de la corrupción está el problema eterno de los *conflictos de intereses* entre los intereses públicos o generales y los intereses privados que se interponen a aquellos» (CARBAJO CASCÓN, 2012, pp. 283-384). Esta es la misma situación que se observa en la corrupción empresarial, que suele darse por el abuso o mal uso de los poderes de control y decisión de la sociedad mercantil cometidos por administradores, representantes empresariales (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 287) o por los socios, generando situaciones de conflicto de interés. En el caso de los administradores, existe el deber de lealtad hacia la sociedad que les obliga a defender intereses ajenos a los suyos²⁷. En el caso de los socios, no se trata de una función que les obligue a defender intereses ajenos, sino que les exige respetar los límites del deber de lealtad al interés social (CARBAJO CASCÓN, 2020, pp. 268-269). En este sentido, el primer principio de los *ICGN Global Governance Principles* señala el deber de la junta general de promover el interés social con buena fe, cuidado y lealtad en beneficio de los accionistas y grupos de interés más relevantes (HERRERO MORANT, 2022, p. 281).

Los conflictos de interés se producen cuando los intereses personales del administrador o los intereses privados de la sociedad mercantil se interponen sobre los intereses públicos o privados inherentes al funcionamiento del mercado (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 131). Ejemplos de estos conflictos son el clientelismo, las asimetrías de información en el mercado de valores y las puertas giratorias (*revolving doors*)²⁸. Estos conflictos de interés son derivados del abuso de poder²⁹. Las situaciones de abuso de poder y conflictos de interés suelen ser negligentes y desleales con los intereses de la empresa, así como con los accionistas, trabajadores, acreedores e inversores. Estas situaciones representan una violación de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores de empresas, ya que se anteponen intereses personales o de terceros por encima de los intereses de la sociedad (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 316). El deber de lealtad del administrador implica medidas de protección del interés social, incluyendo la prevención de conflictos de interés (GARNACHO CABANILLAS, 2018, p. 186). Por lo tanto, las medidas contra la corrupción en los negocios tienen como objetivo evitar situaciones de conflicto de intereses y abuso de poder.

27. En este sentido, el art. 225.1 del TRLSC, con la modificación que le otorga la Ley 5/2021, de 12 de abril, establece expresamente al final: «Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y *subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*».

28. Es decir, el ingreso de exautoridades políticas a la dirección de empresas o administradores que luego se incorporen a organismos públicos reguladores del sector de la respectiva empresa.

29. Sobre el abuso de poder por el administrador haciendo uso de la potestad empresarial en operaciones privadas, ver RAMOS HERRANZ (2015).

4.4. Códigos de Buen Gobierno Corporativo y Códigos de Conducta

Los códigos de gobierno corporativo son «conjuntos sistematizados de normas de naturaleza recomendatoria respetantes ao bom goveno das sociedades» (CÂMARA, 2002, p. 65). El Informe Cadbury del Reino Unido de 1992 fue el precursor de estos instrumentos. En Portugal, desde 2018, está en vigor el *Código de Governo das Sociedades do Instituto Português de Corporate Governance* (CGS-IPCG), el cual se actualizó en 2023 para abordar temas de inteligencia artificial y sostenibilidad³⁰. En España, desde 2015 está en vigor el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de la CNMV (CBGSC-CNMV), el cual se actualizó en 2020³¹. Ambos códigos se complementan con la legislación nacional sobre gobierno corporativo, y hay una tendencia hacia la conversión gradual del núcleo esencial del gobierno corporativo en normas jurídicas (GARCÍA MANDALONIZ, 2018, p. 101). Tanto en España como en Portugal, la adopción y el uso de estos códigos por parte de las empresas es voluntaria y se rige por el principio «cumplir o explicar» (CGS-IPCG, Princípios gerais [B]; CBGSC-CNMV, art. 1.3.1). Estos documentos son fuente de prácticas empresariales y pueden ser promovidos por presiones sociales, pero no tienen carácter jurídicamente vinculante (COUTINHO DE ABREU, 2005, p. 13). Son mecanismos de *soft law* que, junto con la legislación, tienen como objetivo mejorar la gobernanza empresarial.

Los instrumentos de autorregulación han sido promovidos por organismos internacionales con el objetivo de combatir problemas como la corrupción. Un ejemplo son las directrices de la OCDE para empresas multinacionales³² (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 298) y las directrices de la *European Banking Authority* (EBA)³³ sobre conducta organizativa y gobierno corporativo para el sector bancario de los Estados miembros, basadas en el mismo modelo *comply or explain*. Estas directrices abordan temas como los factores de riesgo (EBA/GL/2023/03), políticas de remuneración (EBA/GL/2021/04) y gobierno interno (EBA/GL/2021/05), entre otros. En este sentido, el *Deutscher Corporate Governance Kodex* de 2022 fortaleció el sistema de control interno y el sistema de gestión de riesgos para mejorar la integridad del mercado financiero (BUESO GUILLÉN, 2022, p. 284).

También existen los códigos de conducta, que son reglamentos internos de las sociedades empresariales (MAIA, 2021, p. 6) con el objetivo de establecer normas éticas que deben ser seguidas por el personal interno de la empresa, como empleados, administradores y otros representantes. La adopción de estos códigos suele ser

30. Consultar en <https://cgov.pt/base-de-dados/codigos-de-governo/1394-codigos-de-governo-das-sociedades>

31. Consultar en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf

32. Consultar en <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>

33. Las directrices de la ABE pueden convertirse en normas técnicas vinculantes que se incorporarán al «Single Rulebook» definido por el Consejo Europeo. En este caso, dejarán de ser voluntarias, pasando a ser vinculantes.

voluntaria. Sin embargo, la propuesta de directiva sobre la debida diligencia de las empresas (COM[2022] 71 final)³⁴ tiene como objetivo hacer obligatorios estos códigos (art. 5.b).

A menudo, los códigos de conducta han sido criticados por su falta de vinculación legal y su ineficacia para prevenir escándalos financieros (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 131), incluyendo aquellos relacionados con la corrupción. Sin embargo, estos códigos también tienen sus méritos. Su adopción voluntaria puede complementar las obligaciones legales de prevención de la corrupción, actuando como un mecanismo de salvaguarda para la supuesta buena reputación de los administradores (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 148; 2008, p. 223). A través de estos instrumentos, las sociedades mercantiles pueden proporcionar transparencia en las políticas para evitar conflictos de intereses. Es decir, estos códigos establecen las conductas esperadas para el público-objetivo en temas como puertas giratorias (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 296), relación con accionistas, transacciones con partes relacionadas, relaciones con el Gobierno (incluso durante licitaciones públicas), cabildeo, aceptación y ofrecimiento de regalos y atenciones, entre otros temas que están directamente relacionados con la prevención de la corrupción.

En este contexto, es importante destacar que los códigos de conducta y los códigos de gobierno corporativo están estrechamente relacionados con el deber general de diligencia de los administradores en términos de prevención de la corrupción.

4.5. Publicación de información financiera y no financiera y ESG (ASG)

La publicación de información financiera y no financiera se basa en el principio de transparencia, que es fundamental para la protección de los mercados y es un corolario de la prevención de la corrupción. No es casualidad que la principal organización no gubernamental internacional dedicada a la lucha contra la corrupción se llame «Transparencia Internacional». La transparencia favorece el buen gobierno, la organización, el funcionamiento y las operaciones de las sociedades y los grupos empresariales, especialmente en términos de la estructura de gobierno corporativo, las relaciones internas en los grupos empresariales, la identificación clara de los socios y las relaciones comerciales con las partes interesadas, especialmente los directores y los socios controladores (COUTINHO DE ABREU, 2015, p. 391). Por lo tanto, se reconoce el potencial de estas publicaciones como instrumento para prevenir la corrupción.

La mejora de la transparencia es un aspecto común en las últimas normas europeas de gobierno corporativo (GARCÍA MANDALONIZ, 2018, p. 103). La Directiva 2013/34/UE, de 26 de junio, es el principal instrumento para abordar la información financiera y no financiera de las empresas en la UE. Inicialmente, la norma se refería

34. Consultar en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF

únicamente a la información financiera, pero la Directiva 2014/95, de 22 de octubre, modificó esto al establecer que las empresas y las matrices de grupos empresariales con más de 500 empleados deben publicar información no financiera consolidada relacionada con el medio ambiente, asuntos sociales y laborales, derechos humanos y la lucha contra la corrupción bajo el *comply or explain*. Es decir, no hay sanciones en caso de incumplimiento (GARCÍA MANDALONIZ, 2018, p. 140).

El 14 de diciembre de 2022 se introdujeron nuevos cambios a través de la Directiva 2022/2464/UE, del 14 de diciembre, que refuerza la inclusión de la corrupción entre los temas de sostenibilidad y recomienda que las empresas aclaren la perspectiva de materialidad de la información sobre sostenibilidad (Considerando 29). Además, la nueva directiva incorporó el capítulo 6-A en la Directiva 2013/34/UE, cuyo artículo 29-B.2.c incluye la corrupción como un asunto de ética y cultura corporativa de interés para el gobierno corporativo.

En la UE, además de la legislación que impone obligaciones derivadas de la transposición de las directivas, las sociedades mercantiles también tienen la obligación de informar según la legislación que regula los mercados financieros y de valores. Estas regulaciones suelen tener como objetivo la *full disclosure* (CARBAJO CASCÓN, 2008, pp. 209, 219), como es el caso del texto refundido de la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (L 6/2023, de 17 de marzo) en España y el *Código de Valores Mobiliarios* (DL n.º 486/99, de 13 de noviembre) en Portugal. Estas leyes establecen, por ejemplo, la obligación de comunicar información relevante y la prohibición del uso de información privilegiada.

En el ámbito de la información empresarial, los informes ESG (*environmental, social and governance*) o ASG (aspectos ambientales, sociales y de gobernanza), impulsados desde 2005 por los *Principles for Responsible Investment de la ONU*³⁵ (GARCÍA MANDALONIZ, 2018, p. 119), han ganado relevancia. Estos informes se refieren a la divulgación de indicadores de desempeño comparables en áreas como el medio ambiente, temas sociales y gobierno corporativo. Los estudios han demostrado el impacto positivo en los resultados de las sociedades que han adoptado este modelo (IAZZOLINO, BRUNI, VELTRI, MOREA y BALDISARRO, 2023; ELLILI, 2022).

En este contexto, el informe de información no financiera de las sociedades³⁶ debe incluir una breve descripción del negocio, los principales riesgos, la descripción de las políticas, los indicadores clave de rendimiento en estas áreas y el impacto en los resultados financieros, con el fin de facilitar el análisis del progreso y la comparabilidad (BATALLER, 2022, p. 93). A través de los informes ESG/ASG, las organizaciones pueden ser monitoreadas en términos de sostenibilidad por los accionistas, partes interesadas y la sociedad en general.

35. Consultar en <https://globalcompact.pt/index.php/pt/collective-actions/pri>

36. El modelo propuesto por la *Global Reporting Initiative* (GRI) es ampliamente utilizado por empresas de todo el mundo, al igual que la norma ISO 26000, que proporciona una guía de responsabilidad social empresarial (BATALLER, 2022, pp. 102-103, 109-110).

La corrupción o la lucha contra la corrupción se encuentra en el «G» que es «foundational to the realization of both the E and S» (WORLD ECONOMIC FORUM, 2022, p. 1). Las violaciones de compromisos ambientales y sociales a menudo están precedidas por problemas como corrupción, estructuras de incentivos inadecuadas, actividades de cabildeo contradictorias o liderazgo mal preparado.

En 2021, la Autoridad Bancaria Europea (ABE) publicó un informe sobre los riesgos ESG/ASG dentro de las entidades de crédito e inversión³⁷. Poco después, la Directiva 2022/2464/UE, de 14 de diciembre, ha incorporado implícitamente la corrupción en sus disposiciones, y el Reglamento de Ejecución 2022/2453, de 30 de noviembre, adoptó el modelo ESG/ASG en relación con las entidades de crédito y las sociedades de inversión.

En cuanto a la contabilidad, las cuentas anuales de la empresa deben estar claramente establecidas y reflejar fielmente la situación financiera de la empresa (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 293). Esto también es recomendado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que establece sanciones efectivas, ya sean civiles, administrativas o penales, en caso de incumplimiento (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 294). La convención considera infracciones acciones como el registro incorrecto o inadecuado de cuentas u operaciones en los libros contables, la inscripción de gastos inexistentes o con una finalidad incorrecta, el uso de documentos falsos y la destrucción deliberada de documentos contables antes del plazo establecido por la ley (art. 12.1).

El tema de la información abarca tanto obligaciones legales como opciones. Aunque las opciones no tienen carácter vinculante, una vez adoptadas pueden contribuir como una forma de prevenir la corrupción en los negocios, siendo una herramienta importante para los administradores. La recopilación y la difusión de información de calidad pueden tener un impacto positivo en la toma de decisiones y en los resultados económicos de la empresa, en beneficio del interés social. Por lo tanto, la adopción de mecanismos de información que aborden la corrupción o la lucha contra la corrupción está directamente relacionada con los deberes fiduciarios de los administradores.

4.6. Relaciones con auditores de cuentas o revisores oficiales de cuentas (ROC)

Los *revisores oficiais de contas* (Portugal) o auditores de cuentas (España) son profesionales especializados en diversas disciplinas como contabilidad, finanzas, economía y gestión. Su función es realizar auditorías de los estados financieros de las sociedades mercantiles para garantizar el cumplimiento de las normas, especialmente

37. Consultar en https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2021/1015656/EBA%20Report%20on%20ESG%20risks%20management%20and%20supervision.pdf

las de carácter contable. Estos profesionales generalmente trabajan a través de una sociedad auditora (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 153). En Portugal, están regulados por el *Ordem dos Revisores Oficiais de Contas* (OROC), mientras que en España están regulados por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), con la colaboración de la comisión de valores en ambos casos.

La relación entre estos profesionales y los administradores de sociedades mercantiles es muy relevante debido a que la corrupción en los negocios y su encubrimiento generalmente involucran manipulaciones contables. Lamentablemente, las prácticas comerciales abusivas y fraudulentas basadas en la contabilidad se han incrementado progresivamente y son preocupantes porque generan un mal funcionamiento de los mercados financieros (CARBAJO CASCÓN, 2004, pp. 130-131). Esto ocurre a través de esquemas como el abuso de las normas y los principios de valoración contable, que violan los deberes de diligencia y lealtad de los administradores al priorizar otros intereses por encima de los de la sociedad (CARBAJO CASCÓN, 2004, pp. 143-144; 2008, p. 216). También se presenta el caso de profesionales que brindan asesoramiento y consultoría a empresas que deben ser auditadas, a menudo ocultando situaciones de insolvencia (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 288). En estos casos, puede haber una colusión entre los administradores y los auditores de cuentas o ROC.

La Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo, sobre la revisión legal de las cuentas anuales y consolidadas, aborda la figura del auditor de cuentas o ROC, estableciendo requisitos mínimos para los profesionales y medidas para garantizar su independencia funcional. La directiva establece que solo aquellos que gocen de buena reputación (art. 4), formación académica (art. 6) y experiencia práctica (art. 12) podrán ser aprobados como auditores. También contempla la revocación de la autorización de aquellos profesionales cuya buena reputación se vea gravemente comprometida (art. 5).

Cada Estado miembro tiene su propia legislación en esta materia. Por ejemplo, en España se encuentra la Ley de Auditoría de Cuentas (LAC - Ley 22/2015, del 20 de julio) y en Portugal se encuentra el Estatuto OROC (EOROC - Lei n.º 140/2015, del 7 de septiembre). Aunque solo la norma española establece expresamente el principio general de independencia del auditor (art. 14), ambas leyes contienen medidas en este sentido. Ejemplos de ello son las incompatibilidades (LAC, arts. 16 a 20; EOROC, arts. 88, 89), los mecanismos de rotación en la auditoría de entidades de interés público (LAC, art. 40; EOROC, art. 54.7), la responsabilidad de los auditores o ROC y de las respectivas sociedades (LAC, art. 26; EOROC, arts. 95, 96) y la obligación de garantía financiera que deben cumplir estos profesionales (LAC, art. 27; EOROC, art. 87).

Las operaciones de corrupción, encubrimiento y blanqueo de capitales facilitadas por los auditores de cuentas o ROC que tienen una estrecha relación con el administrador de la sociedad pueden tener como objetivo ganancias personales o ganancias ilícitas para la empresa. Por ejemplo, en la década de 1980, antes del establecimiento de normas anticorrupción globales por parte de la OCDE, el Tribunal de Justicia de Alemania (*Bundesgerichtshof* [BGH]) dictaminó que pagar sobornos en países extranjeros era inmoral, pero no constituía una violación del deber del gerente que estaba

obteniendo el mejor negocio para la empresa³⁸. Sin embargo, en la actualidad, en cualquier caso, se considerará que se ha infringido el deber de diligencia (CASPER, 2012, p. 483), así como el deber de lealtad, ya que el administrador estaría obteniendo beneficios indebidos de su cargo o actuando de manera desleal con el interés social, lo cual no puede ser ilegal (NAVARRO FRÍAS, 2021, p. 212). Por tanto, dado que estos temas son ampliamente conocidos, también se convierte en un deber de diligencia del administrador no solo velar por el cumplimiento de la ley, sino también crear otros mecanismos para prevenir la corrupción y las operaciones relacionadas que implican relaciones indebidas con los auditores de cuentas y los ROC.

4.7. Régimen interno y funcionamiento del consejo de administración

El reglamento interno del consejo de administración contiene el conjunto de reglas y procedimientos que deben seguir tanto los administradores ejecutivos como los no ejecutivos de la sociedad mercantil. En España, el consejo de administración es un importante mecanismo de control interno y supervisión (LOZANO GARCÍA, 2004, p. 47) en el cual pueden confiar los accionistas. Estos reglamentos normalmente regulan la composición del consejo (por ejemplo, el número de no ejecutivos); detallan los deberes generales de los administradores, incluyendo las obligaciones de comunicarse con los *stakeholders*; especifican los comités, como el ejecutivo, el de ética, el de remuneración, el de gestión de riesgos y *compliance*, etc.; establecen los poderes del consejo; describen los procedimientos en casos de conflictos de interés; determinan las reglas para la convocatoria, celebración de reuniones y toma de decisiones; y establecen los criterios para la remuneración de los administradores, entre otros temas.

En España, la regulación obligatoria del consejo de administración de las sociedades cotizadas tiene como objetivo garantizar una mejor gestión (TRLSC, art. 528). La obligación fue impuesta con las reformas de 2010, cuyo principal objetivo era dotar de mayor transparencia a las sociedades anónimas abiertas (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 323). Las empresas también están obligadas a presentarlo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores con el fin de dar publicidad al régimen interno (TRLSC, art. 529).

En Portugal, la mayoría de los temas que deberían estar cubiertos por el reglamento están regulados por el *Código das Sociedades Comerciais*, tales como la composición (arts. 390, 413), competencias (art. 405), designación de administradores (arts. 391, 392), sustitución de administradores (art. 393), garantía de los administradores (art. 396), conflicto de intereses (arts. 397, 398), remuneración (art. 399), facultades de gestión (art. 406), reglas para la celebración de las reuniones y la toma de decisiones (art. 410), entre otros.

Dado que el reglamento es elaborado por el propio consejo de administración, este puede disponer de todas las cuestiones relevantes que no están disciplinadas por la

38. Bundesgerichtshof - Urt. v. 08.05.1985, Az.: IVa ZR 138/83, <https://research.wolters-kluwer-online.de/document/51ea6d4c-ceb9-4cc5-8378-51e6ba2475f0>

ley de forma diferente. Por ejemplo, en Portugal, el reglamento interno de los consejos de administración puede exigir autorización previa del consejo de administración o de la junta general para negocios celebrados entre la sociedad y partes relacionadas (COUTINHO DE ABREU, 2015, p. 391), así como los procedimientos de *compliance* y gestión de riesgos. Sin embargo, en virtud del artículo 72.6 del CSC, los administradores no pueden eximirse de responsabilidad por daños a la sociedad incluso cuando se obtenga un dictamen favorable del órgano de control.

Las operaciones de corrupción por parte de los administradores suelen usar procedimientos opacos y generar conflictos de intereses, como es el caso del uso del control como socios para adoptar decisiones alineadas con sus intereses personales (CARBAJO CASCÓN, 2004, pp. 130-131). Por lo tanto, la transparencia que confiere la normativa interna respecto a la conducta esperada del administrador es también una herramienta para prevenir la corrupción. Dichas reglas también pueden aclarar cuestiones relacionadas con la independencia del director y situaciones con riesgo de corrupción propias del respectivo sector empresarial. Además, pueden servir para controlar la corrupción a través de procedimientos de *compliance* u otras formas de control, inspección de riesgos y acciones fraudulentas. Además, al regular las hipótesis de destitución o incluso responsabilidad de los directores por la realización o participación en operaciones corruptas, la regulación estará contribuyendo a la represión de la corrupción.

4.8. Política de remuneraciones de los administradores

La política de remuneración comprende un conjunto de criterios para definir la retribución a los administradores de las sociedades mercantiles. En la UE, debido a la estrategia de implicación de largo plazo de los accionistas, la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio, con la modificación de la Directiva 2017/828/UE, de 17 de mayo, garantiza el derecho de los accionistas a votar, con carácter deliberativo o consultivo, cada cuatro años, la política de remuneraciones (art. 9-A) alineada con la estrategia comercial y la sostenibilidad a largo plazo³⁹.

Además de establecer que las sociedades expliquen cómo han considerado las condiciones de empleo y retribución de los trabajadores típicos en la política retributiva, la directiva determina la especificación de los componentes de la retribución fija y variable, en especial gratificaciones, acciones, complementos de pensión, prestaciones anticipadas, jubilación y otros beneficios. También establece la transparencia del

39. En Portugal, la política de remuneración de los administradores se rige por el artículo 399 del CSC, así como por los artículos 26-A y 26-B del *Código de Valores Mobiliários* (DL n.º 486/99, de 13 de noviembre). En España, por su parte, se regula por los artículos 217 a 219, 529.septedecies a 529.novodecies del TRLSC.

proceso de decisión sobre la política de remuneraciones y su publicación en la página web de la sociedad con amplio acceso al público en general.

En España, la política de remuneración la decide el consejo de administración, siguiendo el valor máximo anual global aprobado por la junta general bajo pena de ser objeto de acción social de responsabilidad (GARCÍA MANDALONIZ, 2018, pp. 112-113).

La política de remuneraciones está directamente relacionada con la sostenibilidad a largo plazo de la sociedad. La ambición de los administradores y CEO en busca de ganancias cada vez mayores es una causa potencial de operaciones corruptas. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando los directivos deciden ocultar los resultados negativos de la empresa, a través del soborno de los auditores de cuentas, para asegurarse bonificaciones o retribuciones flexibles. La remuneración de los principales CEO en EE.UU. aumentó un 1.460,2 % de 1978 hasta 2021, lo que supone un crecimiento un 37 % superior al crecimiento de la bolsa de valores (BIVENS y KANDRA, 2022). Durante el mismo período, la compensación anual de los trabajadores típicos solo creció un 18,1 %. Específicamente, en el período entre 2019 y 2021, que abarca la pandemia de COVID-19, mientras millones de personas perdieron sus empleos o experimentaron recortes salariales, la remuneración de los directores ejecutivos aumentó un 30,3 % en este país (BIVENS y KANDRA, 2022).

Además, determinadas políticas retributivas pueden dar lugar a la perpetuación de los administradores en la dirección de las grandes sociedades con la consolidación progresiva de la posición accionarial. Esto favorece la interposición de intereses personales sobre los de la sociedad, de los otros accionistas y *stakeholders* (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 288). Las políticas que benefician esto incluyen los programas de *stock options* como retribución en especie, entre otras prácticas de la misma naturaleza (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 288). Por tanto, se advierte que la política de remuneración de los administradores es un tema importante a considerar por la sociedad empresarial en relación con la prevención de la corrupción en los negocios.

4.9. Activismo accionarial (shareholder activism)

El activismo accionarial es la situación en la que los inversores, grupos de inversores o fondos activistas, como el fondo de cobertura (*hedge fund*) estadounidense *Trian Partners*, toman medidas para influir en las estrategias y decisiones de gestión. Se opone al ausentismo o apatía del accionista (GARCÍA MANDALONIZ, 2018, p. 110), en el que los accionistas inversores, bajo un «derecho al desinterés» o «Recht zum Desinteresse» (Herbert WIEDEMAN apud LUTTER, 1980, p. 142; GARNACHO CABANILLAS, 2018, p. 162), no dedican tiempo al negocio, no influyen en sus decisiones y no participan en asambleas o votaciones, es decir, carecen de compromiso y dedicación. El activismo puede basarse en el poder de voto, especialmente cuando la participación accionaria es mayor, o en campañas para influir en otros accionistas cuando la participación es menor. Los objetivos pueden ser financieros, como aumentar el valor de

los accionistas, avanzar en fusiones o ventas de activos, o pueden abarcar objetivos no financieros, como la adopción de políticas sociales o ambientales más estrictas, el enfoque en aspectos ESG/ASG, la creación de mecanismos para generar una opinión pública positiva o la transferencia de operaciones hacia o desde países específicos.

A nivel global, las campañas lideradas por accionistas activistas en empresas con una capitalización de mercado superior a 500 millones de dólares, al momento de la campaña, aumentaron en un promedio anual del 36 % entre 2018 y 2022 (LAZARD, 2023). En 2022, los activistas obtuvieron 108 nuevos puestos en los consejos de administración de estas empresas (LAZARD, 2023). El sector tecnológico fue el principal objetivo de los activistas en 2022 (21 % de las campañas), seguido del sector industrial (19 %) y los sectores de consumo, financiero y energético (cada uno con un 11 %) (LAZARD, 2023). En 2022, las fusiones y las adquisiciones fueron el principal interés en juego, seguidas de la interferencia en los negocios y la escisión o venta de acciones (LAZARD, 2023). Por lo tanto, el activismo accionarial es una práctica en aumento en las empresas cotizadas en bolsa.

En España, las reformas en el derecho societario llevadas a cabo entre 2014 y 2015 a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, y el Código de Sociedades Cotizadas de Buen Gobierno de 2015 de la CNMV abordaron el activismo de los accionistas como respuesta al ausentismo (CARBAJO CASCÓN, 2014, p. 6; 2017, art. 24). Estos cambios normativos tenían como objetivo promover la identificación de los accionistas para facilitar la comunicación entre ellos y la sociedad (GARCÍA MANDALONIZ, 2018, pp. 104-106) y ampliar las facultades de la junta general en relación con la intervención en asuntos de gestión, mediante la posibilidad de transmitir instrucciones a los administradores y realizar consultas vinculantes a la junta general en el caso de enajenación de activos que supere el 20 % del volumen de negocios. También se ampliaron los derechos de los accionistas minoritarios, con medidas para frenar los abusos mayoritarios y permitirles impugnar acuerdos con el 3 % de los votos o convocar juntas generales con el 1 % (CARBAJO CASCÓN, 2017, art. 24).

Posteriormente, la Ley 5/2021, de 12 de abril, siguiendo una tendencia ya adoptada por el código de buen gobierno español (GARNACHO CABANILLAS, 2020, pp. 478-479), introdujo nuevos cambios en el TRLSC con el objetivo de promover la implicación a largo plazo de los accionistas. Estas medidas incluyen la participación en las juntas generales por medios telemáticos⁴⁰ (TRLSC, art. 182, 182.bis), divulgación de la identidad de los accionistas (TRLSC, art. 497, 497.bis), normas sobre suscripción preferente (TRLSC, arts. 503 a 508, 511), la regulación obligatoria de la junta general (TRLSC, art. 512) y la transmisión de información societaria a accionistas y beneficiarios (TRLSC, 520.bis, 520.ter), entre otras disposiciones derivadas de la transposición de la Directiva 2017/828/UE, de 17 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio. Esta directiva introdujo disposiciones relevantes, como reglas sobre el derecho de voto en las juntas generales, incluido el voto sobre la política de remuneración de

40. Para obtener más información sobre la incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno corporativo, se recomienda consultar lo trabajo de MOLINA (2020).

los administradores, y reglas sobre la transparencia de los inversores institucionales, administradores de activos y consultores en materia de votación (*proxy advisors*)⁴¹.

La interacción del activismo accionario con la corrupción puede tener tanto efectos positivos como negativos. Promover la participación de los accionistas en el gobierno corporativo puede aumentar la supervisión de los órganos de administración, lo que constituye una herramienta adicional para prevenir la corrupción en los negocios (HESS, 2012, p. 72). Sin embargo, el activismo también puede dar lugar al uso anti-social del derecho al voto, generando conflictos de interés (GARNACHO CABANILLAS, 2018, p. 169), como el reparto de dividendos en detrimento de la autofinanciación (GARCÍA MANDALONIZ, 2018, p. 109), el abuso de información y el ejercicio del derecho de manifestación en juntas generales para obtener beneficios privados (HOPT, 2013, p. 52). Por ejemplo, existen casos de accionistas extorsionadores, como los *sōkayia* (総会屋) en Japón, que exigían recompensas económicas a cambio de no perturbar el orden de las juntas generales en la década de 1990. La negativa a pagar sobornos a los *sōkayia* fue lo que motivó el asesinato del entonces vicepresidente de *Fujifilm* Juntarō Suzuki, en 1994 (BLUSTEIN, 1994). Ante la ausencia de un deber expreso de lealtad del accionista hacia la sociedad, estas situaciones se consideran como abuso de derecho (GARNACHO CABANILLAS, 2018, p. 171). Sin embargo, en realidad, existe deslealtad no solo hacia los demás accionistas, sino también hacia el interés social de la empresa. Tanto en España como en Portugal, existen disposiciones destinadas a frenar prácticas de esta naturaleza (CARBAJO CASCÓN, 2020, p. 253), como la prohibición de voto de los socios en situaciones de conflicto de interés con la sociedad (TRLSC, art. 190.1; CSC, arts. 251 y 384.6) y la impugnación de los acuerdos adoptados con el voto decisivo de los accionistas en situaciones de conflicto de intereses con el interés social (TRLSC, art. 190.3; CSC, art. 58, I, b).

En resumen, el activismo accionario es un aspecto relevante en el ámbito de la corrupción empresarial, ya que, si bien puede ser una herramienta importante para prevenirla, también puede dar lugar a prácticas corruptas en los órganos de gobierno corporativo.

4.10. Operaciones en grupos empresariales y en el extranjero

La corrupción puede ocurrir en grupos empresariales y en el extranjero, a través de redes organizadas de empresas o entidades instrumentales con vínculos económicos entre sí, por donde se mueven recursos ilícitos. En estos casos, la estructura del grupo empresarial se utiliza como instrumento para llevar a cabo operaciones de corrupción, encubrimiento o blanqueo de capitales (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 141). Las empresas interpuestas suelen llevar una contabilidad dual, introduciendo gradualmente

41. En Portugal, la Directiva fue transpuesta por la Lei n.º 50/2020, de 25 de agosto, que modificó el *Código de Valores Mobiliários* (DL n.º 486/99, de 13 de noviembre), el *Regime da Gestão de Ativos* (DL n.º 27/2023, de 28 de abril) y el *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras* (DL n.º 298/92, de 31 de diciembre).

fondos ilícitos en las cuentas oficiales para luego transferirlos a sociedades de capital que los invierten en diferentes sectores o en paraísos fiscales, aprovechando la falta de transparencia de la información y el secreto bancario en ciertos mercados, donde se utilizan sociedades *offshore* y *trusts* (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 141). En este sentido, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de España de 2020 recomienda que las empresas informen sobre sus relaciones comerciales con otras empresas dentro del mismo grupo (GARNACHO CABANILLAS, 2020, p. 478).

En Francia, la Loi n.º 2017-399, de 27 de marzo, establece el deber de cuidado de la matriz hacia sus filiales en todo el mundo mediante la elaboración y el cumplimiento de un riguroso plan. El incumplimiento de esta obligación otorga a cualquier persona con un interés legítimo el derecho de solicitar a la jurisdicción competente la imposición de una multa coercitiva (EMBED IRUJO, 2020, p. 35). Sin embargo, la ley francesa no menciona explícitamente la corrupción.

En Europa, aunque no se menciona directamente la corrupción, la propuesta de directiva sobre la debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad (COM[2022] 71 final)⁴² establece la responsabilidad de las empresas en términos de derechos humanos y medio ambiente, en relación con sus subsidiarias y socios comerciales. No obstante, la Resolución del Parlamento Europeo del 10 de marzo de 2021 (2020/2129[INL])⁴³ que condujo a la propuesta sí incluía la corrupción. En este sentido, no se descarta la posibilidad de que la directiva mencione la corrupción o la incorpore en futuras modificaciones.

Las sociedades *offshore*, al igual que los *trusts*, pueden tener propósitos legítimos. Sin embargo, es evidente que la globalización ha facilitado el establecimiento de grandes empresas comerciales en países extranjeros, lo que ha creado ventajas en el comercio internacional (CARBAJO CASCÓN, 2004, p. 134). Es bien sabido que las operaciones de encubrimiento y blanqueo de capitales ilícitos provenientes de la corrupción a menudo benefician a estas sociedades. Por lo tanto, el deber de diligencia de los administradores exige una supervisión adicional de las transacciones financieras entre empresas matrices y filiales, especialmente cuando estas últimas se encuentran en países ampliamente conocidos como paraísos fiscales⁴⁴.

Además, los contratos con cláusulas de *forum shopping* en determinados países también deben ser puntos de atención cruciales para los administradores. Otro posible mecanismo de control es el activismo de los accionistas, ya que los estatutos de la

42. Consultar en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF

43. Consultar en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.html

44. En este sentido, el Consejo de la UE aprobó el 24 de febrero de 2022 la lista actualizada de jurisdicciones no cooperativas a efectos fiscales (6437/22 – FISC 50 – ECOFIN 156). Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6437-2022-INIT/en/pdf>

sociedad pueden exigir la aprobación de la junta general para operaciones de determinadas cuantías entre empresas matrices y las filiales, tal como lo hace el TRLSC español en su artículo 231.

La corrupción, su encubrimiento y el blanqueo de capitales en el contexto de un grupo empresarial también pueden generar lo que se conoce como «conflicto de lealtades», que es la disyuntiva entre el interés común del grupo y el interés individual de una sociedad subsidiaria (IRACULIS ARREGUI, 2017, p. 117). Esto ocurre cuando las instrucciones de la empresa matriz perjudican a la filial, lo que puede ocasionar daños materiales. En el caso de corrupción u operaciones relacionadas, puede haber sanciones penales o indemnizaciones a terceros perjudicados. En general, estos conflictos de lealtad pueden resolverse mediante la «doctrina de las ventajas compensatorias», que ha sido aplicada por la jurisprudencia española⁴⁵ (IRACULIS ARREGUI, 2017, pp. 133-137). Sin embargo, dado que las operaciones de corrupción, blanqueo de capitales y encubrimiento son ilegales, cualquier instrucción de la empresa matriz que involucre tales situaciones será ilegítima. Por lo tanto, en virtud del deber de lealtad, el administrador de la empresa subsidiaria estará obligado a oponerse a dicha instrucción (IRACULIS ARREGUI, 2017, p. 138). En otras palabras, la cuestión se resolverá dentro del sistema de responsabilidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, otro punto importante relacionado con la corrupción en las operaciones de empresas comerciales en el extranjero es la deducción fiscal en el país de origen de los pagos de sobornos realizados en el extranjero. En economías desarrolladas, como Alemania y Suiza, se ha permitido durante mucho tiempo la deducción fiscal de los sobornos pagados por empresas comerciales con el objetivo de facilitar los negocios internacionales. Sin embargo, incluso cuando la legislación nacional lo permita explícitamente o no lo prohíba, las empresas pueden tener sus propias políticas que eviten realizar deducciones de este tipo en el marco de su responsabilidad social.

4.11. Whistleblowing: canal de denuncias y protección de denunciantes

El *whistleblowing* es la práctica de denunciar irregularidades, comportamientos inapropiados o ilegales dentro de una organización, a menudo relacionados con operaciones corruptas. Este tema se hizo conocido a nivel mundial con los escándalos contables de *Enron* y *Worldcom*, que fueron descubiertos gracias a las denuncias de los empleados. En los EE.UU., esta práctica ha sido promovida y recompensada económicamente desde 2010 bajo la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*⁴⁶. Organismos internacionales como la ONU y la OCDE refuerzan la importancia

45. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 695/2015, de 11 de diciembre de 2015. Ref. Aranzadi RJ 2015\5440.

46. La sección 748 establece: «In any covered judicial or administrative action, or related action, the Commission... shall pay an award or awards to 1 or more whistleblowers who

de los canales de denuncia en la lucha contra la corrupción (GUTERRES, 2017; OCDE, 2017b). Sin embargo, el *whistleblowing* también presenta vulnerabilidades, como los altos números de denuncias infundadas que se aprovechan del anonimato y la posición del denunciante, especialmente en lo que respecta a la confidencialidad de la denuncia y la protección laboral (CÂMARA, 2012).

En resumen, el *whistleblowing* es una herramienta importante para detectar la corrupción, pero también conlleva riesgos y beneficios. La Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, tiene como objetivo proteger a los trabajadores del sector público y privado (art. 4), incluidos los administradores de empresas (art. 4.c), que denuncien infracciones del derecho de la UE y terceros relacionados con los denunciados (art. 4.4.c). Entre las infracciones contempladas se encuentran situaciones con riesgo de corrupción, como la contratación pública, el blanqueo de capitales en los mercados financieros y las infracciones que perjudican los intereses financieros de la UE (art. 2).

En este sentido, la propuesta de directiva sobre la debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad (COM[2022] 71 final)⁴⁷ añadirá a esta lista las violaciones de los derechos humanos y medioambientales derivadas de las propias operaciones, filiales y entidades con las que la empresa tiene una relación comercial. Para mitigar los riesgos potenciales al denunciante, la directiva establece dos condiciones para otorgar la protección: la creencia en el momento de la denuncia de que los hechos eran ciertos y la denuncia hecha a través de canales internos o externos (Directiva 2019/1937/UE, art. 6).

Con este fin, los canales internos de denuncia se han vuelto obligatorios para las personas jurídicas del sector público y privado con 50 o más trabajadores, pero los recursos para la recepción y el seguimiento de denuncias pueden ser compartidos entre las empresas que emplean entre 50 y 249 trabajadores (art. 8). Las denuncias deben ir seguidas de una investigación interna con un plazo de respuesta (art. 9). Además, los Estados miembros deben crear canales de denuncia externos independientes y autónomos con las autoridades competentes para dar seguimiento a las denuncias (arts. 11, 12). La confidencialidad de la identidad del denunciante (art. 16), la protección de datos personales (art. 17), el mantenimiento de un registro de denuncias (art. 18), la prohibición de represalias (arts. 19 a 21) y la protección de las personas afectadas (art. 22) son obligatorios. Por lo tanto, las empresas de la UE con más de 50 empleados estarán obligadas a implementar y gestionar canales internos de denuncia, así como crear mecanismos para proteger a los trabajadores denunciados.

voluntarily provided original information... that led to the successful enforcement of the covered judicial or administrative action, or related action, in an aggregate amount equal to - (A) not less than 10 percent, in total, of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related actions; and (B) not more than 30 percent, in total, of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related actions».

47. Consultar en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF

En Portugal, los canales de denuncia son obligatorios según el *Regime Geral de Prevenção da Corrupção* (RGPC - DL n.º 109-E/2021, de 9 de diciembre), pero es la *Lei* n.º 93/2021, de 20 de diciembre, la que se encarga de la protección de los denunciantes hasta dos años después de la denuncia. Las autoridades competentes para recibir denuncias externas son el Ministerio Público, los cuerpos de policía criminal, el Banco de Portugal, las autoridades administrativas independientes, los institutos públicos, las inspecciones generales, otros servicios centrales dotados con autonomía administrativa, las autoridades locales y las asociaciones públicas (*Lei* n.º 93/2021, art. 12). Tales entidades están obligadas a presentar informes anuales de denuncias recibidas a la *Assembleia da República* (art. 17). Las empresas que incumplan la ley podrán ser sancionadas con multas de hasta 250.000 euros (art. 27.2 y 27.4), las cuales serán aplicadas por el *Mecanismo Nacional Anticorrupção* (MENAC) (art. 29)⁴⁸.

En España, la directiva fue transpuesta mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, que se refiere expresamente a «personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», destacando su relevancia para la lucha contra la corrupción en España. Esta ley también tiene como objetivo fortalecer la cultura de la información y la integridad como mecanismos para prevenir y detectar amenazas al interés público (art. 1). En el caso de grupos de empresas, la empresa matriz deberá aprobar una política en la materia, asegurando la aplicación de sus principios en cada empresa del grupo, pudiendo designar a un único responsable del sistema de información y protección para todo el grupo (art. 11). La autoridad competente para recibir denuncias es la Autoridad Independiente de Protección del Informante (art. 16). Las empresas que infrinjan la ley pueden ser sancionadas con multas de hasta un millón de euros. La promoción de la presentación de denuncias contra personas relacionadas con la sociedad, además de los empleados, ya había sido fomentada por la versión 2020 del código de buen gobierno (GARNACHO CABANILLAS, 2020, p. 480).

Dado que es una obligación legal, la implementación de canales de denuncia, sistemas internos de investigación y gestión de denuncias, así como la protección de los denunciantes, es responsabilidad del administrador de la empresa, quien está sujeto al deber de diligencia. Además, al ser una herramienta para identificar operaciones de corrupción y otras conductas perjudiciales que puedan afectar al interés social de la empresa, también está relacionada con el deber de lealtad del administrador.

48. El MENAC es una entidad administrativa independiente, con personalidad jurídica de derecho público, con autonomía administrativa y financiera. Fue creada mediante el *Decreto-Lei* n.º 109-E/2021, de 9 de diciembre, y su funcionamiento se encuentra regulado por la *Portaria* (Ordenanza) 164/2022, de 23 de junio. Su misión principal es promover la transparencia y la integridad en la actuación pública, así como garantizar la efectividad de las políticas de prevención de la corrupción y otras infracciones relacionadas.

4.12. Debida diligencia (due diligence)

En los negocios, la debida diligencia o *due diligence* es el «proceso de investigación, auditoría o examen, a través del cual se recopila y analiza información de una empresa para descubrir contingencias que pudieran afectar a su valor o que pudieran implicar otra consecuencia dañosa» (RECALDE, 2022, p. 24). La debida diligencia es importante en la lucha contra la corrupción porque permite identificar posibles violaciones de las leyes anticorrupción y otras normas éticas en las operaciones propias o de terceros con los que se realizan negocios. Además, permite implementar medidas para mitigar estos riesgos, evitando posibles sanciones y multas por parte de las autoridades regulatorias. También, este mecanismo contribuye a fomentar una cultura de transparencia y responsabilidad en las organizaciones y en sus respectivas cadenas de suministro. Al establecer procesos sólidos de debida diligencia, las empresas demuestran compromiso con el cumplimiento de las leyes y regulaciones anticorrupción, lo que tiene impactos positivos en su reputación y credibilidad ante los diferentes grupos de interés.

En el contexto del derecho corporativo, la diligencia es un deber general de los administradores, que se divide en dos aspectos: el deber de cuidado y el deber de lealtad (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 18). Más específicamente, el deber de diligencia es el deber de cuidado que los administradores deben adoptar para organizar, decidir y controlar la sociedad (COUTINHO DE ABREU, 2007, p. 19; 2021, p. 33). En este contexto, está relacionado con los directores y el interés exclusivo de las respectivas sociedades (COUTINHO DE ABREU, 2021, p. 33). Por otro lado, el deber de diligencia al que se hace referencia en la propuesta de directiva de la UE (COM[2022] 71 final)⁴⁹ se aplica no solo a los administradores, sino también a ciertas sociedades mercantiles o empresas⁵⁰ que actúan en favor de los intereses de las personas que podrían verse afectadas por los efectos negativos derivados de sus operaciones (COUTINHO DE ABREU, 2022, p. 33).

49. Consultar en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0071>

50. La directiva probablemente establecerá la obligatoriedad para diferentes tipos de empresas. En primer lugar, se aplicará a las empresas constituidas en la UE que cumplan con los siguientes criterios: (1) tener una media de más de 500 empleados y una facturación mundial neta superior a 150 millones de euros en el último ejercicio fiscal, o (2) tener una media de más de 250 empleados y un volumen de negocios neto mundial superior a 40 millones de euros en el último ejercicio financiero, siempre y cuando al menos el 50 % de ese volumen de negocios neto se haya generado en determinados sectores. Además, la directiva también se aplicará a las empresas constituidas en terceros países que cumplan con los siguientes criterios: (3) tener un volumen de negocios neto superior a 150 millones de euros en la UE en el ejercicio anterior, o (4) tener una facturación neta superior a 40 millones de euros y no superior a 150 millones de euros en la UE en el ejercicio anterior, siempre y cuando al menos el 50 % del volumen de negocios mundial neto se haya generado en determinados sectores. Estos criterios se detallan en el artículo 2 de la propuesta de directiva.

El texto inicial de la propuesta de directiva de 23 de febrero de 2022 no mencionaba expresamente la corrupción. No obstante, la Resolución del Parlamento Europeo del 10 de marzo de 2021 (2020/2129[INL])⁵¹, que dio lugar a la propuesta, incluía la corrupción como un aspecto de la debida diligencia (anexo, considerandos 7, 24 y art. 7), resaltando sus posibles impactos negativos en los derechos humanos (considerandos H, J y T)⁵². Además, las enmiendas a la propuesta adoptadas por el Parlamento Europeo el 1 de junio de 2023 incorporan la corrupción en los considerandos como un factor que afecta y es afectado por cuestiones ambientales y de derechos humanos, e incluyen las Convenciones de la OCDE y de la ONU contra la corrupción en el Anexo I como uno de los instrumentos internacionales que deben ser observados por las empresas⁵³. La Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, traducida con el apoyo de la UE, también incluye la corrupción entre las fuentes potenciales de impactos adversos asociados con las operaciones, las cadenas de suministro y otras relaciones comerciales de las empresas (OCDE, 2018, p. 3).

En virtud de la Directiva 2015/89, de 20 de mayo, las instituciones del sistema financiero, como las entidades de crédito, los *trusts* y los agentes inmobiliarios, están obligadas a ejercer la debida diligencia sobre sus clientes para evitar actividades delictivas, como la corrupción y el blanqueo de capitales ilícitos.

Tanto en España como en Portugal, aunque la debida diligencia de corrupción no es obligatoria para la mayoría de las empresas, todas aquellas con más de 500 empleados de media en el ejercicio, incluida la empresa matriz en relación con las filiales, deben incluir esa información en los informes no financieros (CCom⁵⁴, art. 49.6.b; CSC, art. 66-B.2.b, art. 508-G.2.b). Además, la sociedad debe explicar las razones por las que no adopta dicha práctica (CCom, art. 49.6.V; CSC, art. 66-B.3, 508-G.3). En ambos países, las disposiciones legales relativas a la información sobre la debida diligencia se incorporaron como consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/95, de 22 de octubre, y abordan el mecanismo de forma genérica, sin especificar qué se espera exactamente de él.

En este sentido, las sociedades podrían adoptar la propuesta de directiva (COM[2022] 71 final) como referencia para la debida diligencia en relación a la corrupción. Según los términos del documento, el deber de cuidado en materia de derechos humanos y medio ambiente abarca varias políticas, incluido el código de conducta (art. 4, 5); la identificación de efectos negativos potenciales o reales (art. 4, 6); el plan de acción de prevención y mitigación con garantías contractuales de los socios comerciales y la aplicación de consecuencias a los mismos (art. 4, 7); el procedimiento de denuncia

51. Consultar en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.html

52. Para obtener más información sobre el impacto de la corrupción en los derechos humanos, se recomienda consultar el trabajo de FIGUEIREDO (2020), que fue galardonado por el Tribunal de Cuentas de Portugal.

53. Consultar en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html

54. Código de Comercio de España (RD de 22 de agosto de 1885).

para los afectados, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil relacionados con la cadena de valor (art. 4, 9); el seguimiento (art. 4, 10); y la difusión de los temas tratados por la directiva a través de la página web (art. 4, 11).

La debida diligencia no puede garantizar resultados, pero el cumplimiento del deber de cuidado por parte de administradores o controladores puede tener un impacto en la evaluación de la responsabilidad civil frente a la sociedad (COUTINHO DE ABREU, 2022, p. 33). Según la directiva, las empresas pueden ser responsables civilmente, incluso por incumplimientos verificados en subsidiarias y compañeros comerciales directos e indirectos en la cadena de valor (propuesta de directiva, art. 22). Así, la debida diligencia es un mecanismo para prevenir y controlar la corrupción relacionada con el deber de los administradores y la conducción de los negocios de las empresas.

4.13. Gestión de riesgos

El riesgo implica situaciones en las que existe incertidumbre acerca de eventos (CHAVAS, 2004, p. 5). En el ámbito de las sociedades mercantiles, se encuentran riesgos como el de mercado, crédito, liquidez, estratégico, reputacional y operacional (MURPHY, 2007, pp. 39-45). Estos riesgos representan un potencial impacto negativo en los resultados de la sociedad, lo cual justifica la función de gestión de riesgos.

Tanto en España como en Portugal, los administradores deben incluir en el informe de gestión o de cuentas anuales la descripción de los principales riesgos y cómo se gestionan (TRLSC, art. 262; CCom⁵⁵, art. 38.c, 49; CSC, art. 66, 508-C). Esto incluye tanto los riesgos financieros (TRLSC, art. 540.8.e; CCom, art. 49.3.a.b; CSC, art. 66.5.h, 66-A, 508-C.e.f, 508-F), que también pueden abarcar la corrupción, el blanqueo de capitales y el encubrimiento de actividades ilícitas, como los riesgos relacionados con la sostenibilidad, que expresamente incluye la corrupción (CCom, art. 49.6.d; CSC, art. 66-B.2.d, 508-G.2.d). En el caso de estos últimos, si no se especifican en el informe no financiero, la sociedad mercantil solo debe exponer las respectivas razones y no será sancionada (CCom, art. 49.6.V; CSC art. 66-B.3, 508-G.3).

En España, los administradores tienen la obligación de elaborar y supervisar la política de control y gestión de riesgos (TRLSC, art. 529.ter.b, 529.quaterdecies.4.b). En Portugal, compete en primera línea al órgano de administración instituir y organizar el sistema de gestión de riesgos y, en segunda línea, a los órganos de fiscalización controlar la eficacia de este sistema (CSC, art. 420.1.i, 423-F.1.i, 441) (COUTINHO DE ABREU, 2021, p. 623). En otras palabras, en Portugal, la gestión de riesgos es una actividad discrecional para la mayoría de las sociedades mercantiles, excepto para las instituciones de crédito y financieras, para las cuales es obligatoria conforme al *Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras* (RGICFS, DL n.º 298/ 92, de 31 de diciembre). En estos casos, la gestión del riesgo es una obligación expresa de

55. Código de Comercio de España (RD de 22 de agosto de 1885).

los administradores (art. 33-A), que también deben informar sobre la situación de las sucursales en el extranjero al *Banco de Portugal* (art. 58-A).

La gestión del riesgo de corrupción es una medida proactiva y preventiva que puede evitar daños financieros o de reputación derivados de actos de corrupción. Este tema es tan importante que el *Bribery Act 2010* del Reino Unido, que se basa en los actos legislativos anticorrupción más antiguos de la era contemporánea (*Public Bodies Corrupt Practices Act 1889, Prevention of Corruption Act 1906*), tiene su estructura fundamentada en el sistema de gestión del riesgo de corrupción por parte de las sociedades mercantiles (UK MINISTRY OF JUSTICE, 2012, p. 7). El riesgo se define de acuerdo con el sector productivo de la empresa, los países en los que opera, los tipos de transacciones comerciales y los socios comerciales involucrados en la cadena productiva (UK MINISTRY OF JUSTICE, 2012, pp. 7, 16).

En Portugal, el *Regime Geral de Prevenção da Corrupção* (DL n.º 109-E/2021, de 9 de diciembre) que se aplica a las empresas comerciales con 50 o más empleados, establece la adopción e implementación de un plan para prevenir riesgos de corrupción e infracciones (art. 6). Este plan debe basarse en la identificación, el análisis y la clasificación de riesgos y situaciones de riesgo, considerando los sectores empresariales y áreas geográficas de actividad empresarial (art. 6.1.a). El principio seis de los *ICGN Global Governance Principles* recomienda que las empresas realicen una vigilancia proactiva de los riesgos, su gestión y los controles internos (HERRERO MORANT, 2022, p. 281).

La gestión de riesgos tampoco garantiza resultados, pero puede eximir de responsabilidad civil a los administradores que la hayan implementado y supervisado con diligencia y lealtad. Existen situaciones empresariales específicas que son notorias y reconocidas públicamente en cuanto al riesgo de corrupción, blanqueo de capitales o encubrimiento de actividades ilícitas. En estas circunstancias, la gestión del riesgo se deriva del propio deber de cuidado del administrador. Es el caso de la participación en concesiones de obras, servicios públicos y suministro de bienes a instituciones públicas (CARBAJO CASCÓN, 2012, p. 284); el financiamiento de partidos políticos, incluso si está autorizado por ley (COUTINHO DE ABREU, 2015, p. 390); la concesión abusiva de crédito a terceros o a socios y administradores, especialmente cuando se presentan condiciones excesivamente favorables (CARBAJO CASCÓN, 2008, p. 217; 2012, p. 317); el mantenimiento de fondos ocultos y gastos confidenciales, así como inversiones o sucursales en paraísos fiscales conocidos (COUTINHO DE ABREU, 2015, pp. 391-393). En conclusión, la gestión de los riesgos de corrupción es un aspecto relevante en el ámbito del derecho societario relacionado con la corrupción.

4.14. Compliance o cumplimiento corporativo

El cumplimiento normativo en el derecho societario es ampliamente conocido en todo el mundo bajo el término angloamericano *compliance* (BEVIÁ, 2019; GHEZZI,

2019; LABAREDA, 2014, p. 7; OTT y KLEIN, 2017). Desde la perspectiva de la responsabilidad, implica la obligación de los administradores de cumplir con la legalidad (*Legalitätspflicht*) y con la ley (HARBARTH, 2015, p. 137). Algunos argumentan que se trata de una forma discrecional de *new corporate governance* desarrolladas por los gerentes a través del cumplimiento de normas y regulaciones legales y sociales en general (GRIFFITH, 2016, p. 2075).

Desde la perspectiva del gobierno corporativo, se distingue entre el cumplimiento interno, que se refiere principalmente a las obligaciones derivadas de la ley, los estatutos y los códigos corporativos adoptados por la sociedad, y el cumplimiento externo, que es más amplio e incluye diversas disposiciones normativas y contractuales, como la protección ambiental y laboral, la lucha contra la corrupción, entre otros (CASPER, 2012, p. 482; HAUSCHKA, 2007, p. 2).

En línea con los objetivos de esta investigación, que busca identificar aspectos de la corrupción en el derecho corporativo, es relevante cualquier medida que promueva la aplicación y el pleno cumplimiento de la legislación, normativas y principios éticos que fomenten la prevención de pérdidas relacionadas con la corrupción y que puedan perjudicar el interés social.

A nivel mundial, el *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS) ha establecido principios de cumplimiento para los sistemas financieros desde 2003 y especifica las responsabilidades de los oficiales de cumplimiento, gerentes y administradores con respecto al riesgo y la función de cumplimiento en los bancos (BCBS, 2005). En Europa, los administradores de las sociedades de inversión y los bancos han sido responsables de establecer las políticas de cumplimiento corporativo desde la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, que fue sustituida por la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo.

El derecho societario en todo el mundo generalmente contempla un deber de control (preventivo y reactivo) del cumplimiento normativo en el ámbito del gobierno corporativo (cumplimiento interno)⁵⁶, que recae en el órgano de supervisión, como el consejo de control, el comité de auditoría u órganos similares. Estas disposiciones pueden estar implícitas en los deberes de los administradores, como en Portugal (COUTINHO DE ABREU, 2010b, p. 77), o pueden constituir un deber expreso, como en la ley alemana, donde el consejo de administración debe establecer un sistema de control (*Überwachungssystem*) (AktG, § 91). Los juristas alemanes han debatido sobre la dualidad entre el deber de legalidad (*Legalitätspflicht*) y el deber de controlar la legalidad (*Legalitätskontrollpflicht*) (CASPER, 2012, p. 481; OLIVEIRA, 2017, p. 302), lo que refuerza la importancia del seguimiento del cumplimiento normativo en el ámbito del gobierno corporativo. Aunque los programas de cumplimiento normativo representan una manifestación del deber de diligencia de los administradores (BEVIÁ, 2019, pp. 252-254), siguen siendo una decisión discrecional para la mayoría de las empresas comerciales (NAVARRO FRIAS, 2021, p. 208).

56. Sobre el *corporate compliance* en general y específicamente en Alemania, ver CASPER (2012).

En particular, la propuesta de directiva sobre debida diligencia (COM[2022] 71 final) establece que la implementación del deber de diligencia en las políticas empresariales incluye medidas para verificar el cumplimiento del código de conducta (arts. 5, 7.2.b.d, 7.3, 7.4, 8.3.c, 8.4, 8.5, 14.4), lo que contribuirá a la prevención de la corrupción (ver sección 4.4), a través de la actividad de cumplimiento.

El *compliance* anticorrupción surgió en los EE.UU. con el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) en 1977 (JOSEPHSON, 2014, p. 13; MAGENDIE, 2019, p. 732). En 1996, el *Delaware Court of Chancery*⁵⁷ dictaminó que, en virtud del deber de cuidado, los administradores deben supervisar los programas de cumplimiento y son responsables de las fallas en la implementación, control o notificación. Esto reforzó el deber específico de supervisión y control interno de los administradores (VASCONCELOS, 2009, pp. 49-50). Una decisión más reciente⁵⁸ en el mismo estado estadounidense aclaró que la implementación de programas de cumplimiento por parte de los administradores es discrecional, pero, para demostrar buena fe y permitir la aplicación de la *business judgement rule*, los administradores deben demostrar la implementación y la supervisión de un sistema razonable de gestión de riesgos y cumplimiento. La doctrina española también respalda este enfoque (BEVIÁ, 2019, pp. 260-261). En Portugal, el *Regime Geral para Prevenção da Corrupção* (RGPC) (DL n.º 109-E/2021, de 9 de diciembre) establece la implementación del programa de cumplimiento normativo y la designación de un responsable (art. 5), pero no prevé sanciones en caso de incumplimiento, a diferencia de lo que ocurre con el análisis de riesgos (art. 20 en relación con el art. 6.1.a).

El *compliance* está directamente relacionado con la gestión de riesgos, la debida diligencia y el gobierno corporativo. Juntos pueden componer lo que se conoce como *GRC – Governance, Risk Management & Compliance* (HAUGH, 2019, pp. 877-878; STEINBERG, 2011, p. 2). La función de *compliance* plantea preocupaciones y controversias relacionadas con la división o colisión de poderes con el consejo de administración y el control (CASPER, 2012, p. 480), así como con las decisiones corporativas de cometer infracciones legales menores con fines de lucro conocidas como violaciones útiles de la ley (*nützliche Pflichtverletzungen*), como es el caso del pago de sobornos en el extranjero para asegurar negocios (CASPER, 2012, p. 482). Sin embargo, esto no impide que sea considerado un importante mecanismo de prevención y control de la corrupción.

Aunque no es obligatorio, la implementación de un programa de cumplimiento puede minimizar o incluso eliminar las sanciones en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, como ocurre en países como Portugal (Código Penal, art. 90-A.4), España (Código Penal, art. 31.bis.2), Alemania (OWiG, § 9, § 30 y § 130) e Italia (DL 231/2001, art. 7.2). Por lo tanto, aunque no sea un requisito legal, el *compliance*, especialmente en lo que respecta a la prevención de la corrupción, siempre

57. En el caso de *Re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, Del. Ch., 1996.

58. En el caso de *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805, Del., 2019.

será relevante para la reputación empresarial (LABAREDA, 2014, p. 12), ya que puede permitir la detección temprana de posibles limitaciones al desarrollo empresarial, como la corrupción y el blanqueo de capitales, y prevenir pérdidas económicas y financieras derivadas de la imposición de sanciones. En consecuencia, se trata de un aspecto importante del derecho corporativo relacionado con la corrupción.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La corrupción es la barrera no arancelaria más costosa para el comercio internacional y tiene un potencial significativo para afectar la calidad de los negocios, ya que favorece el éxito de competidores corruptos en detrimento de aquellos más competentes o eficientes. Es un fenómeno social complejo que requiere un enfoque multidisciplinario y, en el ámbito jurídico, implica la integración entre el derecho público y el privado. Para lograr esto, es necesario comprender los aspectos de la corrupción en cada área del derecho. Esta investigación se centra en la corrupción en los negocios dentro del marco del derecho corporativo, abordando tanto la corrupción privada como el *supply side* de la corrupción política y pública.

La corrupción en los negocios se refiere a la desviación de los recursos organizacionales o al uso de la autoridad corporativa para obtener un beneficio privado, personal o corporativo, incluyendo operaciones de encubrimiento y blanqueo de capitales relacionados con la corrupción. Este tema nace de la idea de gobierno corporativo, que surgió en EE.UU. en la década de 1970 tras el escándalo de *Watergate*. La corrupción en los negocios también es relevante en el ámbito de la responsabilidad social empresarial debido al daño que puede causar a las partes interesadas. Sin embargo, es principalmente el interés social el que subyace en la lucha contra la corrupción, ya que las sociedades buscan preservar sus activos para garantizar su continuidad y permitir la maximización de la rentabilidad a largo plazo, aspectos que pueden verse afectados por la corrupción.

Después de analizar las principales consecuencias de la corrupción en los negocios en el ámbito del derecho público-administrativo, penal, civil y procesal, la investigación abordó los deberes fiduciarios del administrador como base fundamental para imponer consecuencias legales y corporativas a las actividades corruptas. También se destacaron los conflictos de intereses y el abuso de poder como las principales fuentes de este tipo de corrupción. Posteriormente, se exploró la dimensión legal corporativa de la corrupción empresarial desde una perspectiva de interés social, con el objetivo de identificar aspectos del derecho corporativo que se entrelazan con la corrupción empresarial.

En esta investigación se identificaron once aspectos del derecho corporativo relacionados con la corrupción: (1) códigos de gobierno corporativo y códigos de conducta; (2) información financiera, no financiera y ESG/ASG (ambiental, social y de

gobernanza); (3) relaciones con auditores de cuentas o ROC; (4) reglamento interno del consejo de administración; (5) política de remuneración de los administradores; (6) activismo accionarial; (7) operaciones en grupos empresariales y en el extranjero; (8) canal de denuncias y protección de denunciantes; (9) *due diligence*; (10) gestión de riesgos, y (11) *compliance* (cumplimiento normativo).

Al analizar estos aspectos, esta investigación ha permitido identificar brechas que facilitan la corrupción en los negocios, lo que promueve la reflexión sobre la mejora de los mecanismos de prevención y control de la corrupción. En este sentido, se destaca la importancia de la prevención de conflictos de interés y el abuso de derecho a través de políticas, códigos, procedimientos y reglamentos internos, incluyendo reglas específicas para las decisiones del consejo de administración y la consulta con los accionistas en situaciones de riesgo de corrupción, como la expansión de las actividades en países conocidos como paraísos fiscales.

Los procesos relacionados con el *GRC – Governance, Risk Management & Compliance*, incluyendo la debida diligencia, los canales de denuncia y la protección de los denunciantes, pueden diseñarse e implementarse como efectivos mecanismos anticorrupción, aun cuando no sean obligatorios, debido al deber de cuidado de los administradores. Además, es relevante la divulgación pública de información relacionada con los mecanismos y los riesgos de corrupción.

Tales aspectos están directamente relacionados con los deberes fiduciarios del administrador, inherentes a la obligación de prevenir la corrupción para que el interés social no se vea afectado negativamente, perjudicando no solo a los accionistas, sino también a otras partes que puedan verse afectadas por operaciones de corrupción realizadas por las sociedades mercantiles.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALA'I, Padideh. 2014: «Civil consequences of corruption in international commercial contracts». *The American Journal of Comparative Law*, 2014, 62: 185-212.
- AMUNDSEN, Inge. 2006: «Political corruption». *U4 Issue*, 2006, 6: 1-33.
- ASHFORTH, Blake y ANAND, Vikas. 2003: «The normalization of corruption in organizations». *Research in Organizational Behavior*, 2003, 25: 1-52.
- BADAWI, Ahmed y ALQUDAH, Anas. 2019: «The Impact of Anti-Corruption Policies on the Profitability and Growth of Firms Listed in the Stock Market: Application on Singapore with a Panel Data Analysis». *The Journal of Developing Areas*, 2019, 53(1): 179-204.
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (BCBS). 2005: *Compliance and the compliance function in banks*. Basel: Bank for International Settlements.
- BATALLER, Juan. 2022: «Desmontando tópicos sobre la responsabilidad social de la empresa». *Revista de Derecho Mercantil*, 2022, 323, 81-122.
- BHARGAVA, V. 2006: «Curing the cancer of corruption». En V. Bhargava (ed.): *Global issues for global citizens: an introduction to key development challenges*. Washington: World Bank, 341-370.

- BIVENS, Josh y KANDRA, Jori. 2022: *CEO pay has skyrocketed 1,460% since 1978*. Washington: Economy Policy Institute.
- BLUSTEIN, Paul. 1994: «Murder of executive shakes Japan Inc.». *Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/archive/business/1994/03/02/murder-of-executive-shakes-japan-inc/9df4682c-f825-4d9b-93c6-9b893e336c85/> [10/04/23].
- BRYMAN, Alan. 2012: *Social research methods*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press.
- BUESO GUILLÉN, Pedro-José. 2022: «Alemania. Nueva versión del Código Alemán de Gobierno Corporativo (DCGK 2022)». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2022, 66, 283-288.
- BUKARI, Chei y ANAMAN, Emmanuel Atta. 2020: «Corruption and firm innovation: a grease or sand in the wheels of commerce? Evidence from lower-middle and upper-middle income economies». *Eurasian Business Review*, 2020, 11: 267-302.
- BURGER, Ethan y HOLLAND, Mary. 2006: «Why the private sector is likely to lead the next stage in the global fight against corruption». *Fordham International Law Journal*, 2006, 30(1): 45-74.
- CÂMARA, Paulo. 2002: «Códigos de Governo das Sociedades». *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 2002, 15(1): 65-90.
- CÂMARA, Paulo. 2012: «O controverso 'whistleblowing'». *Jornal de Negócios Online*, https://www.jornaldenegocios.pt/opiniao/detalhe/o_controverso_quotwhistleblowingquot
- CAMPUZANO, Ana Belén. 2015: «La acción social de responsabilidad (artículos 238 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital)». En A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (ed.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, 767-786.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. 2000: «Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción». En E. A. Fabián Caparrós (ed.): *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 55-60.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. 2004: «Corrupción y derecho privado patrimonial». En N. Rodríguez García y E. A. Fabián Caparrós (eds.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 127-155.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. 2008: «Corrupción y derecho privado patrimonial». En N. Rodríguez García y E. A. Fabián Caparrós (eds.): *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibáñez, 193-234.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. 2012: «Corrupción en el sector privado (I): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial». *Justitia*, 2012, 10: 281-342.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. 2014: «Corrupción en los negocios y buen gobierno corporativo». Informe inédito. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Programa de cooperación USP-USAL sobre buen gobierno y responsabilidad social de las empresas, 25 pp.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. 2017: «Corrupción en los negocios y buen gobierno». En 3^o Summer School en Democracia e Desenvolvimento, FADISP (Siena, julio de 2017) [S. I.]: [s. n.], 61 pp.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. 2020: «Deber de lealtad de los socios y conflictos de intereses con la sociedad». En A. Soveral Martins, P. de Tarso Domingues, C. Cunha, M. E. Ramos, R. Costa y R. Pereira Dias (eds.): *Diálogos com Coutinho de Abreu: estudos oferecidos no aniversário do Professor*. Coimbra: Almedina, 251-290.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando. 2023: «Corrupción y sector privado». Informe inédito. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 19 pp.

- CASPER, Matthias. 2012: «Corporate governance and corporate compliance». En J. J. Du Pleiss, B. Großfeld, C. Luttermann, I. Saenger, O. Sandrock y M. Casper (auts.): *German Corporate Governance in International and European Context*. 3.ª ed. Berlin: Springer, 477-516.
- CASSIN, Richard. 2022: *Country count for the top ten list*. Texas: Recathlon, <https://fcpablog.com/2022/06/09/country-count-for-the-top-ten-list/> [11/03/2023].
- CHADE, Jamil. 2016: «Offside: FIFA, marketing companies and undie influence in football». En Transparency International (ed.): *Global Corruption Report: Sport*. Abingdon: Routledge, 101-104.
- CHAPPUIS, Christine. 2011: «La restitution des profits issus de la corruption: quels moyens en droit privé?». En U. Cassani (ed.): *Lutte contre la corruption internationale: 'the never ending story'*. Genève: Schulthess, 139-171.
- CHAVAS, Jean Paul. 2004: *Risk analysis in theory and practice*. San Diego: Elsevier.
- COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE. 1992: *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* [Relatório Cadbury]. London: CFACG.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. 2005: *Governança das sociedades comerciais*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. 2007: Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social. En *Reformas do Código das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 16-47.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. 2010a: *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. 2010b: «Corporate governance: condificações fracas e fortes». *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, 2010b, xiv(29): 71-79.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. 2015: «Corrupção privada, bom governo, transparência e responsabilidade social das empresas (nótulas interrogativas)». En R. Costa y L. Gonçalves da Silva (eds.): *Estudos comemorativos dos 20 anos da Abreu Advogados*. Coimbra: Almedina, 389-482.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. 2019: «CSR – ‘responsabilità’ senza responsabilità (legale)?». *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, 46(6): 1088-1095.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. 2021: *Curso de Direito Comercial das Sociedades*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. 2022: «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (a propósito do projeto de diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021)». En J. M. COUTINHO DE ABREU, A. de Soveral Martins y R. Pereira Dias (eds.): *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 29-39.
- EISENBERG, Melvin. 1999: «Corporate law and social norms». *Columbia Law Review*, 1999, 99(5): 1253-1292.
- ELLILI, Nejla. 2022: «Impact of ESG disclosure and financial reporting quality on investment efficiency». *Corporate Governance*, 2022, 22(5): 1094-1111.
- ELSON, Alex y SHAKMAN, Michael. 1994: «The ALI Principles of Corporate Governance: A Tainted Process and a Flawed Product». *The Business Lawyer*, 1994, 49(4): 1761-1792.
- EMBID IRUJO, José Miguel. 2020: «Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa». *Revista de Derecho Mercantil*, 2020, 316: 11-44.
- ENIKOLOPOV, Ruben; PETROVA, Maria y SONIN, Konstantin. 2018: «Social media and corruption». *American Economic Journal: Applied Economics*, 2018, 10(1): 150-174.

- FERREIRA BARROS, Arthur do Nascimento; NONATO RODRIGUES, Raimundo y PANHOCA, Luiz. 2019: «Information on the fight against corruption and corporate governance practices: evidence of organized hypocrisy». *International Journal of Disclosure and Governance*, 2019. <https://doi.org/10.1057/s41310-019-00060-2>
- FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. 2020: Uma abordagem da corrupção à luz dos direitos humanos? Desafios e (im)possibilidades. *Cadernos CPC*, 2020, 2: 1-79, https://www.cpc.tcontas.pt/projetos/cpc_ciencia/edicao_02/Eduardo_Figueiredo_Uma_abordagem_da_corupcao.pdf [17/02/2023].
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. 2016: «Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015». *Doctrina de la Fiscalía*, FIS-C-2016-00001: 1-33.
- FLEISCHER, Holger. 2017: «Corporate Social responsibility: vermessung elnes Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht». *Die Aktiengesellschaft*, 2017, 15(62): 509-525.
- FRIEDMAN, Milton. 1970: «A Friedman doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits». *New York Times*, <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html> [10/02/2023].
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta. 2018: «Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2018, 54: 99-142.
- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes. 2018: «Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2018, 52: 161-190.
- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes. 2020: «Revisión del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2020, 60: 475-484.
- GHEZZI, Federico. 2019: «Le linee guida sull'antitrust compliance, tra finalità educative e dissuasive ed incentivi ad una condotta 'eticamente corretta' dell'impresa.» *Rivista delle Società*, 2019, 64(1): 91-116.
- GIL NOBAJAS, María Soledad. 2017: «Corrupción en los negocios privados: ¿Es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho, al titular de la empresa y a la persona jurídica?». En J. Queralt Jiménez y D. M. Santana Veja (eds.): *Corrupción pública y privada en el estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 239-255.
- GIMENO BEVIÁ, Vicente. 2019: «Los programas de 'compliance' como manifestación del deber de diligencia de los administradores». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2019, 55: 243-282.
- GIMENO RIBES, Miguel. 2020: «Deber de lealtad y enriquecimiento injusto». *Revista de Derecho Mercantil*, 2020, 317: 117-182.
- GOEL, Rajeev; BUDAK, Jelena y RAJH, Edo. 2015: «Private sector bribery and effectiveness of anti-corruption policies». *Applied Economics Letters*, 2015, 22(10): 759-766.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. 2011: «Pequena nótula de apresentação.» En J. Mouraz Lopes (AA.): *O espectro da corrupção*. Coimbra: Almedina, 7-9.
- GÓMEZ RIVAS, León. 1999: «Business ethics and the history of economics in Spain 'The School of Salamanca: a bibliography'». *Journal of Business Ethics*, 1999, 22(3): 191-202.
- GRIFFITH, Sean. 2016: «Corporate governance in an era of compliance». *William & Mary Law Review*, 2016, 57: 2075.

- GUTERRES, Antonio. 2017: *Secretary-General's bulletin: Protection against retaliation for reporting misconduct and for cooperating with duly authorized audits or investigations* (n.º ST/SGB/2017/2/Rev.1), <https://undocs.org/ST/SGB/2017/2/Rev.1> [20/02/2023].
- HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinir. 2004: «What is corporate law?». En *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. Oxford: Oxford University Press, 1-19.
- HARBARTH, Stephan. 2015: «Anforderungen na die Compliance-Organisation in börsennotierten Unternehmen», *ZHR*, 2015, 179: 136-172.
- HARRIS, Hannah. 2019: *The global anti-corruption regime: the case of Papua New Guinea*. London: Routledge.
- HAUGH, Todd. 2019: «Harmonizing governance, risk management and compliance through the paradigm of behavioral ethics risk». *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2019, 21(4): 873-906.
- HAUSCHKA, Christoph E. 2007: *Corporate Compliance*. München: Verlag C. H. Beck.
- HEO, Yuna; HOU, Fangfang y PARK, Seongkyu Gilbert. 2021: «Does corruption grease or sand the wheels of investment or innovation? Different effects in advanced and emerging economies». *Applied Economics*, 2021, 53(1): 35-60.
- HERRERO MORANT, Rebeca. 2022: «Publicación de los Global Governance Principles 2021 por la International Corporate Governance Network». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2022, 66: 279-282.
- HESS, David. 2012: «Combating corruption through corporate transparency: Using enforcement discretion to improve disclosure». *Minnesota Journal of International Law*, 2012, 21(1): 42-74.
- HOPT, Klaus. 2013: «Comparative corporate governance: the state of the art and international regulation». En A. M. Fleckner y K. J. Hopt (eds.): *Comparative corporate governance: a functional and international analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 3-101.
- HOPT, Klaus. 2023: *Corporate Purpose and Stakeholder Value - Historical, Economic and Comparative Law Remarks on the Current Debate, Legislative Options and Enforcement Problems*. Hamburg: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4390119 [25/02/2023].
- HOUGH, Dan. 2013: *Political corruption & governance*. New York: Palgrave Macmillan.
- HUNDT, Steffen y HORSCH, Andreas. 2019: «Sponsorship of the FIFA world cup, shareholder wealth, and the impact of corruption». *Applied Economics*, 2019, 51(23): 2468-2491.
- IAZZOLINO, Gianpaolo; BRUNI, Maria Elena; VELTRI, Stefania; MOREA, Donato y BALDISSARRO, Giovanni. 2023: «The impact of ESG factors on financial efficiency: An empirical analysis for the selection of sustainable firm portfolios». *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2023: 1-11. <https://doi.org/10.1002/csr.2463>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. 2022: *Gross Domestic Product*, https://www.ine.es/dyngs/INEbase/en/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177057&menu=ultiDatos&idp=1254735576581 [09/02/23].
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). 2019: *Fiscal monitor: curbing corruption*. Washington: IMF, <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2019/03/18/fiscal-monitor-april-2019> [10/02/2023].
- IRACULIS ARREGUI, Nerea. 2017: «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima: responsabilidad por negligencia de los administradores de la sociedad dominada». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2017, 49: 115-149.

- JAEGER, Pier Giusto. 2000: «L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)». *Giurisprudenza Commerciale*, 2000, 27(6): 795-812.
- JALUZOT, Béatrice y MEISELLES, Michaela. 2009: «Civil law consequences of corruption and bribery in France». En Olaf Meyer (ed.): *The Civil law consequences of corruption*. Baden Baden: Nomos, 225-238.
- JOSEPHSON, Michael. 2014: «History of the integrity, ethics and compliance movement: a cautionary tale for CEOs and corporate directors». *Ethikos: The Journal of Practical Business Ethics*, 2014, 28(1): 13-16.
- KATZAROVA, Elitza y ANSART, Jessica. 2020: «The Americanization of international anti-corruption: the influence of the FCPA on the OAS and OECD conventions». En R. Bismuth, J. Dunin Wasowicz y P. M. Nichols (eds.): *The transnationalization of anti-corruption law*. London: Routledge, 31-63.
- KRISHNAMURTI, Chandrasekhar; SHAMS, Syed y VELAYUTHAM, Eswaran. 2018: «Corporate social responsibility and corruption risk: a global perspective». *Journal of Contemporary Accounting & Economics*, 2018, 14(1): 1-21. <https://doi.org/10.1016/j.jcae.2018.02.002>
- KURNIAWAN, Kuku; HAPSARI, Dwi; FAJRIN, Yaris, y TRIWIJAYA, Faisol. 2019: «Compensation as Sanctions for the Perpetrators of Corruption in the Dimensions of Indonesian Criminal Law Renewal». *Brawijaya Law Journal*, 2019, 6(2): 205-223.
- LABAREDA, João. 2013. Perpetrato Contributo para o estudo do Sistema de control e da funcao de cumprimento «compliance», Instituto dos Valores Mobiliários, p.10
- LAKSHMI, Geeta; SAHA, Shrabani y BHATTARAI. 2021: «Does corruption matter for stock markets? The role of heterogeneous institutions». *Economic Modelling*, 2021, 94: 386-400. <https://doi.org/10.1016/j.econmod.2020.10.011>
- LAZARD. 2023: *Lazard's Review of Shareholder Activism 2022*. Londres: Lazard, <https://www.lazard.com/research-insights/lazard-s-review-of-shareholder-activism-2022/> [20/04/2023].
- LEO-CASTELLA, Juan Ignacio; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando y SÁNCHEZ-MACÍAS, José Ignacio. 2019: «Evolución de la responsabilidad social y legal corporativa: hacia un índice de compliance en la OCDE». En N. Rodríguez-García, A. Carrizo González-Castel y F. Rodríguez-López: *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 405-430.
- LOMBARDI, Rosa; TREQUATRINI, Raffaele; GUOZZO, Benedetta y CANO-RUBIO, Myriam. 2019: «Corporate corruption prevention, sustainable governance and legislation: First exploratory evidence from the Italian scenario». *Journal of Cleaner Production*, 2019, 217: 666-675.
- LOZANO GARCÍA, María Belén. 2004: «Las debilidades del gobierno corporativo en los casos de corrupción: el papel del consejo de administración». En N. Rodríguez García y E. A. Fabián Caparrós (eds.): *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 41-58.
- LOZANO GARCÍA, María Belén. 2008: «Los contratos con el sector público y la prevención de prácticas corruptas: una perspectiva desde la empresa». En N. Rodríguez García y E. A. Fabián Caparrós (eds.): *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá: Ibáñez, 55-69.
- LUTTER, Marcus. 1980: «Theorie der Mitgliedschaft: Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts». *Archiv für die civilistische Praxis*, 1980, 180. Bd., H. 1/2: 84-159.
- MAGENDIE, Jean-Claude. 2019: «Ethique et conformité dans les entreprises». *Revue des Sociétés*, 2019, 12: 730-735.

- MAHMUD, Nurfarizan; MOHAMED, Intan y ARSHAD, Roshayani. 2022: «The supply-side of corruption: a review of scenario, caused and prevention measure». *Journal of Financial Crime*, 2022, 29(1): 34-44.
- MAIA, Pedro. 2012: «Corporate Governance em Portugal.» En F. Ulhoa Coelho y M. de F. Ribeiro (eds.): *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 43-86.
- MAIA, Pedro. 2021: «Intelligent compliance.» En M. J. Antunes y S. Aires de Sousa: *Artificial Intelligence in the Economic Sector: prevention and responsibility*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1-50.
- MARITIME ANTI-CORRUPTION NETWORK. 2021: *A decade of reporting: Summarizing 10 years of key insights and trends from the Maritime Anti-Corruption Network's anonymous incident reporting system*. Copenhagen: MACN.
- MEKKI, Mustapha. 2014: «La corruption dans les contrats commerciaux internationaux et ses effets en droit privé». *Revue internationale de droit comparé*, 66(2): 391-402.
- MESÍA MARTÍNEZ, Christian. 2015: «El procedimiento de denuncia interna o whistleblowing en los códigos de conducta». En A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (ed.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, 1209-1252.
- MEYER, Olaf (ed.). 2009: *The Civil law consequences of corruption*. Baden Baden: Nomos.
- MILLER, John. 2020: *Swiss to ban deducting bribes from taxes starting in 2022*. London: Reuters.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela. 2021a: «Criminalidad económica empresarial, governance e compliance – para una nova política criminal à distância». En L. Zúñiga Rodríguez y J. Ballesteros Sánchez (eds.): *Nuevos desafíos frente la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*, 129-159.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela. 2021b: «The Last Cocktail - Economic and Financial Crime, Corporate Criminal Responsibility, Compliance and Artificial Intelligence». En M. J. Antunes y S. Aires de Souza (eds.): *Artificial intelligence in the economic sector: prevention and responsibility*, 119-133.
- MOLINA, Cecilio. 2020: «La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas». *Revista de Derecho Mercantil*, 2020, 317: 243-280.
- MOREDO SANTOS, Hugo y VOGLER GUINÉ, Orlando. 2013: «Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro)». *Revista de Direito das Sociedades*, 2013, V(4): 691-711.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas. 2021: «Novedades en las reformas del derecho de sociedades francés por la incidencia de la Ley Pacte». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2021, 61: 503-506.
- MURPHY, David. 2007: *Understanding Risk: the theory and practice of financial risk management*. London: Chapman & Hall.
- NAVARRO FRIAS, Irene. 2021: «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2021, 63: 177-228.
- NOVAL PATO, Jorge. 2022: «La sostenibilidad en un contexto de primacía del accionista». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2022, 64: 149-192.
- NYE, Joseph S., Jr. 1967: «Corruption and political development: a cost-benefit analysis». *American Political Science Review*, 1967, LXI(2): 417-427. <https://doi.org/10.2307/1953254>
- OCDE. 2017a: *Global trade without corruption: fighting the hidden tariff*. Paris: OECD. <https://doi.org/10.1787/9789264279353-en>

- OCDE. 2017b: *The detection of foreign bribery: The role of whistleblowers and whistleblower protection*, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-The-Role-of-Whistleblowers-in-the-Detection-of-Foreign-Bribery.pdf>
- OCDE. 2018: *Guia de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*. Paris: OECD.
- OCDE. 2021: *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Paris: OECD, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378> [25/02/2023].
- OTT, Nicolas y KLEIN, Karen. 2017: «Hindsight Bias bei der Vorstandshaftung wegen Compliance-Verstößen: Auswirkungen und Methoden des ‘Debiasing’». *Die Aktiengesellschaft*, 2017, 62(7): 209-221.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana. 2017: *Manual de governo das sociedades*. Coimbra: Almedina.
- PÉREZ PUEYO, Anunciación. 2019: «Medidas de apoyo legal a las empresas francesas a través de la denominada ‘Loi Pacte’». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2019, 56: 425-448.
- PINTO, Jonathan; LEANA, Carrie y PIL, Frits. 2008: «Corrupt organizations or organizations of corrupt individuals? Two types of organization-level corruption». *Academy of Management Review*, 2008, 33(3): 685-709.
- RAMOS HERRANZ, Isabel. 2015: «Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y la condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas por cuenta propia o realizadas por personas vinculadas (artículo 229.1b) de la Ley de Sociedades de Capital». En A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (ed.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, 467-509.
- RECALDE, Andrés. 2022: «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos». *Revista de Derecho Mercantil*, 2022, 326: 9-44.
- FORTE DOS SANTOS, Niedja de Andrade e Silva. 2020: «La direttiva europea sulle DnF a proposito del contrasto alla corruzione.» En D. Caterino e I. Ingravallo (eds.): *L'impresa sostenibile: alla prova del dialogo dei saperi*. Lecce: Euriconv.
- FORTE DOS SANTOS, Niedja de Andrade e Silva. 2021: «O princípio anticorrupção: quadro conceitual e analítico.» En J. Machado y E. Figueiredo (eds.): *Corrupção e direitos humanos: diálogo transatlântico*. Campinas: Brasília, 209-246.
- SANTOS COSTA, Ricardo Alberto. 2014: *Os administradores de facto das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.
- SERRA, Catarina. 2011: «Entre corporate governance e corporate responsibility: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’». En *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- SOTIROPOULOS, Anastasia. 2017: «Fighting corruption through the lens of civil law: the option of civil law remedies». En C. D. Spinellis, M. Theodorakis, E. Billis y G. Papadimitrakopoulos (eds.): *Europe in crisis: crime, criminal justice, and the way forward: essays in honor of Nestor Courakis*. Athens: Sakkoulas, 629-646.
- SPALDING, Andrew. 2012: «Four unchartered corners of anti-corruption law: in search of remedies to the sanctioning effect». *Wisconsin Law Review*, 2012, 2: 661-688.
- STEINBERG, Richard M. 2011: *Governance, Risk Management, and Compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success*. Hoboken: Wiley.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. 2011: *Bribe payers index 2011*. Berlín: TI, <https://www.transparency.org/en/publications/bribe-payers-index-2011>
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. 2021: *What is corruption?* Berlín: TI, <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption#define>

- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. 2023: *Corruption perceptions index*. Berlín: TI, <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>
- UK MINISTRY OF JUSTICE. 2012: *The Bribery Act 2010: guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*. London: UKMJ.
- UN SECURITY COUNCIL. 2018: *Global cost of corruption at least 5 per cent of world gross domestic product, Secretary-General tells Security Council, citing World Economic Forum data*, <https://www.un.org/press/en/2018/sc13493.doc.htm> [10/02/2023].
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. 2009: «Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64o do Código das Sociedades Comerciais». *Direito das Sociedades em Revista*, 2009, 2: 41-79.
- VASUDEV, P. M. 2015: «Corporate stakeholders in Canada: an overview and a proposal». *Revue de Droit D'Ottawa*, 2015, 45(1): 137-180.
- WELLER, Marc-Philippe; HÜBNER, Leonhard y KALLER, Luca. 2014: «Private International Law for Corporate Social Responsibility». *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series*, 2014, 18/14: 237-268.
- WELLER, Matthias. 2014: «Civil law consequences of corruption in international commercial contracts.» En M. Schmidt-Kessel (ed.): *German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 261-284.
- WORLD BANK. 2023: *Enterprise surveys – what businesses experience: corruption*, <https://www.enterprisesurveys.org/en/data/exploretopics> [09/02/2023].
- WORLD BANK, GOVERNMENT OF UKRAINE y EUROPEAN COMMISSION. 2022: *Ukraine: rapid damage and needs assessment*. Washington: WB, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/37988> [10/02/2023].
- WORLD ECONOMIC FORUM. 2022: *Defining the 'G' in ESG: governance facts at the heart of sustainable business*. Cologny: WE.
- YANG, Fan; WU, Haining y YANG, Wenjie. 2017: «Research on relationship between regional corruption and performance of listed companies». *Advances in Economics, Business and Management Research*, 37: 1-20.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. 2018: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española». En M. Maroto Calatayud y M. P. Marco Francia (eds.): *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 87-110.

La regulación de las criptomonedas en México y sus principales desafíos jurídicos internacionales

The Regulation of Cryptocurrencies in Mexico and its Main International Legal Challenges

Reyna Araceli TIRADO GÁLVEZ

Dra. en Ciencias del Derecho

Universidad Autónoma de Sinaloa

Profesora e Investigadora de Tiempo Completo en la Facultad de Contaduría y Administración y en Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán

México

aracely_tirado@uas.edu.mx, aracely_tirado@ms.uas.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0002-6416-857X>

Recibido: 10/01/2024

Aceptado: 29/04/2024

Resumen

La globalización ha aumentado el intercambio de bienes y servicios, sin embargo, en los últimos años, la pandemia del covid-19 también ayudó a incrementar la movilización de capitales a través de plataformas virtuales en todo el mundo. Es claro que la falta de

Abstract

Globalization has increased the exchange of goods and services, however, in recent years, the covid-19 pandemic has also helped increase the mobilization of capital through virtual platforms around the world; It is clear that the lack of regulation on

Reyna Araceli TIRADO GÁLVEZ
La regulación de las criptomonedas en México y sus principales desafíos jurídicos internacionales

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 12, Junio 2024, 185-211
eISSN: 2340-5155

Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

regulación sobre las criptomonedas como el bitcoin está generando un aumento del blanqueo de capitales por la vulnerabilidad de las legislaciones locales y el aumento de la evasión fiscal según los organismos internacionales. Mediante el método histórico, analítico y documental se analiza la legislación de México, su tratamiento jurídico en cuanto a las monedas virtuales, así como los cambios que se avecinan en los ordenamientos legales. Resulta urgente y necesario regular las monedas virtuales en las leyes de los países para inhibir estas prácticas, fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas mediante tratados internacionales, unificar criterios sobre ciberseguridad para enfrentar el anonimato y proteger datos personales. El internet está revolucionando las finanzas internacionales y la economía mundial y el bitcoin son un ejemplo claro de ello y de cómo puede ser utilizado para actividades ilícitas por su falta de regulación.

Palabras clave: bitcoins; monedas digitales; comercio electrónico; ciberseguridad; pagos electrónicos.

cryptocurrencies such as bitcoin is generating an increase in money laundering due to the vulnerability of local legislation and increases tax evasion according to International Organizations. Using the historical, analytical and documentary method, the legislation of Mexico, its legal treatment regarding virtual currencies, as well as the upcoming changes in legal systems are analyzed. It is urgent and necessary to regulate virtual currencies in the laws of countries to inhibit these practices, strengthen transparency and accountability through international treaties, unify criteria on cybersecurity to address anonymity and protect personal data. The internet is revolutionizing international finance and the world economy, bitcoin is a clear example of this and how it can be used for illicit activities due to its lack of regulation.

Keywords: bitcoins; digital currencies; electronic commerce; cybersecurity; electronic payments.

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco teórico de las criptomonedas. 3. La regulación de criptomonedas en la legislación mexicana. 4. Principales amenazas del crecimiento en el uso de monedas virtuales. 5. Retos y desafíos para los organismos internacionales en materia de criptomonedas. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La globalización económica, el aceleramiento en el intercambio de bienes y servicios, y el constante crecimiento que ha tenido la tecnología en los mercados financieros, especialmente dentro del comercio electrónico, han generado muchos cambios, uno de ellos, la utilización de monedas virtuales como medio de pago para obtener bienes o servicios.

Nuevos fenómenos están emergiendo con mayor velocidad después de la pandemia del covid-19 en materia de las nuevas tecnologías de la información, sobre

todo en cuanto al intercambio de bienes y servicios, donde la inteligencia artificial se perfecciona junto a nuevos modelos en la economía. Llama la atención lo expresado por Andrés BOIX y Alba SORIANO sobre la falta de transparencia en temas regulatorios específicamente cuando se habla de inteligencia artificial, lo cual es considerado peligroso, en lo concerniente a las Administraciones¹. Tal como se señala, en un Estado de derecho la falta de transparencia no es admisible.

En esta nueva era digital están apareciendo nuevos entornos digitales como espacios que traen modernidad, velocidad, pero también un grave problema en cuanto a temas de peligro y privacidad para las personas que participan en actividades ya sea de servicios o comerciales. El control de la información que se maneja en las redes pone en riesgo la privacidad y la información personal que se registra en ella vulnera la dignidad de la persona. Por todo ello se ha expresado que se le debe dar un nuevo significado², resignificar la utilización de mecanismos en la red. A ello, se le suma que no hay una difusión sobre los derechos que se tienen en ambientes digitales.

El Derecho y la protección de datos personales necesitan avanzar a gran velocidad de la mano del avance de las nuevas tecnologías, solo así se pueden revertir futuros riesgos globales que se están presentando y se seguirán presentando si no se da una regulación jurídica eficaz y eficiente. Dentro de la Revolución Digital Internacional que se ha venido desarrollando en los últimos años, se está transformando la comunicación. Además, está generando un impacto en la parte monetaria, financiera, comercial; por ende, produciendo un gran cambio en el manejo de las monedas tradicionales, rompiendo los esquemas antiguos en cuanto a su utilización.

Es interesante recordar cómo ha ido evolucionando el Sistema Financiero Mundial y el impacto en la economía a través de los años. Se señala que apareció en la segunda parte del siglo pasado cuando se lanzaron las tarjetas de plástico; paulatinamente fue evolucionando hasta llegar a desarrollarse aún más en pandemia el uso de las famosas transferencias electrónicas³, incluyendo las aplicaciones que en los teléfonos inteligentes se han ido bajando y adaptando a estos nuevos entornos sin entender a cabalidad el riesgo que conllevan.

Poco a poco el manejo del dinero fue modificado de forma electrónica, sumado al comercio electrónico, el cual se realiza en entornos digitales, incluyendo el ciberespacio.

1. BOIX PALOP, Andrés y SORIANO ARNANZ, Alba. «Transparencia y Control del uso de la inteligencia artificial por las administraciones públicas», https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27_10_andres_boix_alba_soriano_es_o.pdf [10 agosto 2023].

2. ARENAS RAMIRO, Mónica y DÍAZ LIMA, David. «Privacidad y Derechos Digitales», https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27_11_monica_arenas_david_diaz_es_o.pdf [10 agosto 2023].

3. ARJONA SÁNCHEZ, Miguel J. «Las Monedas Digitales», https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27_14_miguel_arjona_es_o.pdf [10 agosto 2023].

Es en este entorno donde el dinero se fue digitalizando, dando surgimiento a las monedas digitales, conocidas también como criptomonedas. Las criptomonedas son monedas virtuales que se utilizan sin que exista algún intermediario como las instituciones financieras, sin respaldo, sin documentación. Por ello, es conveniente iniciar la presente investigación con la criptografía, ciencia sobre la cual se basa el funcionamiento de estas monedas y su operatividad.

En el presente trabajo se analiza la importancia de regular las monedas virtuales, las criptomonedas, en este caso los bitcoins. Este tema no está dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo, se han ido incorporando reformas a su normatividad interna ya existente.

La criptografía tiene sus orígenes en la Edad Media, surge con los árabes y en el caso de Europa es hasta el Renacimiento. En el año 1900 antes de Cristo aparece el primer texto, fue en una grabación en piedra, con símbolos jeroglíficos, para dotar el texto de dignidad, según se cuenta en la historia⁴. Uno de los aspectos relevantes de la criptografía es que fue utilizada para enviar mensajes cifrados para que se pudieran comunicar sin ser captados o leídos por personas ajenas al tema o a los negocios y tener confidencialidad en los mensajes.

De las monedas virtuales conocidas también como criptomonedas la más popular de estas es el bitcoin. La persona que creó el bitcoin fue Satoshi Nakamoto⁵. Este dato se presenta como el antecedente histórico, aunque el nombre es un *nickname*, como un sobrenombre con el cual comienza la historia de ellas.

Por lo anterior, se explica que las criptomonedas son conocidas como activos digitales que permiten realizar operaciones en plataformas virtuales. La tecnología que se utiliza es la de *blockchain* o cadena de bloques, lo que se traduce en una base de datos que otorga premios económicos a quienes participen en la parte computacional para mantener su seguridad y la actualización⁶.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 28 reconoce la autoridad que regula la moneda junto con los servicios financieros, incluyendo el tema de las operaciones con moneda en caso de que sea extranjera y los activos virtuales. Esta sería la norma que regula el tema de monedas, lo difícil es desglosar si esta

4. ORTEGA TRIGUERO, Jesús Javier; GARCÍA DEL CASTILLO CRESPO, Eugenio C. y LÓPEZ GUERRERO, Miguel Ángel. 2005: *Introducción a la criptografía: historia y actualidad*. Univ de Castilla La Mancha, <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=fEV4lffwt2oC&oi=fnd&pg=PA9&d-q=historia+de+la+criptografia&ots=4WTFNkYeB5&sig=0AKM-ObSyOR4SeTD7w9ArR46imc> [16 octubre 2023].

5. *Bitcoin y criptomonedas: Retos legales, regulatorios y fiscales*, http://bibliotecadigital.iue.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12717/634/iue_rep_pre_cont_g%c3%b3mez_2018_pago_virtuales.pdf?sequence=1&isAllowed=y [20 enero 2022].

6. ROBLES JARAMILLO, L. 2020: «Surgimiento de las criptomonedas. Contexto monetario y enfoque». *El Semestre de las Especializaciones*, https://www.depfe.unam.mx/especializaciones/revista/1-2-2020/03_MF_Robles-Jaramillo_2019.pdf [20 enero 2022].

misma norma regula las monedas virtuales sobre todo en este país. Por el otro, existen disposiciones que se refieren a determinar el valor relativo a la moneda extranjera (art. 73-XVIII), como la prohibición de las entidades federativas para la acuñación de monedas y la emisión de papel moneda (art. 117- III); además de la legislación secundaria.

Como parte de la legislación secundaria está la Ley Fintech, aprobada en el año 2018.

En esta ley se encuentran solo algunas disposiciones sobre monedas virtuales, pero nada sobre el bitcoin, a pesar del aumento en intercambio de bienes y servicios y el incremento de la movilización de capitales a través de plataformas virtuales que se ha venido presentando en los últimos años, no se contempla, a la fecha, una regulación precisa sobre monedas virtuales, en general, ni del bitcoin, en particular, generándose con ello un espacio de inseguridad jurídica.

La Ley Fintech maneja rubros en torno a las monedas virtuales, sin embargo, aún existen vacíos. Las Leyes Fiscales Mexicanas en el caso de los bitcoins pueden ser consideradas enajenación de bienes, al no existir normas jurídicas que hablen sobre criptomonedas ni bitcoin. Solo se habla de monedas virtuales y proveedores quedando en estado de vulnerabilidad aquellas personas que participan al no tener certidumbre y seguridad jurídica.

La pandemia generó que los medios de pago cambiaran a nivel mundial para evitar el contacto físico al restringir las actividades presenciales, impactando en menos pagos en efectivo y el aumento de pagos electrónicos alrededor del mundo, lo cual está generando evasión de impuestos y pérdida de ingresos para los países. Otro aspecto importante a considerar es que el covid-19 aumentó el intercambio de bitcoins alrededor del mundo ante la falta de regulación clara y precisa en la mayoría de los países, que aún tienen resistencia, y solo han incorporado sanciones en leyes que se derivan de la Carta Magna.

Su importancia radica en el aumento de la globalización y el uso de las nuevas tecnologías ha generado grandes cambios en la evolución de las monedas virtuales; por otro lado, se deja en estado de vulnerabilidad a las legislaciones locales. El criterio presente es el de la relevancia social que adquiere tanto para los gobiernos que los hace vulnerables a evasión fiscal y el peligro para las personas que participan por sus datos personales y la falta de discrecionalidad en estos.

En el presente trabajo de investigación, se utilizará el método histórico, deductivo y analítico para analizar los antecedentes y la evolución que han tenido las criptomonedas, revisar diferentes ordenamientos legales de México como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Fiscal de la Federación, la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera conocida como Ley Fintech, la Ley del Impuesto sobre la Renta en relación con el tratamiento de las criptomonedas.

Finalmente se analizan las posturas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, como uno de los principales organismos internacionales que apoyan y orientan a los países en temas financieros y económicos.

Un aspecto interesante es cómo están siendo utilizados los vacíos legales existentes y de qué forma están siendo aprovechados en el ciberespacio. De lo anterior se desprende que el fortalecimiento de los marcos jurídicos es una vía para contar con seguridad en lugares virtuales, siempre cuidando la protección de los datos personales, que se socialicen los riesgos y derechos a las consumidoras y consumidores⁷.

2. MARCO TEÓRICO DE LAS CRIPTOMONEDAS

Las criptomonedas, según Javier ARREOLA, se definen como unidades digitales que son creadas con el uso de cálculos matemáticos y son utilizadas en internet como forma de pago o cambio, con un tipo de valor digital⁸. La primera licencia para monedas digitales en Estados Unidos, *Bitlicense*, emitida por el estado de Nueva York, señala que la criptomoneda se define como «cualquier tipo de unidad digital, creada u obtenida mediante el cálculo matemático, cuyo sistema está basado en internet y que se utiliza como un medio de cambio o una forma de valor digitalmente almacenado».

Tal como se establece en esta definición su sistema radica en el intercambio, compra, venta en internet, su uso digital y no admite la presencia de la persona ante ninguna autoridad o institución bancaria. También se puede definir como «un nuevo medio de pago descentralizado realizado sin intermediarios y basado en la criptografía, ciencia que se dedica al estudio de métodos de encriptación de información, principalmente utilizados para enviar un mensaje de manera segura y privada»⁹.

Dentro de los aspectos a considerar, es que deja en estado de indefensión y vulnerabilidad a quienes participan, al no tener una seguridad del tratamiento que tienen sus datos ingresados a la *web*, si pueden ser protegidos y que se les garantice el buen uso. Por tanto, estos conceptos en su mayoría abarcan el uso de tecnología para un mejor desarrollo y su desenvolvimiento, que les genere, por una parte, el ingreso de dinero y, por la otra, el manejo de sus actividades con mayor rapidez a las que se realizan frente a frente.

La primera criptomoneda comenzó en el 2009, creada por Satoshi Nakamoto (seudónimo). Al principio se estableció el límite de creación de 21 millones. Un dato histórico de transacción de bitcoin fue en el 2010 a cambio de dos pizzas por un total de 10,000 Bitcoins. El principal problema del bitcoin es la volatilidad como moneda.

7. TIRADO-GÁLVEZ, R. A. 2023: «La Revolución del Sistema Financiero Mundial y la regulación de Criptomonedas en México». *Vinculatégica EFAN*, 2023, 9(4), 71-86, <https://doi.org/10.29105/vtga9.4-401> [16 octubre 2023].

8. ARREOLA, J. y VALLEJO DABDOUB, F. «Criptomonedas: ¿qué son y por qué importan?», <https://www.forbes.com.mx/criptomonedas-que-son-y-por-que-importan/>

9. BANCA MARCH. *Las criptomonedas: ¿oportunidad o burbuja?*, <https://www.banca-march.es/recursos/doc/bancamarch/20170109/2017/informe-mensual-de-estrategia-octubre-2017.pdf> [23 enero 2022].

El bitcoin también es definido como «un bien patrimonial inmaterial, documento electrónico, objeto de derecho real, en forma de unidad de cuenta, definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, que permite ser utilizada como contraprestación en transacciones de todo tipo. Dichas unidades de cuenta son irrepetibles, no son susceptibles de copia y no necesitan intermediarios para su uso y disposición»¹⁰.

Los bitcoins representan la gran oportunidad para inversionistas que deseen mantener su situación personal secreta, al realizar dichas actividades mediante seudónimos y con la ayuda de figuras que son conocidas como mineros. Uno de los factores que más incentivan el usar bitcoins, u otro tipo de criptomonedas, es porque no existen comisiones por parte de instituciones bancarias, porque la transacción se hace de forma directa sin intermediarios¹¹.

En este tipo de transacciones no se tiene la obligación de proporcionar el historial de la persona en cuanto a sus comprobaciones, de dónde, cómo y cuándo ha obtenido ingresos y a través de qué fuentes, tal como ocurría en años anteriores. Se habla de que los consumidores firman transacciones con un tipo de llave; funcionan a través de cadenas de bloque, donde se transfiere, las llaves son guardadas en billeteras digitales y pueden ser manejadas desde sus dispositivos electrónicos¹². La mayor parte del procedimiento utilizado para la transacción de bitcoins es a través de la *web*, el uso y manejo de plataformas que permitan en cuestión de segundos movimientos de capitales, donde nadie vigila el uso y manejo de la cantidad que tengan en ese momento quienes intervienen en el traslado de bienes o servicios. En este caso, la minería funciona como parte del proceso de confirmar transacciones y tenerlas en el libro público¹³; por ello, cualquier persona que esté en la red de bitcoins y tenga dispositivo electrónico puede ser minero, de esa forma procesa y verifica transacciones.

Las criptomonedas funcionan a través de *blockchain*, que es conocida como la cadena de bloques, por medio de las cuales se realizan las transacciones. El término *blockchain* es definido como un libro digital que abarca una lista de bloques conectados que se almacenan sobre una red distribuida y protegida por la criptografía, es

10. BURGUEÑO FERNÁNDEZ, P. «12 cosas que deberías saber antes de usar bitcoin», p. 2013, <https://www.abanlex.com> [24 enero 2022].

11. MAI, Heiki. 2015: ¿ «Instant revolution of payments? The quest to real payments». *Currennt Issues*, Deutsche Bank. 9 de diciembre, 2015, 1-12: 9, https://www.dbresearch.com/PROD/RPS_EN-PROD/PROD0000000000443908/Instant_revolution_of_payments%3F_The_quest_for_real.pdf?undefined&reaload=BxxgTNL7el7o9jQRMOQDQQTsmJwActDgLWGSVcY-jxcBh4YCwe09wIAuwtVP7XyUF [15 marzo 2022].

12. ANTONOPOULOS, A. 2015. *Mastering Bitcoin. Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Ed. O'Reilly Media.

13. Cryptocurrency Facts, How Does Cryptocurrency Work? The Cryptocurrency Basics, 2015. Recuperado de <https://cryptocurrencyfacts.com/how-does-cryptocurrency-work-2/> [23 enero 2022].

decir, sirve como un depósito de información en donde quedan las transacciones registradas, las cuales pueden clasificarse como dinero, propiedad, valor¹⁴.

Si bien la primera cadena conocida de bloques se originó con la criptomoneda bitcoin, actualmente esta tecnología sigue aumentando, logrando que existan cadenas públicas, cadenas privadas y cadenas híbridas. Las plataformas públicas operan en un marco descentralizado, ya que no tienen una regulación específica dentro de la normatividad jurídica.

Por su parte, el autor SANTIBÁÑEZ menciona que cada uno de los bloques pertenecientes a la cadena contiene información sobre transacciones que se realizan en un período, tiene una dirección criptográfica, con apuntadores, números únicos y son aleatorios. Aquí entran las figuras de los mineros, quienes confirman las transacciones en forma cronológica y cifrada¹⁵.

De la anterior forma, tienen manera de cifrar y llevar un control que les permita identificar mediante qué bloques fueron utilizados, y poder evitar que se vuelvan a utilizar y llevar un seguimiento de las operaciones que se realizan mediante las cadenas de bloques. Otro concepto para *blockchain* es definido como «una base de datos apoyada en tecnología *peer to peer* y, por tanto, compartida por múltiples nodos, en las que se registran bloques de información»¹⁶. Es la plataforma virtual conocida como cadena de bloques en donde se realizan operaciones de monedas virtuales.

Es importante mencionar que las redes *peer to peer* tienen como misión registrar todas las transacciones que se van produciendo, y esto se hace a través de estas redes terminales¹⁷. Cada operación arroja un registro digital, el cual es conocido como punto para punto, es decir, el historial que guarda la *web* de cada transacción. La diferencia entre monedas digitales y virtuales, aunque tienen similitudes, el profesor Alberto MUÑOZ comenta que unas tienen el respaldo de bancos centrales, en este caso son las digitales, y en el caso de las monedas virtuales, como ejemplo las criptomonedas, que no tienen el respaldo y son volátiles, sin una plena seguridad¹⁸.

Las monedas digitales tienen un respaldo por parte de bancos centrales de sus países de origen y en el tema de criptomonedas no tienen una regulación ni generan un respaldo para las personas que participan en las mismas. En cuanto a las operaciones

14. BECK, R. y MÜLLER-BLOCH, C. 2017: «Blockchain as Radical Innovation: A Framework for Engaging with Distributed Ledgers as Incumbent Organization». En *Proceedings of the 50th Hawaii International Conference on System Sciences*, 5390-5399. <https://doi.org/10.24251/hicss.2017.653>

15. SANTIBÁÑEZ, F. 2017: «Qué es blockchain: todo lo que debes saber de las cadenas de bloques». *Medium* [blog], <https://medium.com/@moften/qu%C3%A9-es-blockchain-todo-lo-que-debes-saber-de-las-cadenas-debloques-b4145c028109> [30 enero 2022].

16. TUR FAÜNDEZ, C. 2018: *Smart contracts. Análisis jurídico*. Madrid: REUS, 33.

17. VILALTA NICUESA, A. E. 2019: *Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*. Madrid: Wolters Kluwer, 21.

18. BBVA. 2021: «¿Qué diferencia hay entre una moneda digital y una criptomoneda?», <https://www.bbva.com/es/que-diferencias-hay-entre-una-moneda-digital-y-una-criptomoneda/> [23 enero 2022].

que se realizan *peer to peer*, presentan situaciones complicadas que dificultan temas como la falta de localización y lo grave de la seguridad¹⁹. Estas características se refieren a una parte prioritaria para realizar operaciones en la web, que existan leyes tendentes a regular la seguridad cibernética, que originen dificultad para obtener el dato, desde qué lugar se está realizando y que no hay una autoridad que medie en estas operaciones.

En el caso del bitcoin es conocida como una aplicación que utiliza la tecnología *blockchain*; entonces permite a dos personas poder realizar operaciones para transferir el valor de manera inmediata, permanente y segura de forma electrónica; no hay una institución financiera de respaldo que certifique y evite que sean gastados más de una vez²⁰.

Finalmente, otro de los conceptos importantes en esta investigación es el comercio electrónico, el cual en los últimos años se ha presentado como «una realidad innegable, un fenómeno emergente, y, por tanto, está inmerso en una continua evolución»²¹. Aún en estos tiempos, el internet y la era digital siguen haciendo de la creatividad, las plataformas y las aplicaciones una forma fácil y rápida para acercar los bienes y los servicios. En cuanto a la definición del comercio electrónico es importante resaltar la de Laudon y Guercio: «conocido como *e-commerce*, es el uso del internet y de la *web* para hacer negocios»²².

Es así como a través del espacio de internet se desarrolla una gran gama de compras y ventas de diferentes empresas que han hecho de la era digital un espacio donde en segundos se adquieren y se venden alrededor del mundo.

3. LA REGULACIÓN DE LAS CRIPTOMONEDAS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En México en cuanto a la regulación en el tema de las criptomonedas es interesante analizar los ordenamientos jurídicos. Para iniciar, la Constitución Política de

19. S. NASCIMENTO (ed), A. PÓLVORA (ed), A. ANDERBERG, E. ANDONOVA, M. BELLIA, L. CALÉS, A. INAMORATO DOS SANTOS, I. KOUNELIS, I. NAI FOVINO, M. PETRACCO GIUDICI, E. PAPANAGIOTOU, M. SOBOLEWSKI, F. ROSSETTI, L. SPIRITO, *Blockchain Now and Tomorrow: Assessing Multidimensional Impacts of Distributed Ledger Technologies*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2019, pp. 17-20.

20. ¿Criptomonedas, qué son y porque importan?, <https://www.forbes.com.mx/criptomonedas-que-son-y-por-que-importan/> [2 marzo 2022].

21. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín. 2007: «El comercio electrónico y su tributación en el ámbito de la imposición general sobre el consumo». En Antonio Cayón Galiardo (coord.): *Internet y Derecho*: Zaragoza: Diputación General de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, España, 361.

22. LAUDON, Kenneth C. y GUERCIO TRAVER, C. 2009: *E-commerce: Negocios, Tecnología, Sociedad*. 4.ª ed. México: Pearson Education, 20.

los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 28, párrafo sexto y séptimo establece: «El Banco Central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia». Lo anterior significa que la autoridad encargada para regular los cambios, la intermediación y los servicios financieros es el Banco Central, además de otorgarle la facultad al mismo sobre la estabilidad financiera en cuanto a la moneda nacional en la emisión de billetes o acuñación de monedas.

La base en materia fiscal se encuentra sustentada en el artículo 31 Constitucional, en su Fracción IV, que establece las obligaciones de todos los mexicanos: «Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes». Es decir, la principal obligación en materia fiscal para todas y todos los mexicanos consiste en contribuir al gasto público tanto federal, estatal, Ciudad de México y los municipios en los que residan de forma equitativa.

En el artículo 73, fracción XVIII, se mencionan las facultades del Honorable Congreso: «Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas». Al Congreso se le da la facultad para determinar valor de moneda extranjera. El artículo 117 de la Constitución Mexicana señala las prohibiciones a los Estados, en la fracción III dice: «Los Estados no pueden, en ningún caso: Acuñar moneda, emitir papel moneda, estampillas ni papel sellado», lo cual constituye la base para que los Estados no tengan ninguna facultad en el tema.

En el 2018 surge la Ley Fintech, Ley para Regular a las Instituciones de Tecnología Financiera, sin modificar la Ley del Valor Agregado, Código Fiscal de la Federación o la Ley del Impuesto sobre la Renta. El artículo primero establece el objeto: «Regular los servicios financieros que prestan las instituciones de tecnología financiera, así como su organización, operación y funcionamiento y los servicios financieros sujetos a alguna normatividad especial que sean ofrecidos o realizados por medios innovadores».

Por ende, esta ley es la encargada de regular los servicios financieros de aquellas empresas que se dediquen a la tecnología financiera en todos sus ámbitos. El artículo segundo menciona que los principios que prevalecerán son «inclusión e innovación financiera, promoción de la competencia, protección al consumidor, preservación de la estabilidad financiera, prevención de operaciones ilícitas y neutralidad tecnológica».

Por otro lado, las autoridades encargadas de la supervisión y el cumplimiento de la Ley Fintech son la Comisión Nacional Bancaria y el Banco de México con las competencias que a cada uno le corresponde, tal como es señalado en el artículo tercero de la misma ley. Participan en estas operaciones, en el ámbito de sus atribuciones que les señala la ley en cada caso en particular, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. En cuanto a los efectos

administrativos y la interpretación la autoridad reconocida por parte de la Federación es exclusivamente para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Ley Fintech contiene 145 artículos en total, en donde se señalan las obligaciones y los derechos, desde las instituciones de financiamiento colectivo, las instituciones de fondos de pago electrónico, entre otras. Un aspecto interesante es el señalado en el Capítulo III titulado «De las Operaciones con Activos Virtuales» donde se observa que el término de moneda virtual no está plasmado, solo como activo virtual.

Es el artículo 30 de la Ley Fintech el que define activo virtual como «la representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público como medio de pago para todo tipo de actos jurídicos y cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos». También se especifica en el mismo que la moneda de curso legal no es activo virtual en todo el territorio nacional ni las divisas.

La autoridad nuevamente encargada de autorizar quiénes pueden ser ITF, instituciones de tecnología financiera, es el Banco de México con sus condiciones en determinados casos. Las características que el Banco de México debe tomar en cuenta son: «el uso que el público dé a las unidades digitales como medio de cambio y almacenamiento de valor, así como en su caso, unidad de cuenta; el tratamiento que otras jurisdicciones les den a unidades digitales particulares como activos virtuales, así como convenios, mecanismos, reglas o protocolos que permitan generar, identificar, fraccionar y controlar la replicación de dichas unidades».

Incluso se le otorgan todas las facultades al Banco de México para regular las instituciones de tecnología financiera en cuanto al control y la custodia en activos virtuales, dejando claro que se refiere a «la posesión de las firmas, claves o autorizaciones que sean suficientes para ejecutar las operaciones a que se refiere esta ley», señalado en el artículo 32 de la misma Ley Fintech.

Otro de los aspectos importantes que se señalan en la Ley Fintech, en el artículo 34, es la obligación que tienen las Instituciones de Tecnología Financiera que operen con activos virtuales, la divulgación en sus páginas de internet de que «los activos virtuales no son monedas de curso legal, no tiene el respaldo del Gobierno Federal incluyendo el Banco de México, no se pueden revertir operaciones ejecutadas, la volatilidad del valor del activo virtual, los riesgos tecnológicos, cibernéticos y fraude».

Prácticamente en el artículo 34 el Banco de México, a pesar de que reconoce las criptomonedas, lo hace solo con las palabras de activos virtuales, dejando en claro que no tienen una autoridad que ampare, cuide, otorgue seguridad a las personas que deciden utilizarlas; les advierte de los riesgos y de que son ellos los encargados de informar a las personas del peligro inminente que existe.

Sin embargo, en lo que se refiere a pagos virtuales a través de monedas digitales, no existe hasta el momento ningún artículo que mencione de manera explícita lo que está permitido o prohibido en este rubro, lo cual deja un gran vacío jurídico y legal para enfrentar este reto.

Hay una iniciativa presentada el 23 de marzo de 2021 en el H. Congreso de la Unión por la diputada Ximena Puente, donde se solicita añadir la Ley del Banco de

México, con sus funciones, que pueda regular y determinar activos virtuales y las operaciones que se realizan con ellas²³. Es de mencionar que esta iniciativa, si es aprobada, sería una forma de regular las monedas virtuales; sin embargo, el Banco de México se mantiene ajeno al uso y regulación de las criptomonedas, a pesar de iniciativas que tienen como objetivo fortalecer el sistema financiero del país. Al mes de diciembre 2023 esta iniciativa sigue sin aprobarse.

En el caso del Código Fiscal de la Federación no hay alguna modificación en cuanto a la normativa para las criptomonedas o los activos virtuales como es el tratamiento que les da la Ley Fintech. Se destaca el artículo primero que establece lo siguiente: «Las personas físicas y morales, están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas»; en el sentido de que todas las personas que estén obteniendo ganancias deben contribuir al gasto público, por lo que permanece la obligación del pago de impuestos.

En el artículo 4-A se habla de los impuestos y aquellos accesorios que pueden ser exigibles por los Estados extranjeros siempre y cuando lo recaudado sea pedido a México, en correspondencia a la firma de tratados internacionales con asistencia mutua en el cobro en el que México sea parte, en lo que corresponde a créditos fiscales su notificación y ejecución.

En la legislación mexicana aún no existe una regulación para el pago de impuestos de criptomonedas; sin embargo, la Procuraduría Federal del Contribuyente PRODECON sugiere que se tome en consideración el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación en su fracción I, en cuanto a la figura de enajenación de bienes. Esta es definida en el mismo artículo como «Toda transmisión de propiedad, aun en la que el enajenante se reserve el dominio del bien enajenado». Por lo anterior, se deduce que el tratamiento fiscal para las criptomonedas es como enajenación de bienes y se tiene la obligación de pagar impuestos.

En cuanto a la Ley del Impuesto sobre la Renta, se hace hincapié en el artículo 16 que regula los ingresos, donde se especifica que «Las personas morales residentes en el país, incluida la asociación en participación, acumularán la totalidad de los ingresos en efectivo, en bienes, en servicio, en crédito o de cualquier otro tipo, que obtengan en el ejercicio, inclusive los provenientes de sus establecimientos en el extranjero».

Como se puede observar no hay un monto establecido dentro de la Ley del Impuesto sobre la Renta y otro aspecto relevante en materia fiscal es el del establecimiento permanente, el cual es sujeto de impuesto dentro y fuera del territorio nacional. Al participar en actividades con criptomonedas, un aspecto interesante es que con exactitud no se puede decir en qué parte física está sucediendo la transacción, al utilizar los ordenadores o equipos electrónicos desde cualquier parte del mundo, lo que dificulta la tipificación de casos particulares para el pago de impuestos en México.

23. Iniciativa que reforma el artículo 3.º de la Ley del Banco de México a cargo de la Dip. Ximena Puente de la Mora, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2021/03/asun_4161339_20210324_1616545693.pdf [13 marzo 2022].

El artículo 90 de la LISR establece quiénes están obligados al pago de impuestos «tanto para personas físicas residentes en México que obtengan ingresos en efectivo, en bienes, devengado», incluyendo también a «las personas físicas residentes en el extranjero que realicen actividades empresariales o presten servicios personales independientes, en el país, a través de un establecimiento permanente». Es decir, la obligación al pago de impuestos para personas físicas residentes y no residentes con las especificaciones que se establecen en la Ley.

El artículo 153 de la LISR habla sobre los residentes en el extranjero con ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional y sus obligaciones en cuanto al pago de impuesto sobre la renta ya sea en ingresos efectivos, en bienes, en servicios o en crédito. En estos casos se debe aplicar el artículo 126 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, al estar en el supuesto de ingresos por enajenación de bienes inmuebles, donde la tasa según el cuarto párrafo del mismo artículo es del 20 % sobre el total del monto de la operación ya sea residente o no residente sin establecimiento permanente dentro del país.

Por otro lado, en el año 2020 se crea la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, la cual, establece en el artículo segundo su objeto: «... proteger el sistema financiero y la economía nacional, estableciendo medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una coordinación interinstitucional, que tenga como fines recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento».

En el Capítulo Tercero, titulado «De las Entidades Financieras y de las Actividades Vulnerables», en particular, el artículo 17 en cuanto a las actividades vulnerables, señala en su fracción XVI lo siguiente: «El ofrecimiento habitual y profesional de intercambio de activos virtuales por parte de sujetos distintos a las Entidades Financieras, que se lleven a cabo a través de plataformas electrónicas, digitales o similares, que administren u operen, facilitando o realizando operaciones de compra o venta de dichos activos propiedad de sus clientes o bien, provean medios para custodiar, almacenar o transferir activos virtuales distintos a los reconocidos por el Banco de México».

En ese mismo artículo se señala lo que se entiende por activo virtual: «Toda representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público como medio de pago para todo tipo de actos jurídicos y cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos». Entonces, a partir de la aprobación de esta ley, en febrero de 2020 se considera una actividad vulnerable y debe darse el registro conforme lo que establece la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Ley PIORPI.

El Consejo Mexicano de Normas de Información Financiera, A. C., CINIF emitió la NIF C-22 dedicada a criptomonedas. Es una normativa que fue creada para responder a las transacciones económicas que se realizan con criptomonedas como ejemplo en

cuanto a la compraventa de bienes, servicios y transferencias, minería de criptomonedas, la custodia y el aumento de estas operaciones y entró en vigor en enero de 2021²⁴.

En cuanto a la normativa que prevé hace referencia a la presentación, valuación y revelación en los estados financieros de entidad con criptomonedas, para los gastos de minería con criptomonedas, la custodia de criptomonedas y como las criptomonedas deben considerarse activos dentro del estado de Situación Financiera²⁵.

Finalmente, si las criptomonedas son etiquetadas como parte de la enajenación de bienes, conforme a la Ley del Impuesto al Valor Agregado, habría que revisar lo que establece el artículo 1, que señala quiénes son los sujetos obligados a pagar el Impuesto al Valor Agregado: «I. Enajenen bienes»; de lo anterior, se establece la obligación del 16 % como tasa para el pago de este impuesto.

Aun con estas normativas, quedan muchas cuestiones en el aire. Al no tener marcos regulatorios que permitan tener claridad, seguridad y transparencia al participar en actividades con criptomonedas, se hace necesario que se incluyan modificaciones en el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Ley del Impuesto al Valor Agregado, en cuanto a las características y estándares mínimos para operar con monedas virtuales como las criptomonedas, la protección de datos personales, la ciberseguridad, la privacidad aún siguen quedando sin resolver.

Según lo anterior, se encuentra que, al no tener una regulación, puede considerarse una oportunidad para establecer marcos normativos a través de la innovación y de la cooperación de organismos internacionales, sociedad y entes gubernamentales.

4. PRINCIPALES AMENAZAS DEL CRECIMIENTO EN EL USO DE MONEDAS VIRTUALES

Una de las amenazas de las monedas virtuales es precisamente la evasión de impuestos, ya que, como es sabido, los ingresos que resulten de actividades económicas deben pagar impuestos²⁶. Aquí se incluyen las criptomonedas, sin embargo,

24. THOMSON REUTERS. «Criptomonedas y propiedades de inversión en el marco de las NIFs», <https://www.thomsonreutersmexico.com/es-mx/soluciones-contables/blog-contable/criptomonedas-y-propiedades-de-inversion-en-el-marco-de-las-nifs> [18 octubre 2023].

25. PÉREZ MEJÍA, Carlos Francisco. «Tratamiento contable de las criptomonedas», https://www.contadoresmexico.org.mx/Biblioteca/DescargarArchivo?d=d31f371elomGwd3-9vHrQ%-3D%3D&p=DbflnS_96uc_YWIKaY-Gg%3D%3D&i=IFoexHJ6bZbk52xUzBrmcA%3D%3D [18 octubre 2023].

26. HOUBEN, R. y SNYERS, A. Crypto-assets: Key developments, regulatory concerns and responses. Retrieved May 20, 2020 from European Parliament website: [http://www.Europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU\(2020\)648779EN.pdf](http://www.Europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU(2020)648779EN.pdf) consultada al 7 de marzo de 2022.

al no saber la persona qué está ganando, al existir el anonimato, las autoridades no pueden detectarlo.

Para los autores BREZO y BRINGAS, en cuanto al problema de fraude y evasión, comentan que, al no existir un valor de cambio, es difícil calcular de cuánto es el total de una transacción, su valor total, por una transferencia de bien o servicio²⁷. El valor de una criptomoneda es volátil y cambia día con día.

En el caso de los gobiernos, genera una disminución de ingresos públicos, al no tener un control sobre este tipo de operaciones con criptomonedas; se ocultan ingresos, estos quedan libres de impuestos y se presenta el fenómeno de la evasión fiscal, por toda persona que tenga criptomonedas en su poder²⁸.

Conforme un fenómeno va evolucionando, se hace necesario identificar los retos y las estrategias bajo las cuales se limitará su actuar, como será el seguimiento, ya sea por parte de los gobiernos, las instituciones y los particulares que intervienen en el proceso. Es el caso de las monedas virtuales que ha venido creciendo su manejo en los últimos años a través del internet y las nuevas tecnologías a nivel mundial.

La falta de regulación pone en peligro a las personas que participan en este tipo de operaciones, quienes están interesadas en obtener ganancias a través de inversiones; por ello uno de los grandes retos es el de proteger mediante normas y leyes a quienes participan en estas operaciones. En un estudio del año 2019, GERBA y RUBIO plantean otro reto: la volatilidad de las monedas virtuales y el impacto que pueden generar en los mercados y sistemas financieros²⁹. Es una moneda poco convencional, con mucha tecnología de por medio y dentro de la economía aún no genera certidumbre para invertir; sin embargo, ha logrado poner en revolución a todos los países que buscan obtener ingresos de las ganancias del bitcoin, un ejemplo, Estados Unidos de América.

Aún no se puede medir el riesgo, pero se debe continuar la vigilancia en acontecimientos después de la pandemia, en este futuro postcovid, en el que continúa el crecimiento del internet, de la tecnología, el uso de plataformas y, por ende, el uso de criptomonedas en algunos países, para responder ante posibles riesgos que puedan presentarse.

27. BREZO, F. y BRINGAS, P. G. 2012: «Issues and Risks Associated with cryptocurrencies such as bitcoin». En *The second international conference on social eco-informatics*, 20-26.

28. KFIR, I. 2020: «Cryptocurrencies, national security, crime and terrorism». *Comparative Strategy*, 2020, 39(2): 113-127, <https://doi.org/10.1080/01495933.2020.1718983> [7 marzo 2022].

29. GERBA, E. y RUBIO, M. 2019: Virtual Money: How much do cryptocurrencies alter the fundamental functions of money? Retrieved April 2, 2020, from Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. European Parliament website: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/642360/IPOL_IDA\(2019\)642360_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/642360/IPOL_IDA(2019)642360_EN.pdf) [8 marzo 2022].

Mario DRAGHI, presidente del Banco Central Europeo, mencionó que las criptodivisas aún no son estables como para poder regularlas en mecanismos financieros internacionales y pasar a formar parte del sistema monetario internacional; sin embargo, ha comentado que apuesta por el impulso, crecimiento y protección de gobiernos para estabilizar, dar confianza para un futuro³⁰.

Si bien, a pesar de no contar con mecanismos regulatorios, el aumento y el avance de los países manifiestan que el crecimiento a un futuro cercano llevará un impulso en el tema de cripto, por ello es necesario continuar las investigaciones. Incluso hay posicionamientos que marcan que para un futuro se debe analizar la participación de las administraciones públicas dentro de los gobiernos en cuanto al uso de criptomonedas sociales³¹.

Esto con la intención de que sea la misma sociedad quien pueda dar rumbo al avance tecnológico al que nos enfrentamos en este tiempo, y que también pueda ser una opción real el uso de las criptomonedas sociales para realizar actividades dentro de las administraciones y que les permita un manejo eficaz y transparente.

El sistema financiero mundial está sufriendo cambios importantes en materia económica y financiera como resultado del covid-19, la guerra de Rusia con Ucrania y cada día que pasa aparecen nuevos fenómenos sociales, económicos, ambientales, sumado a las amenazas tecnológicas. Hoy en día, se vive un capitalismo digital con una economía que sobrepasa las fronteras, como es la transferencia de bienes y servicios con monedas virtuales, y el surgimiento de formas más flexibles para movilizar dinero, sin que la autoridad pueda sancionar o evitar la fuga de capitales.

Un aspecto interesante es que las asociaciones que no tienen fines de lucro y algunos organismos no gubernamentales, como ejemplo, la Cruz Roja, en el año 2015 aceptó donaciones de criptomonedas, en una medida de apoyo al terremoto de Nepal y lo hizo a través de *bithope*. Esta asociación solo acepta criptomonedas y es para iniciativas sociales³².

El Centro Alternativo para las Finanzas de la Universidad de Cambridge presentó un estudio titulado *Global cryptocurrency Benchmarking Study 201*, sus resultados arrojan que el 74 % de los cuartos de minerías están en los Estados Unidos Mexicanos y en China. Como factores importantes de la ubicación de países están los bajos costes de electricidad con un 16 % y el clima para evitar que los equipos se calienten

30. LÓPEZ, Mardo Iván; RIVERA Nelson Ernesto; DOMÍNGUEZ, Pedro Ernesto y SANDOVAL, Kimberly Michelle. *Uso de criptomonedas como alternativa de alivio financiero al endeudamiento externo salvadoreño*. Colección Digital Relaciones Internacionales. Universidad El Salvador, 47, <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/21056/1/Libro%20digital%20Criptomonedas1.pdf> [2 marzo 2022].

31. MORALES MORALES, Mario Raúl. 2020: *Criptomonedas de ámbito social como herramienta de gobierno electrónico para el desarrollo sostenible* [Tesis doctoral, Unidad de Digitalización, Universidad de Alicante], 93.

32. BITHOPE. *¿Qué es Bithope?*, <https://bithope.org/what-is-bithope> [8 marzo 2022].

con un 58 %, además del internet rápido³³. Por ello también es usual ver qué bitcoins representan riesgos para el calentamiento global.

Conforme avanzan los años se requiere de mayor infraestructura especializada para el manejo de las operaciones con criptomonedas; un ejemplo son los mineros que participaban antes con sus computadoras desde cualquier lugar del mundo, después se empezaron a utilizar granjas de servidores con compañías grandes en diferentes partes del mundo porque, tal como se menciona en el párrafo anterior, el impacto ambiental es muy grande al tener que estar prendidos 24 horas los 365 días del año³⁴.

Un tema grave también es la contaminación digital a través de bitcoins y monedas virtuales; es un grave peligro porque siempre tienen que mantener sus equipos prendidos durante las 24 horas del día, durante todo el año, al no tener un horario fijo para realizar las operaciones.

Resulta también interesante analizar el perfil de las personas que invierten en criptomonedas. El estudio titulado *Understanding Cryptocurrency Holders in Europe*, que hizo el *Global Web Index*, dio como resultado que el 78 % son hombres y el 22 % mujeres; la edad, el 33 % *millenials* de la edad comprendida entre los 25 y los 34 años, un 25 % menores de 25 años, un 11 % tienen edades entre 45 y 54 años, los más bajos son con un 5 % más de 54 años³⁵.

La juventud es la más arriesgada en el tema de monedas virtuales y en la inversión, como se puede observar en la estadística realizada en el año 2019, que da una imagen de cuál es el comportamiento que está teniendo en cuanto a personas que son atraídas a invertir en bitcoins.

Otro de los temas es la presencia de cajeros de criptomonedas. Estos cajeros funcionan en tiendas u oficinas que permiten la venta o compra de criptomonedas con transacciones de dinero en efectivo. El primer cajero fue puesto en la ciudad de Vancouver, Canadá, en el año 2013, instalado en una cafetería. Al año 2020 ascendió a cerca de 10.853 cajeros, más de la mitad con ubicación en Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Austria y España³⁶. Con un aumento en la instalación de cajeros automáticos, se considera que el mundo se encuentra en un constante crecimiento tecnológico, en riesgo por el tema de datos personales, la ciberseguridad y la falta de transparencia.

33. HILEMAN, G. y RAUCHS, M. 2017: *Global cryptocurrency benchmarking study*. Cambridge Centre for alternative finance, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2017-04-20-global-cryptocurrency-benchmarking-study.pdf> consultada al 14 de marzo de 2022.

34. CHUEN, D. L. K. y DENG, R. (eds.). 2018: *Handbook of blockchain, digital finance, and inclusion: Cryptocurrency, Fintech, InsurTech and regulation*. Reino Unido y Estados Unidos: Academic Press, vol. 1.

35. Global Web Index, *Understanding cryptocurrency holders in Europe*, julio 2019, disponible en: <https://panda-assets.ams3.digitaloceanspaces.com/research/downloads/bitpanda-globalwebindex-report-cryptocurrency-holders-in-europe.pdf>, consultada al 9 de marzo de 2022.

36. Coin ATM Radar 2020, <https://coinatmradar.com/> [10 marzo 2022].

5. RETOS Y DESAFÍOS PARA LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE CRIPTOMONEDAS

la Organización Mundial de las Naciones Unidas está utilizando criptomonedas, como el *bitcoin* y *ethereum*, para el Programa Mundial de Alimentos desde 2017. En una prueba envió a Pakistán a 100 personas, se le llamó *Building Blocks*³⁷, para que mediante una transacción recibieran ese valor en alimentos.

La Organización de las Naciones Unidas en el reporte titulado *International Narcotics control Board, Vienna, 2022*³⁸, en el capítulo 10 habla sobre los flujos financieros ilícitos relacionados con el narcotráfico y su impacto en el desarrollo y la seguridad, donde menciona el uso de criptomonedas para fines ilícitos.

El INCB, *International Narcotics Control Board*, ha estudiado este tema con anterioridad. En el año 1995, en su reporte, hubo un capítulo sobre combatir el lavado de dinero, en el cual se explica que el tráfico de drogas es una de las actividades que más genera ingresos de los grupos de organización criminal.

Es preocupante no solo en el tema de salud, sino también por el impacto que tiene en la violencia, inseguridad, corrupción, además de las naciones en las cuales se produce el cultivo, manufactura, transporte, distribución y consumo de drogas.

A su vez, establece que el tráfico de drogas está muy asociado a otras actividades ilícitas que van de la mano, como el tráfico de personas, armas, lavado de dinero y corrupción, altos niveles de violencia, donde es importante el tratamiento que le dan los Estados en el tema de seguridad y prosperidad a nivel mundial.

La globalización también está generando mayor movimiento de capital, como consecuencia de innovaciones financieras, el uso de nuevas tecnologías, los pagos móviles y las monedas digitales que han tenido un tratamiento en los movimientos financieros ilícitos y transnacionales utilizados por el crimen organizado³⁹.

Las autoras Elizabeth G. SILVER y Catherine A JOHNSON, en su escrito titulado: «Anti-corruption hot topic: corporate transparency emerges as cornerstone of financial integrity regulatory reforms», comentan que el movimiento financiero ilícito viene acompañado de los *Panama Papers* en el 2016⁴⁰.

37. «Las Naciones Unidas prueban las criptomonedas», <https://www.revistaneoe.com/articulos/2017/12/15/las-naciones-unidas-prueban-las-criptomonedas> [5 marzo 2022].

38. International Narcotics Control Board, véase en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2021/Annual_Report/E_INCB_2021_1_eng.pdf, consultada al 14 de marzo de 2022.

39. *Defining illicit financial flows and money-laundering*, https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2021/Annual_Report/E_INCB_2021_1_eng.pdf, 14 [23 marzo 2022].

40. SILVER, Elizabeth G. y JOHNSON, Catherine A. «Anti-corruption hot topic: corporate transparency emerges as cornerstone of financial integrity regulatory reforms». *Vedder Price*, <https://www.vedderprice.com/-/media/files/vedder-thinking/publications/2021/10/anticorruption-hot-topic-corporate-transparency-emerges-as-cornerstone-of-financial.pdf> [23 marzo 2022].

Los *Paradise Papers* en el año 2017, los *FinCEN files* en 2020 y finalmente los *Pandora Papers* en el año 2021, todos ellos han revelado las ganancias ilícitas, la distorsión del sistema financiero y cómo los fondos son llevados fuera. El movimiento financiero ilícito, por evasión o en actividades criminales, resulta una pérdida de ingresos para las personas más necesitadas, son millones de dólares en pérdidas de programas.

En estos estudios se puede ver la similitud, al ser Estados o países con poca transparencia o con esquemas fiscales conocidos como paraísos fiscales, que de alguna forma permiten este tipo de operaciones, al tener diferentes legislaciones, sus formas de establecer impuestos hacen que sean atractivos para realizar estas actividades.

La diferencia entre legislaciones, el marco de medición, la medida monetaria en cuanto a flujos financieros ilícitos incluye las transferencias internacionales de capital obtenido de forma ilícita, capital transferido de forma lícita y capital legal que se transfiere ilícitamente.

En este caso, los flujos financieros ilícitos utilizan el lavado de dinero para poder ocultar y mover el dinero. Estos métodos de blanqueo de dinero pueden ser a través del sistema bancario, los correos de efectivo, contrabando de dinero, proveedores de servicios monetarios, sistemas alternativos de remesas, blanqueo de dinero en comercio, pagos móviles o por internet utilizando criptomonedas, incluyendo organizaciones lucrativas, inmobiliarias y algunas empresas que son fachadas⁴¹.

Este informe de la ONU señala que México en el 2018 creó la Ley Fintech, para exigirles a plataformas de comercio de criptomonedas que informen transferencias superiores a 56.000 pesos mexicanos, un total de 2.830 dólares⁴². También se señala que el ciberespacio y las criptomonedas son una nueva frontera para los grupos delictivos organizados, en este caso, para rastrear el bitcoin y otras criptomonedas que son utilizadas por el anonimato.

Según la Administración para el Control de Drogas de Estados Unidos, los grupos delictivos de Colombia y México están aumentando el uso de moneda virtual por su característica de velocidad y anonimato en sus transacciones⁴³.

Poco a poco, las autoridades, organismos internacionales, instituciones financieras y los gobiernos iniciaron el reconocimiento del uso de bitcoin, y tratando de ubicar en algunos supuestos, al no existir reglamentación sobre las mismas, ni saber si era un fenómeno de moda, o si las criptomonedas han llegado para quedarse y cambiar el sistema financiero mundial.

Incluso para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la OCDE, en el Informe provisional del año 2018 sobre los desafíos fiscales que se derivan

41. REALUYO, Celina B. «Leveraging Financial Intelligence to Counter Transnational Threat Networks in the Americas», <https://dialogo-americas.com/articles/leveraging-financial-intelligence-to-counter-transnational-threat-networks-in-the-americas/#.YjnuMxBBy3I> [23 marzo 2022].

42. *Ídem*.

43. ORÉ, Diego. «Latin American crime cartels turn to cryptocurrencies for money laundering», <https://www.reuters.com/article/mexico-bitcoin-insight-idUSKBN2811KD> [23 marzo 2022].

de la digitalización, se manifestó por qué las criptomonedas ponen en peligro los logros que se han tenido en transparencia fiscal, en cuanto al desafío tributario y para las BEPS (Bases de erosión impositivas)⁴⁴.

El autor BELIKVERDI, en un estudio, explicó que las criptomonedas ofrecen una red descentralizada y muy independiente de autoridades gubernamentales y centrales, y que, con el uso de formas ingeniosas de pago, hacen de forma creativa la transferencia de monedas a través de plataformas de comercio electrónico⁴⁵.

Es de resaltar que el pago con bitcoins, a diferencia de tarjetas de crédito y débito que existe una institución financiera detrás, un contrato que tiene protecciones legales, las criptomonedas no tienen este tipo de protección. Una vez que se ha hecho el pago, la única forma de recuperar el dinero es si la persona a la que se le hizo se lo regresa.

Uno de los riesgos importantes en las operaciones con criptomonedas es que existe cierta información que queda expuesta o abierta al público. También existe un registro del domicilio de entrega en la *wallet*, que es la cartera digital y es información que puede ser utilizada por otras personas⁴⁶. La información personal queda expuesta en las operaciones con criptomonedas, pues no existe una seguridad que pueda ser utilizada para fines ilícitos o legales, lo cual la hace vulnerable.

Roberto SANZ, experto en criptomonedas, comenta que las *foodcoins* representan una nueva forma para socializar a las criptomonedas y también benefician a los restaurantes. Después del aislamiento y confinamiento por covid-19, las empresas han buscado cómo incentivar, modernizar y actualizarse a través del uso de aplicaciones y de la tecnología. En el caso de México, la empresa Elektra, y se ve en la publicidad de su página de internet⁴⁷, ya utiliza bitcoins como una forma de pago a sus productos, les otorga un descuento del 20 %, deja muy en claro que es una nueva forma de pago y que es en coordinación con una empresa extranjera: *Bitpay*⁴⁸. Cada día que pasa se consolida la utilización de bitcoins como medio de pago en algunas empresas.

44. OCDE. *Resumen de los Desafíos Fiscales Derivados de la Digitalización: Informe Provisional 2018*. <https://www.oecd.org/tax/beps/resumen-desafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-informe-provisional-2018.pdf>, consultada al 8 de marzo de 2022.

45. BELIKVERDI, A. y SONG, J. «Trend of centralization in Bitcoin's Distributed Network». En *16th International Conference on Software engineering, artificial intelligence, networking and Parallel/Distributed computing (SNPD)*. Takamatsu, Japan: IEEE, 1-6. <https://doi.org/10.1109/SNPD.2015.7176229> [8 marzo 2022].

46. COMISIÓN FEDERAL DEL COMERCIO. *Información para consumidores*, <https://www.consumidor.ftc.gov/articulos/lo-que-hay-que-saber-sobre-las-criptomonedas-y-las-estafas> [6 marzo 2022].

47. Elektra, <https://www.elektra.com.mx/promociones-bitcoin> [6 marzo 2022].

48. «Elektra ya acepta pagos con bitcoin: las compras con criptomonedas llegaron a México, esto es todo lo debes saber», <https://www.xataka.com/criptomonedas/elektra-se-convierte-primera-tienda-linea-mexico-que-acepta-bitcoin-todo-que-hay-que-saber-como-funciona> [6 marzo 2022].

Sin lugar a dudas, la pandemia vino a acelerar los cambios tecnológicos que antes parecían inimaginables. Hoy en día, en aplicaciones de los dispositivos móviles o celulares se compran artículos de súper, comida, farmacia, sin que exista contacto físico alguno. La sociedad supo adaptarse a esta nueva era híbrida entre lo digital y lo presencial.

Lo anterior advierte a los organismos internacionales y los gobiernos del grave escenario al que se enfrentan; al no existir un control jurídico, lo hace atractivo para inversionistas que no requieren la intervención de un tercero que respalde, y por las formas rápidas e innovadoras de funcionar.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico publicó un trabajo titulado «Impuestos a las monedas virtuales. Una descripción general de los tratamientos fiscales y cuestiones emergentes de política fiscal»⁴⁹, como consecuencia de que líderes de finanzas en los países que conforman el G20 le solicitaron que analizaran los riesgos de los criptoactivos. Se plantean los retos en materia de política tributaria, al realizarse en el anonimato y su valoración, en cuanto al impacto en el Impuesto sobre la Renta, el IVA y el impuesto de la propiedad. Este informe plantea ideas para quienes formulan políticas públicas en cuanto a fiscalidad de monedas.

Algunas de estas propuestas son en términos de que se oriente dónde encajan las monedas virtuales en el marco fiscal que tienen los países; que se haga una guía con hechos imposables y los ingresos en monedas virtuales; si se les da algún tratamiento fiscal, socializar y cómo facilitar un cumplimiento de pago de tributos mejor.

Para el año 2021, se supone que recabarían a través del *Common Reporting Standard*, que significa intercambio automático de cuentas financieras, las cuentas alcanzadas y montos cubiertos para intercambiar con otros países⁵⁰. El tener información financiera y económica en tiempo y forma permite a los países y organismos internacionales evaluar las acciones realizadas y proyectar las estrategias futuras.

La caída en las finanzas internacionales en los últimos años y la crisis del sistema financiero internacional están modernizando la economía en todos los países, evolucionando y transformando con el uso de las nuevas tecnologías, facilitando su uso, pero a la vez poniendo en riesgo factores vitales para la dignidad y los derechos humanos.

Las autoras EENMAA-DIMITRIEVA y SCHMIDT-KESSEN señalan algunos desafíos en materia institucional, en reglamentación para que protejan a las y los consumidores, inversionistas ante un mercado que no es tradicional, que es innovador y creativo,

49. OECD. 2020: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*. Paris: OECD: www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policyissues.htm [5 marzo 2022].

50. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), <https://www.ciat.org/ciatblog-recomendaciones-de-ocde-sobre-el-tratamiento-tributario-y-la-necesaria-transparencia-internacional-de-las-criptomonedas/> [5 marzo 2022].

pero que carece de mecanismos regulatorios que impacten de manera positiva en la sociedad⁵¹.

La utilización de criptomonedas aún tiene baja conexión en la economía, pero representa un grave problema para los gobiernos, ya sea porque se ocultan transferencias de dinero, y por ende se da una reducción de ingresos en los países, al no poder gravarlas con impuestos y se origina la evasión⁵².

Cuando no se cuenta con la certeza ni la seguridad en el monto total de las transferencias realizadas a través de criptomonedas, las autoridades fiscales de cada uno de los Estados se quedan en una situación de indefensión y sin medios jurídicos fiscales y esto da pie a la evasión fiscal, dejando en claro que representa un avance y a su vez una amenaza.

6. CONCLUSIONES

En el tema de monedas virtuales, en el contexto de la moneda más utilizada como lo es el bitcoin, se hace necesario hoy más que nunca dar seguimiento puntual a la evolución y crecimiento que han tenido en los últimos años las criptomonedas. Cada día que pasa es prioritario para los países, que requieren de mayores ingresos para atender las necesidades de sus ciudadanas y ciudadanos.

El aumento en la utilización de criptomonedas está generando evasión de impuestos y blanqueo de capitales, pues, no cuenta con una regulación jurídica que permita a los países obtener mayores ingresos y a los particulares los deja sin protección ni seguridad jurídica en el respeto de sus derechos fundamentales.

Un aspecto importante, que es necesario visibilizar, es que valdría la pena que los países se enfocasen en revisar dónde están quedando sus ingresos, ya que al parecer nunca quedan en el país que deben quedar por las múltiples normas, legislaciones y tratados y la complejidad que éstos conllevan⁵³.

Es necesario legislar en materia de criptomonedas, el uso de monedas virtuales y sus operaciones. Al dejar de lado su regulación se sigue permitiendo su uso y se pone en estado de vulnerabilidad a millones de usuarias y usuarios que ven en el uso, compra y venta de *bitcoins* una oportunidad para generar mayores ingresos. Lo que sin lugar a dudas es una aspiración legítima, sin embargo, no es legal al no contar con

51. EENMAA-DIMITRIEVA, H. y SCHMIDT-KESSEN, M. J., 2019: «Creating markets in no-trust environments: The law and economics of smart contracts». *Computer Law and Security Review*, 2019, 35(1): 69-88. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.09.003> [7 marzo 2022].

52. ERGOVA, N. y TORZHEVSKIY, K. «Bitcoin: Main Trends and Perspectives». *British Journal of Economics, Management & Trade*, 12(1): 1-11. <https://doi.org/10.9734/BJEMT/2016/19763> [8 marzo 2022].

53. TIRADO GÁLVEZ, Reyna Araceli. 2015: *Paraísos Fiscales, su impacto en la evasión y elusión fiscal del ISR*. 1.ª ed. Once Ríos., S.A. de C.V., 235.

un marco jurídico que dé certidumbre, seguridad y protección de datos personales a quienes participan en el trámite de este tipo de operaciones en la red, que cada día aumenta el riesgo ante un valor volátil y sin el respaldo de alguna institución financiera.

El Código Fiscal de la Federación sigue sin modificaciones en el tratamiento fiscal de las criptomonedas. La Ley Fintech no es suficiente para acabar con la evasión fiscal en estas operaciones. Es necesario adecuar las leyes tributarias a este nuevo escenario de criptomonedas en lo que corresponde para que se refuerce la seguridad jurídica y se otorgue certidumbre a las personas que participan en ellas.

La protección de las bases de datos de usuarias y usuarios de tarjetas es de urgente y suma importancia tanto para el manejo de criptomonedas, que en este caso utilizan un número o clave; sin embargo, al conocerse esa persona detrás del número se conocerá la persona que está detrás, sin contar con algún respaldo o protección por parte del Estado ni de instituciones.

La ciberseguridad es uno de los aspectos más importantes en el área digital como una tarea impostergable para los organismos internacionales y los gobiernos. La ciberseguridad sigue siendo un tema que desglosar, los tratados internacionales y el debate de ideas entre los organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Fondo Monetario Internacional deben priorizar estos temas en el futuro inmediato.

El uso de criptomonedas nunca va a sustituir la utilización del dinero tradicional, derivado de los graves problemas, las situaciones que se viven alrededor del mundo, ya sea enfermedades, guerras, pandemias, lo cual hace necesario contar con dinero en efectivo que permita el movimiento de capital a través de vías tradicionales, seguras y confiables, que de alguna forma cuenten con respaldo de instituciones financieras con historia.

Es un tema que tiene que continuar estudiándose, con amplio campo de investigación, y estudio ya que es un hecho que el internet está revolucionando la economía mundial y con ello las finanzas internacionales.

7. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín. 2007: «El comercio electrónico y su tributación en el ámbito de la imposición general sobre el consumo». En Antonio Cayón Galiardo (coord.): *Internet y Derecho*. Zaragoza: Diputación General de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, España, 36.

ANTONOPOULOS, A. 2015: *Mastering Bitcoin. Unlocking Digital Cryptocurrencies*. O'Reilly Media.

ARENAS RAMIRO, Mónica y DÍAZ LIMA, David. «Privacidad y Derechos Digitales», https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27_11_monica_arenas_david_diaz_es_o.pdf [10 agosto 2023].

- ARJONA SÁNCHEZ, Miguel J. «Las Monedas Digitales», https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27_14_miguel_arjona_es_o.pdf [10 agosto 2023].
- ARREOLA. J. y VALLEJO DABDOUB, F. «Criptomonedas: ¿qué son y por qué importan?», <https://www.forbes.com.mx/criptomonedas-que-son-y-por-que-importan/>
- BANCA MARCH. *Las criptomonedas: ¿oportunidad o burbuja?*, <https://www.bancamarch.es/recursos/doc/bancamarch/20170109/2017/informe-mensual-de-estrategia-octubre-2017.pdf> [23 enero 2022].
- BBVA. 2021: «¿Qué diferencia hay entre una moneda digital y una criptomoneda?», <https://www.bbva.com/es/que-diferencias-hay-entre-una-moneda-digital-y-una-criptomoneda/> [23 enero 2022].
- BECK, R. y MÜLLER-BLOCH, C. 2017: «Blockchain as Radical Innovation: A Framework for Engaging with Distributed Ledgers as Incumbent Organization». En *Proceedings of the 50th Hawaii International Conference on System Sciences*, 5390-5399. <https://doi.org/10.24251/hicss.2017.653>
- BELIKVERDI, A. y SONG, J. 2015: «Trend of centralization in Bitcoin's Distributed Network». En *16th International Conference on Software engineering, artificial intelligence, networking and Parallel/Distributed computing (SNPD)*. Takamatsu, Japan: IEEE, 1-6, <https://doi.org/10.1109/SNPD.2015.7176229> [8 marzo 2022].
- Bitcoin y criptomonedas: Retos legales, regulatorios y fiscales*, http://bibliotecadigital.iue.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12717/634/iue_rep_pre_cont_g%c3%b3mez_2018_pago_virtuales.pdf?sequence=1&isAllowed=y [20 enero 2022].
- BITHOPE. *¿Qué es Bithope?*, <https://bithope.org/what-is-bithope> [8 marzo 2022].
- BOIX PALOP, Andrés y SORIANO ARNANZ, Alba. «Transparencia y control del uso de la inteligencia artificial por las administraciones públicas», https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc27_10_andres_boix_alba_soriano_es_o.pdf [10 agosto 2023].
- BREZO. F. y BRINGAS, P. G. 2012: «Issues and Risks Associated with cryptocurrencies such as bitcoin». En *The second international conference on social eco-informatics*, 20-26.
- BURGUEÑO FERNÁNDEZ, P. 2013: *12 cosas que deberías saber antes de usar bitcoin*, <https://www.abanlex.com> [24 enero 2022].
- Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT)*, <https://www.ciat.org/ciatblog-recomendaciones-de-ocde-sobre-el-tratamiento-tributario-y-la-necesaria-transparencia-internacional-de-las-criptomonedas/> [5 marzo 2022].
- CHUEN, D. L. K. y DENG, R. (eds.). 2018: *Handbook of blockchain, digital finance, and inclusion: Cryptocurrency, fintech, InsurTech and regulation*. Reino Unido y Estados Unidos: Academic Press, vol. 1.
- COMISIÓN FEDERAL DEL COMERCIO. *Información para consumidores*, <https://www.consumidor.ftc.gov/articulos/lo-que-hay-que-saber-sobre-las-criptomonedas-y-las-estafas> [6 marzo 2022].
- Cryptocurrency Facts. 2015: *How Does Cryptocurrency Work? The Cryptocurrency Basics*, <https://cryptocurrencyfacts.com/how-does-cryptocurrency-work-2/> [23 enero 2022].
- EENMAA-DIMITRIEVA, H. y SCHMIDT-KESSEN, M. J., 2019: «Creating markets in no-trust environments: The law and economics of smart contracts». *Computer Law and Security Review*, 2019, 35(1): 69-88. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.09.003> [7 marzo 2022].

- Elektra ya acepta pagos con bitcoin: *las compras con criptomonedas llegaron a México, esto es todo lo debes saber*, <https://www.xataka.com.mx/criptomonedas/elektra-se-convierte-pri-mera-tienda-linea-mexico-que-acepta-bitcoin-todo-que-hay-que-saber-como-funciona>, consultada al 6 de marzo de 2022
- ERGOVA, N. y TORZHEVSKIY, K. 2016: «Bitcoin: Main Trends and Perspectives». *British Journal of Economics, Management & Trade*, 2016, 12(1): 1-11. <https://doi.org/10.9734/BJEMT/2016/19763> [8 marzo 2022].
- GERBA, E. y RUBIO, M. *Virtual Money: How much do cryptocurrencies alter the fundamental functions of money? Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*. European Parliament website: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/642360/IPOL_IDA\(2019\)642360_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/642360/IPOL_IDA(2019)642360_EN.pdf) consultada al 8 de marzo de 2022.
- Global Web Index, *Understanding cryptocurrency holders in Europe*, julio 2019, <https://panda-assets.ams3.digitaloceanspaces.com/research/downloads/bitpanda-globalwebindex-report-cryptocurrency-holders-in-europe.pdf>, consultada al 9 de marzo de 2022.
- HILEMAN, G. y RAUCHS, M. 2017: *Global cryptocurrency benchmarking study*. Cambridge Centre for alternative finance, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2017-04-20-global-cryptocurrency-benchmarking-study.pdf> [14 marzo 2022].
- HOUBEN, R. y SNYERS, A. *Crypto-assets: Key developments, regulatory concerns and responses*. [www.Europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU\(2020\)648779_EN.pdf](http://www.Europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU(2020)648779_EN.pdf) [7 marzo 2022].
- Iniciativa que reforma el artículo 3.º de la Ley del Banco de México* a cargo de la Dip. Ximena Puente de la Mora, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2021/03/asun_4161339_20210324_1616545693.pdf [13 marzo 2022].
- International Narcotics Control Board*, https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2021/Annual_Report/E_INCB_2021_1_eng.pdf [14 marzo 2022].
- KFIR, I. 2020 «Cryptocurrencies, national security, crime and terrorism». *Comparative Strategy*, 39(2): 113-127. <https://doi.org/10.1080/01495933.2020.1718983> [7 marzo 2022].
- Las Naciones Unidas prueban las criptomonedas*, <https://www.revistaneo.com/articulos/2017/12/15/las-naciones-unidas-prueban-las-criptomonedas> [5 marzo 2022].
- LAUDON, Kenneth C. y GUERCIO TRAVER, C. 2009: *E-commerce: Negocios, Tecnología, Sociedad*. 4.ª ed. México: Pearson Education, 20.
- LÓPEZ, Mardo Iván; RIVERA Nelson Ernesto; DOMÍNGUEZ, Pedro Ernesto y SANDOVAL, Kimberly Michelle. *Uso de criptomonedas como alternativa de alivio financiero al endeudamiento externo salvadoreño*. Colección Digital Relaciones Internacionales. Universidad El Salvador, 47, <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/21056/1/Libro%20digital%20Criptomonedas1.pdf> [2 marzo 2022].
- MAI, Heiki. «Instant revolution of payments? 2015, The quest to real payments». *Current Issues*, Deutsche Bank. 9 de diciembre, 1-12. p. 9, véase en: https://www.dbresearch.com/PROD/RPS_EN-PROD/PROD000000000443908/Instant_revolution_of_payments%3F_The_quest_for_real.pdf?undefined&reload=BxxgTNL7eI7o9jQRMOQDQQTsmJwActDgLWGS-VcYjxcBh4YCwe09wIAuwtVP7XyJUF [15 marzo 2022].
- MORALES MORALES, Mario Raúl. 2020: *Criptomonedas de ámbito social como herramienta de gobierno electrónico para el desarrollo sostenible* [Tesis doctoral, Unidad de Digitalización, Universidad Alicante], 93.

- NASCIMENTO S. (ed), A. PÓLVORA (ed), ANDERBERG, A. ANDONOVA, E., M. BELLIA, CALÉS L., INAMORATO DOS SANTOS, A., KOUNELIS I., NAI FOVINO I., PETRACCO GIUDICI M., PAPANAGIOTOU E., SOBOLEWSKI M, ROSSETTI F., SPIRITO L., 2019, *Blockchain Now and Tomorrow: Assessing Multidimensional Impacts of Distributed Ledger Technologies*. Luxemburg, Publications Office of the European Union, <https://doi.org/10.2760/901029>
- OCDE. *Resumen de los Desafíos Fiscales Derivados de la Digitalización: Informe Provisional 2018*, <https://www.oecd.org/tax/beps/puntos-destacados-como-abordar-los-desafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-de-la-economia-octubre-2020.pdf> [15 junio 2019].
- OECD. 2020: *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*. Paris: OECD, www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policyissues.htm [5 marzo 2022].
- ORÉ, Diego. «Latin American crime cartels turn to cryptocurrencies for money laundering», <https://www.reuters.com/article/mexico-bitcoin-insight-idUSKBN2811KD> [23 marzo 2022].
- ORTEGA TRIGUERO, Jesús Javier; GARCÍA DEL CASTILLO CRESPO, Eugenio C. y LÓPEZ GUERRERO, Miguel Ángel. 2005: *Introducción a la criptografía: historia y actualidad*. Univ de Castilla La Mancha, <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=fEV4lffwt2oC&oi=fnd&pg=PA9&dq=historia+de+la+criptografia&ots=4WTFNkYeB5&sig=0AKM-ObSyOR4SeTD-7w9ArR46imc> [16 octubre 2023].
- PÉREZ MEJÍA, Carlos Francisco. «Tratamiento contable de las criptomonedas», https://www.contadoresmexico.org.mx/Biblioteca/DescargarArchivo?d=d311f371elomGwd3-9vHrQ%-3D%3D&p=DbflnS_96uc_YvVlKaY-Gg%3D%3D&i=IFoexHJ6bZbK52xUzBrmcA%3D%3D [18 octubre 2023].
- REALUYO, Celina B. «Leveraging Financial Intelligence to Counter Transnational Threat Networks in the Americas», <https://dialogo-americas.com/articles/leveraging-financial-intelligence-to-counter-transnational-threat-networks-in-the-americas/#.YjnuMxBByt3I> [23 marzo 2022].
- ROBLES JARAMILLO, L. «Surgimiento de las criptomonedas contexto monetario y enfoque». *El Semestre de las Especializaciones*, https://www.depfe.unam.mx/especializaciones/revisita/1-2-2020/03_MF_Robles-Jaramillo_2019.pdf [20 enero 2022].
- SANTIBÁÑEZ, F. 2017. «¿Qué es blockchain?: todo lo que debes saber de las cadenas de bloques». *Medium* [blog], <https://medium.com/@moften/qu%C3%A9-es-blockchain-todo-lo-que-debes-saber-de-las-cadenas-debloques-b4145c028109> [30 enero 2022].
- SILVER, G. Elizabeth y JOHNSON, Catherine A. 2021: «Anti-corruption hot topic: corporate transparency emerges as cornerstone of financial integrity regulatory reforms». *Vedder Price*, <https://www.vedderprice.com/-/media/files/vedder-thinking/publications/2021/10/anti-corruption-hot-topic-corporate-transparency-emerges-as-cornerstone-of-financial.pdf> [23 marzo 2022].
- THOMSON REUTERS. «Criptomonedas y propiedades de inversión en el marco de las NIFs», <https://www.thomsonreutersmexico.com/es-mx/soluciones-contables/blog-contable/criptomonedas-y-propiedades-de-inversion-en-el-marco-de-las-nifs> [18 octubre 2023].
- TIRADO GÁLVEZ, Reyna Araceli. 2015: *Paraísos Fiscales, su impacto en la evasión y elusión fiscal del ISR*. 1.ª ed. Once Ríos., S. A. de C. V., 235.

TIRADO GÁLVEZ, Reyna Araceli. 2023: «La Revolución del Sistema Financiero Mundial y la regulación de Criptomonedas en México». *Vinculatégica EFAN*, 2023, 9(4), 71-86, <https://doi.org/10.29105/vtga9.4-401> [16 octubre 2023].

TUR FAÚNDEZ, Carlos. 2018: *Smart contracts: análisis jurídico*. Editorial Reus.

VILALTA NICUESA, Esther Aura. 2019: *Smart legal contracts y blockchain: La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*. Wolkers Kluwer.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Fintech

Código Fiscal de la Federación

Ley del Impuesto Sobre la Renta

Ley del Valor Agregado

Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita

— CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN —

JULIO-DICIEMBRE 2023

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La necesidad de adaptar la Administración Pública en el marco de los Fondos Next Generation: Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo [BOE-A-2023-25758], por Paula M.^a TOMÉ DOMÍNGUEZ

DERECHO CIVIL

1. Directiva (UE) 2023/2225, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE [DOUE L 2225, de 30-10-2023], por José Antonio MARTÍN PÉREZ
2. Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial [BOE-A-2023-22767], por María José CALVO SAN JOSÉ
3. Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía [BOE-A-2023-26452], por Cristina ARGELICH COMELLES

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña [BOCG-15-B-32-1], por María Concepción TORRES DÍAZ
2. Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres [BOCG-15-A-1-1], por María Concepción TORRES DÍAZ
3. Reforma del artículo 49 de la Constitución española, de 15 de febrero de 2024 [BOE-A-2024-3099], por María Concepción TORRES DÍAZ

DERECHO MERCANTIL

1. Consideraciones a la exclusión de la industria audiovisual del Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior [DOUE-L-2018-80417], por Laura CABALLERO TRENADO y Antonio FÉREZ SALINAS
2. Real Decreto 611/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual [BOE-A-2023-16215], por Laura CABALLERO TRENADO
3. Real Decreto 668/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo [BOE-A-2023-16728], por Antonio ALONSO BARTOL-BUSTOS

4. Circular 3/2023, de 31 de octubre, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 2/2016, de 2 de febrero, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, y la Circular 1/2022, de 24 de enero, a los establecimientos financieros de crédito, sobre liquidez, normas prudenciales y obligaciones de información [BOE-A-2023-23052], por Ignacio MORALES MENÉNDEZ
5. Reglamento (UE) 2023/1803 de la Comisión, de 13 de septiembre de 2023, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo [DOUE L 237, de 26-IX-2023] [correc. L 239, de 28-IX-2023], por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
6. Reglamento (UE) 2023/2411, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativo a la protección de las indicaciones geográficas de productos artesanales e industriales y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2017/1001 y (UE) 2019/1753 [DOUE L 2023/2411, de 27-X-2023], por M.ª del Mar GÓMEZ LOZANO
7. Reglamento (UE) 2023/2854, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Reglamento de Datos) [DOUE L 2023/2854, de 22-XII-2023], por Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
8. Directiva (UE) 2023/2225, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE [DOUE L 2023/2225, de 30-X-2023], por Eva M. DOMÍNGUEZ PÉREZ
9. Directiva (UE) 2023/2673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE [DOUE L 2023/2673, de 28-XI-2023], por Marcos CRUZ GONZÁLEZ

DERECHO PENAL

1. Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal [BOE-A-2023-7935], por Marcos CHAVES-CAROU

DERECHO PROCESAL

1. Reglamento (UE) 2023/1543, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales [DOUE-L-2023-81097]. Directiva (UE) 2023/1544, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales [DOUE-L-2023-81098], por Federico BUENO DE MATA
2. Reglamento (UE) 2023/2844, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos de la cooperación judicial [DOUE-L-2023-81911], por Irene YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT

La necesidad de adaptar la Administración Pública en el marco de los Fondos Next Generation Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo [BOE-A-2023-25758]

El presente real decreto-ley acomete la reforma de diversos aspectos de la Administración Pública española, de su organización, financiación y regulación interna en distintos ámbitos, como son en materia de función pública, en cuestiones relacionadas con la prestación de servicios públicos obligatorios por parte de las entidades locales, en el régimen jurídico del mecenazgo y de las exenciones fiscales previstas, así como medidas destinadas a impulsar una real digitalización y, por tanto, agilización y aumento de la eficacia y eficiencia en el servicio público de justicia.

En particular, desde el punto de vista estricto del derecho administrativo, procede comentar en esta crónica las modificaciones y actualizaciones relativas a la prestación de servicios públicos obligatorios locales y a las incorporaciones en materia de función pública (evaluación del desempeño, fundamentalmente). En concreto, el libro segundo de esta norma se dedica íntegramente a legislar una serie de medidas en materia de función pública¹, las cuales se encuentran organizadas en cuatro títulos fundamentales: planificación estratégica, acceso al empleo público, evaluación del desempeño y figura del directivo público profesional. Estos cuatro ámbitos de actuación representan, en virtud del art. 105.3, los cuatro elementos clave sobre los que se debe asentar una *Administración Pública del siglo XXI*, sin dejar de lado otras cuestiones importantes como son el refuerzo del diálogo social y la negociación colectiva y la colaboración y la lealtad institucionales.

En cuanto a la planificación estratégica, esta se configura como el instrumento de inicio y base en la actuación en materia de recursos humanos en el ámbito de la Administración Pública; se configura, en última instancia, como la herramienta que permite establecer los criterios necesarios para organizar al personal en función de sus habilidades y competencias técnicas en uno u otro puesto de trabajo, estableciendo también las necesidades de personal que darán pie a la correspondiente oferta

1. *Vid. la disposición adicional décima sobre la aplicación del libro segundo del real decreto-ley al personal docente, estatutario de los servicios de salud y de investigación, para los que se establecen algunas cuestiones diferentes vinculadas al particular régimen jurídico al que se están sometidos y lo mismo para la disposición adicional undécima. Personal funcionario de las ciudades de Ceuta y Melilla y para la disposición adicional duodécima. Reglas específicas aplicables al personal de los entes de derecho público del sector público estatal.*

pública de empleo. También prevén medidas en aras del aprendizaje, la formación y el desarrollo profesional de los empleados públicos, es decir, se trata de un plan de despliegue, organización y desarrollo de los recursos personales en el sector público, en el medio-largo plazo (art. 107).

Seguidamente, se reiteran una serie de previsiones en cuanto a dicha oferta de empleo público (art. 108), donde se señala que al menos se contemplará un porcentaje mínimo del 30 % destinado a promoción interna y un porcentaje mínimo del 10 % destinado a personas con discapacidad, de tal modo que, en este último caso, se alcance al menos el 2 % de los efectivos de la Administración del Estado, integrantes de este colectivo (en relación con el art. 113, relativo a al acceso a empleo público de este colectivo en concreto)². Igualmente, en cuanto a la estructuración de puestos de trabajo del art. 110, se señala que se deberá llevar a cabo un análisis sobre el perfil de competencias que es necesario para cada puesto de trabajo cuando se pretenda llevar a cabo una reestructuración (creación, modificación o supresión) del mismo, de acuerdo con la relación de puestos de trabajo existentes. De la misma manera, reiterándose los principios rectores de acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad), se señalan otros principios de actuación que deben garantizarse en este sentido, que son: publicidad de las convocatorias y bases; adecuación y correlación entre los contenidos de los procesos selectivos y las funciones a desempeñar; la eficiencia, la accesibilidad y la garantía de la igualdad de oportunidades; la imparcialidad en el proceso, y, como novedad, se señala el fomento de la igualdad de acceso independientemente del estatus socioeconómico del aspirante (art. 112.2.f)).

No obstante, estos principios se aplicarán en todo proceso de selección sin perjuicio de los requisitos relativos a la promoción interna y de todas aquellas medidas de discriminación positiva contempladas en la diferente normativa aplicable (art. 114). En dicho precepto también se establecen las modalidades clásicas de acceso al empleo público (concurso, oposición y concurso-oposición) con las particularidades relativas a cada caso y tipo de prueba en concreto, señalándose igualmente el contenido mínimo, ya conocido, que deben incluir las bases de la convocatoria³, así como los plazos para la toma de posesión del personal funcionario de carrera⁴.

Así mismo, en relación con la evaluación del desempeño y la carrera profesional, como uno de los ámbitos donde se han producido mayores modificaciones en los

2. Se prevé la creación de unidades de inclusión del personal con discapacidad en virtud de la *disposición adicional decimoquinta* de este real decreto-ley.

3. «a) El número de plazas y la oferta de empleo público de su autorización, la clasificación profesional, el cuerpo, escala o categoría. b) Los requisitos de acceso. c) El sistema selectivo aplicable, con indicación del tipo de pruebas concretas, el programa de materias sobre las que versarán y, en su caso, la relación de los méritos, así como los criterios y las normas de valoración. d) La composición del órgano técnico de selección. e) La determinación, en su caso, de las características del curso selectivo o periodo de prácticas. f) El porcentaje de plazas reservadas para la promoción interna y para personas con discapacidad, si procede».

4. Ver a estos efectos la *disposición transitoria cuarta* de este real decreto-ley.

últimos años, se recoge este proceso de evaluación como un mecanismo por el cual anualmente se valorará el desempeño en cuanto a la conducta profesional y al rendimiento de los empleados públicos en relación con los objetivos colectivos e individuales de las diferentes unidades administrativas. Todo ello se llevará a cabo partiendo de las previsiones establecidas en la planificación estratégica correspondiente, evaluando precisamente el alcance de resultados satisfactorios o no. De este modo, algunos de los objetivos concretos de esta evaluación son (art. 116.2): alcance de objetivos estratégicos, impulso del trabajo en equipo, desarrollo profesional y la mejora de la comunicación y de la innovación en los diferentes procedimientos, entre otros. No obstante, es importante señalar que los criterios utilizados para esta evaluación de desempeño serán siempre acordados previamente con el ámbito de la negociación colectiva, no serán impuestos por la Administración Pública correspondiente.

Por otro lado, como principios inspiradores de esta evaluación, el real decreto-ley señala la fiabilidad, la participación, la planificación, la mensurabilidad de objetivos y la mejora continua y la revisión del proceso, y, en cuanto a la conducta profesional, se realizará una evaluación conforme al contenido del código de conducta recogido en el capítulo VI del título III de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y su presunción será positiva salvo informe negativo expreso y motivado. En todo caso, toda evaluación tendrá una serie de efectos en distintos campos como, por ejemplo, en la progresión en la carrera profesional, en las retribuciones complementarias variables (complemento de desempeño recogido en esta norma)⁵, en la propia continuidad en el puesto de trabajo y en la configuración y elaboración de planes de necesidades formativas. Igualmente, una valoración positiva tendrá su impacto, como es lógico, en la progresión profesional horizontal en el ámbito de la Administración Pública (ver art. 122, sobre carrera horizontal, para conocer el proceso de progresión profesional, los tramos que existen, la solicitud que se debe instar en cada caso y los elementos que se tendrán en cuenta a la hora de aprobar o no esa promoción profesional)⁶. En este punto es importante resaltar que las evaluaciones de desempeño realizadas a partir de este modelo no tendrán consecuencias en los dos primeros años siguientes a su implementación (art. 120.2)⁷.

5. *Vid.* disposición transitoria quinta. *Implantación de la Evaluación del Desempeño* y disposición transitoria séptima. *Régimen Transitorio de Retribuciones*.

6. En este sentido es importante señalar el apartado 4 de dicho precepto, que señala «a los efectos del cumplimiento de los periodos mínimos de permanencia en un tramo de carrera, se computará el tiempo que permanezca el personal funcionario en las situaciones de servicios especiales, excedencia por cuidado de familiares, por razón de violencia de género, por razón de violencia terrorista, sin perjuicio de la necesidad de dar cumplimiento a los restantes requisitos exigidos para el ascenso de tramo».

7. Se crea, en virtud del art. 121, la Comisión de Coordinación de la Evaluación del Desempeño, con el objetivo de arbitrar un proceso de coordinación en la implementación de este proceso, cuyas funciones y composición deberán ser determinadas posteriormente por el ministerio que tenga competencias en materia de función pública en su momento.

Igualmente se prevén una serie de preceptos en relación con la régimen jurídico del personal directivo público profesional (arts. 123 y ss.) en los cuales se señalan los requisitos previos de acceso a este tipo de puestos, la duración del nombramiento y las causas de cese, las funciones a desempeñar (asesoramiento, planificación y coordinación de los planes de ejecución de trabajo, evaluar objetivos, gestionar personal y medios materiales...) de acuerdo a una serie de principios como la objetividad, la imparcialidad, la eficacia o la igualdad de trato entre hombres y mujeres, entre otras cuestiones.

En tercer lugar, como hemos mencionado, se produce la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local en el Título Tercero de este real decreto-ley, por la cual se modifica el régimen jurídico de prestación de servicios locales de carácter obligatorio, fundamentalmente en lo que tiene que ver con su coordinación, organización y gestión, en aras de que los municipios sean financieramente sostenibles, como objetivo prioritario. También se abordan algunas modificaciones en lo relativo al acceso a los servicios públicos a través de las tecnologías de la información y a la digitalización de la prestación de estos, y se incide en algunas cuestiones relativas a la inscripción en el padrón municipal de ciudadanos extranjeros y a la necesaria digitalización del mismo⁸.

Así, respecto al primer punto, se modifica el art. 13.2 de la LRBRL, estableciendo que la creación de nuevos municipios solo podrá llevarse a cabo sobre núcleos ya diferenciados, de al menos 4.000 habitantes y siempre que cuenten con los recursos suficientes para ser financieramente sostenibles sin dejar de prestar los servicios públicos a los que estarían obligados conforme a esta normativa, en condiciones de calidad. En segundo lugar, respecto a la inscripción en el padrón municipal (art. 16 LRBRL) se establece que los extranjeros que no tengan autorización de residencia de larga duración y que no sean comunitarios o sean procedentes de Estados integrantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo u otros con los que existe algún convenio específico a estos efectos deberán solicitar la renovación periódica cada dos años. Estos datos del padrón de municipios podrán transferirse sin autorización previa a otras administraciones solo cuando estos sean necesarios a efectos del ejercicio de sus correspondientes competencias y solo en los casos en los que el domicilio sea relevante. Igualmente, en este caso, se modifica el artículo 17 LRBRL, por el cual se reitera que los ayuntamientos deberán gestionar a través de medios informáticos dicho padrón y que aquellos que no dispongan de los medios técnicos y/o económicos adecuados para llevar esta cuestión a término deben encomendar esta tarea a la Diputación Provincial correspondiente o entidad equivalente. En ese sentido, en este mismo precepto se prevé que el INE⁹ se encargará de la resolución de discrepancias en esta materia entre diferentes administraciones públicas y suministrará los datos necesarios

8. También se prevé la obligatoriedad de reflejar la referencia catastral en el mismo, ver *disposición transitoria novena*.

9. Se prevé su transformación en agencia estatal en virtud de la *disposición adicional decimotercera*.

a las administraciones públicas que así lo requieran, siempre en los términos y con las restricciones explicadas anteriormente en cuanto al art. 16 LRBRL.

De igual manera, se restringe más la atribución de competencias a municipios, de tal manera que se añade un apartado 6 del art. 25 LRBRL por el cual, en ese supuesto, se deberá realizar una ponderación concreta de la «capacidad de gestión» de la entidad local, dejando constancia de tal ponderación en la motivación del instrumento jurídico que realice la atribución competencial, ya sea en su parte expositiva o en la memoria justificativa.

Añadido a lo anterior, y también como novedad respecto a la organización de la prestación de servicios y gestión de recursos por parte de las entidades locales, se establece, en el art. 28 LRBRL, que se podrán crear instrumentos de gestión colaborativa con el fin de obtener recursos suficientes para ejecutar las competencias municipales de un modo sostenible desde el punto de vista financiero, en concreto en la prestación de calidad de los servicios públicos mínimos obligatorios recogidos en la norma, en los municipios de menos de 20.000 habitantes. Para ello es necesaria la aprobación por parte de la comunidad autónoma que corresponda, con la conformidad del municipio afectado y de las entidades locales implicadas.

Finalmente, es muy importante la incorporación de un nuevo artículo en la LRBRL, el artículo 17 *quáter*, por el cual se establece que las entidades locales deben adoptar las medidas que consideren con el fin de dar accesibilidad a los servicios públicos a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), así como en lo que se refiere a su prestación. En ese sentido, se insta a la creación de planes de despliegue de herramientas digitales que faciliten el acceso por la ciudadanía a los servicios públicos municipales. Lógicamente esto tendrá que venir soportado por un portal web del propio Ayuntamiento donde se informe a los vecinos de todas estas cuestiones y de esta manera se consiga finalmente la transformación digital progresiva de los servicios públicos locales. En concreto, en los municipios de menos de 20.000 habitantes se reconoce que deberá existir una adaptación de estas prescripciones, así como de los plazos a estos efectos, de acuerdo con la normativa autonómica de aplicación en cada caso. Igualmente, se prevén algunas prescripciones en materia de autonomía de gestión para el caso del País Vasco y de Cataluña (modificación de la DA segunda de la LRBRL y se crea la disposición adicional decimoséptima de la LRBRL, respectivamente).

Paula M.^a TOMÉ DOMÍNGUEZ

Investigadora en Periodo de Orientación Postdoctoral (POP-FPU, Ministerio de Universidades)
en Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca

Directiva (UE) 2023/2225, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE [DOUE L 2225, de 30-10-2023]

La nueva directiva, que se publicó el 30 de octubre de 2023, tiene como objetivos principales mejorar tanto el mercado interior del crédito al consumo como la protección del consumidor en este tipo de contratos, tratando de evitar el sobreendeudamiento excesivo. El plazo para ser incorporada por los Estados vence el 20 de noviembre de 2025 y la norma nacional de transposición se aplicará a partir del 20 de noviembre de 2026.

Forma parte de un amplio proceso, que busca reordenar el régimen de los servicios financieros en la Unión Europea. En el mismo se enmarca la Propuesta de Directiva, de 11 de mayo de 2022, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Todo ello en un contexto en el que el volumen de crédito al consumo no ha parado de crecer, a pesar del contexto de endurecimiento de la política monetaria y de tipos de interés elevados, debido a que los consumidores los utilizan como vía para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo por la inflación. De hecho, es el único tipo de crédito que ha logrado crecer.

En los primeros considerandos se esgrimen las razones que justifican la necesidad de una nueva normativa sobre el crédito al consumo. Parte de que los objetivos de lograr un elevado nivel de protección de los consumidores y de fomentar el desarrollo de un mercado único de crédito solo se ha conseguido parcialmente con la anterior directiva de 2008. Se achaca a la redacción imprecisa de algunos de sus preceptos el hecho de que los Estados miembros adoptaran disposiciones divergentes que van más allá de las previstas en la directiva, provocando así un marco normativo fragmentado en la UE. Las diferencias nacionales generan distorsiones de la competencia entre los prestamistas de la Unión y obstáculos a la unidad de mercado, de modo que se restringe la capacidad de los consumidores de disfrutar de una oferta de crédito transfronterizo en paulatino crecimiento. También provoca la consiguiente reducción de la demanda de bienes y servicios y un nivel incoherente de protección de los consumidores.

Para evitar las distorsiones y garantizar el mismo nivel de protección, la directiva se configura como de armonización total o máxima: los Estados no podrán mantener o adoptar disposiciones que diverjan de las establecidas en la directiva, salvo en los casos en que expresamente lo permita. En todo caso, son varios los aspectos en los

que deja margen de actuación, sobre todo para decidir si un tipo de operaciones queda sujeto a la normativa.

La directiva advierte que complementa las normas de la Directiva 2002/65/CE (comercialización a distancia de servicios financieros) y, en caso de conflicto, han de aplicarse las disposiciones de la Directiva 2023/2225.

La otra razón de la nueva regulación es la digitalización, que ha contribuido a cambios en el mercado que no se previeron en el momento de la adopción de la Directiva 2008/48/CE: los rápidos cambios tecnológicos registrados «han traído consigo cambios significativos en el mercado de los créditos al consumo, tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda, entre los que se encuentra la aparición de nuevos productos y la evolución del comportamiento y preferencias de los consumidores». Se parte de que el crédito ofrecido a los consumidores ha evolucionado y se ha diversificado considerablemente, apareciendo nuevos productos de crédito, especialmente en el entorno en línea. Se pretende que sea una legislación «orientada hacia el futuro, que pueda adaptarse a futuras formas de crédito y que permita a los Estados miembros un grado idóneo de flexibilidad en su aplicación».

La mejora en la protección de los consumidores se debe, principalmente, a que la nueva regulación abarca también productos potencialmente perjudiciales, debido a los altos costes que conllevan o a los elevados gastos en caso de impago.

Por ello, los cambios importantes van a aparecer en el ámbito de aplicación: se someten a la directiva los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero con opción de compra; también los contratos de crédito de baja cuantía o llamados «microcréditos» (los de importe inferior a 200 euros, que era el umbral mínimo que establecía la directiva de 2008); los contratos en los que el crédito se concede sin intereses y sin ningún otro coste (gratuitos); y los contratos en los que el crédito debe ser reembolsado en el plazo de tres meses y por los que solo se deban pagar unos gastos mínimos. Si bien existen exenciones con algunos requisitos, pues los Estados podrán acordar que a estos contratos no se les apliquen los preceptos en materia de publicidad e información para evitar una carga innecesaria a los prestamistas (art. 2.8 DCCC).

Es destacable la inclusión de las prácticas que se están popularizando como «buy now, pay later» (BNPL) o «compre ahora y pague después». Se trata de un nuevo instrumento financiero digital que se basa en una oferta de fraccionamiento de pago sin intereses para el consumidor, al que cada vez recurren más consumidores, pues «les permite realizar compras y pagarlas a lo largo del tiempo, a menudo se conceden sin intereses y sin ningún otro coste». Normalmente es el vendedor el que asume el pago de los intereses y costes del crédito, para que el aplazamiento actúe como incentivo de las ventas.

El BNPL surge como una forma de adquirir bienes o servicios en el comercio *online*, donde financia la operación un tercero, pero sin necesidad de recurrir a los instrumentos tradicionales de financiación (bancos o financieras). Por ello, genera la entrada de nuevos agentes, las llamadas Fintech, enfocadas a los préstamos rápidos en línea o a la financiación participativa. La diferencia con las tradicionales compraventas con

pago aplazado sin intereses reside en que en las BNPL no es el vendedor el que aplaza, sino un tercero, asumiendo el vendedor los costes de la operación. Los riesgos de las BNPL residen en que su facilidad supone un incentivo para las compras rápidas y el consumo excesivo y poco meditado por quedar debilitado el precio como factor decisivo de compra, pudiendo generar sobreendeudamiento y retrasos o impagos con altos costes.

La directiva no contempla reglas específicas para esta modalidad de financiación a través de BNPL, simplemente la incluye en su ámbito de aplicación debiendo cumplir el prestamista los deberes de información precontractual, de evaluación de la solvencia y acceso a las bases de datos, entre otros.

Se excluyen, entre otros supuestos previstos en el art. 2.2: los contratos de crédito garantizados por una hipoteca u otra garantía equivalente sobre un bien inmueble; los contratos de crédito cuyo importe total sea superior a 100.000 euros, salvo que no estén garantizados con hipoteca y tengan por objeto la renovación de un inmueble de uso residencial; los contratos de arrendamiento financiero en los que no se establezca una obligación y opción de compra del objeto del contrato; y los préstamos concedidos a un público restringido y a un tipo deudor inferior al habitualmente propuesto en el mercado o sin interés o en condiciones que sean más favorables que las habituales. También se excluyen los pagos aplazados en los que un proveedor de bienes y servicios conceda al consumidor un plazo limitado a cincuenta días para pagar el precio, sin intereses y sin ningún otro coste y con solo gastos limitados, siempre que no haya un tercero que ofrezca crédito —como en los BNPL—. Se parte de que estos pagos aplazados «son prácticas comerciales habituales para que los consumidores no tengan que pagar hasta después de la recepción de los bienes y servicios, y son ventajosas para los consumidores, por ejemplo, en el caso del pago aplazado de las facturas médicas, en el que los hospitales dan tiempo a los consumidores para pagar los gastos médicos». Cuando se trate de grandes proveedores en línea o prestadores en línea de servicios que tengan acceso a una clientela extensa, la exclusión queda limitada a los pagos aplazados que deban «ejecutarse íntegramente en un plazo de catorce días a partir de la entrega de bienes o la prestación de servicios» (art. 2.2.h). De otro modo, se argumenta que «habida cuenta de su capacidad económica y de sus posibilidades para incitar a los consumidores a realizar compras impulsivas y hacia un posible consumo excesivo, podrían ofrecer el pago aplazado de manera muy amplia, sin ninguna salvaguardia para los consumidores, y debilitar la competencia leal con otros proveedores de bienes o servicios». Las grandes empresas que quieran ofrecer en línea créditos a gran escala con un plazo más amplio de pago quedan sujetas a la directiva.

Los contratos de crédito en forma de descubierto tácito (art. 3.19) están parcialmente excluidos de la directiva, en cuanto que solo se les aplicarán los preceptos citados en el art. 2.4.

También se da libertad a los Estados para optar por excluir a los contratos de crédito en forma de tarjetas de débito diferido (cuando no se cargan inmediatamente en la cuenta bancaria del titular las compras realizadas, sino que permiten cargar el importe total de las operaciones del mes en una fecha concreta, normalmente una vez al mes):

siempre que el crédito deba reembolsarse en un máximo de cuarenta días, sin intereses y sin pago de remuneración ligada al crédito, salvo comisiones limitadas ligadas a la prestación del servicio de pago (art. 2.5). Presentan el riesgo de que el consumidor ha de tener fondos suficientes en su cuenta de pago en la fecha del cargo, pues de lo contrario su cuenta quedará en descubierto con la consiguiente generación de intereses y comisiones. También pueden los Estados excluir la aplicación parcial de la directiva a los créditos del art. 2.6; y a los créditos concedidos al consumidor que ya se encuentra en situación de impago del contrato de crédito inicial o exista la probabilidad de impago (art. 2.7).

Se incluyen los créditos concedidos a través de plataformas de financiación participativa, normalmente para gastos de pequeña cantidad, ya reguladas en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Se distingue si los prestadores de servicios proporcionan directamente crédito a los consumidores, o si intermedian en la concesión de crédito entre los prestamistas profesionales y los consumidores, de modo que solo se les aplicarían las obligaciones previstas para los intermediarios de crédito. Sin embargo, se excluyen los llamados préstamos *peer to peer* (P2P) o préstamos entre particulares a través de plataformas de financiación participativa o de *crowdfunding*. Es evidente que no se trata de una relación de consumo, pero también es claro que los prestatarios están más desprotegidos que en la relación de préstamo bancario. Se prevé que la Comisión evaluará la necesidad de proteger en estos casos a los consumidores prestatarios (art. 46.2).

1. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL CONSUMIDOR

Uno de los objetivos de la directiva está en prevenir y reducir las prácticas de préstamo irresponsables, que generan el problema del endeudamiento excesivo y el riesgo de impago. Por ello, la regulación necesariamente ha de tender a conseguir que solo se conceda crédito a los consumidores que puedan devolverlo. La directiva convierte el análisis de la solvencia en un aspecto clave, que aborda ahora en el art. 18 de manera mucho más extensa, y que incorpora algunas reglas sobre evaluación de la solvencia ya vigentes en el crédito inmobiliario (art. 18 Directiva 2014/17/UE).

Se formula claramente la obligación de los prestamistas de realizar una evaluación de la solvencia del consumidor, fijando que ha de consistir en verificar las perspectivas de cumplimiento por parte del consumidor de las obligaciones que surgen del crédito. La evaluación de la solvencia debe ser proporcionada y debe realizarse «en interés del consumidor», «en profundidad» y antes de la concesión de un crédito, o cuando se quiera modificar para conceder un aumento significativo del importe. Es destacable que la evaluación no solo irá dirigida a la concesión del crédito, pues también el calendario de reembolso debe adaptarse concretamente a las necesidades específicas del consumidor y a su capacidad de reembolso.

Resulta muy útil que se contemple cómo ha de realizarse la evaluación de la solvencia: basándose en la información de que dispone el prestamista sobre los ingresos

y gastos del consumidor y otras circunstancias económicas, como los compromisos financieros asumidos. La información podrá obtenerla el prestamista de fuentes internas (la información que dispone del cliente de toda la relación comercial anterior) o externas. En concreto, se enumeran como fuentes externas: la información facilitada por el propio consumidor y la obtenida a través de la consulta de las bases de datos. Pero se advierte que la evaluación no se podrá basar exclusivamente en el historial crediticio del consumidor; y la información no debe contener las categorías especiales de datos personales, como los datos sanitarios, incluidos los datos sobre cáncer, ni la información obtenida de las redes sociales.

Y dado que es previsible que en la evaluación de la solvencia el prestamista haga uso del procesamiento automatizado de datos personales, se atribuyen derechos concretos al consumidor, como puede ser el derecho a obtener una intervención humana por parte del prestamista o el solicitar una revisión de la evaluación de la solvencia y la decisión sobre la concesión del crédito (art. 18.8). Se parte de que los sistemas de inteligencia artificial utilizados para evaluar la calificación crediticia o la solvencia de las personas físicas «deben clasificarse como sistemas de IA de alto riesgo, ya que determinan el acceso de dichas a personas a recursos financieros y servicios esenciales, como la vivienda...».

El proceso termina con un informe de evaluación que, ante situaciones de solvencia negativa, introduce restricciones a los préstamos: ante una evaluación negativa de la solvencia, el prestamista no podrá celebrar el contrato (art. 18.6). Deberá informar al consumidor sin demora y, en su caso, remitir al consumidor a servicios de asesoramiento en materia de deudas.

En el art. 12 se establece la obligación del prestamista de facilitar al consumidor las explicaciones adecuadas que precise para poder evaluar si el contrato de crédito propuesto se adecúa a sus necesidades y a su situación financiera.

La idea de un mayor control también se refleja en que los Estados deben garantizar «que los prestamistas y los intermediarios de crédito, en particular las entidades no crediticias, estén sujetas a un procedimiento de reconocimiento adecuado, que incluye un procedimiento de autorización o la inscripción de dichas entidades en un registro, y a los mecanismos de supervisión aplicados por una autoridad competente» (considerando 83). No se aplica a las entidades de crédito ya autorizadas ni a las entidades de pago o de dinero electrónico.

La nueva directiva se supone que provocará una reducción de la oferta de microcréditos por parte de entidades no bancarias, ya que no todas podrán asumir y cumplir las reglas relativas al aumento de la transparencia o la mejora de los análisis de solvencia, normas cuya implementación tiene costes. En concreto, las *Fintech* pueden encontrar problemas para cumplir con los requerimientos cuando tienen dificultades para acceder a datos fiables y se prohíbe acudir a datos de redes sociales.

2. PUBLICIDAD E INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

En cuanto a las comunicaciones publicitarias y comerciales, además de la exigencia de que sean claras y no resulten engañosas, se prohíbe toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas, sobre todo respecto al coste del crédito o el importe total adeudado (arts. 7 y 8).

Respecto a la información precontractual (arts. 9 a 11), se avanza en la transparencia de estos créditos: se trata de que el consumidor reciba, antes de contratar, la información clara y precisa para comparar las diversas ofertas, de manera que pueda entender lo que está contratando y poder adoptar una decisión informada sobre la conveniencia del contrato de crédito. Como señala MARÍN LÓPEZ («Una primera aproximación a la Directiva 2023/2225, de 18 de octubre, de contratos de crédito al consumo». *Revista CESCO*, 2023, 48: 16), en la anterior regulación el elenco de menciones que debía contener el documento era tan extenso que se corría el riesgo de que el consumidor perdiera la perspectiva de lo que realmente era relevante para tomar la decisión adecuada. Ahora, la información precontractual se divide en dos bloques: el primero incluye las informaciones más importantes y aparecerá en la primera página del formulario o, como máximo, en las dos primeras; el segundo bloque recogerá otras diecisiete menciones informativas contempladas en el art. 10.5, que irán claramente separadas del primer bloque. Cualquier información adicional que el prestamista quiera comunicar al consumidor debe facilitarse en documento aparte. También exige que la información se presente de manera que sea compatible con dispositivos digitales.

Al efecto de que las ofertas puedan compararse, la información debe incluir, en particular, la tasa anual equivalente correspondiente al crédito, calculada de idéntica forma en toda la Unión.

Se establece que la información debe proporcionarse al consumidor «con la debida antelación» antes de la celebración del contrato. Pero ahora se da concreción a esa fórmula, quizá teniendo en cuenta que es habitual en la práctica que los prestamistas faciliten la información justo antes de la celebración del contrato: se establece que puede entregarse «menos de un día antes de que el consumidor quede vinculado por la oferta o contrato de crédito», lo cual equivale a que puede ser el mismo día de la aceptación, siempre que el prestamista o el intermediario del crédito «envíen al consumidor un recordatorio acerca de la posibilidad de desistir del contrato de crédito...» (art. 10.1-4).

Se mantiene la regulación para los casos de comunicación a través de telefonía vocal en cuanto a la transmisión de la información (art. 10.7); y el art. 10.9 contiene una advertencia que ha de incluirse en los contratos de crédito «revolving» o reconstituyentes, que ya aparecía en la anterior regulación.

Y era inevitable que se aludiera a los sistemas de inteligencia artificial. Así, señala el considerando 46 que los prestamistas y los intermediarios de crédito, al personalizar el precio de sus ofertas para consumidores específicos o categorías específicas de consumidores sobre la base de la toma de decisiones automatizada, deben informar

claramente a los consumidores de que el precio que se les ofrece está personalizado en función de un tratamiento automatizado de datos personales, en particular, datos inferidos, a fin de que, en su decisión de compra, puedan tener en cuenta los riesgos potenciales. También han de informar sobre las fuentes de datos utilizadas para personalizar la oferta.

3. OTROS ASPECTOS RELEVANTES Y NOVEDADES

- a) *La celebración del contrato de crédito y la información posterior.* No puede presumirse el consentimiento del consumidor para la celebración del contrato o la contratación de servicios accesorios. El consentimiento debe expresarse mediante un acto afirmativo claro que manifieste la aceptación concreta, informada e inequívoca. Por tanto, no puede inferirse la perfección del contrato del silencio, la inacción o la opción por defecto (por ejemplo, las casillas ya marcadas) (art. 15). Además, el art. 17 prohíbe la concesión de crédito a los consumidores que no la han solicitado previamente y no han dado su consentimiento, por lo que en estos casos no existe contrato de crédito.

Se mantiene la obligación de documentar el contrato y la entrega de una copia, pero sin establecer las consecuencias civiles del incumplimiento.

El contrato ha de tener un contenido determinado y cumplir las exigencias de ofrecer la información de forma clara y legible (art. 21).

En determinadas situaciones se impone al prestamista la obligación de informar al consumidor tras la celebración del contrato y durante su vigencia: si el consumidor amortiza anticipadamente capital (art. 21.1.i); cuando el prestamista modifique las condiciones de crédito (art. 22); cuando está autorizado a modificar el tipo de interés (art. 23); y en los créditos concedidos en forma de descubierto.

- b) *Prohibición de prácticas de venta vinculada. Ventas combinadas.* Se prohíben las prácticas de ventas vinculadas a los contratos de crédito al consumo. Venta vinculada es toda oferta de crédito conjuntamente con otros productos o servicios financieros, sin posibilidad de obtener el crédito al consumo por separado. A diferencia de la Directiva 2014/17, no se prevé la posibilidad de que los Estados puedan permitir las ventas vinculadas en los contratos de crédito al consumo aun en los supuestos en los que la oferente pueda demostrar un «claro beneficio» a los consumidores derivado de la vinculación de los productos.

Como excepciones: se permite la vinculación del contrato de crédito al consumo con una cuenta de pago o de ahorro (cuando la única finalidad de la cuenta sea acumular capital para reembolsar el crédito, pagar los intereses, agrupar recursos para obtener el crédito o proporcionar una garantía adicional al prestamista en caso de impago).

También los Estados miembros podrán permitir que el prestamista exija al consumidor que suscriba una póliza de seguro relacionada con el crédito, siempre «teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad» (art. 14.3). Sin embargo, el

consumidor podrá concertar el contrato de seguro con una aseguradora distinta a la ofrecida por el prestamista; y dispondrá de tres días para comparar las ofertas de contrato de seguro.

En cambio, se autorizan las ventas combinadas, que son las ofertas de crédito conjuntamente con otros productos o servicios diferenciados, pero siendo posible que el crédito se ponga a disposición por separado, aunque no se mantengan las mismas condiciones que cuando se ofrece el crédito combinado.

- c) *Reembolso anticipado*. El consumidor tiene derecho a la amortización anticipada del crédito, por medio del reembolso anticipado total o parcial del capital prestado (art. 29). En este supuesto tendrá derecho a una reducción del coste del crédito por la duración del contrato que quede por transcurrir. También el prestamista tendrá derecho a una compensación, que ha de estar justificada por los posibles costes directamente derivados del reembolso (art. 29): no podrá ser superior al 1 % del importe del crédito reembolsado anticipadamente, si al contrato le quedaba una duración superior a un año; y no podrá superar el 0,5 % si la duración prevista era inferior. También se prevén otros límites y supuestos en los que no se podrá reclamar esta compensación.
- d) *Límites al tipo de interés remuneratorio*. El art. 31 incorpora una de las novedades más relevantes: los Estados introducirán medidas para prevenir eficazmente los abusos y garantizar que no se pueda imponer a los consumidores tipos de interés remuneratorio, TAE o costes totales de los créditos «excesivamente elevados», tales como límites máximos. Lo cierto es que se deja libertad para optar por un límite máximo, o por una expresión abierta, al modo de nuestra Ley de represión de la usura («interés notablemente superior al normal del dinero»). Será este uno de los aspectos más sensibles en la transposición de la directiva.

También se autoriza a los Estados a adoptar prohibiciones o limitaciones en relación con los gastos o comisiones específicos aplicados por los prestamistas.

- e) *Desistimiento. Contratos vinculados*. No hay cambios sustanciales en el régimen del derecho de desistimiento dentro de los catorce días naturales (art. 26). Si existe un servicio accesorio vinculado al crédito, el desistimiento del crédito provoca también la extinción del servicio. Como novedad, si el consumidor no ha recibido las condiciones contractuales o la información obligatoria, el plazo de desistimiento se amplía a los doce meses y catorce días desde la celebración del contrato. Y no expirará en ese plazo si el consumidor no ha sido informado de su derecho de desistimiento en el propio contrato.

También se añade que en el caso de un crédito vinculado a la adquisición de un bien con una política de devolución que garantice el reembolso íntegro durante un periodo de tiempo superior a catorce días naturales, el derecho de desistimiento se ampliará para que coincidan ambos (art. 26.3).

Tampoco hay cambios notables en la regulación de los contratos vinculados, aquellos en que el contrato de crédito sirve exclusivamente para financiar un contrato de adquisición de bienes o servicios, formando ambos contratos una unidad comercial. Se mantienen las dos reglas básicas: si el consumidor desiste del contrato de consumo, dejará de estar obligado por el contrato de crédito vinculado. Y

si se produce un incumplimiento por parte del proveedor del bien o servicio, el consumidor tendrá «derecho a ejercitar una acción» (art. 27). Todo ello no impide que las disposiciones nacionales asignen al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor, cuando la adquisición ha sido financiada mediante un crédito.

- f) *Medidas de reestructuración y refinanciación.* Otro aspecto novedoso, dirigido a proteger al consumidor frente al sobreendeudamiento, reside en que los Estados exigirán a los prestamistas que, cuando proceda, apliquen medidas razonables de reestructuración o refinanciación antes de iniciar procedimientos de ejecución, que tendrán en cuenta las circunstancias particulares del consumidor (art. 35.1.1). Las medidas podrán consistir en la refinanciación total o parcial del crédito. Necesariamente incluirán la modificación de las condiciones, incluyendo alguna de estas posibilidades —entre otras—: la ampliación de la vigencia del contrato de crédito; el cambio del tipo de contrato; el pago aplazado de la totalidad o parte de las cuotas de reembolso durante un periodo; la reducción del tipo deudor; el ofrecimiento de un periodo de carencia; los reembolsos parciales; las conversiones de divisas; y la condonación parcial y la consolidación de la deuda. Pero se aclara que los Estados no están obligados a incluir en su legislación todas las medidas expuestas. También se contempla la posibilidad de la dación en pago: no se debe impedir que las partes «puedan acordar expresamente que la transmisión al prestamista de los bienes objeto de un contrato de crédito vinculado o la transferencia de los ingresos derivados de la venta de dichos bienes basten para reembolsar el crédito».

También se permitirá a las personas con dificultades financieras acceder a servicios de asesoramiento de deudas.

- g) *Mora.* Se incluyen reglas sobre los intereses de demora o las penalizaciones que debe abonar el consumidor en caso de retraso en el pago. Los Estados podrán exigir que los recargos que se imponen en caso de impago no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le genera el impago (art. 35.3). Pero no se establece una obligación, solo una facultad para los Estados. Además, se permite a los Estados autorizar que el prestamista cobre otros recargos en caso de impago, pero la ley nacional deberá fijar un límite máximo de los mismos.
- h) *Otros aspectos.* Se establece una norma sobre educación financiera de los consumidores (art. 34). En caso de que tenga lugar la cesión del crédito al consumo, el consumidor podrá ejercer frente al nuevo titular del crédito los mismos derechos que ante el prestamista original (art. 39). También se regula el papel de los intermediarios de crédito, estableciendo obligaciones específicas (art. 38).

José Antonio MARTÍN PÉREZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca
jamp@usal.es

Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial [BOE-A-2023-22767]

ENTORNO CONTROLADO DE PRUEBAS PARA UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL CONFIABLE

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Teniendo en cuenta el enorme crecimiento de la innovación basada en la inteligencia artificial (en adelante IA), se hace cada vez más necesario establecer una regulación sólida que garantice su uso ético y responsable. Con este objetivo, la Comisión Europea ha presentado una [propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo](#) (también conocido como futura Ley europea de Inteligencia Artificial) por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial, con el propósito de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de la ciudadanía y generar confianza en el desarrollo y la utilización de la inteligencia artificial de manera holística en la economía y la sociedad; creando un mercado único digital para la IA y facilitando su adopción en todos los sectores y actividades sociales.

El citado reglamento busca proveer a la Unión Europea de un marco normativo con el fin de promover una inteligencia artificial fiable, ética y robusta, centrándose, más que en la tecnología en sí, en las aplicaciones de la IA, cuyo potencial incide positivamente en el crecimiento económico, la creación de empleo y el progreso social. Siendo conscientes, a su vez, de que los sistemas de IA también pueden suponer riesgos sobre el respeto de los derechos fundamentales (como los relativos a la discriminación y a la protección de datos personales) o incluso causar problemas graves sobre la salud o la seguridad de la ciudadanía.

Por todo ello, a la espera de la aprobación del Reglamento de la UE, el Gobierno de España, con la colaboración de la Comisión Europea, pone en marcha el primer entorno controlado de pruebas (*sandbox*) para ensayar la aplicación de ciertos requisitos previstos en la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial a los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, con el objetivo de obtener, como resultado de este ensayo, unas guías basadas en la evidencia y la experimentación que ayuden a las empresas y a la sociedad en general al cumplimiento de la propuesta de Reglamento de IA.

La finalidad de estas pruebas es la de llevar a cabo una autoevaluación de las aplicaciones de IA, encuadrando todo ello en el plan de digitalización de la [Agenda 2026](#) y en el mismo [Plan de Recuperación, Transformación, y Resiliencia](#), cuyo componente

16 tiene como objetivo apoyar el despliegue y el uso masivo de la inteligencia artificial por parte de las grandes empresas, las Administraciones Públicas, las pequeñas y medianas empresas y empresas emergentes y la sociedad civil.

El RD 817/2023 se dicta de conformidad con «la habilitación prevista en el artículo 16 de la [Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes](#), donde se contempla la creación de entornos controlados, por períodos limitados de tiempo, para evaluar la utilidad, la viabilidad y el impacto de innovaciones tecnológicas aplicadas a actividades reguladas, a la oferta o provisión de nuevos bienes o servicios, a nuevas formas de provisión o prestación de los mismos o a fórmulas alternativas para su supervisión y control por parte de las autoridades competentes». Esta misma norma señala que «la creación de los entornos controlados de pruebas para la evaluación de su impacto, está justificada por razones imperiosas de interés general». Cabe destacar que, inspirada por la [Carta de Derechos Digitales](#), esta iniciativa pretende dar una forma concreta y práctica al compromiso español de «establecer un marco ético y normativo que refuerce la protección de los derechos individuales y colectivos».

En definitiva, el RD 817/2023 pretende establecer un entorno controlado de pruebas para ensayar el cumplimiento de ciertos requisitos por parte de algunos sistemas de IA que puedan suponer *riesgos para la seguridad, la salud y los derechos fundamentales de las personas*. Para ello, se regula el procedimiento de selección de los sistemas y entidades que participarán en el entorno controlado de pruebas (art. 1), siendo de aplicación tanto a las administraciones públicas y entidades del sector público institucional, tal y como se define en el artículo 3.14, como a entidades privadas seleccionadas en el entorno controlado de pruebas de IA. El objeto de este entorno será estudiar la operatividad de los requisitos establecidos en la propuesta de reglamento europeo, la realización de una autoevaluación de cumplimiento de los mismos y la evaluación del plan posterior a la comercialización de los sistemas de IA de las entidades participantes.

Por lo que se refiere a la *estructura del RD 817/2023* (de vigencia limitada, como reza su disposición adicional segunda), consta de un título preliminar, dos títulos, dos disposiciones adicionales, dos disposiciones finales y siete anexos. El título preliminar contiene las disposiciones generales, estableciendo su objeto y ámbito de aplicación, así como las definiciones de los conceptos principales a efectos de lo previsto en la norma. El título I se estructura en seis capítulos, a través de los cuales se concretan los requisitos para la elegibilidad y la participación en el entorno controlado de pruebas, para lo que se regula el régimen jurídico aplicable; la figura del proveedor de sistema de inteligencia artificial; los criterios de elegibilidad; el modo de participación y procedimiento de admisión; la forma en que se evaluarán las solicitudes; las particularidades y condiciones concretas para el desarrollo de esta experiencia, y las garantías de las entidades participantes; los canales de comunicación y la finalización de la experiencia en el entorno. Por su parte, el título II contiene una serie de disposiciones relativas a la colaboración y coordinación entre autoridades, personas asesoras expertas y otros organismos españoles y europeos. Las dos disposiciones adicionales se ocupan: de los

medios a disposición del entorno controlado de pruebas, que serán los de la [Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial](#); del resultado del entorno controlado de pruebas, que deberá ser publicado en su portal web junto con el informe de las conclusiones sobre el desarrollo, buenas prácticas y recomendaciones al mismo, así como otros aspectos de interés; además, el órgano competente (Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial), partiendo de los resultados obtenidos en el entorno controlado de pruebas, podrá desarrollar una plataforma de software que facilite una primera autoevaluación no vinculante sobre el cumplimiento de los principios de la propuesta del Reglamento de la UE. Y, en sus dos disposiciones finales se indica el título competencial, la vigencia y la entrada en vigor. Finalmente, decir que los siete anexos que lo conforman son de extraordinaria importancia, puesto que se convierten en «normas técnicas» al establecer los criterios prácticos de aplicación del mismo. Estos anexos se pronuncian sobre las siguientes cuestiones:

- El primero da cuenta de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.
- El segundo contiene un listado de áreas de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo específicos, como los sistemas de identificación biométrica o los que se relacionen con el sistema educativo, laboral, con la aplicación de la ley o con la actividad jurisdiccional, u otros especialmente sensibles.
- El tercero se pronuncia sobre el contenido mínimo de la memoria técnica para la solicitud de participación en el entorno de pruebas.
- El cuarto versa sobre la declaración responsable de cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva en materia de protección de datos.
- El quinto sobre documentación que se podrá requerir para el cumplimiento de la normativa del tratamiento de datos de carácter personal.
- El sexto sobre documentación técnica a presentar a la finalización de la implantación de los requisitos.
- Y el séptimo incluye un listado de legislación de la Unión Europea basada en el nuevo marco legislativo.

Hecho este planteamiento general acerca del contenido de la norma, vamos a comentar algunas cuestiones que, consideramos, suscitan especial interés.

2. SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARTICIPANTES EN EL ENTORNO CONTROLADO DE PRUEBAS Y NIVELES DE RIESGO

El [RD 817/2023](#) define el «Sistema de inteligencia artificial» como un

sistema diseñado para funcionar con un cierto nivel de autonomía y que, basándose en datos de entradas proporcionadas por máquinas o por personas, infiere cómo lograr

un conjunto de objetivos establecidos utilizando estrategias de aprendizaje automático o basadas en la lógica y el conocimiento, y genera información de salida, como contenidos (sistemas de inteligencia artificial generativos), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en los entornos con los que interactúa. (art. 3.3)

Pues bien, según el nivel de riesgo para el usuario y la sociedad, el RD 817/2023 contempla dos clases de sistemas de IA con distinto alcance y efectos: sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo (art. 3.4 y Anexo II) y sistemas de inteligencia artificial de propósito general (art. 3.5).

a) Se entiende por sistemas de alto riesgo:

- Los que constituyan productos regulados por la legislación de armonización de la Unión Europea en diversos ámbitos (máquinas, juguetes, embarcaciones de recreo y motos acuáticas, ascensores, aparatos y sistemas de protección para uso en atmósferas potencialmente explosivas, equipos radioeléctricos, equipos a presión, instalación de transportes por cable, equipos de protección individual, aparatos de quema de combustibles gaseosos y productos sanitarios), siempre que se exija que se sometan a evaluación de conformidad por terceros con vistas a su introducción en el mercado o puesta en servicio.
- Los que vayan a ser utilizados como componentes de seguridad de un producto regulado por una norma de armonización de la Unión Europea, en los mismos casos que los anteriores.
- Y determinados sistemas de inteligencia artificial relativos a la biometría, las infraestructuras críticas, la educación y la formación profesional, el empleo, el acceso a servicios públicos y privados, la persecución de delitos, la gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo y la administración de justicia, en los casos en los que incidan en acciones o decisiones a tomar y puedan provocar un riesgo significativo para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales.

b) Por lo que se refiere a los sistemas de propósito general, son definidos como los destinados por su proveedor a realizar funciones de aplicación general, como el reconocimiento de textos e imágenes, generación de audios y vídeos, respuestas a preguntas, traducciones, etc. En este grupo se incluyen los *modelos fundacionales* que el real decreto no define, pero que son aquellos sistemas entrenados y diseñados para adaptarse a una amplia gama de tareas posteriores; y los *sistemas de inteligencia artificial generativa*, que son modelos fundacionales destinados específicamente a generar, con distintos niveles de autonomía, contenidos tales como textos complejos, imágenes, audios o vídeos.

Por todo ello, atendiendo a los distintos niveles de riesgo para el usuario y la sociedad, la propuesta de Reglamento clasifica los sistemas de IA en tres categorías: *sistemas prohibidos*, *de riesgo limitado* y *de riesgo mínimo*.

Los sistemas prohibidos son aquellos que contravienen los valores europeos o causan daños inaceptables a las personas o a sus derechos. Estos sistemas incluyen

aquellos que manipulan el comportamiento humano o explotan las vulnerabilidades, los que permitan una vigilancia social masiva e indiscriminada o aquellos que evalúan aspectos sociales como el crédito o el comportamiento.

Frente a los anteriores, los sistemas de riesgo limitado implican una comunicación entre el usuario humano y la IA, pero no tienen un impacto significativo sobre ellos, debiendo informar al usuario de manera clara y fehaciente cuando esté interactuando con una máquina. Por último, los sistemas con riesgo mínimo son aquellos que tienen un impacto insignificante o nulo sobre las personas o sus derechos, debiendo cumplir con las normas generales aplicables.

Sin perjuicio de la categoría a la que respondan esos sistemas de IA, *el real decreto excluye del entorno de pruebas los sistemas de IA destinados exclusivamente a fines de investigación (salvo para determinados supuestos específicos de investigación de delitos o prevención de amenazas) y a fines científicos; los que tengan una finalidad militar y de defensa o de seguridad nacional; aquellos que se sirvan de técnicas subliminales para alterar el comportamiento de las personas cuando puedan provocarles daños; los que se aprovechan de vulnerabilidades; los destinados a realizar clasificaciones sociales de personas que den lugar a tratos perjudiciales; o, sin perjuicio de algunas excepciones, los sistemas de identificación biométrica en tiempo real (los datos biométricos son datos personales relativos a las características únicas del ser humano, sean físicas, fisiológicas o asociadas al comportamiento, que facilitan y garantizan la identificación de un individuo [persona física], mediante sistemas o procedimientos tecnológicos —por ej. huella dactilares o la voz—).*

Por otro lado, manifestar que la participación en el *sandbox* estará abierta a las siguientes personas:

- **Proveedores** de sistemas de inteligencia artificial, entendiéndose por estos toda persona jurídica privada, Administración Pública, entidad del sector público u organismo de otra índole que haya desarrollado o para quien un tercero haya desarrollado un sistema de inteligencia artificial, cuando lo introduzca en el mercado o lo ponga en servicio bajo su propio nombre o marca comercial en calidad de proveedor. Los proveedores podrán presentar uno o varios sistemas diferentes, pero solo podrán ser admitidos a participar en relación con uno de ellos.
- Los **usuarios** residentes o establecidos en España, definidos como las personas jurídicas (no así las físicas), Administraciones Públicas o entidades del sector público bajo cuya autoridad se utilice un sistema de inteligencia artificial. Los usuarios solo podrán acceder al *sandbox* si el proveedor correspondiente también lo hace.

La participación de proveedores y usuarios en el entorno controlado de pruebas, que siempre será voluntaria (y con libre retirada), requerirá efectuar una solicitud formal una vez que por resolución de la autoridad competente se publique la convocatoria correspondiente y se especifiquen los requisitos exigibles. Inicialmente, el real decreto atribuye esa función a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, si bien, la reciente aprobación del [Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de](#)

[Inteligencia Artificial por el Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto](#), podría llevar a que finalmente se adoptara una solución distinta.

3. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Uno de los temas que más preocupan es la protección de los datos, ya que a través de estos sistemas de IA se recopilan ingentes cantidades de datos que, a su vez, pueden contener información sensible o personal. De ahí que, para promover el desarrollo y el uso responsable, sostenible y confiable de la IA, se ha creado, entre otros, la [Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial](#), convirtiéndose España en el primer país de la Unión Europea en dotarse de una autoridad de este tipo, que será clave para asegurar que se cumple con lo establecido en la futura ley de IA, así como para supervisar la correcta interpretación de la misma.

De esta forma, en las propuestas presentadas en el marco del entorno controlado de pruebas, *deben definirse de forma clara las posiciones jurídicas de cada uno de los intervinientes respecto de los tratamientos de datos personales*, ya sea bien como responsables, corresponsables, encargados o subencargados del tratamiento, conforme establece el Reglamento (UE) 679/2016 (RGPD), cuya observancia no es desplazada, sino reforzada por el Real Decreto 817/2023, como así se desprende de su art. 16, de forma que tanto los proveedores de IA participantes como los usuarios participantes en el entorno controlado de pruebas respetarán las disposiciones de protección de datos aplicables. *El régimen de protección de datos de carácter personal en las actuaciones que se desarrollen en el marco de este entorno controlado de pruebas es el previsto tanto en el [Reglamento \(UE\) 679/2016, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016](#), relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), como en [la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales \(LOPDGDD\)](#), y, en lo que resulte de aplicación, en [la Ley Orgánica 7/2021, de 26 mayo, de protección de datos personales](#), debiendo quedar todos los datos personales que se traten en los sistemas privados de los proveedores de IA participantes o, en su caso, de los usuarios participantes, según corresponda, para comprobar los requisitos incluidos bajo dicha protección. Ello sin perjuicio de que alguno de los sistemas de alto riesgo indicados en el Anexo II del RD, que puedan participar en el entorno controlado de pruebas, deban tener un análisis previo de la licitud del tratamiento.*

Por tanto, la aceptación de participación en el entorno controlado de pruebas implicará reconocimiento del cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos. Por su parte, el Anexo IV del RD establece la obligación de presentar una declaración responsable con relación al cumplimiento de la normativa relativa a la protección

de datos personales y de aquella documentación que se estableciera en la convocatoria (Anexo V del RD).

Asimismo, los proveedores de IA y los usuarios participantes en el entorno controlado de pruebas deberán cumplir con lo previsto en la normativa de propiedad intelectual. La aceptación de la participación en el entorno controlado de pruebas implicará el compromiso y el reconocimiento del cumplimiento de [la normativa en materia de propiedad intelectual](#). En esta línea, la futura ley europea de IA establecerá requisitos de transparencia, imponiendo, tanto a las máquinas como a sus usuarios, la obligación de operar en conformidad con la legislación de derechos de autor vigente en la Unión Europea. De igual forma, se exigirá la publicación de resúmenes explicativos del contenido utilizado para entrenar a la inteligencia artificial junto con la obra correspondiente.

4. RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICIPANTES

Otra de las cuestiones que suscitan especial interés es la referida al *régimen de responsabilidad de los participantes*. Tanto el proveedor IA participante como, en su caso, el usuario participante serán responsables de los daños sufridos por cualquier persona como consecuencia de la aplicación del sistema de inteligencia artificial en el contexto del entorno controlado de pruebas, siempre que dichos daños deriven de un incumplimiento o cuando medie culpa, negligencia o dolo por su parte (art. 17.1 RD).

A este respecto, desde las instituciones europeas se han adoptado algunas propuestas, así, el Parlamento Europeo dictó una [Resolución, de fecha 16 de febrero de 2017](#), que contiene recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil en materia de robótica.

Esta resolución se hace eco del debate acerca de si la normativa general sobre responsabilidad civil es suficiente o si, por el contrario, se requieren normas y principios específicos que aporten claridad sobre las distintas responsabilidades de los agentes intervinientes, argumentando que, en el actual marco jurídico, los robots no pueden ser responsables de los actos u omisiones que causan daños a terceros, en tanto en cuanto las normas vigentes en materia de responsabilidad civil contemplan los casos en los que únicamente es posible atribuir la acción u omisión del robot a un agente humano concreto, ya sea el fabricante, el operador, el propietario o el usuario.

A su vez, en materia de responsabilidad, recomienda establecer un *régimen de seguro obligatorio*, que los fabricantes y propietarios de los robots estarían obligados a suscribir por los posibles daños y perjuicios causados por estos, abogando por la creación de un fondo de compensación para los casos en los que no se haya contratado el seguro. Esta medida permite que el fabricante, programador, propietario o usuario del robot pueda beneficiarse de un sistema de responsabilidad limitada, siempre y cuando este contribuya al fondo de compensación o bien suscriba conjuntamente un seguro que garantice la compensación de daños y perjuicios causados por los robots.

Finalmente, la resolución plantea crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para robots, de forma que al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, aplicando esa personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o sean capaces de interactuar con terceros de forma independiente.

Por su parte, la [Resolución de 2020 del Parlamento Europeo](#) incluye *recomendaciones a la Comisión sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de IA*. Esta resolución supone un nuevo paso en el proceso de regulación de la robótica y la inteligencia artificial. Es de las soluciones más novedosas en este ámbito a nivel mundial con su propuesta de un reglamento sobre IA que incluye una normativa especializada sobre la responsabilidad civil cuando el daño sea ocasionado por algún sistema inteligente.

En la propuesta de Reglamento, contenida en la citada resolución, el Parlamento parte de que la persona que cree, mantenga, controle, explote el sistema de IA ha de ser responsable del daño o perjuicio que cause el dispositivo o la actividad que lleve a cabo el mismo. Partiendo de esta premisa, el Parlamento entiende que la [Directiva 85/374 del Consejo sobre responsabilidad por los daños por productos defectuosos](#) puede aplicarse en relación con las reclamaciones por responsabilidad civil formuladas frente al productor de un sistema de IA defectuoso. La responsabilidad civil del operador se basa en el hecho de que este ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado al funcionamiento y la operación de un sistema de IA. Ahora bien, el riesgo predicable de los distintos sistemas de IA no es equivalente, así, para los sistemas de IA de alto riesgo (aquellos que funcionan de forma autónoma), la propuesta de Reglamento gira sobre un sistema de responsabilidad objetiva del operador, tal y como se recoge en el artículo 4. En cambio, el operador de un sistema de IA que no sea de alto riesgo estará sujeto a un régimen de responsabilidad subjetiva (artículo 8). En este último caso, el operador no será responsable cuando pueda demostrar que no tuvo culpa o negligencia en el daño causado.

María José CALVO SAN JOSÉ
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
calvo@usal.es

Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía [BOE-A-2023-26452]

LA VIVIENDA EN ESTE REAL DECRETO-LEY: PROTECCIÓN AL OCUPANTE SUJETO A UN PROCEDIMIENTO PENAL Y LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS DE DERECHOS A LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN Y LOS DERECHOS DE CRÉDITO

El presente trabajo examina críticamente las medidas en materia de vivienda dispuestas en el capítulo tercero del *Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía*. Habida cuenta de su contenido, estas no guardan relación con una necesidad sobrevenida derivada de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, como viene siendo habitual respecto del uso indebido por el poder ejecutivo —y su convalidación por el legislativo— de estas normas con rango de ley. Por el contrario, y como reflexión general a todas ellas, pudiendo resultar oportunas a corto plazo, generan incentivos negativos indeseados de reducción de la oferta de vivienda e incremento de los precios cuando se prorrogan sin solución de continuidad. Ello puede comprobarse en dos extremos: por una parte, en la prórroga de la suspensión de los lanzamientos a personas vulnerables sin alternativa habitacional desde 2016 y su ampliación en virtud del Real Decreto-Ley 8/2023 a las personas sin justo título para poseer sujetas a un procedimiento penal, respecto de la facultad de exclusión y la indebida protección al poseedor de mala fe; y, por otra parte, en la suspensión de la obligación del pago de los préstamos y créditos con y sin garantía hipotecaria a los afectados por la erupción volcánica en la isla de La Palma desde 2021, respecto de la tutela de los derechos de crédito —los remedios privados y la protección jurisdiccional—, con una esperable restricción de su concesión futura.

La primera medida, dispuesta en el art. 86 de la sección primera, versa sobre los avales para vivienda social o a precio asequible. Debemos destacar que el legislador confunde ambas categorías respecto del consenso europeo e internacional: por una parte, las viviendas a precio asequible solo están categorizadas en España, y se refieren a aquellas cuya renta o cuota del préstamo hipotecario no supera el 30 % de los ingresos de la unidad familiar; por otra parte, el concepto de vivienda social, utilizado a nivel internacional y por EUROSTAT, se refiere a aquellas viviendas de titularidad pública que están arrendadas a personas en situación de necesidad habitacional y económica. En este sentido, se dispone la creación de una línea de avales públicos —a cargo de la Administración General del Estado— para incrementar el parque de vivienda en alquiler social o a precio asequible —entendiendo el legislador como asimiladas ambas

categorías—, así como para mejorar el parque de vivienda ya existente en este ámbito. Los avales públicos, como es bien sabido, incrementan generalizadamente el coste de acceso a la vivienda, debido a la inobservancia de la solvencia como principal requisito.

En la sección segunda —arts. 87-90—, se establece la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ampliando el plazo y los sujetos beneficiarios de la suspensión de los lanzamientos para personas vulnerables sin alternativa habitacional pública. El deber de ofrecer esta alternativa habitacional, a la que se condiciona la suspensión de los lanzamientos, se atribuyó a las comunidades autónomas tras la aprobación de la [Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda](#) [BOE n.º 124, de 25-V-2023] (Argelich Comelles, C. 2023: [Ley por el derecho a la vivienda](#). 2.ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 1-454), así como su compensación —cuando previamente correspondía al Estado— y manteniendo la solicitud del propietario. Respecto del plazo de esta medida, se ha prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2024, en virtud del art. 87 del Real Decreto-Ley 8/2023. En cuanto a los beneficiarios de la suspensión de los lanzamientos, el ámbito subjetivo de aplicación de la medida comprende a los arrendatarios —de conformidad con el art. 675 LEC— e incorpora *ex novo* a las personas sin justo título para poseer —indica el legislador erróneamente «título habilitante» cuando ello se refiere al ejercicio de potestades administrativas— también por causa de un procedimiento penal del que derive el lanzamiento, sumándose al procedimiento declarativo de desahucio. Esta ampliación obedece a la reforma del art. 250.1 LEC, pero entra en clara contradicción con el art. 675 LEC y su modificación por la Ley 12/2023, puesto que prevé el despacho del lanzamiento de los ocupantes de mero hecho —referido a la ocupación ilegal— o sin título suficiente, como el arrendatario sujeto a un procedimiento declarativo de desahucio. El art. 89 determina los criterios de la compensación pública a dicha limitación administrativa de derechos, pues se produce una suspensión administrativa de la facultad de exclusión inherente al derecho de propiedad y límite en interés público del mismo, que por no suponer una limitación del dominio no requeriría compensación; recuérdese que la medida fue dispuesta en 2016, sucesivamente prorrogada, y que hasta 2020 no se procedió a compensar. El precepto indica que la compensación consistirá en el valor medio del arrendamiento de la vivienda respecto de su ubicación —determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler—, añadiendo los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador hasta el 31 de diciembre de 2024 o hasta el levantamiento de la suspensión por el órgano jurisdiccional. El problema que plantea esta compensación es su restricción inicial al índice de referencia del precio del alquiler, utilizado para el control de rentas y vinculado a su vez a la declaración administrativa de zonas de mercado residencial tensionado —con un control de rentas generalizado para cualquier tipo de arrendador—, pues se produce una determinación heterónoma inicial de la renta por la Administración que, acumulada a la limitación, con carácter general, de la actualización de la renta al 3 % para 2024 y a un índice elaborado por el INE —diferente al IPC y al IGC— a partir de 1 de enero de 2025, producirá como efecto

la «congelación de la renta», es decir, obligar *ex lege* a la percepción de una renta antieconómica sin compensación pública.

Finalmente, en el art. 91 de la sección tercera se establece la modificación del [Real Decreto-Ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma](#) [BOE n.º 239, de 6-X-2021], para cuyo análisis nos remitimos al siguiente trabajo ([Argelich Comelles, C. 2023: «Soluciones legales comparadas para erupciones volcánicas: los casos del Etna, el Stromboli y La Palma». Revista de Derecho Civil, 2023, x\(3\): 139-170](#)). En virtud del art. 91, se amplía el plazo de solicitud de las medidas de suspensión de las obligaciones de pago de intereses y principal para préstamos y créditos con y sin garantía hipotecaria a los afectados por la erupción volcánica en dicha isla hasta el 30 de enero de 2024, y se suspende, en seis meses adicionales, sus obligaciones de pago. Advertimos a este respecto que, si bien esta suspensión podía resultar adecuada inicialmente, su prórroga sucesiva impide la correcta tutela del derecho de crédito y una restricción a su futura concesión.

Cristina ARGELICH COMELLES
Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil, acreditada a Contratado Doctor
Universidad Autónoma de Madrid
cristina.argelich@uam.es

Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña [BOCG-15-B-32-1]

AMNISTÍA: APUNTES CONSTITUCIONALES Y PRINCIPALES ELEMENTOS PARA UNA DISCUSIÓN JURÍDICA

El 24 de noviembre de 2023 el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* publicaba el Acuerdo de la Mesa de la Cámara Baja de admitir a trámite la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña [[BOCG, núm. 32-1, de 24 de noviembre](#)], presentada a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista.

La proposición de ley no ha pasado desapercibida en la medida en que parte del debate jurídico-constitucional, político y social se centra en determinar si la amnistía entra dentro de la [potestad legislativa](#) de las Cortes (artículo 66.2 CE)¹. A mayor abundamiento, desde la óptica jurídica constitucional la discusión jurídica se centra en la constitucionalidad de un instrumento jurídico (amnistía) cuyo presupuesto de base es la extinción de la responsabilidad penal (y, no solo) de determinados delitos, con lo que ello supone indiciariamente de fractura de la [igualdad constitucional](#). Repárese en la definición de amnistía del [Diccionario de la Real Academia de la Lengua](#):

Amnistía: Del gr. ἀμνηστία *amnēstía*; propiamente ‘olvido’.

Primera acepción: «Perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores».

En la misma línea, consúltese la definición recogida en el [Diccionario panhispánico del español jurídico](#), a saber:

Amnistía

1. Constitucional. Forma de ejercicio del derecho de gracia que corresponde a los poderes públicos. A diferencia del indulto, que se basa en razones de equidad y se concede individualmente, la amnistía tiene naturaleza colectiva y se ordena normalmente por razones de orden público de carácter extraordinario como el término de una guerra civil o un período de excepción. El artículo 62² de la CE, prohíbe el otorgamiento de indultos generales.

2. Fiscal. Extinción por ley del derecho de crédito que ostenta la Hacienda pública frente a colectivos de obligados tributarios por razón de determinados tributos o hechos

1. El párrafo 2 del artículo 66 de la CE preceptúa: «Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución».

2. El artículo 62.i) de la CE dispone: «Corresponde al Rey: i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales».

tributarios. Constituye una ruptura de los principios constitucionales de generalidad, capacidad económica e igualdad de los tributos. También supone una excepción a lo establecido en el artículo 7.2³ de la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre [BOE-A-2003-21614], que prohíbe la concesión de exenciones, condonaciones, rebajas o moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda pública estatal salvo en los casos y formas previstos en las leyes.

3.- Derecho Administrativo sancionador. Extinción de la responsabilidad mediante una forma de ejercicio del derecho de gracia que supone la extinción de la infracción y de todas sus consecuencias. Como manifestación del derecho de gracia cuenta con un reconocimiento expreso en el artículo 62 de la CE, que únicamente proscribe el otorgamiento de indultos generales. En el ámbito administrativo sancionador es una figura en desuso, pues no se reconoce en la legislación básica estatal y ha desaparecido de la Ley General Tributaria, aunque todavía encontramos una mención a la amnistía en el artículo 19⁴ del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado [BOE-A-186-1216].

Las definiciones extractadas resultan ilustrativas a la hora de delimitar conceptualmente la amnistía, observándose conexiones con otros términos tales como condonación (perdón) de sanción, acto de clemencia, derecho de gracia, etc.

Con base en lo sucintamente referenciado a nivel conceptual, procede analizar el contenido de la *Proposición de Ley Orgánica* a efectos de concretar las principales dudas jurídicas, a nivel constitucional, que se suscitan y que, en cualquier caso, corresponderá al máximo intérprete constitucional aclarar si, llegado el momento, se articulan y plantean los procedimientos de control jurisdiccional de constitucionalidad establecidos al efecto por los sujetos legitimados, a saber: recurso de inconstitucionalidad⁵ y cuestión de inconstitucionalidad⁶.

3. La dicción literal del párrafo 2 del artículo 7 es del siguiente tenor: «Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública estatal, sino en los casos y formas que determinen las leyes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de esta ley».

4. El artículo 19.1 del Real Decreto 33/1986 dispone: «La responsabilidad disciplinaria se extingue con el cumplimiento de la sanción, muerte, prescripción de la falta o de la sanción, indulto y amnistía».

5. Véase el contenido del artículo 31 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Dispone textualmente: «El recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley podrá promoverse a partir de su publicación oficial».

6. Consúltese el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Preceptúa: «Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. Dos. El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez

Comienza la proposición de ley orgánica con una amplia «Exposición de motivos» en donde se trata de justificar la necesidad y la oportunidad de la norma en aras de «superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados» (p. 1) para mejorar la convivencia democrática y la cohesión social. De ahí que, en las primeras líneas, se delimite conceptualmente la amnistía en los siguientes términos:

Toda amnistía se concibe como una figura jurídica dirigida a excepcionar la aplicación de normas plenamente vigentes, cuando los actos que hayan sido declarados o estén tipificados como delito o determinantes de cualquier otro tipo de responsabilidad se han producido en un contexto determinado.

Repárese que el texto habla de «excepcionar» la aplicación de normas plenamente vigentes. Por tanto, constituye una anomalía en la normal observancia del principio de legalidad. Téngase en cuenta que «excepcionar» es un verbo transitivo y, en tal sentido, requiere de un objeto directo sobre el que el sujeto ejecuta la acción. En el caso concreto, a la hora de eximir del cumplimiento de normas vigentes. De ahí, la exigencia de analizar la proposición normativa con las máximas precauciones en la medida en que cabe inferir conflictos entre valores, principios y bienes jurídicos constitucionales de especial relevancia, a saber: legalidad, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, supremacía Constitucional y, su correlativo, de sometimiento de todos los poderes a la Constitución.

La proposición de ley orgánica alude a la facultad legislativa en la que se enmarca la iniciativa legislativa presentada. Una facultad legislativa que, si bien no se discute en tanto que es presentada por sujetos que ostentan la iniciativa legislativa por *mor* de lo preceptuado en el artículo 87 CE, resulta dudosa —en estrictos términos jurídicos— cuando se entra en la parte sustantiva (o contenido) de la ley. Téngase en cuenta que la Constitución, si bien no prohíbe la amnistía, sí lo hace en lo que atañe a los indultos generales. En este sentido, y con las distancias a nivel cualitativo entre una y otra figura, sí se enmarcan sendos instrumentos jurídicos en el marco del llamado derecho de gracia. En cualquier caso, repárese que es el propio Tribunal Constitucional el que cataloga la amnistía como una «operación excepcional» (STC 147/1986, de 25 de noviembre [BOE, núm. 295, de 10 de diciembre de 1986] (FJ. 2))⁷. Por tanto, cabría pensar en la nece-

concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión [...].»

7. Véase el FJ.2 de la STC 147/1986 en donde el máximo intérprete constitucional señala: «[...] Como ya ha tenido ocasión de afirmar este Tribunal, la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa —en sentido amplio— que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento

sidad de una habilitación constitucional específica o, en su caso, en un enjuiciamiento constitucional más estricto que el que se lleva a cabo ante dudas de constitucionalidad otro tipo de disposiciones normativas con fuerza de ley.

Continuando con el análisis de la exposición de motivos, en el párrafo cuarto se señala que la «amnistía» forma parte de nuestra tradición jurídica, indicando como antecedente inmediato la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía [[BOE-A-1977-24937](#)]. En este sentido, conviene significar las distancias entre una y otra situación (y su contexto), en tanto que presupuesto para el posterior pacto de reconciliación tras la dictadura.

Los mismos comentarios serían extensibles en lo que atañe a las referencias que la exposición de motivos recoge sobre ejemplos de amnistía en nuestro entorno europeo citando expresamente los ejemplos de Italia, Francia y Portugal, así como en el ámbito de la Unión Europea en donde se alude a la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros [[DOUE-L-2002-81377](#)]. En concreto, sobre esta última disposición es la cita del artículo 3 la que cobra protagonismo. Dispone textualmente:

Artículo 3. Motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea
La autoridad judicial del Estado miembro de ejecución (denominada en lo sucesivo «autoridad judicial de ejecución») denegará la ejecución de la orden de detención europea en los casos siguientes:

1) Cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución si éste tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho penal [...]

A nivel jurisprudencial, la exposición de motivos extracta referencias a pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-665/20 PPU, de 29 de abril de 2021; asunto C-203/20, de 16 de diciembre), en donde la idea que subyace es el encaje europeo de amnistías cuyo objetivo es despojar de carácter delictivo a los hechos sobre los que se aplica resultante de un procedimiento de índole legislativa. En los mismos términos cabría aludir a la referencia que la exposición de motivos recoge sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tribunal que reconoce la validez y la oportunidad política de la amnistía, fijando, eso sí, límites cuando se trata de «graves

de consolidación de los nuevos valores a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común. En unos casos —normalmente para relaciones en las que el Estado aparece involucrado como poder público—, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina «derogación retroactiva de normas», haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado, con todas las secuelas, con lo que puede decirse que el derecho revive con carácter retroactivo; no obstante, la amnistía no deja de serlo por tener efectos más limitados, y ello sucede especialmente en relación con relaciones sometidas a un régimen jurídico privado, en las que se pretende las más de las veces conceder en el presente, y para el futuro, una serie de derechos».

violaciones de los derechos humanos» al tratarse de hechos que «no pueden quedar al margen de la obligación de los Estados de enjuiciarlos y sancionarlos» [sentencia de 27 de mayo de 2014, de la Gran Sala, [dictada en el caso Margus contra Croacia](#)].

Desde estas premisas normativas y jurisprudenciales a nivel europeo se articula normativamente la proposición de ley orgánica objeto de análisis en estas líneas. Una proposición normativa que remarca su plena constitucionalidad con base en pronunciamientos previos del máximo intérprete constitucional español, a saber: STC 28/1982, de 26 de mayo; STC 63/1983, de 20 de julio; STC 116/1987, de 7 de julio, etc. Pero, es más, la exposición de motivos hace especial hincapié en la opción legislativa en el marco de leyes singulares, que, si bien son (y deben ser) excepcionales, no impide —a juicio de los proponentes de la iniciativa legislativa— «dictar [...] preceptos específicos para supuestos únicos o sujetos concretos».

Ahora bien, ¿cuál es el canon de constitucionalidad que debe sortear normas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agota su contenido y eficacia en la adopción y la ejecución de la medida articulada por el legislador para un supuesto de hecho determinado, aislado en una ley singular? ¿Cómo opera o debe operar el principio de igualdad constitucional en este caso? ¿Cómo justificar un tratamiento diferente en la norma y desde la norma ante unos mismos hechos para personas que se encuentran comprendidas en el supuesto habilitante de la norma con relación a personas fuera de ese supuesto habilitante? ¿Cuál es el elemento de comparación y su justificación constitucional?

Repárese que la proposición normativa se encuentra articulada en tres títulos, dieciséis artículos, dos disposiciones adicionales y una disposición final.

En lo que atañe al contenido sustantivo de la proposición de ley orgánica resulta de interés focalizar la atención en el artículo 1, que regula el ámbito objetivo de aplicación. Dispone textualmente:

Artículo 1. Ámbito objetivo

1. Quedan amnistiados los siguientes actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de enero de 2012 y 13 de noviembre de 2023, así como las siguientes acciones cometidas entre estas fechas, aunque no se encuentren directamente relacionadas con estas consultas o incluso hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración [...].

A continuación, el precepto normativo recoge un elenco de actos amnistiados en el marco del proceso independentista como los que siguen: actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos. Entre estos actos se citan expresamente los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra;

actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el párrafo anterior; los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza, desórdenes públicos, atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos o resistencia que hubieran sido ejecutados con el propósito de permitir la celebración de las consultas populares a que se refiere la letra b) del presente artículo o sus consecuencias, así como cualesquiera otros actos tipificados como delitos realizados con idéntica intención, etc.

En lo que atañe al grado de ejecución de los actos amnistiados, el párrafo 2 del artículo 1 lo deja claro: «Los actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable amnistiados en virtud del apartado 1 de este artículo lo serán cualquiera que sea su grado de ejecución, incluidos los actos preparatorios, y cualquiera que fuera la forma de autoría o participación». Obviamente, la norma recoge unos supuestos en los que no se aplicará la amnistía (excepciones), entre los que cabe citar expresamente los actos dolosos contra las personas que hubieran producido un resultado de muerte, aborto, lesiones al feto, pérdida o inutilidad de un órgano o miembro, etc. En los mismos términos, se citan los actos tipificados como delitos de torturas o tratos inhumanos o degradantes, así como los actos tipificados como delitos de terrorismo tipificados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal siempre y cuando haya recaído sentencia firme.

Especial atención cabe prestar al Título II de la proposición normativa, en donde es el artículo 3 el que regula los efectos de la aplicación de la ley de amnistía, a saber: la extinción de la responsabilidad penal, administrativa o contable. Los artículos que siguen regulan los efectos específicos sobre la responsabilidad penal (art. 4) con una apelación directa al órgano judicial competente en cuanto a su ejecución, efectos sobre la responsabilidad administrativa (art. 5), efectos sobre indemnizaciones y restituciones (art. 7), efectos sobre la responsabilidad civil y contable (art. 8), así como la competencia y procedimiento para la aplicación de la amnistía (art. 9, Título III).

Se está, sin duda, ante una proposición normativa que no ha pasado desapercibida para nadie y cuya tramitación parlamentaria evidencia la complejidad jurídica de la misma para que tenga encaje constitucional. Ténganse en cuenta, sobre este particular, las [Observaciones Técnicas a la Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña](#) (núm. expediente 122/19), de fecha 10 de enero, emitidas por los letrados de las Cortes Generales adscritos a la Comisión de Justicia. Un informe cuya lectura resulta pertinente en esta fase de tramitación parlamentaria. Máxime porque plantea dudas relativas a que la amnistía previa a la Constitución formara parte del pacto constitucional originario, siendo esta la premisa a partir de la cual se pueda deducir que la amnistía «como figura jurídica esté permitida por la Constitución, abierta al ámbito de la decisión del legislador». El informe alerta del desbordamiento que el contenido de la actual proposición de ley de amnistía supone en lo que afecta a la naturaleza jurídica de «leyes singulares». Repárese que los letrados de la Comisión de Justicia hacen hincapié en que su contenido

material no se dirige en todo o en parte a la actividad ejecutiva o administrativa (como en supuestos previos que cuentan con aval constitucional), sino que incide de forma directa en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida en exclusiva a juzgados y tribunales (art. 117.3 CE).

Llegados a este punto, habrá que estar a la tramitación parlamentaria de la norma y a las modificaciones que se incorporen en su articulado final tras haber sido devuelta a la Comisión de Justicia con fecha 30 de enero de 2024 al no contar con el aval parlamentario en una primera votación, al ser votada en contra por los grupos parlamentarios JxCat, PP y Vox del Congreso.

El debate jurídico y, específicamente, jurídico-constitucional se torna interesante a la par que enriquecedor a los efectos de determinar si, finalmente, la norma gozará de encaje constitucional o, por el contrario, su contenido excederá los límites constitucionales articulados por el poder constituyente.

María Concepción TORRES DÍAZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Constitucional y abogada
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres

[BOCG-15-A-1-1]

LA NECESARIA EXIGENCIA DE LA PARIDAD EN LOS ÁMBITOS DE TOMA DE DECISIONES Y PUESTOS DE RESPONSABILIDAD

El 15 de diciembre de 2023 el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* publicaba el Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres [[XV Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley. 15 de diciembre de 2023. núm. 1-1](#)]. Un proyecto de ley que se torna clave para avanzar en la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el momento actual. Máxime si se tiene en cuenta que su ámbito de acción no es otro que el de la toma de decisiones. Un ámbito prioritario si a lo que se aspira es a consolidar la senda iniciada en 2007 con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y es que si algo ha quedado claro en estos últimos 15 años es que son necesarias las políticas de acción positiva para avanzar en igualdad y para visibilizar la presencia y las aportaciones de las mujeres en distintos ámbitos. De ahí la importancia del proyecto normativo presentado en tanto en cuanto pretende incidir en la esfera de la toma de decisiones. Una esfera central, pero que, sin embargo, ha ocupado un lugar secundario en la senda igualitaria.

La exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica alude a la calidad de un sistema democrático, vinculando dicha calidad con el «grado de igualdad de mujeres y hombres». Recuerda el sustento constitucional del principio de igualdad (arts. 9.2¹ y 14² CE), así como la proscripción de toda forma de discriminación³ en atención a la nor-

1. La dicción literal del párrafo 2 del artículo 9 de la CE es del siguiente tenor: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

2. El artículo 14 de la CE dispone: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

3. Especial atención cabe prestar a la dicción literal del artículo 1 de la CEDAW. El precepto reza lo siguiente: «A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

mativa internacional (CEDAW, 1979). Más reciente en el tiempo, alude a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (ONU, 2015) en aras de garantizar las mismas oportunidades a mujeres y niñas respecto a hombres y niños. En este punto, la exposición de motivos se detiene en el objetivo 5: «lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas». En el marco europeo, el proyecto normativo se hace eco de la Recomendación Rec (2003)3 del Comité de Ministros-as sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas y públicas, pres-tando especial atención a la delimitación conceptual de «participación equilibrada». Significa lo siguiente:

[...] una tasa de participación de al menos el cuarenta por ciento de cada sexo en los puestos de representación y decisión como umbral de paridad para eliminar posibles sesgos de género en los procesos de toma de decisiones.

Especial mención cabe realizar a la [Recomendación sobre «Igualdad de Género en la Vida Pública» de la OCDE \(2015\)](#), en donde se insta a los Estados miembros a avanzar en el equilibrio de mujeres y hombres «al nivel más alto en la vida pública desarrollando un marco integral que favorezca una representación equitativa de mujeres y hombres en cargos decisorios y otros puestos de responsabilidad en instituciones públicas». Como medidas específicas para alcanzar el objetivo anterior la OCDE alude a la necesidad de adoptar medidas reguladoras o voluntarias globales para impulsar la igualdad de género en órganos parlamentarios y ejecutivos, incluidos los comités parlamentarios y los puestos directivos. Como ejemplos de buenas prácticas la OCDE cita el establecimiento de cuotas o cupos, leyes paritarias, sistemas de alternancia entre candidatos de distinto sexo en las listas de partido, vincular la financiación pública de los partidos con el porcentaje de hombres y mujeres entre sus candidatos, etc. En la misma línea, se insta a medidas que permitan un acceso equitativo a los puestos de alto funcionariado público y nombramientos judiciales; implantar prácticas laborales respetuosas con la conciliación entre la vida laboral y personal al más alto nivel de las instituciones públicas y favorecer la instauración de unas condiciones de trabajo que tengan en cuenta la perspectiva de género; hacer un seguimiento sistemático del estado de la representación equitativa según el sexo en las instituciones públicas, incluidos los puestos directivos y los distintos grupos y categorías ocupacionales, así como estudiar medidas que den respuestas a las causas originarias de la escasa representación femenina en cargos decisorios y puestos de responsabilidad.

Las propuestas de la OCDE permiten inferir lo mucho que queda por avanzar en la senda igualitaria en un ámbito muy concreto como es en la toma de decisiones y puestos de responsabilidad. Repárese que en España desde el año 2007⁴ contamos con una norma que fue pionera en políticas de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

4. Consúltese la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [[BOE-A-2007-6115](#)].

Una ley-código troncal (avalada constitucionalmente)⁵ que ha resultado clave en estos últimos 15 años, pero que evidencia que todavía quedan reductos resistentes a la incorporación paritaria de mujeres en lo que atañe a los puestos de responsabilidad y toma de decisiones. Un claro ámbito de ejercicio de poder. En este contexto, el proyecto normativo presentado se torna imprescindible para romper el «techo de cristal» existente. Y es que no se puede hablar de igualdad efectiva y real de las mujeres si en las esferas de poder y toma de decisiones la presencia de estas se mueve ajena a la horquilla de mínimos que supone la presencia y/o composición equilibrada (40-60).

En estos términos se expresó la Comisión para la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW) en el 65.º periodo de sesiones en marzo de 2021 en donde bajo el rótulo «[La participación de las mujeres y la adopción de decisiones por ellas de forma plena y efectiva en la vida pública](#)» coligió pedir a los gobiernos el establecimiento de objetivos específicos para alcanzar el equilibrio en el ejercicio del poder ejecutivo, legislativo y judicial, en todos los niveles y áreas, así como acciones positivas y medidas temporales especiales apropiadas, como cuotas, designaciones o programas de prácticas.

Teniendo en cuenta las anteriores premisas, el proyecto normativo se acomoda a una serie de principios como son los de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. Como recoge su exposición de motivos, los principios de necesidad y eficacia son claros en la medida en que se trata del único instrumento jurídico capaz de poder garantizar la representación paritaria y la participación equilibrada en órganos de gobierno y de decisión, tanto en el sector público como en el privado. En lo que atañe al principio de proporcionalidad, las modificaciones normativas previstas en normas tan importantes como la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del [Régimen Electoral General](#); Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del [Tribunal Constitucional](#); Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del [Consejo de Estado](#); Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el [Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal](#); Ley Orgánica 2/1982, de 1 de mayo, del [Tribunal de Cuentas](#); Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del [Poder Judicial](#); Ley 40/2015, de 1 de octubre, del [Régimen Jurídico del Sector Público](#); Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre [Colegios Profesionales](#), y Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del [Gobierno](#), se adecúan a la doctrina constitucional en materia de igualdad y no discriminación. Por su parte, el principio de seguridad jurídica se refuerza al concretar el porcentaje de personas del sexo menos representado que será exigible en las listas electorales, en la designación

5. Véase la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 4069-2007 y recurso de inconstitucionalidad 5653-2007 (acumulados). Promovidos por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife y por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, en relación con el artículo 44 bis y concordantes de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, redactados por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [[BOE-T-2008-3852](#)].

de personas titulares de vicepresidencias, de ministerios, de otros órganos superiores y directivos, etc.

Centrando las líneas que siguen en las modificaciones normativas específicas se rían de destacar las siguientes:

1. Modificación del artículo 44bis de la LO 5/1985, de 19 de junio. La propuesta queda recogida en los siguientes términos: «1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados y diputadas al Congreso, municipales, de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares, diputados y diputadas al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición paritaria de mujeres y hombres, integrándose las listas por personas de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa. 2. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en el anterior apartado [...]».
2. Modificación del apartado 1 del artículo 16 de la LO 2/1979, de 3 de octubre. La propuesta queda concretada como sigue: «Uno. Los Magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por el Rey, a propuesta de las Cámaras, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, en las condiciones que establece el artículo ciento cincuenta y nueve, uno, de la Constitución. Los órganos que han de realizar las propuestas de nombramiento garantizarán el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, de forma que aquellas incluyan como mínimo un cuarenta por ciento de cada uno de los sexos. Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara».
3. Modificación del artículo 7 de la LO 3/1980, de 22 de abril. La redacción propuesta se articula de la siguiente forma: «En el nombramiento de los Consejeros Permanentes se garantizará el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres de forma que cada uno de los sexos suponga como mínimo el cuarenta por ciento de aquéllos».
4. Modificación del apartado Uno del artículo 14 de la Ley 50/1981, de 30 de noviembre. La redacción propuesta es la siguiente: «Uno. El Consejo Fiscal se constituirá, bajo la Presidencia del Fiscal General del Estado, por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, el Fiscal Jefe Inspector y nueve Fiscales pertenecientes a cualquiera de las categorías. Todos los miembros del Consejo Fiscal, excepto el Fiscal General del Estado, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector, se elegirán, por un periodo de cuatro años, atendiendo al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, de forma que cada uno de los sexos suponga como mínimo el cuarenta por ciento de los Vocales electos, por los miembros del Ministerio Fiscal en servicio activo, constituidos en un único colegio electoral en la forma que reglamentariamente se determine».
5. Modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 567 de la LO 6/1985, de 1 de julio. La modificación articulada es del siguiente tenor: «1. Los veinte Vocales del Consejo General del Poder Judicial serán designados por las Cortes Generales del modo establecido en la Constitución y en la presente Ley Orgánica, atendiendo al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres. 2. Cada una de las Cámaras elegirá,

por mayoría de tres quintos de sus miembros, a diez Vocales, cuatro entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión y seis correspondientes al turno judicial, conforme a lo previsto en el Capítulo II del presente Título. En dicha elección, cada una de las Cámaras garantizará el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres de forma que entre los diez vocales se incluya como mínimo un cuarenta por ciento de cada uno de los sexos».

6. Modificación del artículo 12 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. La propuesta normativa reza lo siguiente: «2.bis. En el nombramiento de las personas titulares de las Vicepresidencias y los Ministerios se garantizará el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, de forma que cada uno de los sexos suponga como mínimo el cuarenta por ciento en su conjunto».

Sin ánimo de agotar todas las referencias propuestas de modificación normativa que incorpora el proyecto normativo, sucintamente cabría colegir lo siguiente:

- a) Los datos estadísticos de organismos internacionales y nacionales relacionados con la presencia de mujeres y hombres en las más altas esferas de representación y participación política evidencian la necesidad de la norma proyectada en la medida en que se advierte una infrarrepresentación de mujeres en la toma de decisiones y puestos de responsabilidad.
- b) Los mismos comentarios serían extensibles teniendo en cuenta la normativa afecta a nivel internacional que hace incompatible hablar de «democracia avanzada» si la igualdad de mujeres y hombres no está garantizada.
- c) El proyecto normativo diferencia entre paridad y representación y/o composición equilibrada. De ahí que se haga necesario analizar en qué términos la exigencia normativa habla de paridad y en qué supuestos la exigencia va a ser presencia equilibrada. Esta diferencia resulta clave si de lo que se trata es de visibilizar a las mujeres y sus aportaciones.
- d) Se observa que el proyecto normativo utiliza un lenguaje no inclusivo, advirtiéndose del uso del masculino genérico, lo que no resulta acorde con la visibilidad y presencia de las mujeres. Repárese que se habla de «magistrados», «diputados», etc.
- e) Se hace necesario incorporar mecanismos de evaluación del impacto de la norma proyectada una vez entre en vigor, así como mecanismos de supervisión y exigencia para garantizar su cumplimiento.

Al hilo de lo expuesto, bienvenido el proyecto normativo. No obstante, habrá que esperar a ver en qué términos queda tras su tramitación parlamentaria y su publicación definitiva en el *Boletín Oficial del Estado*. Será a partir de ese momento cuando cabrá realizar análisis que permitan profundizar más en la naturaleza jurídica de los cambios normativos incorporados en materia de igualdad y en su eficacia jurídica.

María Concepción TORRES DÍAZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Constitucional y abogada
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Reforma del artículo 49 de la Constitución española, de 15 de febrero de 2024 [BOE-A-2024-3099]

DEUDA CONSTITUCIONAL HISTÓRICA: RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PLENITUD DE TODOS SUS DERECHOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El 17 de febrero de 2024 el *Boletín Oficial del Estado* publicaba la reforma del artículo 49¹ de la Constitución española [BOE-A-2024-3099]. Como se recoge en su preámbulo, una de las manifestaciones concretas del reconocimiento constitucional de la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad se circunscribe en el pleno reconocimiento de todos los derechos a las personas con discapacidad. De ahí la relevancia de la reforma constitucional aprobada. Una reforma incuestionable e inaplazable tras cuarenta y cinco años de vigencia constitucional.

Repárese que la redacción anterior del artículo 49 CE era la que sigue:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Tras la reforma aprobada en 2024 su dicción literal es la siguiente:

1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.
2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.

Se observa como el núcleo de la reforma constitucional se centra básicamente en eliminar la palabra «disminuidos» e incorporar la expresión «personas con discapacidad». El cambio no es menor. Máxime porque desde el punto de vista del imaginario simbólico utilizar el adjetivo «disminuidos» insta a pensar en aptitudes o capacidades en grado anormal a lo normal². En este contexto, repárese en que la Real Academia de

1. Véase la Reforma del artículo 49 de la Constitución española, de 15 de febrero de 2024, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 17 de febrero de 2024. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2024-3099>

2. Véase la definición de la Real Academia de la Lengua, en su primera acepción: «1. adj. Que ha perdido fuerzas o aptitudes, o las posee en grado menor a lo normal». Disponible en: <https://dle.rae.es/disminuido>

la Lengua (RAE) enmendó en 2020 la acepción del término «discapacidad»³ en los siguientes términos: «Situación de la persona que por sus condiciones físicas o mentales duraderas se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social». En la misma línea cabe citar expresamente la atención particular que en sede constitucional se reconoce a mujeres y menores con discapacidad. Sin duda, un guiño a la perspectiva de género y a la perspectiva en la infancia como metodología de análisis jurídico.

La reforma constitucional acometida permite poner en valor los avances normativos a nivel internacional que han venido redundando en un refuerzo a la hora de proteger a las personas con discapacidad. En este sentido, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴ (Nueva York, 2006, ratificada por España en 2007) supuso un punto de inflexión. Téngase en cuenta que en su articulado delimita normativamente «discriminación por motivos de discapacidad», entendiéndose por tal «[...] cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables». Por remisión y, como forma de discriminación, repárese en los términos en los que define «ajustes razonables» como motivo de discriminación, a saber: «Se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». Otro apartado a reseñar es el centrado en los principios de actuación que recoge la norma. Principios que operan como mandatos de optimización a todos los operadores públicos: respeto a la dignidad, autonomía individual, libertad en la toma de decisiones, no discriminación, participación e inclusión plena en la sociedad, respeto a las diferencias, igualdad de oportunidades, accesibilidad, igualdad de mujeres y hombres, respeto a la evolución de las facultades de niños y niñas con discapacidad y derecho a preservar su identidad.

3. Otras definiciones sobre personas con discapacidad pueden consultarse en el *Diccionario panhispánico del español jurídico*. En el ámbito administrativo y laboral la delimitación conceptual recogida es la siguiente: «Persona que presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. A todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %».

4. Consúltese el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

Directamente conectada con la reforma constitucional acometida en España, la Convención de Naciones Unidas insta a los Estados partes a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. Ténganse en cuenta los términos en los que el texto constitucional apelaba a personas con discapacidad.

Obsta señalar que la reforma constitucional llevada a cabo encuentra sustento infraconstitucional en leyes como la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [[BOE-A-2011-13241](#)], así como en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre [[BOE-A-2013-12632](#)].

Entre las modificaciones normativas incorporadas en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, cabe significar la modificación del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. La norma define «igualdad de oportunidades» como

la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Especial mención cabría realizar a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las prohibiciones de discriminación. Estableciéndose en su artículo 21 que la persona que sufra una conducta discriminatoria por razón de discapacidad tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En este contexto normativo, resulta de interés citar la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [[BOE-A-2022-11589](#)]. El artículo 2 recoge el ámbito subjetivo de aplicación, precisándose lo siguiente:

Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Junto al precepto mentado, es el artículo 4 el que delimita normativamente el llamado «derecho a la igualdad de trato y no discriminación». Dispone:

[...] queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

Obsérvese que alude —como forma de discriminación— a la denegación de ajustes razonables.

Volviendo al contenido de la reforma constitucional, conviene significar que la misma fue tramitada como proposición de ley por el procedimiento de lectura única⁵ a tenor de lo dispuesto en el artículo 167⁶ de la Constitución española, habiéndose obtenido, en votación final, la mayoría de tres quintos⁷ prevista en el mentado precepto constitucional. En concreto, los votos a favor en el Congreso fueron 312 a favor y 32 en contra. Se trata de la tercera reforma de la Constitución de 1978. La primera con contenido social. De ahí su relevancia en la medida en que reconoce sin ambages la subjetividad jurídica y política de las personas con discapacidad.

5. Consúltese el artículo 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados-as [BOE-A-1982-5196]. Dispone textualmente: «1. Cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita, el Pleno de la Cámara, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar que se tramite directamente y en lectura única. 2. Adoptado tal acuerdo se procederá a un debate sujeto a las normas establecidas para los de totalidad, sometiéndose seguidamente el conjunto del texto a una sola votación. 3. Si el resultado de la votación es favorable, el texto quedará aprobado y se remitirá al Senado. En caso contrario, quedará rechazado».

6. La dicción literal del artículo 167 de la CE es del siguiente tenor: «1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquier de las Cámaras».

7. Consúltese la aprobación por el Pleno del Congreso recogida en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados), de fecha 23 de enero de 2024. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-56-4.PDF

Por tanto, bienvenida esta reforma constitucional. Una reforma necesaria y que constituía una deuda histórica a nivel social, específica pero no exclusivamente, para las personas con discapacidad. En este punto cabe recordar las reformas previas acaecidas en 1992 y 2011, respectivamente:

1. Reforma del artículo 13.2 CE que consistió en añadir la expresión «y pasivo» referida al ejercicio del derecho de sufragio de las personas extranjeras en las elecciones municipales. El 7 de julio de 1992 los Grupos Parlamentarios Socialistas, Popular, Catalán (Convegència i Unió), de Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya, del CDS, Vasco (PNV) y Mixto presentaron conjuntamente una proposición de reforma del artículo 13, solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia⁸.
2. Reforma del artículo 135 de la Constitución. El 28 de agosto de 2011 los Grupos Parlamentarios Sociales y Popular en el Congreso de los Diputados-as presentaron conjuntamente una proposición de reforma solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia y de lectura única en el Pleno. La reforma se publicó en el BOE el 27 de septiembre de 2011 [[BOE-A-2011-15210](#)].

Llegados a este punto, se hace necesario pensar en futuras reformas constitucionales más ambiciosas, siendo conscientes de las dificultades de su acometimiento cuando dichas reformas requieren una tramitación agravada vía artículo 168 CE. En este punto, y sin perjuicio de otras consideraciones, resulta obligado volver sobre las propuestas recogidas en el *Informe del Consejo de Estado*⁹ de febrero de 2006.

María Concepción TORRES DÍAZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Constitucional y abogada.
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

8. Puede ampliarse información en la siguiente dirección url. Disponible en: https://app.congreso.es/consti/constitucion/reforma/primera_reforma.htm

9. Puede consultarse en el informe en la siguiente dirección url. Disponible en: <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/02/MODIFICACIONES-CONSTITUCION-ESP-1.pdf>

Consideraciones a la exclusión de la industria audiovisual del Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior [DOUE-L-2018-80417]

El sector audiovisual y su *corolario* —el cine, principalmente— han acogido positivamente el mantenimiento de la exclusión de esta industria del ámbito de aplicación del Reglamento de bloqueo geográfico.

En este sentido, en fechas recientes, el Parlamento Europeo ha votado a favor de la no inclusión de la industria audiovisual en el Reglamento precitado. Dicho de otro modo, se ha mantenido el *statu quo* que preceptúa su artículo 1.3: «El presente Reglamento no se aplica a las actividades mencionadas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2006/123/CE»¹.

De este modo, el artículo 2 de la directiva, que regula el ámbito de los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro, estipula en su apartado segundo la exclusión de una serie de actividades de su ámbito de aplicación («La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes [...]», entre las que se encuentran: «los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión», tal y como se recoge en la letra g) de este apartado.

La votación en favor del mantenimiento de la exclusión de esta categoría de servicios se ha producido como consecuencia del proceso de reevaluación al que está sometida la legislación europea, en general, y este reglamento, en particular, tal y como recoge en su considerando 37:

El presente Reglamento debe ser objeto de evaluación periódica con el fin de que se propongan modificaciones cuando sean necesarias. Esas evaluaciones deben tener en cuenta el impacto global del presente Reglamento sobre el mercado interior y el comercio electrónico transfronterizo. La primera evaluación debe concentrarse en valorar la posible ampliación de la prohibición de condiciones generales de acceso diferentes a los servicios prestados por vía electrónica, incluidos aquellos cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y permitir su utilización, a condición de que el comerciante tenga los derechos necesarios para los territorios de que se trate.

1. Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [DOUE L 376/36].

A su vez, cabe afirmar que esta reevaluación de la normativa europea en materia de uso del bloqueo geográfico se justifica en el contexto de transformación digital y en el crecimiento del comercio electrónico experimentados en los últimos años.

A la votación en favor de la no inclusión de los servicios audiovisuales en el ámbito de aplicación de este reglamento le ha precedido una carta, dirigida al Parlamento, que firma una representación de actores destacados de la industria audiovisual (por ejemplo, entre otros, Telefónica, La Liga, Paramount o la SGAE²).

Sustentado, por tanto, en una posición en bloque en contra de la prohibición de la tecnología que permite discriminar el uso geográfico, cinco son, en esencia, las razones que motivan la firma de este documento:

- i) el riesgo de que disminuya la cantidad y calidad del contenido audiovisual;
- ii) la posibilidad de que se reduzca la variedad de idiomas empleados en las producciones audiovisuales;
- iii) la contingencia de una menor circulación y distribución de contenido europeo;
- iv) el impacto negativo en el usuario de estos servicios, al contar con una potencial reducción de la oferta de contenido audiovisual y un incremento de precios, y
- v) la cualidad de pequeña y mediana empresa («pyme») y de creadores independientes, que conforman el grueso del tejido de operadores, y que genera dos millones de empleos y cuarenta y siete millones de euros de ingresos.

Enraizada en la *exception culturelle française* (cuyo devenir parte de la segunda mitad del s. XX) la industria audiovisual europea está nucleada en torno a una hipernormativización que trata de conjugar las fricciones que a menudo se producen por parte de los actores que convergen en un entorno de fuerte competencia.

En este sentido, y con vocación de cohesión la divergencia de intereses que se concitan en el sector audiovisual y de tratar de reparar con denuedo la asimetría jurídica en la que se encontraban los operadores tradicionales (por ejemplo, entre otros muchos, los radiodifusores públicos y privados) respecto a otros actores (prestadores de servicios de comunicación audiovisual a través de *streaming*, por ejemplo), el legislador europeo promulgó la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual³.

Como se comprueba, la protección sobre la industria audiovisual ha sido objeto de desvelos continuos para el legislador, y no es para menos, teniendo en cuenta su fuerte implicación con derechos y libertades fundamentales (*ad. ex.* artículos 16, 19 o 20 CE o 9 o 10 CEDH). Se ha ido robusteciendo paulatinamente con la introducción progresiva de salvaguardias que acorazan la naturaleza primigenia de los servicios que prestan, elementos basilares conformadores de opinión pública.

2. Acrónimo que hace referencia a la Sociedad General de Autores y Editores.

3. Directiva (UE) 2018/1808, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018.

Precisamente, en el núcleo de los servicios de radiodifusión radican principios normativos y derechos fundamentales que expresamente se mencionan en el reglamento objeto de este comentario, tal y como queda plasmado en el considerando 21:

Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento tiene por objeto restringir la libertad de expresión ni la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, incluida la libertad de prensa, tal como están garantizados en la Unión y en los Estados miembros, y en particular en virtud del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...].

Al respecto, cristaliza esta vocación del legislador europeo en la reciente propuesta de Reglamento Europeo de Libertad de Medios de Comunicación —*European Freedom Media Act*, en inglés—, que recoge, precisamente, el *guante* del sentido expuesto.

El contexto geopolítico de la UE determina, según se justifica en la Exposición de Motivos (EM) de la propuesta de Ley de Libertad de Medios, que el legislador europeo refuerce el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación, un pilar básico de la democracia, el Estado de derecho y la economía del espacio europeo común.

Abundando en lo anterior, previsiblemente, el futuro reglamento tendrá un impacto enorme en España, puesto que eventualmente repercutirá en modificaciones de la actual ley de referencia de los medios de comunicación —la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta—, un texto legal que sigue en vigor, a pesar de tratarse de una norma preconstitucional. Difícil es pensar que, en contexto político actual, el legislador orgánico tenga a bien, o simplemente pueda, desarrollar una nueva ley de prensa e imprenta acorde a la coyuntura sociojurídica actual.

Por lo tanto, el mantenimiento de la exclusión de los servicios audiovisuales del Reglamento de Bloqueo Geográfico es una medida que contribuye al natural desenvolvimiento de las dinámicas propias y particulares de la industria audiovisual, con modelos de negocio cada vez más sustentados en economías de escala.

No puede soslayarse el hecho de que el sector ya cuenta con una suficiencia de contrapesos normativos que protegen la esencia de su actividad (por ejemplo, el establecimiento de mínimos de producción propia supone una importante salvaguarda de la cultura de un territorio), de ahí que deba aplaudirse la eliminación de cortapisas al potencial que representan las actividades económicas transfronterizas para la industria audiovisual.

Laura CABALLERO TRENADO
Doctora acreditada a TU (Derecho Mercantil, UNED)
Abogada (ICAM)
lcaballero@der.uned.es

Antonio FÉREZ SALINAS
Funcionario del Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado
antonio.ferez@correo.gob.es

**Real Decreto 611/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba
el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual
[BOE-A-2023-16215]**

AVANCES EN LA DIGITALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES REGISTRALES QUE VERSAN SOBRE DERECHOS AUTORALES

En su artículo primero, la Ley de Propiedad Intelectual estipula que los derechos de propiedad intelectual —*une création du droit* para Bergé— relativos a las obras y demás producciones protegidas por dicha ley podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual: «La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación».

Del tenor literal de la ley se colige la naturaleza declarativa de los actos de inscripción en el registro. Por lo tanto, el nacimiento de la propiedad intelectual es independiente de la inscripción de las obras y demás producciones protegidas, teniendo este acto un valor de presunción *iuris tantum*, al preceptuarse [ex artículo 145.2] que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo».

En efecto, la inscripción registral de una obra o prestación protegida no es un requisito constitutivo para la atribución de derechos de propiedad intelectual; sin embargo, puesto que la LPI contiene el mandato de creación de un RPI, cabe preguntarse si resulta relevante este acto.

Al respecto, cabe señalar que la LPI establece *ex art.* 145.3 la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular registral, salvo prueba en contrario; dicho de otro modo, la inscripción es recomendable, pues constituye una garantía frente a posibles infracciones de derechos.

Con el propósito principal de armonizar el RPI a las leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Régimen Jurídico del Sector Público en lo atinente a la digitalización de las administraciones públicas y el uso de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, el legislador publicó el 13 de julio de 2023 el Real Decreto 611/2023, de 11 de julio.

Concretamente, los artículos 144 y 145 de la LPI ordenan la creación de un RPI, que deberá ajustarse a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

De este modo, en cumplimiento de la precitada normativa, el nuevo reglamento disciplina la organización y las funciones del Registro Central, dependiente del Ministerio de Cultura y Deporte, las normas comunes sobre el procedimiento de inscripción,

las funciones, la estructura y las medidas de coordinación e información entre todas las Administraciones.

La promulgación de la norma objeto de este comentario, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE* —el 14 de julio de 2023—, según lo preceptuado en su disposición final tercera, supone la derogación de la regulación predecesora (el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, dictado en virtud de lo dispuesto en el artículo 144 del Texto Refundido de la LPI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

La nueva norma parte de una configuración territorial descentralizada: i) la ordenación del registro «incluirá, en todo caso, la organización y funciones del Registro Central dependiente del Ministerio de Cultura y las normas comunes sobre procedimiento de inscripción y medidas de coordinación e información entre todas las Administraciones públicas competentes»; y b) «las Comunidades Autónomas determinarán la estructura y funcionamiento del Registro en sus respectivos territorios, y asumirán su llevanza, cumpliendo en todo caso las normas comunes [...]».

En cualquier caso, no hay una distribución territorial de competencias en función del domicilio del autor o del titular de derechos que solicite la inscripción, lo que determina que, para la primera inscripción de los derechos de propiedad intelectual que los autores y demás titulares cursen, será competente el registro territorial de la comunidad autónoma en la que se inste la petición.

El nuevo reglamento no supone una regulación radicalmente distinta de la anterior, pero contiene novedades que implican, además de lo señalado [una adaptación a la normativa administrativa], la implementación de la digitalización en la práctica registral con una finalidad doble: de un lado, potenciar la oferta de servicios y, de otro, mejorar la eficiencia de los registros.

Por lo tanto, la presentación de solicitudes vía telemática pasa a ser la regla general, lo que a su vez implica que, aunque se permita que se sigan haciendo de manera presencial, se dé preferencia a los formatos digitales de los ejemplares identificativos de las obras, por ejemplo.

En línea con la LPI y con la práctica del Registro Civil, otra cuestión novedosa que introduce la nueva norma, que excepciona la regla general, son las «obras en dominio público a las que se quiere acceder con fines de investigación» en las consultas de los expedientes archivados. Recuérdese al respecto que el carácter público del Registro comporta que terceros [que acrediten un interés legítimo] puedan consultar los expedientes, lo que no implica que puedan acceder a los ejemplares identificativos de la obra o creación, que hasta ahora únicamente podía hacerse en casos tasados.

Otra novedad es la eliminación de la posibilidad de inscribir obras o derechos de forma anónima, motivada en que dicha acción no se ajusta al principio de publicidad registral. Así se reconoce expresamente en la EM:

Se suprime la opción de registrar obras bajo seudónimo con anonimato, ya que se considera que en el asiento registral deben constar el nombre completo y los restantes datos identificativos del autor o titular de los derechos de propiedad intelectual de la obra, actuación o producción. En caso contrario, el anonimato del autor o titular limitaría el ejercicio de las funciones del Registro, que es público y que tiene como una de sus principales finalidades dar publicidad fiable de los derechos registrados. Esta limitación no impedirá que se haga constar el seudónimo en el asiento registral, junto con el nombre y apellidos del autor.

Al respecto, el artículo 6.2 LPI posibilita que una obra se divulgue de forma anónima o bajo seudónimo o signo, en cuyo caso, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la difunda con el consentimiento del autor, mientras este no revele su identidad. Y, sobre esa base, el precedente reglamento establecía que, en los supuestos de obras divulgadas mediante seudónimo, signo o anónimamente, debía expresarse el nombre y apellidos o denominación de la persona física o jurídica a la que correspondiese el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Y en los casos en que el seudónimo o signo no implica anonimato, se exigía la constancia expresa de tal circunstancia en el registro.

Recuérdese que la combinación de la originalidad y la intervención de la persona natural en la actividad creativa son los elementos basilares que ordenan la propiedad intelectual. En lo que ahora interesa, cabe mencionar que la supresión de la posibilidad de inscribir una obra con seudónimo puede eventualmente dificultar el registro de obras creadas mediante IA, sin autor identificable.

En este sentido, la irrupción de la IA generativa capaz de emular el comportamiento humano permite orillar este elemento, hasta ahora incuestionable en la atribución de derechos autorales; es precisamente la posibilidad de esta ausencia en la generación de contenidos lo que plantea un reto indeclinable para los registros, cuya función primordial es dar publicidad de la existencia y titularidad de las obras fruto del intelecto humano.

Motivado en parte por lo anterior, y en respuesta al compromiso adquirido ante la UE que se enmarca en el Proyecto de «Refuerzo de los derechos de autor y derechos conexos» del Componente 24, relativo a la «Revalorización de la Industria Cultural» (C24.R2) [concretamente, se trata del hito 353 del CID, de 16 de junio de 2021, que comprende la adopción del real decreto para la aprobación de un nuevo reglamento del RPI, antes del 31 de diciembre de 2023], la iniciativa que ha proseguido a la promulgación del nuevo reglamento es la aprobación del proyecto de Ley de creación de la Oficina Española de Derechos de Autor y Conexos.

Efectivamente, en fechas recientes, el Consejo de Ministros ha dado «luz verde» al proyecto de ley que pretende ofrecer herramientas tuitivas a los creadores frente a las prácticas emergentes de creaciones realizadas con ayudas de sistemas de IA.

En este contexto, cabe preguntarse si es suficiente una redefinición del papel de los registros como instrumentos tuitivos de la protección de derechos autorales o acaso hay que reformular los fundamentos del sistema.

Y ello por cuanto ya se han producido varios intentos de registro de obras creadas con ayuda de IA.

A modo de ejemplo, en el Registro Territorial de Madrid ha habido tres solicitudes de registro durante 2023, dos de ellas desestimadas con resoluciones denegatorias —en los meses de enero y marzo, respectivamente— antes de la entrada en vigor del nuevo reglamento y una última, producida en el mes de noviembre, posterior por lo tanto a la nueva norma que tiene un carácter subsanable.

Al cierre de esta reflexión no puede conocerse si finalmente prosperará el último intento de inscripción en el Registro señalado, pues el nuevo reglamento ha introducido como novedad la suspensión de plazos en la resolución de solicitudes «cuando sea necesario requerir a la persona interesada para la subsanación de defectos o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios».

En Europa, la aprobación del Reglamento de IA, cuya implementación gradual está prevista para los próximos tres años, supone la apuesta del legislador europeo por un estándar tuitivo al tratar de regular los usos de la IA para limitar sus riesgos, lo que contribuye a dotar de seguridad jurídica al conjunto de operadores que confluyen en el entorno de la Unión Europea.

En cualquier caso, la naturaleza huidiza de los entes dotados de inteligencia hace difícil la atribución de personalidad (ya sea física o jurídica), por lo que la activación del debate sobre el contenido del núcleo de los derechos autorales permanece abierta; en sede de propiedad intelectual, la solución no encuentra fácilmente acomodo pues, o bien se refunda el núcleo de estos derechos, o bien se plantea una categoría para los derechos de estos sistemas *ad hoc*.

Acaso la solución normativa que dé encaje de manera acomodaticia al derecho autoral, y, por lo tanto, pueda optarse por la inscripción de derechos exclusivos sobre su titularidad, pase por tener en cuenta el elemento volitivo como eje tractor de la creación de una obra, lo que pasa doblemente por la armonización del concepto de originalidad y de la regla de atribución del derecho de obra colectiva.

Como se comprueba, la digitalización y, con ello, el impulso de los medios electrónicos supone un avance en las relaciones entre las administraciones y entre estas y los ciudadanos, lo que da cumplimiento a lo preceptuado en la legislación vigente, pero su implementación está revestida de una complejidad jurídica de enorme calado, cuyo alcance es difícil de delimitar.

Laura CABALLERO TRENADO
Doctora acreditada a TU (Derecho Mercantil – UNED)
Abogada (ICAM)
lcaballero@der.uned.es

**Real Decreto 668/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el
Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real
Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de
pensiones de empleo [BOE-A-2023-16728]**

La reforma de nuestro sistema de pensiones es uno de los retos más importantes para el futuro más inmediato de la hacienda estatal. La evolución demográfica en España muestra una población cada vez más envejecida y que va llegando a la edad de jubilación. Recordemos que la generación del baby boom entre 1946 y 1964 está llegando al final de su actividad laboral, cuando no ha finalizado ya. El problema está en que no tenemos suficiente población joven como para cubrir todos los gastos de seguridad social que estas jubilaciones conllevan. Llegará un punto en el que el Estado no pueda asumir un coste tan elevado y es posible que las pensiones tengan que reducirse. No obstante, antes de que llegue ese punto, se quiere evitar que haya una reducción drástica de ingresos, complementando las pensiones públicas con planes de previsión privados.

Hasta ahora teníamos un sistema de previsión privada ligado sobre todo a planes individuales, pero desde hace un tiempo su atractivo para los inversores era notablemente reducido debido a una gran caída de su rentabilidad y de la progresiva reducción de los incentivos fiscales a acudir a esta figura. La intención del legislador es impulsar los planes de pensiones de empleo, objetivo que quedó muy claro con la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre [BOE-A-2022-10852]. En particular, este enfoque del legislador hace especial énfasis en los planes de pensiones de empleo, lo que supone hacer a los empresarios copartícipes de la previsión social de sus empleados. Por lo tanto, en un futuro vamos a tener una estrategia de tutela de los jubilados mixta, compartida entre el Estado, los empleadores y los propios trabajadores.

Este es el marco en el que podemos situar la norma que hoy nos ocupa, dentro de la necesidad de desarrollar el funcionamiento de los planes de pensiones de empleo. Ahora bien, hace apenas un año se dictó el Real Decreto 885/2022, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo que inició esta senda reformadora de los planes de pensiones de empleo. No obstante, solamente se añadieron aquellas disposiciones que se consideraron más urgentes: los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos. El Gobierno quería empezar a trabajar con estos instrumentos ipso facto,

pero quedaban reformas pendientes. Ahora sí, el Consejo de Ministros ha estimado conveniente incluir reformas de mayor calado que requerían una revisión más profunda de los efectos que podían tener.

Estos instrumentos de previsión social plantean multitud de controversias jurídicas y el real decreto aborda muchas de ellas, pero nos vamos a centrar solamente en las siguientes: el principio de igualdad en acceso a los planes, la posibilidad de compatibilizar la posición de partícipe y beneficiario, los planes de pensiones de empleo simplificados y la nueva regulación de los planes a favor de personas con discapacidad.

En primer lugar, respecto del principio de igualdad en el acceso a los planes de pensiones de empleo, debemos tener en cuenta que el objetivo es que cualquiera de los trabajadores tenga la posibilidad de acceder a los planes. A estos efectos, se introducen medidas para evitar fraudes y para garantizar el derecho de los trabajadores a acceder a estos planes, sobre todo en lo que tiene que ver con el cómputo de su antigüedad en la contratación. En particular, todas las garantías que van asociadas a la subrogación laboral por sucesión de empresa acompañan a los planes de pensiones de empleo, considerándose la antigüedad que hubieran consolidado con su anterior empleador.

Ahora bien, debemos valorar si existen instrumentos de control de estas exigencias. El Real Decreto 304/2004 prevé la existencia de una comisión de control en sus artículos 29 a 32 y entre sus funciones está controlar el cumplimiento de las condiciones del plan. Lo que realmente nos interesa es la composición de esta comisión, pues de ello dependerá su actuación, dado que los intereses corporativos de cada grupo de miembros inspirarán su actuación. Podemos apreciar que los beneficiarios participan de esta institución, luego pueden alzar la voz en el caso de que se niegue un acceso igualitario a los planes de pensiones de empleo.

Dentro de la igualdad al acceso a las prestaciones debemos hacer una mención especial a las obligaciones de información precontractual. En este sentido, el promotor del plan tiene obligación de informar al empleado de todos los elementos básicos para que pueda decidir si se adhiere o no al plan de previsión social colectivo. Ahora bien, debemos tener en cuenta las especificidades que establece el nuevo artículo 114 del RD para los planes de empleo simplificados. Cobra especial importancia el documento simplificado de información fundamental para los empleados, puesto que los datos seleccionados deben servir para hacerse una imagen general del producto que realmente se adecúa a la realidad y sirva a los empleados para ver si se adecúa a sus necesidades.

En segundo lugar, debemos analizar la imposibilidad de participar en la condición de partícipe y de beneficiario del plan de pensiones de empleo. Esta incompatibilidad proviene de la sistemática propia de los planes de pensiones, pues se trata de momentos temporales distintos en la vida del contrato en los que los derechos y las obligaciones de las partes cambian.

Ahora bien, sí se permiten nuevas aportaciones, pero no por la contingencia de jubilación, solamente por fallecimiento y/o dependencia. Por lo tanto, al no tratarse del

mismo concepto, no hay una incompatibilidad absoluta, puesto que no se ha comenzado a percibir la prestación.

En tercer lugar, vamos a abordar la regulación reglamentaria de los planes de empleo simplificados. Las cuestiones más interesantes las encontramos en el capítulo de definiciones, concretando el alcance de categorías jurídicas como promotor y participante, algo esencial para entender el funcionamiento de estos instrumentos simplificados. Entre otras cuestiones que se regulan en este título encontramos la transformación de los planes de empleo simplificados, garantizando los derechos de los empleados, siendo el principal instrumento un reforzamiento de mayorías para adoptar esta decisión.

Podemos apreciar una definición muy amplia de estos conceptos, que no hace sino cumplir con el objetivo planteado de dar un mayor acceso a los planes de pensiones de empleo. De esta forma, se permite que muchos más sujetos puedan acogerse a los beneficios que plantean estos planes. La ampliación más importante fruto de este paquete de reformas que comenzó con la Ley 12/2022 es la posibilidad de que las agrupaciones y otras instituciones asociativas de trabajadores autónomos también se acojan a los beneficios asociados a estas figuras financieras.

Esta ampliación del ámbito subjetivo de los planes de empleo simplificados no va acompañada de una reducción o simplificación de los requisitos establecidos en sede reglamentaria para los promotores. Recordemos que los planes simplificados están pensados especialmente para pequeñas y medianas empresas, según indica el artículo 67.1.a) de la Ley 12/2022. Por lo tanto, sería positivo establecer una menor carga burocrática a estos promotores o, al menos, un mayor acompañamiento público que no dificulte la labor económica de estos actores económicos. De esta forma, las simplificaciones serán únicamente las previstas en la propia norma de cobertura.

La reforma del reglamento no plantea incentivos regulatorios para que las entidades que entran en el radio de acción de estos planes simplificados participen de estos instrumentos de previsión colectiva. La ley tampoco ofrecía garantías suficientes, luego el objetivo de generalizar estos planes podría quedar en entredicho. Esto supone un grave problema para los objetivos del legislador en el Plan de Recuperación en lo relativo a la sostenibilidad del sistema de pensiones, puesto que, si estas personas se ven incentivadas a abandonar los sistemas de previsión social individuales y no tienen una alternativa de previsión colectiva, su poder adquisitivo puede verse sustancialmente mermado. Por lo tanto, sería deseable una revisión de las disposiciones para atraer a más instituciones privadas a estos instrumentos o, en su caso, acompañar esta norma de otras accesorias que consigan este efecto. La doctrina suele hacer especial énfasis en los incentivos fiscales a acudir a estos productos financieros, pero también las facilidades regulatorias ayudarán a que las pymes acudan a esta figura para atraer y retener a trabajadores.

En cuarto lugar, sobre los planes de pensiones de empleo a favor de personas con discapacidad. Esta regulación añade un plus de flexibilidad a estos instrumentos para facilitar el acceso a los beneficios de los planes de pensiones de empleo a más patrimonio. El legislador es consciente de que las personas con discapacidad requieren

de una mayor atención y, en consecuencia, una mayor captación de fondos. De esta forma, se abre mucho más el concepto de partícipe, permitiendo que las aportaciones provengan de otras personas que no sean exclusivamente la persona con discapacidad.

Así mismo, se establece una mayor flexibilidad en las contingencias que pueden ser cubiertas en los planes de pensiones para personas con discapacidad. En particular podemos hacer referencia a las siguientes especificidades:

- i) Una prestación para mayores de 45 años para los casos en los que la jubilación de la persona con discapacidad sea un hecho altamente improbable o imposible porque no tenga actividad profesional.
- ii) El agravamiento de la situación de dependencia se convierte en una contingencia. Tengamos en cuenta que las personas con discapacidad ya parten de una situación de dependencia en mayor o menor medida. Por lo tanto, el umbral del que debe partirse para considerarse una contingencia debe ser mayor.
- iii) La muerte del cónyuge o tutor de la persona con discapacidad también será una contingencia. Esta previsión está destinada a proteger a la persona con discapacidad del sujeto que, según la asunción del legislador, se estaba encargando de sus cuidados. De esta forma, se busca cubrir económicamente a la persona frente a esta circunstancia y que tenga medios económicos para contratar a alguien que pueda hacerse cargo de su situación.

Estas nuevas disposiciones pretenden dar respuesta a una realidad evidente de las personas con discapacidad que no tienen acceso a un empleo o a ingresos de algún tipo que les permitan participar de estos instrumentos de previsión social. Por este motivo, las modificaciones introducidas son especialmente positivas, pues permiten una ampliación de los sujetos que pueden hacer aportaciones y establece especialidades en las contingencias cubiertas que se pueden beneficiar de todos los incentivos que establece la normativa de planes y fondos de pensiones para estos productos.

Estos son los cuatro aspectos principales que atañen a la reforma del Reglamento de planes y fondos de pensiones. Se trata de elementos necesarios dadas las circunstancias actuales y los objetivos legislativos de incrementar las personas que acuden a los planes de previsión social colectiva. No podemos perder de vista que se trata de una norma reglamentaria, luego su función no es presentar objetivos, sino que es un instrumento para articularlos. En este sentido, hemos señalado algunos puntos criticables que requieren de una reforma o, al menos, de un complemento que ayude a conseguir los objetivos planteados.

Antonio ALONSO BARTOL-BUSTOS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid
aalonsob@ucm.es

Circular 3/2023, de 31 de octubre, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 2/2016, de 2 de febrero, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, y la Circular 1/2022, de 24 de enero, a los establecimientos financieros de crédito, sobre liquidez, normas prudenciales y obligaciones de información
[BOE-A-2023-23052]

1. INTRODUCCIÓN

La circular del Banco de España 3/2023, de 31 de octubre, del Banco de España, incorpora dos normas. Una primera, Norma 1, que modifica la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito sobre supervisión y solvencia. Y su Norma 2, que modifica la Circular 1/2022, de 24 de enero, del Banco de España, a los establecimientos financieros de crédito, sobre liquidez, normas prudenciales y obligaciones de información.

Recuérdese, brevemente, cómo fue hasta finales de 2013 que los establecimientos financieros de crédito tenían la consideración de entidades de crédito y se regían en materia de supervisión y solvencia por las mismas normas. El Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, incorporó a nuestro ordenamiento la definición actualizada de entidad de crédito contenida en el Reglamento (UE) n.º 575/2013. Esta definición normativa, con efectos de 1 de enero de 2014, excluía a los establecimientos financieros de crédito por no estar entre sus actividades el recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables.

2. NORMA 1.- MODIFICACIÓN DE LA CIRCULAR 2/2016, DE 2 DE FEBRERO, DEL BANCO DE ESPAÑA, A LAS ENTIDADES DE CRÉDITO, SOBRE SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA

Como es notorio, las entidades de crédito soportan altos niveles de apalancamiento en su actividad de intermediación crediticia. Puede afirmarse que, atendido su modelo básico de actuación empresarial, su beneficio depende de la correcta gestión del riesgo. La expectativa de dividendo de sus accionistas se confía al beneficio resultante de la diferencia entre las posiciones deudoras y acreedoras de su actuación

como depositarias de ahorro y de su gestión financiera. Cuando la gestión de la actividad empresarial de las entidades de crédito es correcta, los accionistas acceden vía dividendos a los beneficios correlativos, pero, sin embargo, cuando no es así no solo los socios inversores, sino, también, los acreedores de las entidades de crédito sufren las resultas de una mala gestión. Entre los acreedores de las entidades de crédito se encuentran los depositantes de sus ahorros, lo que es susceptible de extender las consecuencias negativas de su imprudente gestión a la ciudadanía en su conjunto.

La trascendencia de la labor de las entidades de crédito justifica especialidades en materia de control de su solvencia y de su gobernanza corporativa. Estas especialidades atienden a la relevancia sistémica de las entidades de crédito cuya actuación, tal y como se ha indicado, trasciende el interés de su base accionarial. Las políticas prudenciales se orientan, por tanto, a preservar la estabilidad financiera, a asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos y, en definitiva, a la tutela de los intereses de los depositantes.

Como se sabe, el legislador comunitario ha actuado en aras de la armonización de las legislaciones nacionales en materia de supervisión de la actuación de las entidades de crédito. En este sentido, la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito (LOSSEC), y del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero. Esta información se detalla en la Circular del Banco de España 2/2106, de 2 de febrero, que, en su capítulo 9, acogió en su redacción originaria las normas 62 y 64, ahora modificadas, e incorpora las nuevas normas 64 bis y 64 ter. En efecto, las normas 62 y 64 de la Circular del Banco de España 2/2016 han sido objeto de modificación por la norma 1 de la Circular 3/2023. Esta misma circular ha introducido dos nuevas normas en la Circular 2/2016. Las ya referidas normas 64 bis y 64 ter.

En efecto, la justificación de la modificación de las normas 62; 64 y la incorporación de las nuevas normas 64 bis y 64 ter a la circular obedece a que en junio de 2022 la Autoridad Bancaria Europea (EBA) publicó sus *Directrices sobre el ejercicio de recopilación relativa a persona con alta remuneración en virtud de la Directiva 2013/36/UE y la Directiva (UE) 2019/2034*. Tal y como recoge la propia EBA

[L]as presentes Directrices especifican, a efectos de la vigilancia de las políticas remunerativas de conformidad con el artículo 75 de la Directiva 2013/36/UE, la información que deben facilitar las entidades seleccionadas a las autoridades competentes para comparar las tendencias y prácticas en materia de remuneración, incluida la información divulgada de conformidad con los criterios de divulgación establecidos en el artículo 450, apartado 1, letras g), h), i) y k), del Reglamento (UE) n.º 575/2013 («información sobre remuneraciones»), y la información que debe facilitarse para comparar la brecha salarial de género («información sobre la brecha salarial de género»). 6. Las presentes Directrices también especifican, de conformidad con el artículo 94, apartado 1, letra g), inciso ii), sexto guión, de la Directiva 2013/36/UE, el formato común de presentación de información que debe utilizarse a efectos del ejercicio de comparación de las ratios

más elevadas autorizadas entre los componentes fijos y variables de la remuneración («información sobre las ratios más elevadas»).

Las *Directrices sobre el ejercicio de recopilación relativa a persona con alta remuneración en virtud de la Directiva 2013/36/UE y la Directiva (UE) 2019/2034* elaboradas por la EBA fueron adoptadas como propias tanto por el Banco Central Europeo como por el Banco de España a finales de 2022, lo que justifica la necesidad de que hayan de ser tenidas en cuenta por el Banco de España en su actuación supervisora de las entidades de crédito.

Así las cosas, la Circular 3/2023 modifica la norma 64 de la Circular 2/2016 referida a la información periódica general a rendir sobre remuneraciones. Tal y como se recoge en la propia Circular 3/2023, se pretende de este modo que la información que haya de proveerse al Banco de España se corresponda con los ejercicios EBA de comparación de prácticas de remuneración y de recopilación de información del personal con mayor nivel de ingresos. Se atienden a las previsiones incluidas en el Reglamento de Ejecución (UE) 2021/637 de 15 de marzo por el que se establecen las normas técnicas de ejecución en lo que respecta a la divulgación pública. Así pues, se incorporan las normas técnicas y las plantillas correspondientes a efectos de proporcionar a las entidades un conjunto completo e integrado de formatos que permitan su divulgación y la garantía de que los datos divulgados sean de alta calidad.

Las nuevas normas 64 *bis* y 64 *ter* incorporan dos estados de nueva creación, provenientes de las directrices EBA «sobre los ejercicios de comparación de las prácticas de remuneración, la brecha salarial de género y las ratios más elevadas autorizadas en virtud de la Directiva 2013/36/UE». La norma 64 *bis* introduce un reporte sobre la brecha salarial en función del género; y la norma 64 *ter*, por su parte, el reporte periódico de información que ha utilizarse en aras del ejercicio de comparación de las ratios más elevadas autorizadas entre componentes fijos y variables de remuneración. Se adapta la norma 62 a las nuevas frecuencias establecidas para las ratios de remuneración previstas en las nuevas normas 64 *bis* y 64 *ter*.

3. NORMA 2.- MODIFICACIÓN DE LA CIRCULAR 1/2022, DE 24 DE ENERO, DEL BANCO DE ESPAÑA, A LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO, SOBRE LIQUIDEZ, NORMAS PRUDENCIALES Y OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN

Ahora bien, como se ha visto, las directrices emitidas por la EBA en junio de 2022 no se limitaban a atender las exigencias de recopilación de información resultantes de la Directiva 2013/36/UE, sino que hacían lo propio en relación a la Directiva (UE) 2019/34. La Directiva (UE) 2019/2034 se refiere a la supervisión prudencial de los establecimientos financieros de crédito. La Circular 3/2023, de 31 de octubre, modifica

asimismo la norma 25 de la Circular del Banco de España 1/2020, de 24 de enero, que contiene normas referidas a la liquidez, previsiones prudenciales y obligaciones de información relativas a los establecimientos financieros de crédito. Habida cuenta de que esta norma 25 de la Circular 1/2022 remite directamente al régimen aplicable a las entidades de crédito, se ha hecho necesaria su modificación. Y, por otro lado, se incorpora una nueva norma 25 *bis* relativa a la «[I]nformación periódica que hay que remitir sobre la brecha salarial de género».

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
imoral@unizar.es

Reglamento (UE) 2023/1803 de la Comisión, de 13 de septiembre de 2023, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo [DOUE L 237, de 26-IX-2023] [correc. L 239, de 28-IX-2023]

NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD ADOPTADAS POR EL DERECHO CONTABLE DE LA UNIÓN EUROPEA

1. INTRODUCCIÓN

El 13 de septiembre de 2023 —no el 13 de agosto, como erróneamente se publicó en el *DOUE*—, se ha aprobado el Reglamento (UE) 2023/1803 de la Comisión, que adopta determinadas normas internacionales de contabilidad, el cual ha entrado en vigor el 16 de octubre, a los veinte días de su publicación (art. 5 Regl.), siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro a partir de ese momento al no indicar otra cosa distinta. Tampoco se ha recogido una fecha de fin de validez. Lo que sí recoge es un reexamen por la Comisión a más tardar el 31 de diciembre de 2027, para revisar una opción establecida en el artículo 2 y, en su caso, proponer su modificación o supresión (art. 3 Regl.).

El nombre completo de este acto jurídico derivado es *Reglamento (UE) 2023/1803 de la Comisión, de 13 de septiembre de 2023, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE)* (DOUE L 237, de 26-9-2023, pp. 1-992; [corrección de errores DOUE L 239, de 28-9-2023, p. 39](#)).

2. EL REGLAMENTO (CE) N.º 1606/2002 Y LOS REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN DE LA COMISIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO CONTABLE DE LA UE

Hasta el año 2002 el Derecho contable comunitario europeo vino estando conformado exclusivamente por directivas de armonización. Inicialmente las conocidas 4.^a, 7.^a y 8.^a directivas en materia de sociedades, de los años 1978, 1983 y 1984, respectivamente. Estas directivas fueron sustituidas por la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y cuentas consolidadas, y por la Directiva 2013/34/UE, de 26 de junio, sobre estados financieros anuales, consolidados y otros informes afines a ciertos tipos de empresas; ambas directivas, vigentes,

modificadas de forma importante por la Directiva (UE) 2022/2464, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, y, por última vez, pero en mucha menor medida (únicamente en cuanto al establecimiento y funcionamiento del punto de acceso único europeo), por la Directiva (UE) 2023/2864, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, con efectos de 9 de enero de 2024.

En el año 2002 el Derecho contable europeo experimentó un cambio importante por el hecho de que el Parlamento Europeo y el Consejo dieron carta de naturaleza a la aplicación obligatoria por parte de ciertas sociedades de las normas internacionales de contabilidad (nic) creadas por el IASC (*International Accounting Standard Committee*) y de las *Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)*, creadas desde el año 2001 por el actual IASB (*International Accounting Standard Board* —en español, *Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, CNIC*—), organismo que vino a suceder al IASC.

Esta exigencia fue introducida por el [Reglamento \(CE\) n.º 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio, relativo a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad](#), el cual fue modificado de manera puntual en abril de 2008. El artículo 4 establece que las sociedades que a la fecha de cierre de su balance sus valores estén admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro, y que elaboren cuentas consolidadas (a partir del ejercicio iniciado el 1 de enero de 2005), deben aplicar en tales cuentas las normas contables adoptadas mediante el procedimiento descrito en su artículo 6. Además, conforme al art. 5 del mismo Reglamento (CE) n.º 1606/2002, los EE. MM. pueden permitir o exigir la aplicación de esas NIC/NIIF-UE a las cuentas individuales de aquellas sociedades e igualmente a las cuentas (individuales y/o consolidadas) de otras sociedades distintas [En el caso de España, se introdujeron estos aspectos en la reforma contable de 2007].

Para la aplicación de dicho reglamento, en desarrollo del mismo, fue aprobado el [Reglamento \(CE\) n.º 1725/2003, de la Comisión, de 29 de septiembre](#), por el que se vinieron a adoptar determinadas NIC de conformidad con el Reglamento 1606/2002, siendo estas las NIC que debían ser aplicadas por aquellas sociedades.

Este reglamento de ejecución de la Comisión de 2003 estuvo vigente hasta finales de 2008, cuando fue sustituido por uno nuevo, el [Reglamento \(CE\) n.º 1126/2008, de la Comisión, de 3 de noviembre](#), el cual ha seguido recogiendo las NIC a aplicar hasta el 15 de octubre de 2023, día anterior a la fecha de entrada en vigor del nuevo reglamento de ejecución de la Comisión, el Reglamento (UE) 2023/1803, de la Comisión, de 13 de septiembre de 2023, norma que da lugar a esta crónica.

Todos estos reglamentos han venido recogiendo, por tanto, las NIC y las NIIF que venían siendo adoptadas por la CE y posteriormente por la UE, así como las interpretaciones presentadas por el Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF) y las interpretaciones dictadas por el Comité de Interpretaciones (SIC). Cada vez que se ha incorporado una nueva NIIF o alguna modificación de NIC o NIIF ha tenido que ser modificado el reglamento de ejecución que estuviese vigente. Así, desde que en noviembre de 2008 se aprobó el Reglamento

(CE) n.º 1126/2008 hasta que ha dejado de estar en vigor en octubre de 2023, este se modificó en ochenta ocasiones —la última versión consolidada es de enero de 2023—, habiéndose modificado por última vez por el Reglamento (UE) 2022/1491, de la Comisión, de 8 de septiembre, para adoptar una modificación de la NIIF 17, sobre *Contratos de Seguro*.

3. EL REGLAMENTO (UE) 2023/1803 DE LA COMISIÓN

Como ha quedado dicho, el Reglamento (UE) 2023/1803, que ha entrado en vigor el 16 de octubre de 2023, ha venido a sustituir al anterior Reglamento (CE) n.º 1126/2008 a la hora de fijar cuáles son las normas internacionales de contabilidad adoptadas a los efectos del Reglamento (CE) n.º 1606/2002. Lo primero a considerar por consiguiente es que se trata de un reglamento «de reemplazo» o «de sustitución» de aquel otro reglamento anterior. No es un reglamento que venga a regular *ex novo* una materia, o a desarrollarla *ex novo*, sino que su cometido, la adopción de normas internacionales de contabilidad, ya venía sido acometida anteriormente por el reglamento de 2008 y antes por el de 2003. Es un nuevo reglamento de ejecución del Reglamento (CE) n.º 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Por otra parte, se trata de un reglamento de vocación «inquieta» y con normas «de prestado», igual que sus predecesores. Por un lado, se trata de un acto jurídico derivado creado para irse modificando cada vez que se quiera adoptar alguna nueva norma internacional de contabilidad o la modificación de alguna de ellas. De hecho, como veremos, ya se ha modificado en tres ocasiones hasta el momento de estar escribiendo estas líneas —en febrero de 2024—. Por otra parte, contiene normas «de prestado», pues las normas internacionales de contabilidad adoptadas no son creadas por la UE, sino por el IASB, que es un organismo independiente de carácter internacional, no gubernamental. Lo que aprueban las instituciones europeas es la adopción de esas normas creadas por tal organismo para su aplicación obligatoria por ciertas sociedades mercantiles.

Por lo que se refiere a su contenido, el Reglamento (UE) 2023/1803 cuenta con no muchos considerandos (16), menos artículos (5) y con un extenso Anexo —que ocupa 989 páginas del *DOUE*—, donde se recogen las normas internacionales de contabilidad adoptadas en ese momento por el Derecho contable de la UE a los efectos del Reglamento (CE) n.º 1606/2002, siendo, por tanto, la parte más importante del reglamento. Actualmente, en el Anexo figuran adoptadas 25 NIC, 15 NIIF, 15 CINIF y 5 SIC —curiosamente, las cuatro cifras múltiplos de cinco—.

Llama la atención que el Anexo contenga un «aviso relativo a la propiedad intelectual» de su contenido. Dicho aviso dice así: «Reproducción permitida en el Espacio Económico Europeo. Todos los derechos reservados fuera del EEE, a excepción del derecho de reproducción para uso personal u otra finalidad lícita. Puede obtenerse

más información del CNIC (Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad) en www.iasb.org». El motivo de ello se encuentra —dice el Cdo. 14 Regl.— en que «la titularidad de los derechos de autor, de los derechos sobre bases de datos y de cualquier otro derecho de propiedad intelectual respecto de las NIIF y las interpretaciones correspondientes publicadas por el Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera corresponde a la Fundación NIIF» (esta fundación es denominada también Fundación IFRS, Fundación de Estándares Internacionales de Reportes Financieros).

Señalemos para finalizar que, desde septiembre de 2023, cuando se aprobó el Reglamento (UE) 2023/1803, hasta la fecha de estar redactando estas líneas (en febrero de 2024), dicho reglamento ya se ha visto modificado en tres ocasiones en lo referente a las Normas Internacionales de Contabilidad NIC 1 (Presentación de estados financieros), NIC 12 (Impuestos sobre las ganancias) y NIC 16 (Inmovilizado material). Tales modificaciones han venido operadas por tres reglamentos (UE) de la Comisión: el Reglamento (UE) 2023/2468, de 8 de noviembre de 2023, en lo referente a la Norma Internacional de Contabilidad 12 (*DOUE L*, 2023, de 09.11.2023); el Reglamento (UE) 2023/2579, de 20 de noviembre de 2023, en lo referente a la Norma Internacional de Información Financiera 16 (*DOUE L*, 2023, de 21.11.2023); y el Reglamento (UE) 2023/2822, de 19 de diciembre de 2023, en lo referente a la Norma Internacional de Contabilidad 1 (*DOUE L*, 2023, de 20.12.2023).

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

**Reglamento (UE) 2023/2411, del Parlamento Europeo y del Consejo,
de 18 de octubre de 2023, relativo a la protección de las indicaciones
geográficas de productos artesanales e industriales y por el que se
modifican los Reglamentos (UE) 2017/1001 y (UE) 2019/1753
[DOUE L 2023/2411, de 27-X-2023]**

La iniciativa de valorar la posible implantación de un sistema de protección a través de indicaciones geográficas para productos no agrícolas tiene su origen más inmediato en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones publicada en 2020 y titulada *Aprovechar al máximo el potencial innovador de la UE: un plan de acción en materia de propiedad intelectual e industrial para apoyar la recuperación y la resiliencia de la UE* [COM (2020) 760 final, de 25 de noviembre de 2020]. En relación con las indicaciones geográficas, se planteaba un nuevo enfoque sobre la forma de protección de estos derechos de propiedad industrial rurales («DPII rurales»).

Posteriormente, en 2022, la Comisión Europea aprobó dos propuestas en relación con los sistemas de protección de las indicaciones geográficas, siendo una de ellas la referida a este tipo de productos [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las indicaciones geográficas de productos artesanales e industriales y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2017/1001 y (UE) 2019/1753, del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Decisión (UE) 2019/1754, del Consejo, con la que se amplía el ámbito de aplicación del sistema de protección comunitario para este tipo de distintivos]. El objetivo de esta propuesta era aprobar un nuevo instrumento (reglamento) para la protección de las indicaciones geográficas que se utilicen para identificar productos artesanales e industriales en el ámbito comunitario, conforme a lo establecido en los artículos 118 y 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Finalmente, en octubre de 2023, se ha aprobado el Reglamento (UE) 2023/2411, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativo a la protección de las indicaciones geográficas de productos artesanales e industriales y por el que se modifican los reglamentos (UE) 2017/1001 y (UE) 2019/1753 [DOUE 27/10/2023]. La iniciativa aprobada nos ofrece un nuevo texto legal autónomo con una regulación separada de las que resultan aplicables a otros tipos de productos y consigue una armonización máxima de los sistemas de protección. La segunda propuesta que se presentó en 2022 en relación con los productos agrícolas ha fructificado en la aprobación por el Parlamento Europeo de un nuevo instrumento el 28 de febrero de 2024, que está pendiente de su publicación en el DOUE.

Una de las novedades más llamativas y no exenta de polémica por parte de los productores es la asignación a la EUIPO de la competencia para conocer de los procedimientos relacionados con el reconocimiento de estos distintivos aplicados a estos productos, lo que conlleva la necesaria reforma del Reglamento (UE) 2017/1001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (art. 63), modificando no solo el artículo 151 (relativo a sus funciones), sino también los artículos 173 y 170.

En cuanto a las funciones que asume la EUIPO, al crear la división de indicaciones geográficas de productos artesanales e industriales, está la de resolver sobre las solicitudes que se presenten para el reconocimiento de las indicaciones geográficas, las solicitudes sobre la modificación del pliego de condiciones, las oposiciones, las inscripciones y las solicitudes de anulación (artículo 34). El registro tendrá por objeto la gestión de la indicación geográfica de productos artesanales e industriales, debiendo la oficina inscribir unos datos determinados para que consten en el registro de la Unión, como, por ejemplo, el nombre que se ha registrado como indicación geográfica, el tipo de producto para el que se ha registrado el nombre, la referencia a la resolución dictada por la oficina y el país para el que se haya registrado la indicación geográfica (artículo 37.2). Por otra parte, el artículo 65, en su apartado segundo, establece las tasas que la oficina cobrará con carácter obligatorio para tramitar el procedimiento de registro y los procedimientos de recurso, así como el posible cobro de una tasa en relación con las solicitudes de modificación del pliego de condiciones (artículo 65, apartados 3 y 4). A esta tasa institucional, se suma la que podrán cobrar para cubrir los costes de la fase nacional o los de los controles que se tengan que llevar a cabo en la aplicación de esta normativa (artículo 65, apartados 1 y 2).

El objeto de la norma son los productos artesanales e industriales, que se definen en el artículo 4 como los productos «producidos totalmente a mano, o con ayuda de herramientas manuales o digitales, o por medios mecánicos, siempre que la contribución manual sea un componente importante del producto acabado» [letra a)] o «producidos de manera normalizada, incluida la producción en serie y mediante el uso de máquinas» [letra b)]. Junto a esta definición hay que tener en cuenta el significado del término «tradicional», que se utiliza «en relación con un producto originario de una zona geográfica, que existe un uso histórico probado por los productores en una comunidad durante un período de tiempo que permita su transmisión entre distintas generaciones» [artículo 3, apartado 5].

Entre los objetivos de este nuevo reglamento se encuentra la regulación de distintos aspectos, como por ejemplo conseguir un procedimiento sencillo y eficiente de registro de las indicaciones geográficas, basado en la protección adecuada de los derechos de propiedad intelectual e industrial, o la necesidad de ofrecer una información fiable y una garantía de autenticidad para el consumidor de los productos que sean designados con una indicación geográfica (art. 2, letras b y d). Se trata, como se ha indicado, de una norma que se dicta exclusivamente para la protección de las indicaciones geográficas de este tipo de productos artesanales e industriales, por lo

que quedan excluidos del ámbito de aplicación los productos agrícolas y alimenticios, los vinos o las bebidas espirituosas.

Para que el nombre de un producto artesanal o industrial se pueda acoger a esta protección, se exige que el producto cumpla diversos requisitos, quedando excluidos de esta protección los productos que resulten contrarios al orden público. Esos requisitos son los siguientes: 1.º que el producto sea originario de un lugar, de una región o de un país; 2.º que la calidad se pueda atribuir fundamentalmente a ese origen geográfico, y 3.º que al menos una de las fases de producción tenga lugar en la zona geográfica definida (art. 6). La norma comunitaria prevé un procedimiento de registro que consta de dos fases: la primera a nivel nacional y la segunda a nivel de la Unión Europea, según se establece en el artículo 7.

Un punto clave en esta norma, al igual que ocurre en todos los reglamentos que han venido regulando la protección de las indicaciones geográficas, es indicar la protección que se ofrece a aquella indicación geográfica que ha sido registrada en la Unión. De este modo, el artículo 40 establece, en su apartado 1, que se protegerán frente a todo uso que se haga de la indicación geográfica en relación con productos no amparados por el registro; contra todo uso indebido, imitación o evocación del nombre protegido como indicación geográfica; contra cualquier otro tipo de indicación falsa o engañosa en cuanto a la procedencia, el origen, la naturaleza o las cualidades del producto o frente a cualquier otra práctica que pueda inducir a error al consumidor en cuanto al verdadero origen del producto. El sistema de protección se extiende también al uso de la indicación geográfica por los productores que quieran indicar que un producto manufacturado contiene un producto que sí está acogido a esa indicación geográfica (artículo 41) y también, a modo de prohibición de registro, se impide que los términos genéricos se puedan inscribir como indicaciones geográficas (artículo 42).

Otro aspecto fundamental que debe preverse en los sistemas de protección de las indicaciones geográficas es la relación que existe entre este tipo de distintivos y las marcas, por lo que, si se registra una marca que implica una actuación como la contemplada en el artículo 40, esa solicitud se denegará si se ha presentado después de la fecha de la solicitud de registro de la indicación geográfica (artículo 44).

Al tratarse de distintivos de carácter colectivo, la norma asegura, además, que los productores del producto que se ha designado mediante una indicación geográfica se puedan unir a la agrupación de productores solicitante en cualquier momento (artículo 45). En consecuencia, también las indicaciones geográficas que se hayan registrado en virtud de este reglamento pueden ser utilizadas por cualquier productor de un producto que cumpla el pliego de condiciones (artículo 47).

Teniendo en cuenta la situación actual en la que el comercio de productos y servicios se realiza a través de internet, resulta fundamental que este reglamento contemple el reconocimiento de la indicación geográfica en el sistema de nombres de dominio, de modo que, cuando surja un conflicto, resulte válida la alegación de este derecho sobre el distintivo geográfico (artículo 46).

Este nuevo sistema de protección de las indicaciones geográficas para productos artesanales e industriales se integra en los sistemas ya establecidos, al ser aplicable también el mismo símbolo de la Unión ya fijado para las indicaciones geográficas (artículo 48). Este nuevo instrumento comunitario se completa con un Título IV dedicado a establecer los controles y la garantía del cumplimiento de esta disposición.

Al igual que ha ocurrido con otros sistemas de protección de indicaciones geográficas, este va dirigido a la sustitución de los regímenes nacionales en aquellos países en los que esté prevista esta protección de productos artesanales e industriales mediante indicaciones geográficas. Para facilitar esa transición se contemplan en el artículo 70 un período y una protección transitoria.

La aplicación del reglamento y su revisión se regirán por lo establecido en el artículo 72, cuya entrada en vigor se ha producido a los 20 días de su publicación en el diario de la Unión Europea, aunque con carácter general será aplicable a partir del 1 de diciembre de 2025. Solo algunas disposiciones concretas se aplicarán a partir de la fecha de entrada en vigor, que fue el 16 de noviembre de 2023. La norma se completa con tres anexos que contienen formularios normalizados para la autodeclaración, para el documento único y para la oposición motivada.

Aunque la forma de extender la protección de las indicaciones geográficas a este tipo de productos artesanales e industriales pueda ser objeto de algunas críticas, hay que valorar positivamente que finalmente la Unión Europea haya apostado por reconocer la protección mediante indicaciones geográficas de este tipo de productos. Habrá que estar atentos a la aplicación del mismo para valorar la experiencia de los productores, así como los beneficios que reporta a los propios productos, a los consumidores y a las zonas geográficas afectadas.

M.^a del Mar GÓMEZ LOZANO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Almería
margomez@ual.es

**Reglamento (UE) 2023/2854, del Parlamento Europeo y del Consejo,
de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un
acceso justo a los datos y su utilización (Reglamento de Datos)**
[DOUE L 2023/2854, de 22-XII-2023]

1. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y JURÍDICO

Ya en 2017, *The Economist* publicó su icónica portada en la que afirmaba: «The world's most valuable resource is no longer oil, but data». Ciertamente, los datos son el petróleo de un siglo XXI caracterizado por la explosión de la economía digital y de unos desarrollos tecnológicos que necesitan los datos como materias primas (desde las plataformas digitales hasta la inteligencia artificial). Observando el contexto actual, es lógico que la regulación sobre el acceso (equitativo) a los datos sea uno de los focos del legislador en los últimos años. Es preciso subrayar que con el término «datos» no se hace referencia a los datos personales, sino a «cualquier representación digital de actos, hechos o información y cualquier compilación de tales actos, hechos o información, incluso en forma de grabación sonora, visual o audiovisual» (art. 2.1, Reglamento de Datos).

Esta importancia creciente de los datos no ha escapado al legislador europeo. Antes bien, el posicionamiento de la UE como bloque pionero en el ámbito digital ha sido uno de los objetivos cardinales en la política de la Unión en los últimos años (cfr. [Comunicación de la Comisión Europea, Shaping Europe's Digital Future, 2020](#)). Dentro de este objetivo, encontramos lo que se ha denominado «[La estrategia europea de datos](#)». Esta estrategia tiene por objetivo «crear un mercado único de datos que garantice la competitividad mundial y la soberanía de los datos de Europa». Este objetivo se traduce en una serie de acciones entre las que destacan dos que afectan directamente al reglamento que comentamos en este texto: por un lado, (i) adoptar medidas legislativas sobre la gobernanza, el acceso y la reutilización de los datos; y, por otro, (ii) hacer que los datos estén más ampliamente disponibles abriendo conjuntos de datos de alto valor en toda la UE y permitiendo su reutilización de forma gratuita.

Por otro lado, en este mismo 2020, la Comisión publicó un informe titulado *Towards an European strategy on business-to-government data sharing for the public interest*, elaborado por el «Grupo de expertos de alto nivel sobre el intercambio de datos entre empresas y administraciones públicas», en el que destacan la necesidad de adopción de medidas respecto a (i) la gobernanza del intercambio de datos B2G en toda la UE; (ii) la transparencia, participación ciudadana y ética, y (iii) la creación de modelos

operativos, estructuras e instrumentos técnicos que incentiven la compartición de datos por parte de las empresas.

Estos impulsos han tenido como consecuencia, por el momento, la promulgación de dos normas focalizadas en el objetivo de la creación de un mercado único de datos: por un lado, el Reglamento 2022/868, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos (también conocido como Reglamento de Gobernanza de Datos), que modifica el Reglamento (UE) 2018/1724, relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos; y, por otro, el Reglamento (UE) 2023/2854, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, que entró en vigor el 11 de enero de 2024.

El objeto de ambos reglamentos es diferente. En el primer caso, el Reglamento de Gobernanza de Datos establece las condiciones para la reutilización, dentro de la Unión, de determinadas categorías de datos que obren en poder de organismos del sector público, así como un marco de notificación y supervisión para la prestación de servicios de intermediación de datos y para la creación de un Comité Europeo de Innovación en materia de Datos, afectando tanto a datos personales como no personales.

Sin embargo, el Reglamento de Datos, como veremos en los siguientes apartados, va más allá, buscando sentar unas bases firmes para la consolidación de una economía europea de los datos.

2. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO, ESTRUCTURA Y ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Como decíamos, este reglamento busca responder a las necesidades de la economía digital y eliminar los obstáculos al buen funcionamiento del mercado interior de datos. Para esto, como se señala en los propios considerandos de la norma, «es necesario establecer un marco armonizado que especifique quién tiene derecho a utilizar los datos del producto o los datos del servicio relacionado, en qué condiciones y sobre qué base».

El reglamento establece, pues, **normas armonizadas** sobre:

- a) la puesta a disposición de datos de productos y de datos de servicios relacionados *en favor de los usuarios del producto conectado o servicio relacionado*; b) la puesta a disposición de datos por parte de los titulares de datos en favor *de los destinatarios de datos*; c) la puesta a disposición de datos por parte de los titulares de datos *en favor de los organismos del sector público*, la Comisión, el Banco Central Europeo y los organismos de la Unión, cuando exista una necesidad excepcional de disponer de dichos datos para el desempeño de alguna tarea específica realizada en interés público; d) la facilitación del cambio entre *servicios de tratamiento de datos*; e) la introducción de *salvaguardias contra el acceso ilícito de terceros a los datos no personales*, y f) el

desarrollo de normas de *interoperabilidad* para el acceso, la transferencia y la utilización de datos. (resaltado propio)

Vemos, por tanto, que este reglamento se centra en cuatro aspectos: el acceso a los datos (en varios supuestos); la portabilidad; la seguridad; y la interoperabilidad. Este acceso a los datos, así como la interoperabilidad, son dos de los aspectos esenciales para el desarrollo de la nueva economía digital y, por ello, también los encontramos reflejados, en mayor o menor medida, en otras normas recientes relativas al mercado digital, como es el caso del Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, o el Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que este Reglamento de Datos afecta tanto a datos personales como no personales, pero respetando siempre lo establecido por el Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016 (Reglamento general de protección de datos, más conocido por su acrónimo, RGPD). De hecho, como señala el artículo 1 en su apartado 5 ambos textos se complementan, prevaleciendo el Derecho aplicable de la Unión o nacional en materia de protección de datos personales o de la intimidad en casos de conflicto entre el Reglamento de Datos y estas materias.

En lo que respecta al **ámbito subjetivo**, el reglamento, en su artículo 1.3, indica que se aplica a: a) los fabricantes de productos conectados introducidos en el mercado de la Unión y los proveedores de servicios relacionados, independientemente del lugar de establecimiento de dichos fabricantes y proveedores; b) los usuarios de la Unión de los productos conectados o servicios relacionados a que se refiere la letra a); c) los titulares de datos, con independencia de su lugar de establecimiento, que pongan datos a disposición de los destinatarios de datos de la Unión; d) los destinatarios de datos de la Unión a cuya disposición se ponen datos; e) los organismos del sector público, la Comisión, el Banco Central Europeo o los organismos de la Unión que soliciten a los titulares de datos que pongan datos a su disposición cuando exista una necesidad excepcional de dichos datos para el desempeño de alguna tarea específica realizada en interés público, y a los titulares de datos que proporcionen esos datos en respuesta a dicha solicitud; f) los proveedores de servicios de tratamiento de datos, con independencia de su lugar de establecimiento, que presten dichos servicios a clientes de la Unión; g) los participantes en espacios de datos y proveedores de aplicaciones que utilicen contratos inteligentes y personas cuya actividad comercial, empresarial o profesional implique el despliegue de contratos inteligentes para terceros en el contexto de la ejecución de un acuerdo.

El texto se **estructura** en once capítulos. Los primeros siete capítulos se focalizan en regular diferentes situaciones específicas, así: el capítulo II se centra en el intercambio de datos de empresa a consumidor y de empresa a empresa (arts. 3 a 7), aplicándose a los datos, excepto el contenido, relativos al rendimiento, uso y entorno de los productos conectados y los servicios relacionados; el capítulo III establece las

obligaciones de los titulares de datos obligados a poner los datos a disposición en virtud del derecho de la Unión (arts. 8 a 12), aplicándose a cualquier dato del sector privado que sea objeto de obligaciones legales de intercambio de datos; el capítulo IV determina las cláusulas contractuales abusivas entre empresas en relación con el acceso a los datos y su utilización (art. 13), centrándose en cualquier dato del sector privado al que se acceda y que se utilice sobre la base de contratos entre empresas; el capítulo V apunta los casos en los que puede surgir una obligación de puesta a disposición de datos de los organismos del sector público, la Comisión, el Banco Central Europeo y los organismos de la Unión en razón de necesidades excepcionales (arts. 14 a 22), que afecta a cualquier dato del sector privado, centrándose en los datos no personales; el capítulo VI indica las medidas a adoptar para el cambio entre servicios de tratamiento de datos (arts. 23 a 31), aplicándose dichas medidas a cualquier dato y servicio tratado por los proveedores de servicios de tratamiento de datos; y el capítulo VII trata sobre un tema tan importante, especialmente en lo relativo a la seguridad del tratamiento de los datos, como es el del acceso y la transferencia internacionales ilícitos de datos no personales por parte de administraciones públicas (art. 32), afectando a cualquier dato no personal que se encuentre en la Unión por los proveedores de servicios de tratamiento de datos.

Por su parte, el capítulo VIII y el X, sobre los que incidiremos brevemente en el siguiente apartado, establecen, respectivamente, los requisitos esenciales para la interoperabilidad (arts. 33 a 36) y nuevos contornos para el derecho sui generis sobre las bases de datos. Por último, el capítulo IX determina las reglas de aplicación y ejecución (arts. 37 a 42) y el XI recoge las disposiciones finales (arts. 44 a 50). En el capítulo IX se establece que cada Estado miembro designará una o varias autoridades nacionales competentes para garantizar la aplicación y ejecución del presente reglamento, teniendo capacidad tanto de control como sancionatoria, señalándose, además, que los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción del presente reglamento y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución, debiendo ser tales sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Dentro del capítulo XI es reseñable el artículo 50, donde se señala como fecha de aplicación del reglamento el 12 de septiembre de 2025 y se establecen diferentes plazos de aplicación para distintas situaciones expresamente determinadas.

3. ALGUNOS ASPECTOS DESTACABLES DEL REGLAMENTO

Ciertamente, este reglamento, dada su trascendencia económica y jurídica en el entorno de la UE, merecería un análisis detallado de cada uno de los elementos anteriormente mencionados. No obstante, este estudio excedería con creces la extensión de este breve artículo, por lo que hemos considerado resaltar sucintamente ciertos

aspectos del reglamento que nos parecen interesantes, bien por su injerencia en otras normas, bien por su relevancia en el desarrollo de los mercados digitales.

El primer aspecto reseñable sería el tratamiento de los *datos* «propietarios» (esto es, que sean titularidad de una determinada empresa) *secretos*. Como señala el profesor García Vidal (vid. <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-reglamento-de-datos-implicaciones-para-los-secretos-empresariales-y-la-propiedad-intelectual/>, 5-7), aunque el Reglamento de Datos impulsa la libre circulación en los datos, no impide que los mismos puedan estar protegidos, siendo una de las formas de protección el secreto empresarial [Directiva (UE) 2016/943 transpuesta en nuestro ordenamiento nacional por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales]. No obstante, encontramos una injerencia del Reglamento de Datos sobre la protección por secreto derivada de la imposición, por este último, de la obligación de facilitar el acceso a los datos. El reglamento salva este posible conflicto estableciendo una serie de medidas para estos casos específicos que son desarrolladas fundamentalmente en los apartados 6 a 8 del artículo 4 y en los apartados 9 a 11 del artículo 5. De manera resumida, se determina que los titulares de datos deben poder exigir al usuario, o a terceros elegidos por el usuario, que preserven la confidencialidad de los datos considerados como secretos comerciales. A tal fin, los titulares de datos deben identificar los secretos comerciales antes de la divulgación y tener la posibilidad de convenir con los usuarios, o con terceros elegidos por el usuario, las medidas necesarias para preservar su confidencialidad, también mediante el uso de cláusulas contractuales tipo, acuerdos de confidencialidad, protocolos de acceso estrictos, normas técnicas y la aplicación de códigos de conducta. Cuando no exista un acuerdo sobre las medidas necesarias o cuando el usuario o los terceros elegidos por el usuario no apliquen las medidas convenidas o vulneren la confidencialidad de los secretos comerciales, el titular de datos debe poder retener o suspender el intercambio de los datos identificados como secretos comerciales. En tales casos, el titular de datos debe comunicar la decisión por escrito al usuario o al tercero sin demora indebida y debe notificar a la autoridad competente del Estado miembro en el que el titular de datos esté establecido que ha retenido o suspendido el intercambio de datos e indicar qué medidas no se han convenido o aplicado y, en su caso, qué secretos comerciales han visto su confidencialidad comprometida.

Por otro lado, pese a que, en principio, los titulares de datos no pueden rechazar una solicitud de acceso a los datos en virtud del reglamento alegando únicamente que determinados datos se consideran secretos comerciales, en circunstancias excepcionales, este rechazo será admisible. En este caso, el titular de los datos deberá ser capaz de demostrar al usuario o al tercero que, a pesar de las medidas técnicas y organizativas tomadas por el usuario o por el tercero, existe una alta probabilidad de que la revelación de dicho secreto comercial ocasione un grave perjuicio económico (esto es, una pérdida económica importante e irreparable), debiendo motivar convenientemente su denegación por escrito al usuario o al tercero y notificarla a la autoridad nacional competente.

Es interesante subrayar también que este reglamento excluye expresamente de su esfera de aplicación tanto los *algoritmos* como elementos protegidos por *propiedad intelectual* (como es el caso de los programas de ordenador). Como se indica expresamente en el considerando 15,

la información que se infiere o se deriva de tales datos, que es el resultado de inversiones adicionales en la asignación de valores o conocimientos que aportan los datos, en particular, mediante algoritmos complejos de propiedad exclusiva, incluidos los que forman parte de programas informáticos de propiedad exclusiva, no debe considerarse incluida en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y, por consiguiente, no debe estar sujeta a la obligación del titular de datos de ponerla a disposición de un usuario o un destinatario de datos, a menos que se acuerde otra cosa entre el usuario y el titular de datos.

Por último, nos parece necesario recalcar la importancia que se da en el reglamento a la necesidad del desarrollo de la *interoperabilidad*, ya no solo a través de normas y especificaciones técnicas de interoperabilidad abierta (considerando 100) o interoperabilidad semántica (considerando 103), sino también en el desarrollo de contratos inteligentes —*smart contracts*— (considerandos 104 a 106), por lo que, como es fácilmente deducible, este reglamento apoya (de una manera a nuestro entender positiva) el desarrollo de la interoperabilidad de datos también en las redes de registro descentralizado, lo que facilitará el desarrollo de la web3 y de los futuros mundos virtuales.

Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
Profesora Permanente Laboral de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
vserrania@usal.es

Directiva (UE) 2023/2225, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE
[DOUE L 2023/2225, de 30-X-2023]

SOBRE LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA DIRECTIVA (UE) 2023/2225

Recientemente ha sido promulgada la Directiva 2023/2225, en el marco del sector financiero, puesto que se refiere al crédito al consumo. Sin perjuicio de analizar con detalle el contenido de la directiva, así como los contratos que quedan incluidos en su ámbito de aplicación, y también los excluidos de este, es necesario abordar *las razones* que han ocasionado que el legislador abordara de nuevo el contrato de crédito al consumo. Y ello, *en primer lugar*, porque ya existía una directiva sobre la materia, cual es la Directiva 2008/48/CE, que queda derogada con la promulgación de la nueva Directiva 2023/2225, tal y como el propio título de la nueva directiva expresamente señala. Y, *en segundo lugar*, por cuanto que existen normas recientes sobre la materia que podrían haber sido suficientes para actualizar en gran medida la materia del crédito al consumo.

Es la propia directiva la que aborda en los considerandos los motivos que justifican la promulgación de la nueva directiva. Así, se señala que ya en el año 2014 la Comisión presentó un informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/48/CE, informe al que siguió un segundo informe en el año 2010, así como un documento de trabajo de los servicios de la Comisión con los resultados de una evaluación de adecuación y eficacia normativa de dicha directiva, que además incluía una amplia consulta a las partes (Considerando 2).

A la vista de los informes y la consulta, se puso de manifiesto de forma evidente que la Directiva 2008/48/CE había resultado solo *parcialmente eficaz para lograr un nivel alto de protección de los consumidores*, a la vez que *para fomentar el desarrollo del mercado único de crédito*. Y ahondaba la propia directiva en los motivos de ello, lo que concretaba en varias circunstancias: de una parte, en circunstancias internas, como la redacción imprecisa de muchos artículos de la Directiva 2008/48, y en otras externas, como son los cambios derivados de la digitalización, la aplicación práctica y el cumplimiento de los Estados miembros o la existencia de aspectos del mercado de crédito al consumo que la propia directiva no contemplaba (Considerando 3).

Es evidente que la redacción de algunos artículos de la directiva de forma no suficientemente clara o ambigua dio margen a algunos Estados miembros para que legislaran en una dirección que va más allá de la línea prevista en la directiva, ocasionando con ello una situación de fragmentación normativa en algunos aspectos del contrato

de crédito al consumo. Esta situación ha sido contrastada como la causante de una distorsión de la competencia entre los prestamistas de la UE, además de crear obstáculos al mercado interior, como es el hecho de que restringe la capacidad de los consumidores de estar en situación de poder disfrutar de una oferta de crédito transfronterizo.

En definitiva, la directiva no logró un nivel suficientemente alto de protección de los consumidores en la UE, sin poder por ello cumplirse el objetivo último del art. 26 TFUE, que pretende lograr un mercado interior en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas y servicios, en el que exista un elevado nivel de seguridad jurídica y se consiga con ello aumentar la confianza de los consumidores en el desarrollo de las actividades transfronterizas.

Es por ello que la nueva directiva aspira a lograr una *armonización total*, en cuanto que se considera que solo así será posible garantizar que todos los consumidores de la UE disfruten de un nivel alto de protección de sus intereses, en el marco de un mercado único que funcione adecuadamente (Considerando 13).

Por todo ello, el legislador ha tenido en consideración tales circunstancias que han sido esenciales para promulgar la Directiva 2023/225. Entre estas, *en primer lugar*, se establecen *definiciones* que determinan el alcance de la armonización (art. 3), lo que significa que los Estados miembros, al trasponer la directiva, deben limitarse al alcance determinado por dichas definiciones. Ello no impide que los Estados miembros apliquen las disposiciones de la directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación, así como a los créditos vinculados que no entren en la definición de contrato de crédito vinculado establecida en la directiva, lo que permite la aplicación de la directiva a los contratos de crédito que sirvan solo parcialmente para financiar un contrato destinado a la entrega de bienes o la prestación de servicios.

En segundo lugar, la Directiva 2023/225 contiene una regulación muy detallada y casuística del *ámbito de aplicación*, con un listado muy amplio de contratos de créditos excluidos de su ámbito de aplicación (art. 2. 2.). Sin ánimo de exhaustividad, no quedan incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la directiva los contratos de alquiler y arrendamiento financiero en los que la opción de compra por parte del consumidor no esté establecida ni en el contrato ni en otro contrato, lo que supone que no haya posibilidad de transmisión de la propiedad al término del contrato; los contratos de crédito al consumo de más de 100.000 euros; los contratos de crédito concedidos por empresarios a título accesorio y sin intereses o con tasas anuales equivalentes inferiores a las del mercado y que no se ofrezcan al público en general; los contratos de crédito celebrados con empresas de servicios de inversión; los contratos de crédito que sean resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional o ante cualquier autoridad pública; en los pagos aplazados que reúnan determinados requisitos; los contratos de créditos relativos a un pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente; los contratos de créditos en los que se pida al consumidor que entregue en garantía un bien al prestamista y en los que la responsabilidad del consumidor esté

estrictamente limitada a dicho bien; los contratos de créditos vigentes a fecha 20 de noviembre de 2026.

Otra nota caracterizadora de la Directiva 2023/225, *en tercer lugar*, se refiere al *reforzamiento de la obligación de la prestación de información hacia el consumidor, especialmente la información precontractual*.

Es por ello que la directiva, tras declarar que los consumidores deben estar protegidos contra las prácticas desleales, se centra en establecer algunas normas que pretenden fomentar el nivel de información que debe recibir el consumidor. Así, la directiva contiene importantes consideraciones en materia de publicidad sobre los contratos de crédito, especialmente por lo que se refiere a elementos de información básica que debe proporcionarse a los consumidores a efectos de que estos puedan comparar diferentes ofertas (Considerando 33, arts. 10 y ss.). También la directiva refuerza los aspectos formales de tal publicidad, al establecer que la publicidad debe establecerse en soporte duradero.

Probablemente, uno de los elementos más novedosos en materia de información precontractual sea la exigencia de que la información precontractual se proporcione mediante un formulario de Información Normalizada Europea sobre el Crédito al Consumo, que figura en el Anexo 1 de la directiva. El objetivo de este impreso es permitir que los consumidores puedan disponer de toda la información esencial sobre diversas propuestas de créditos al consumo para poder realizar una actividad de comparación.

Entre los contenidos que la información precontractual debe presentar está la tasa anual equivalente correspondiente al crédito, calculada de forma idéntica en toda la UE. También debe incluirse información relativa al coste total del crédito para el consumidor, que debe incluir todos los costes, incluidos los intereses, los impuestos, la remuneración de los intermediarios de crédito y todo gasto que el consumidor deba abonar en relación con el contrato de crédito, salvo los costes notariales.

Es importante destacar que la información que debe proporcionarse al consumidor antes de la celebración del contrato de crédito puede ser, según la regulación que establezca cada Estado miembro, vinculante para el consumidor (carácter potencialmente vinculante de la información), así como podrá establecerse el tiempo durante el cual el prestamista debe quedar vinculado con tal información.

En aras de lograr que todo consumidor esté informado antes de celebrar el contrato de crédito, la directiva establece la exigencia de que quede constancia documental de la forma en que se ha prestado asistencia al consumidor para que este logre un nivel de información óptimo, que le permita tomar la decisión más eficiente en la contratación del crédito. Es en este marco en el que ocupa un rol importante la *inteligencia artificial (IA)*, que es un instrumento o herramienta muy útil para lograr que el consumidor adquiera un nivel de información suficiente para tomar la decisión de contratación de la forma más óptima. Para ello, la directiva establece que se debe informar a los consumidores de que el precio que se les está ofreciendo está personalizado a través de un tratamiento automatizado de datos personales. De esta forma, con un tratamiento personalizado, se consigue tomar en cuenta los riesgos potenciales.

Otro aspecto especialmente importante en la nueva regulación, además de novedoso, es, *en cuarto lugar*, la referencia que realiza el legislador sobre algunas circunstancias personales del consumidor que pueden afectar negativamente en el trato que estos puedan recibir en el marco de la contratación del crédito. Así, expresamente la directiva contempla el supuesto del consumidor con un historial sanitario de enfermedad oncológica (cáncer), circunstancia esta que ha sido una circunstancia muy adversa para los supervivientes de cáncer, quienes han recibido un trato injusto en relación con el acceso a los servicios financieros. Es por ello que expresamente se exige que los Estados miembros no puedan basarse en datos personales relativos al diagnóstico de enfermedades oncológicas de los consumidores una vez transcurrido un tiempo desde que los consumidores hayan finalizado el tratamiento médico, lapso temporal que se estima en 15 años posteriores al tratamiento médico.

La directiva exige, *en quinto lugar*, que el consumidor preste su consentimiento de forma clara y transparente, sin que sea posible presumir el consentimiento del consumidor para celebrar el contrato de crédito o la contratación de servicios accesorios; el consentimiento debe ser expresado por el consumidor de forma libre, concreta, informada e inequívoca, de forma que el silencio o la inacción o la opción por defecto (casillas ya marcadas) no deben constituir consentimiento del consumidor.

Una cuestión especialmente importante, *en sexto lugar*, se refiere a la obligación de los Estados miembros de tomar las medidas adecuadas para promover unas prácticas responsables en todas las fases de la relación crediticia, teniendo en consideración las peculiaridades de su mercado de crédito; así, a modo de ejemplo, entre las medidas se sitúan ofrecer información y formación a los consumidores, con advertencias de los riesgos de un sobreendeudamiento excesivo o riesgos de casos de impago. Es por ello que los prestamistas tienen la obligación de controlar individualmente la solvencia del consumidor, por lo que debe permitírsele al prestamista servirse de la información proporcionada por el consumidor durante la preparación del contrato y durante toda la relación comercial ya existente.

Es por ello que se prevén medidas para evaluar y comprobar, con anterioridad a la celebración de un contrato de crédito, la solvencia del consumidor, con el objetivo de evitar situaciones de préstamos irresponsables y endeudamientos excesivos. Tales medidas deben ser proporcionadas y realizarse e interés del consumidor, pudiendo comprender los ingresos y los gastos del consumidor, gastos corrientes del hogar y compromisos financieros del consumidor.

En el marco de la obtención de información del consumidor, lo que podrá realizarse a través de procedimientos de IA — que son además calificados como procesos de alto riesgo —, el consumidor tiene derecho a solicitar la intervención humana por parte del prestamista, con el objetivo de obtener una explicación significativa y comprensible de la evaluación realizada y del funcionamiento del tratamiento automatizado utilizado.

En séptimo lugar, la directiva expresamente indica que quedan fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones de Derecho contractual relativas a la validez de los contratos de crédito, por lo que los Estados miembros podrán mantener o adoptar

disposiciones nacionales que sean conformes con el Derecho de la UE. En todo caso, expresamente exige la directiva que los contratos de crédito contengan toda la información necesaria de forma clara y concisa para que el consumidor pueda conocer sus derechos y obligaciones con base en el contrato.

Una cuestión especialmente relevante para el consumidor, *en octavo lugar*, es la posibilidad de ejercitar el derecho de desistimiento, sin penalización y sin obligaciones de justificación, que deberá ser ejercitado en un plazo máximo de doce meses y catorce días desde la celebración del contrato si el consumidor no ha recibido las condiciones contractuales ni la información de conformidad con la directiva.

De acuerdo con la tendencia actual en todos los sectores del mercado hacia la tutela del consumidor en situación de vulnerabilidad, la directiva se pronuncia también sobre esta circunstancia, *en noveno lugar*, destacando la necesidad de que los prestamistas tengan en cuenta los intereses del consumidor, incluyendo su posible vulnerabilidad y sus dificultades para comprender el producto sobre la base de la información de que disponen. En este sentido, la directiva exige que los Estados miembros promuevan medidas destinadas a apoyar la educación de los consumidores en el ámbito de los contratos de crédito al consumo.

Estrechamente relacionado con el reforzamiento de la tutela del consumidor en el contrato de crédito, la directiva reconoce, *en décimo lugar*, el derecho de los consumidores que se encuentren en dificultades para cumplir con sus compromisos financieros, la ayuda especializada para la gestión de sus deudas.

Y, *finalmente*, en la línea de lo que ya es tendencia de todos los sectores del ordenamiento jurídico, en la directiva se reconoce el derecho del consumidor a tener acceso a procedimientos alternativos de solución de conflictos, procedimientos adecuados, inmediatos y eficaces (MASC, ADR).

Eva M. DOMÍNGUEZ PÉREZ
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED
emdominguez@der.uned.es

Directiva (UE) 2023/2673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE
[DOUE L 2023/2673, de 28-XI-2023]

MODERNIZANDO LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS A DISTANCIA

1. INTRODUCCIÓN

La expansión del mundo digital se ha convertido en una tendencia imparable. La vida del consumidor discurre de un modo cada vez más relevante a través de las redes, desenvolviéndose en todo tipo de escenarios y contextos contractuales y transaccionales. Uno de esos nuevos contextos es, señaladamente, el relativo a la contratación de productos y/o servicios financieros [cfr. cons. 15 de la Dir. (UE) 2023/2673], sector particularmente sensible dada la relevancia económico-social de la financiación en la vida del consumidor. Habiendo demostrado ya el mundo analógico ser una suficiente fuente de problematización en materia de contratación financiera, la intermediación de medios digitales y su celebración a distancia promete traer consigo aún mayores dificultades.

En última instancia, la garantía de la comprensión íntima del clausulado por parte del consumidor debe admitirse como una utopía irrealizable, razón por la cual la legislación vigente se viene conformando con conseguir la plena comprensibilidad del servicio mediante el uso de relevantes obligaciones de información, a menudo contempladas en legislación regulatoria sectorial para cada tipo de producto. A ello se dedica una importante panoplia de instrumentos a nivel UE, donde destacan especialmente la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial; el Reglamento (UE) 2019/1238, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales; la Directiva 2014/92/UE, sobre cuentas de pago; la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros; la Directiva (UE) 2016/97, sobre la distribución de seguros; la Directiva 2009/138/CE, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II); y la Directiva (UE) 2023/2225, relativa a los contratos de crédito al consumo.

2. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2023/2673

Como sugiere ya el propio título de la norma comentada, la regulación sectorial vigente no se ve alterada ni modificada por la regulación contenida en la Directiva

2023/2673 (cons. 16, y, a modo de ejemplo, arts. 16 bis, apartado 10; 16 ter, apartado 6; o 16 quinquies, apartado 5), que adquiere un claro carácter residual, dificultando previsiblemente una transposición cómoda por parte de los diferentes Estados miembros y, particularmente, en España, dada la actual estructura y redacción del Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios, RD-legislativo 1/2007 (en adelante TRLGDCU).

Entrando propiamente en la finalidad de la norma, se explicita claramente en el considerando 14: incorporar a la Directiva 2011/83/UE, de Protección del Consumidor, un capítulo específico dedicado a la contratación a distancia de servicios financieros, acabando así con la falta de conexión entre la Dir. 2011/83/UE ya mencionada y la norma hasta ahora vigente en la materia, la Dir. 2002/65/CE (Cons. 9), que queda coherentemente derogada [art. 2 de la Dir. (UE) 2023/2673]. El motivo aducido para dicho efecto es precisamente que la anterior normativa excluiría de regulación algunos productos básicos para el consumidor y absolutamente habituales como la cuenta de ahorro-vivienda o el régimen general del crédito al consumo.

Ahora bien, la Directiva (UE) 2023/2673 incluye un contenido adicional a la contratación a distancia de servicios financieros, y es que incorpora, además, y con carácter general, un régimen de desistimiento a través de interfaces en línea común a toda contratación a distancia y no exclusivo de la contratación a distancia de servicios financieros.

Este régimen general del desistimiento en la contratación mediante interfaces (cfr. cons. 37) se encontraría en un nuevo art. 11 bis, que se crea en la Dir. 2011/83/UE por mandato del art. 1 de la Directiva 2023/2673. De acuerdo a dicho precepto, cuando la contratación a distancia (se omite toda referencia a los servicios financieros; cfr. apartado 1) se estructure bajo la forma de un interfaz en línea, será necesario incorporar una «función de desistimiento» en el propio interfaz, etiquetada con la expresión «desistir del contrato aquí» o cualquier otra equivalente lo suficientemente clara, que deberá permanecer visible y destacada durante la vigencia de todo el periodo de desistimiento. El consumidor debe poder completar o confirmar (en el caso de que los hubiera consignado ya) tres sencillos datos de identificación (de su persona, del contrato y de los medios de confirmación del desistimiento), debiendo introducirse como paso adicional de salvaguarda de la voluntad del consumidor una fase de confirmación ulterior de la solicitud de desistimiento presentada. El resultado tangible de este procedimiento ha de ser un acuse de recibo consignando todos los datos del consumidor, contrato, fecha y hora a efectos de verificar y probar el ejercicio en tiempo y forma del derecho a desistir. La idea básica es que el consumidor pueda desistir del contrato con la misma facilidad con que lo contrató (cons. 37).

Por lo que respecta a la regulación de la contratación de servicios financieros a distancia, conviene explicitar que el carácter residual de la normativa operaría de forma desdoblada, distinguiendo claramente, de un lado, las obligaciones de información precontractual y, de otro, el derecho de desistimiento, tanto en ejercicio como en su faceta de información precontractual. De este modo, el cons. 21 proporciona

una elocuente descripción del funcionamiento supletorio de la norma: allí donde exista normativa específica, regirá aquella con carácter general, si bien cuando la normativa específica no contenga regulación sobre el derecho de desistimiento deberá aplicarse el régimen que estudiaremos a continuación; y a la inversa: allí donde exista un régimen específico de desistimiento prevalecerá aquel, pero si no hubiera normativa de información precontractual sectorial vigente, se aplicará la de la directiva con carácter general.

Un sistema, por tanto, de supletoriedad parcial que busca que el régimen general opere siempre como un complemento de la normativa específica. Queda, sin embargo, una cuestión con textura abierta y es la posibilidad de emplear la normativa general, sea de información precontractual o de desistimiento, en relación con aquellos aspectos que, no estando en la normativa especial específicamente regulados, sí se encuentran contemplados en la general, como puede ser el caso de la regulación de patrones oscuros que aparece en el art. 16 sexies y que difícilmente se encontrará contemplado en normativa nacional anterior, dada la relativa novedad de la materia. Empero, la redacción de los considerandos sugiere que el legislador está pensando en una complementariedad en bloque, es decir, suplir la falta de información precontractual *in totum* o la falta de desarrollo del derecho de desistimiento en su conjunto y no tanto en una complementariedad granular como la que aquí nos planteamos.

La nueva regulación opta por crear un nuevo Capítulo III bis donde se integraría toda la regulación y que se complementaría con una selección de preceptos. De este modo serían aplicables de forma longitudinal a este peculiar régimen jurídico normas sobre su objeto (art. 1), definiciones (art. 2), prevalencia de las disposiciones específicas de otros actos de la Unión que regulen sectores específicos (art. 3.2), nivel de armonización plena (art. 4), requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea (art. 6 bis), prohibición de cargar a los consumidores tasas por el uso de determinados medios de pago que superen el coste asumido por el comerciante (art. 19), y un largo etcétera de materias enumeradas en el art. 1 ter, introducido en la Dir. 2011/83/UE. La idea de fondo es generar un régimen paralelo al desistimiento general e inserto bajo el paraguas de la normativa de protección del consumidor.

Las principales novedades introducidas se detallan a lo largo de cinco preceptos, cada uno de los cuales aborda una materia, así el art. 16 bis se ocupa de información precontractual, el 16 ter acoge el régimen de desistimiento, el art. 16 *quater* se encarga del pago de la ejecución del contrato antes del periodo de desistimiento, el art. 16 quinquies de las explicaciones adecuadas y el art. 16 sexies abarca los patrones oscuros en la contratación de servicios financieros a distancia. Parece que art. 16 bis y quinquies se encontrarían particularmente interrelacionados, conformando un bloque relativo a la información precontractual del que participa parcialmente el derecho de desistimiento. Un segundo bloque estaría conformado por los apartados ter y *quater* del art. 16, que componen la base para el ejercicio adecuado del derecho de desistimiento. Y, por último, el art. 16 sexies conformaría un tercer ámbito sobre el que actúa la directiva, conectado tácitamente con el nuevo art. 11 bis ya comentado.

Comenzando por el bloque de información precontractual, el art. 16 bis se configura como fiel trasunto del art. 3 de la anterior Dir. 2002/65 [DE MIGUEL ASENSIO, P. A. 2023: «Novedades en la regulación de los contratos en línea en la Directiva (UE) 2023/2673». *La Ley Unión Europea*, diciembre de 2023, n.º 120). Dentro del abundante contenido informativo a proporcionar —que recuerda al ya vigente en el art. 6 de la Directiva 2011/83/UE—, se impone la obligación de dar datos de identificación y localización del contratante (identidad y actividad principal del empresario o de su comitente, dirección geográfica del establecimiento y datos de contacto, datos de contacto a efectos de reclamación, datos de registro que existan sobre el empresario y, en su caso, datos sobre la autorización) y datos sobre el objeto de contratación (descripción de las principales características del producto, del precio total del contrato, consecuencias de pagos atrasados o impagos, advertencia de si el producto implica un nivel especial de riesgo, indicación de la posibilidad de que existan impuestos o costes no incluidos, limitaciones a la validez de la información, modalidades de pago, costes adicionales posibles, existencia o no de derecho de desistimiento y un largo etcétera). Destaca especialmente, por su novedad, la obligación de informar sobre si el precio ha sido fijado de forma personalizada mediante un sistema automatizado al efecto.

En función de la antelación con que se proporcione la información (más o menos de un día) deberá el empresario remitir información específica a modo de recordatorio sobre el derecho de desistimiento en el plazo de 1 a 7 días posteriores a la celebración del contrato (art. 16 bis, apartado 5). De modo relevante, con salvedad a cierta información trascendental, se permite que el empresario estructure la información por niveles de importancia con el objeto de guiar al consumidor en la lectura y facilitarle la formación de un consentimiento con conocimiento de causa. Sobre estos extremos los Estados miembros tienen un cierto margen de maniobra pese al carácter de armonización plena de la reforma (cons. 4 y art. 4 Dir. 2011/83); concretamente para adaptar la información a la lengua nacional (art. 16 bis, apartado 2), pero también para imponer un nivel más riguroso de cumplimiento (art. 16 bis, apartado 9).

La obligación de información se completa con la exigencia de «explicaciones adecuadas» sobre el objeto del contrato (art. 16 quinquies), que habrán de presentarse de forma gratuita y previa a la celebración del contrato y versar, al menos, sobre una serie de elementos tales como la información precontractual obligatoria, las características esenciales del contrato y sus servicios accesorios, así como los efectos específicos que previsiblemente el contrato tendrá sobre el consumidor (art. 16 quinquies, apartado 1), quedando derogado nuevamente el principio de armonización plena para permitir una adaptación de las obligaciones a las circunstancias nacionales (apartado 2). De igual forma se reconoce el derecho del consumidor a solicitar la intervención humana en la fase precontractual y en ciertos casos también en la postcontractual (apartado 3), siendo una regulación, la que habrá de establecerse, que deberá serlo sin perjuicio de la normativa sectorial vigente en materia de contratación financiera sobre explicaciones adecuadas (apartado 5).

Por lo que se refiere al derecho de desistimiento (art. 16 ter y *quater*), segundo pilar estructural de la norma, debe indicarse que se mantiene el plazo común de catorce días naturales (art. 16 ter, apartado 1), tomando como *dies a quo* el día en que el consumidor celebre el contrato o reciba las condiciones contractuales e información necesaria, lo que ocurra más tarde, y, si no llegara a recibir dicha información obligatoria, se computará un plazo alternativo de doce meses y catorce días como plazo máximo de expiración del derecho de desistimiento. El plazo general se ampliará a treinta días naturales cuando el objeto de contratación se relacione con pensiones personales.

Del régimen de desistimiento quedan excluidos los servicios financieros para consumidores cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados, pólizas de seguros de viaje o equipaje y pólizas de seguros a corto plazo (de duración inferior a un mes), así como contratos ejecutados en su totalidad antes de expirar el plazo de desistimiento a solicitud expresa del consumidor (art. 16 ter, apartado 2). El resto del régimen reproduce *mutatis mutandis* el general de la Directiva 2011/83 con la particularidad de que, nuevamente, en caso de que exista regulación sectorial sobre el derecho de desistimiento, prevalecerá aquella sobre esta.

Ejercido el desistimiento, solamente procede el cobro de los servicios realmente prestados por el comerciante, sin que los importes puedan ni superar la parte proporcional del servicio ya prestada en relación con el total del contrato ni tampoco guardar una desproporción tal como para ser considerada una penalización (art. 16 *quater*, apartado 1). Los Estados miembros podrán, sin embargo, establecer la exoneración total del deber de pago del consumidor.

Finalmente, el régimen se cierra con la prohibición de diseñar, organizar o gestionar interfaces en línea de modo tal que puedan inducir a error, manipular a los consumidores destinatarios de los servicios, distorsionar o mermar de manera sustancial la capacidad que tienen para tomar decisiones libres e informadas, debiendo abordar, al menos, una de las siguientes conductas en la transposición: 1) favorecer algunas opciones sobre otras (por ejemplo, resaltar el botón de confirmar y no el de rechazar); 2) solicitar reiteradamente la toma de una decisión que ya se ha tomado (ejemplo clásico la constante reiteración de aceptar las cookies); 3) hacer que el procedimiento de finalización o baja de un servicio sea más difícil que contratarlo (art. 16 sexies). Los Estados miembros están facultados para incrementar el nivel de protección, siempre respetando la normativa sectorial de la Unión en la materia que el propio texto menciona.

3. ALGUNAS CUESTIONES DE TRANSPOSICIÓN

La oportunidad de la norma difícilmente podrá discutirse, es evidente que existe una necesidad de reformar el régimen de la Directiva 2002/65 y adaptarla a la contratación en línea. El principal problema que plantea la normativa es que, siendo relativamente sencillo ubicar la nueva regulación dentro del marco de la Directiva 2011/83/UE,

traducir el lenguaje y estructura de la norma al TRLGDCU de un modo coherente, que no permita el surgimiento de aporías y que garantice una adecuada incardinación de los contenidos, se antoja complicado. En primer lugar, se plantea el problema de que el art. 11 bis sobre interfaces en línea se aplica con carácter general y, por tanto, debe aparecer inserto dentro del Libro segundo, previsiblemente en el Capítulo II del Título I, dedicado al derecho de desistimiento.

El resto de la normativa deberá ir en un capítulo específico dedicado a la contratación a distancia de servicios financieros, ahora bien, la peculiar relación supletoria con que pretende diseñarse el régimen en la directiva puede plantear importantes problemas de traslación en el ámbito nacional, dada la multiplicidad de normas e instrumentos que disciplinan la contratación de servicios financieros y con los que mantener una concordancia y una coherencia explícitas puede resultar complejo. De otro lado, introducir una cláusula de remisión genérica solventa problemas de sistematicidad, pero dificulta la aplicación y, por tanto, la eficacia de la norma, pudiendo, incluso, suscitar problemas de compatibilidad con la directiva, dado el carácter de armonización plena de la normativa y a que este únicamente se exceptúa respecto de la regulación sectorial europea.

Estas y otras complejidades explicarían el plazo de transposición ciertamente generoso otorgado por el art. 2 de la Directiva (UE) 2023/2673: hasta el 19 de diciembre de 2025, con una *vacatio* aplicativa hasta el 19 de junio de 2026.

Marcos CRUZ GONZÁLEZ
Doctor en Derecho
Profesor sustituto de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
macrugo@usal.es

Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal [BOE-A-2023-7935]

1. INTRODUCCIÓN

La [Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal \[BOE n.º 75, de 29-III-2023\]](#) entró en vigor el 18 de abril. En el preámbulo, el legislador definen la necesidad de adecuar la respuesta penológica a la gravedad de las conductas contra los animales y preservar el bien jurídico protegido.

Un rápido repaso a la hemeroteca muestra con crudeza la realidad que esta ley busca enfrentar: gallinas y cabras degolladas en rituales de santería¹; una vaca atada a un árbol para que la ataquen unos perros²; quince gallinas «violadas» y matadas³; un gato pescado con un anzuelo⁴; y cabras conviviendo en una granja con los cadáveres de treinta caballos en descomposición⁵. Estos son solo algunos ejemplos de noticias publicadas desde la promulgación de esta ley.

Pese a la brutalidad descrita, los animales anteriores ya estaban penalmente protegidos por el antiguo art. 337 CP, ahora suprimido. La pregunta que surge es si esa protección era suficiente. No para el legislador, pues en el preámbulo advierte de la «necesidad de reforzarla». Es cierto que existía desprotección penal de los animales salvajes, según la letra d) del primer apartado del artículo antes citado, contrario sensu: «cualquier animal que no viva en estado salvaje».

Por tanto, conductas como inflar una rana con un junco, ahorrándose detalles desagradables, o hacer fumar un cigarro a un murciélago, que hoy pueden parecer

1. <https://www.lavanguardia.com/vida/20230512/8961478/investigado-hombre-muerte-animales-ritos-santeria-prat.html> [24 julio 2023].

2. https://www.niusdiario.es/espana/galicia/20230525/cinco-investigados-campo-lamei-ro-atar-vaca-arbol-ataquen-perros-pontevedra_18_09621935.html [24 julio 2023].

3. https://www.niusdiario.es/espana/andalucia/20230605/jaen-gallinas-violan-matan-finca-privada_18_09713848.html [24 julio 2023].

4. <https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/investigacion-maltrato-animal-hombre-tras-pescar-gato-20230615091405-nt.html> [24 julio 2023].

5. <https://elcorreoweb.es/espana/investigado-por-maltrato-animal-al-tener-31-caballos-muertos-en-una-granja-GY8562558> [24 julio 2023].

insólitas, pero que no hace mucho no lo eran tanto, eran impunes por atípicas. Puede afirmarse que aquí se ha satisfecho una necesidad de protección.

2. ANÁLISIS DE LA REFORMA

2.1. Delitos contra la flora y fauna

La LO 3/2023 comprende un único artículo con siete apartados que introducen varias modificaciones en el Código Penal. El primer apartado sustituye la antigua rúbrica del capítulo IV del título XVI del libro II: «De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos» por la nueva: «De los delitos contra la flora y fauna».

Los arts. 332 y 333 CP quedan inalterados. En contraste, el segundo apartado reforma el art. 334 CP, que tipifica conductas que atentan contra especies de fauna amenazada. Este precepto penaliza en su primer apartado a quienes, contraviniendo las disposiciones normativas vigentes, realicen alguna de las siguientes conductas: a) cazar, pescar, adquirir, poseer o destruir especies protegidas de fauna silvestre; b) traficar con ellas, sus partes o derivados; c) realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración; o destruir o alterar gravemente su hábitat.

La reforma introduce ex novo un cuarto apartado que establece la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cuatro años, aplicable cuando las acciones descritas en las letras a) y c) del primer apartado se hayan cometido utilizando armas. Es relevante destacar que el apartado segundo de este artículo tipifica las mismas conductas, pero realizadas sobre especies en peligro de extinción. Por considerarlas más disvaliosas, las castiga más severamente: pena en su mitad superior.

Llama la atención que esta privación esté prevista para las conductas menos graves, obviando las más graves del apartado segundo. Esta falta de sistematicidad no puede resolverse mediante la aplicación extensiva del apartado cuarto, pues ello constituiría una analogía *in malam partem*, que está prohibida. De igual manera, la privación solo sería aplicable cuando el delito se comete de forma dolosa, ya que la referencia al apartado tercero también se omite.

El tercer apartado modifica el art. 335 CP, que tipifica el delito de caza y pesca prohibidas. La reforma establece la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un período igual al estipulado para la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar en cada apartado: de dos a cinco años en el primero y en el tercero; y de uno a tres años en el segundo.

Sin embargo, se suprime el antiguo apartado cuarto, el cual agravaba la pena en su mitad superior cuando las conductas se realizaban en grupo de tres o más personas o empleando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente. Esto conlleva

la revisión de penas en aquellos casos en los que la plena aplicación de la nueva norma resulte más favorable para el reo, en virtud del artículo 2.2 del Código Penal.

El art. 336 CP, que tipifica el delito de caza y pesca mediante veneno, explosivos u otros instrumentos destructivos, mantiene su redacción anterior añadiendo, mediante el apartado cuarto del artículo único de la LO 3/2023, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un período de uno a tres años.

Los apartados cinco y seis del artículo único suprimen los antiguos arts. 337 y 337 bis CP, respectivamente. ¿Significa esto que se han derogado los delitos tipificados en ellos? No. El legislador aprovecha la reforma para modificarlos sustancialmente y reubicarlos en un nuevo título del Código Penal.

Así, el último de los apartados del artículo único crea el título XVI bis, rubricado «De los delitos contra los animales», conformado por los arts. 340 bis, 340 ter, 340 *quater* y 340 *quinquies*.

El resto de los preceptos del título XVI (arts. 338 a 340 CP), que regulan las disposiciones comunes, no sufren alteración alguna.

2.2. Delitos contra los animales

El primero de los nuevos cuatro preceptos es el art. 340 bis CP, que tipifica el delito de maltrato animal. Este consta de cuatro apartados.

El primero tipifica como delito causar a un «animal vertebrado» una lesión «que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud». Este precepto guarda similitud con el delito de lesiones a las personas. Por ello, debe advertirse que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento veterinario.

Sin embargo, la protección penal difiere según la clasificación del animal. Si es un «animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano», la pena principal es de prisión de tres a dieciocho meses o, la alternativa, de multa de seis a doce meses. En cambio, si el daño recae sobre un «animal vertebrado no incluido» en las categorías anteriores, la pena principal es de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses. Así, la ley por fin otorga protección penal a los animales salvajes, aunque menor.

Aquí se plantea un problema: no se define a efectos penales qué se considera un «animal vertebrado». La definición biológica tradicional engloba a mamíferos, peces, aves, anfibios y reptiles. En consecuencia, se castiga con la misma pena abstracta golpear a un zorro en su hábitat que a un roedor que se cuele en casa, si tales acciones causan las lesiones descritas en el tipo.

Además, esta lesión ha de producirse «fuera de las actividades legalmente reguladas», por lo que el legislador introduce «espacios» en los que la conducta no será delictiva por falta de tipicidad.

Tampoco se define qué se entiende por «actividad legalmente regulada». Para conocer si la conducta es delictiva o no, primero hay que determinar si existe alguna norma vigente que proporcione cobertura legal. Extraña forma de velar por el principio de legalidad y proporcionar seguridad jurídica al optar el legislador por una norma penal en blanco compleja que remite a un conjunto de regulaciones sectoriales y dificulta, con ello, su conocimiento por el ciudadano lego en Derecho para que pueda motivar su hacer o sentirse amenazado por la pena.

La lesión puede ser causada por «cualquier medio», «incluyendo los actos de carácter sexual». Referencia esta última superflua por cuanto «cualquier medio» ya incluye los últimos.

El segundo apartado establece una serie de circunstancias que, de concurrir alguna de ellas, conllevará la imposición de la pena anterior en su mitad superior.

El tercero, siguiendo la misma estructura típica, establece una sanción mayor cuando, a raíz de las lesiones provocadas, se causare la muerte del animal. Así, se castiga con pena principal de prisión de doce a veinticuatro meses cuando el animal perteneciera al primer grupo y con prisión de seis a dieciocho meses o, la alternativa, de multa de dieciocho a veinticuatro meses, cuando fuera un «animal vertebrado» no incluido en la primera categoría. Estas penas podrán imponerse en su mitad superior si concurre alguna de las circunstancias agravantes del apartado segundo.

El cuarto y último apartado introduce una suerte de delito de lesiones leves y otro de maltrato de obra, de forma similar al art. 147.2 y 3 CP. Sin embargo, el art. 340 bis.4 CP trata de la misma manera conductas de diferente desvalor: provocar una lesión leve es igual que maltratar de obra sin causar lesión, ya que ambas conductas se sancionan con pena de multa de uno a dos meses o, alternativamente, de trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días. Además, en estos dos supuestos, no se distingue entre los dos grupos de animales antes mencionados. Aquí quiebra la coherencia. ¿Por qué dar aquí un trato idéntico a los animales, sin diferenciar por categorías, y no hacerlo en las lesiones o en la provocación de su muerte?

El art. 340 ter CP tipifica el delito de abandono de animal vertebrado, que se encuentre bajo responsabilidad del sujeto activo, en condiciones que pueda peligrar su vida o integridad. Y el art. 340 *quater* CP prevé expresamente la realización por personas jurídicas de estas figuras delictivas, estableciendo las sanciones penales correspondientes en cada caso.

Finalmente, el art. 340 quinquies CP contempla la posibilidad para el órgano jurisdiccional de adoptar medidas cautelares dirigidas a la protección de los bienes jurídicos tutelados por estas normas penales.

2.3. Disposiciones transitorias, derogatoria y finales

Esta ley orgánica contiene tres disposiciones transitorias. La primera se ocupa de la determinación de la legislación aplicable, considerando la posibilidad de que la LO

3/2023 sea la norma penal más favorable para el reo, y que, por consiguiente, deba aplicarse retroactivamente de acuerdo con el art. 2.2 CP.

La segunda está dedicada a la revisión de sentencias, en los casos en que la LO 3/2023 se considere norma penal más favorable para el reo. En esta ocasión se incluye la cláusula por la cual «no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la condena». Consiste, como recientemente ha resuelto el Tribunal Supremo, en una norma penal especial y temporal que limita el alcance absoluto de la norma general del art. 2.2 del Código Penal⁶.

La tercera y última especifica las reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.

Finalizando con el análisis de la reforma operada por la LO 3/2023, esta contiene una disposición derogatoria única y dos disposiciones finales: la primera referida al título competencial y la segunda a su entrada en vigor.

3. BREVE EXCURSO SOBRE LA PROPORCIONALIDAD

El Derecho penal es el instrumento de control social más violento de los que dispone el Estado, cuya intervención debe reservarse para los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

No cabe duda de que existía una laguna jurídica por la cual los animales salvajes —que no fueran especies protegidas o en peligro de extinción— no estaban protegidos penalmente. Esta ha sido colmada por la LO 3/2023.

Sin embargo, en esta labor, creo que el legislador no ha adecuado correctamente la protección del bien jurídico tutelado por los delitos introducidos con esta reforma («la vida, la integridad y la salud de los animales», según el preámbulo) con la del resto de bienes jurídicos protegidos en el Código Penal. Por ejemplo, el maltrato de obra a una persona (art. 147.3 CP) se considera igual de grave que hacerlo a un animal (art. 340 bis.4 CP), ya que ambos reciben la misma sanción: pena de multa de uno a dos meses. Causar una lesión leve a una persona (art. 147.2 CP) solo merece un mes más de sanción, en el más grave de los supuestos, que lesionar levemente a un animal (art. 340 bis.4 CP): pena de multa de uno a tres meses y pena de multa de uno a dos meses, respectivamente.

6. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Pleno), 523/2023, de 29 de junio ([ROJ STS 2827/2023](#)).

La lesión que requiera tratamiento médico o quirúrgico, o veterinario, para su sanación (arts. 147.1 o 340 bis.1 CP, respectivamente) puede ser castigada, en ambos casos, con pena privativa de libertad o, alternativamente, con pena de multa.

En cuanto a la privación de libertad, todos los casos comparten la misma pena mínima de prisión: tres meses. La máxima varía: tres años si la víctima es una persona; año y medio si la sufre un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano; y un año si se trata de un animal vertebrado no incluido en la categoría anterior.

Respecto a la pena económica alternativa, el legislador establece la misma sanción penal en abstracto si la lesión la sufre una persona o un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo control humano: multa de seis a doce meses. Castigándose con multa de tres a seis meses si recae sobre un animal vertebrado no integrado en la categoría anterior.

Está abierta la puerta de la crítica a la reforma desde la perspectiva de la proporcionalidad. Cabe cuestionarse si estamos ante una manifestación más de un populismo punitivo impulsado por movimientos de humanización de los animales.

No puede ser igual de grave lesionar a una persona que a un perro, por mucho que este último pueda llegar a ser querido tanto o más que una persona. Aunque la Ley 17/2021, de 25 de diciembre, reconociera a los animales la condición de seres sintientes, estos no pueden equipararse a los seres humanos.

Marcos CHAVES-CAROU
Profesor asociado
Departamento de Derecho Público General
Facultad de Derecho
Universidad de Salamanca
mchavesc@usal.es

Reglamento (UE) 2023/1543, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales [DOUE-L-2023-81097]

Directiva (UE) 2023/1544, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales [DOUE-L-2023-81098]

El *Diario Oficial de la Unión Europea*, en su edición del 28 de julio de 2023, publicó dos importantes instrumentos que configuran un sistema innovador vinculado al tratamiento de la prueba electrónica transfronteriza en el proceso penal, centrado en la capacidad de las autoridades judiciales del Estado emisor para enviar directamente solicitudes a proveedores de servicios ubicados en cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

Con anterioridad, a través de la aplicación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, todos los Estados deberían trasponer la Orden Europea de Investigación en materia penal antes de mayo de 2017 como medio para luchar contra la criminalidad transfronteriza en el ámbito de la UE. En este sentido se pudo constatar que dicha orden nacía obsoleta y que la misma debía ser complementada con otros instrumentos: un reglamento que introduce las órdenes europeas para la obtención, la producción y el aseguramiento de pruebas electrónicas y una directiva sobre las obligaciones de los servidores que tratan datos de ciudadanos europeos con las autoridades judiciales y policiales europeas.

Dichas medidas fueron propuestas por la Comisión, a través de un comunicado de 17 de abril de 2018, pero debido al COVID-19 se postergó su aplicación y se retomó su tramitación cinco años más tarde con algunos cambios en la técnica legislativa. Curiosamente, lo que a priori se concebía como directiva pasó a ser reglamento y viceversa. Es decir, las órdenes europeas, que iban a ser trasladadas a cada legislación nacional, finalmente serán de aplicación directa, mientras que la norma para designar proveedores finalmente deberá ser adaptada de manera individual país por país. Creemos que este cambio de técnica legislativa obedece, en el caso de las órdenes, a velar por una eficiencia directa de la norma, y en el caso de los proveedores a cuestiones más de índole económica vinculada a las grandes empresas tecnológicas conectadas que propiamente a argumentos de tipo jurídico.

En cuanto a la razón principal para impulsar estos instrumentos, la misma reside en que las autoridades de la UE son conscientes de lo importante que es este tipo de prueba. La prueba electrónica se convierte en una pieza de convicción fundamental en la investigación y el enjuiciamiento de delitos, siendo necesaria en un 85 % de las investigaciones penales, incluso cuando el delito no es informático. Unido a lo anterior, el legislador es consciente de que la Orden Europea de Investigación debe ser reforzada a través de mecanismos complementarios que recojan las particularidades de la comisión de delitos en Internet encaminados a obtener pruebas electrónicas por las distintas autoridades. Así, la Comisión habla de crear nuevas reglas para facilitar y agilizar este tipo de evidencias «tales como correos electrónicos o documentos ubicados en la nube, que necesitan para investigar, enjuiciar y condenar a delincuentes y terroristas», al tiempo que enmarca esta acción como un hito para lograr una mayor seguridad de los ciudadanos europeos, puesto que en muchas ocasiones los procesos penales se suspenden e interrumpen porque los operadores de telecomunicaciones no contestan a las peticiones judiciales o se busca de manera intencionada que la información resida en servidores extranjeros de difícil acceso, con lo que se da una especie de «huida de la jurisdicción», lo que complica la investigación y el enjuiciamiento de determinados ciberdelitos.

A continuación, vamos a exponer de manera sucinta los instrumentos de cooperación procesal internacional vinculados a la prueba electrónica en procesos penales.

En primer lugar, nos encontramos con el Reglamento (UE) 2023/1543, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre órdenes europeas de producción y órdenes europeas de conservación con fines de prueba electrónica en procesos penales y ejecución de penas privativas de libertad derivadas de procesos penales.

Este reglamento entrará en vigor a partir del 18 de agosto de 2026. No obstante, la obligación de las autoridades competentes y los proveedores de servicios de emplear el sistema informático descentralizado establecido en el artículo 19 para la comunicación escrita conforme a este reglamento se aplicará un año después de la adopción de los actos de ejecución mencionados en el artículo 25.

En el mismo encontramos a su vez dos órdenes, una que hace referencia a la obtención y otra a la conservación de pruebas electrónicas. Respecto a la Orden Europea de Obtención de pruebas electrónicas, estamos ante un mecanismo articulado para que una autoridad judicial en un Estado miembro pueda obtener una «prueba de datos electrónicos» de un proveedor de servicios o su representante legal en otro Estado miembro, que estará obligado a responder en 10 días, suponemos que hábiles, o incluso en únicamente seis horas en casos de necesidad o extrema urgencia. Con ello se «acelera» y se recorta el tiempo respecto a la Orden Europea de Investigación, que puede llegar a demorarse hasta cuatro meses. Podríamos decir que sería complementaria, paralela o posterior a dicha Orden Europea de Investigación.

Por otro lado, respecto a la Orden Europea de Conservación o Aseguramiento de pruebas electrónicas, permitirá que una autoridad judicial de un Estado miembro solicite que un proveedor de servicios o su representante legal en otro Estado miembro conserve datos específicos con vistas a presentar estos datos en investigaciones

futuras a través de una Orden Europea de Investigación, por lo que podría ser una preorden. La aplicación de esta orden de conservación implica enviar una solicitud al representante legal fuera de la jurisdicción del Estado miembro emisor para preservar los datos con miras a una posible solicitud futura de entrega y la misma deberá ser validada por una autoridad judicial en el marco de un proceso penal específico, tras una evaluación individual de la proporcionalidad y la necesidad en cada caso. De manera directa, se amplían los plazos de conservación, pero no se habla de manera expresa de una técnica de conservación, aunque creemos que de manera indirecta se abre la puerta a la aplicación de tecnología *blockchain* para una conservación y aseguramiento de prueba electrónica eficaces.

En segundo lugar, se publica la Directiva (UE) 2023/1544, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, que establece normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y representantes legales con el fin de recopilar pruebas electrónicas en procesos penales. Los establecimientos designados y los representantes legales contemplados en esta directiva deben ser los destinatarios de las resoluciones y órdenes para recopilar pruebas electrónicas basadas en el reglamento que acabamos de indicar, lo que a su vez conecta con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, y con el Reglamento General de Protección de Datos, de aplicación directa en cualquier país de la Unión desde el 25 de mayo de 2018.

Esto se aplica incluso cuando dichas resoluciones y órdenes se transmiten en forma de certificado. Además, también se aplica a las resoluciones y órdenes para recopilar pruebas electrónicas basadas en el derecho nacional, dirigidas por un Estado miembro a una persona física o jurídica que actúe como representante legal o establecimiento designado de un proveedor de servicios en el territorio de dicho Estado miembro.

La directiva establece normas para la representación legal de ciertos proveedores de servicios en la Unión Europea, con el fin de obtener pruebas en procesos penales, al tiempo que define obligaciones para estos proveedores, como recibir órdenes judiciales, proporcionar datos necesarios, conservar información y enfrentar sanciones por incumplimiento. En este sentido, los Estados miembros deben asegurar que los proveedores designen representantes legales y proporcionen sus datos de contacto, con especificaciones sobre el idioma de las comunicaciones.

En el otro lado, se establecen sanciones para el incumplimiento y un mecanismo de coordinación entre Estados miembros para que esta norma se convierta en realidad. A nivel temporal, la transposición de la directiva debe ocurrir en 30 meses desde su entrada en vigor, por lo que tendremos que esperar hasta 2026 para comprobar que estos instrumentos legislativos se convierten en derecho vigente.

Federico BUENO DE MATA
Catedrático de Derecho Procesal. USAL
febuma@usal.es

Reglamento (UE) 2023/2844, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos de la cooperación judicial [DOUE-L-2023-81911]

Dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, nuevos retos se plantean en materia de cooperación judicial. La pandemia provocada por el COVID-19 y los constantes —e imparable— avances en materia tecnológica y de digitalización han provocado que los ciudadanos de los diferentes Estados miembros reclamen a sus respectivos sistemas de administración de justicia una cierta agilización de los trámites y una mayor efectividad de los procedimientos judiciales facilitando su acceso a través de la digitalización de canales de comunicación ya existentes. Este es, precisamente, el objetivo que se plantea el Reglamento (UE) 2023/2844: eficacia y eficiencia, dos términos cada vez más presentes en materia procesal.

El reto que deben asumir los Estados miembros con el nuevo reglamento es el establecimiento de un marco jurídico para el uso de la comunicación electrónica entre las autoridades competentes en procedimientos de cooperación judicial tanto en materia civil y mercantil como en materia penal (art. 1). A su vez, busca optimizar los procedimientos de cooperación judicial a través de normas que vienen a regular: el uso de medios telemáticos y sistemas de videoconferencia; la aplicación de firmas y sellos electrónicos; los efectos jurídicos de los documentos electrónicos; y, por último, el pago electrónico de las tasas.

El reglamento establece ciertas distinciones en función de los remitentes y destinatarios de las comunicaciones. En primer lugar, nos habla de las comunicaciones que han de efectuarse entre autoridades competentes de Estados miembros diferentes. En estos supuestos, cada Estado miembro puede elegir el uso de sistemas informáticos descentralizados. Conforme al art. 2 del reglamento estos constituyen una red de sistemas informáticos y puntos de acceso interoperables que operan bajo la responsabilidad y la gestión individuales de cada Estado miembro, órgano u organismos de la Unión Europea y permiten un intercambio de información transfronterizo seguro y fiable. La comunicación, entonces, se efectuaría a través de estos sistemas descentralizados. Sin embargo, podrán emplearse medios alternativos cuando la comunicación electrónica por sistemas descentralizados no fuere posible debido a la interrupción del sistema, la naturaleza física o técnica del material transmitido o por causas de fuerza mayor (art. 3.2).

El segundo tipo de comunicación que puede tener lugar es la producida entre las autoridades de los Estados miembros y un órgano u organismo de la Unión Europea.

Para ello, el art. 4.1 del reglamento prevé la creación de un punto de acceso electrónico europeo dentro del Portal Europeo de e-Justicia. Este punto de acceso podrá ser empleado para la comunicación electrónica entre personas físicas o jurídicas y sus representantes y las autoridades competentes, especialmente cuando se trate de los procedimientos que recoge el art. 4.2 del reglamento. Entre tales procedimientos se encuentran el Reglamento 1896/2006, sobre el proceso monitorio europeo; el Reglamento (CE) 861/2007, sobre el proceso europeo de escasa cuantía; el Reglamento (CE) 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; o el certificado sucesorio europeo y los establecidos en el Reglamento (UE) 650/2012. Además, se debe sumar la presentación de créditos por acreedores extranjeros en los procedimientos de insolvencia sujetos al Reglamento 848/2015.

Además de las comunicaciones reguladas en el Capítulo III, en el siguiente se pasan a regular las vistas por videoconferencia o por medio de otras tecnologías de comunicación a distancia. Distingue aquí el reglamento entre aquellas que tienen lugar en el ámbito civil y mercantil y las que se llevan a cabo en materia penal. Sobre las primeras, señala que la autoridad competente determinará la participación de las partes y de sus representantes en una vista por videoconferencia atendiendo a: la disponibilidad de tales tecnologías; la opinión de las partes involucradas sobre el uso de dichas tecnologías; la idoneidad del uso de aquellas en las circunstancias concretas del asunto. En cuanto a las comunicaciones telemáticas en materia penal, se regula también el mismo uso de las tecnologías señaladas prestando especial atención al consentimiento del interesado. Especial importancia tiene el deber de la autoridad competente de garantizar a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección que tengan un acceso a la infraestructura adecuada a sus circunstancias, pudiendo, incluso, plantearse la utilización de otra acorde a su situación.

El Capítulo V del reglamento se encarga de la regulación de los servicios de confianza, efectos jurídicos de los documentos electrónicos y pago electrónico de tasas. Recuérdese que el marco jurídico general que opera para la utilización de los servicios de confianza se desarrolla a través del Reglamento (UE) 919/2014. Señala el reglamento objeto de análisis, en relación con los efectos jurídicos de los documentos electrónicos, que no se denegarán aquellos producidos en documentos jurídicos transmitidos como parte de la comunicación electrónica ni se considerarán inadmisibles en el contexto de los procesos judiciales transfronterizos contemplados en los actos jurídicos que se enumeran en los anexos I y II.

Los últimos dos capítulos se dedican simplemente a indicar las modificaciones de algunos de los reglamentos (UE) en materia civil y penal. Destacando, entre los primeros, la introducción de un novedoso art. 19 bis en el Reglamento (UE) 2010/1784, sobre la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, que prevé la posibilidad de notificar o trasladar documentos judiciales directamente a personas que tengan una dirección conocida en otro Estado miembro a través del punto de acceso electrónico, eso sí, siempre que haya prestado su consentimiento previo y expreso.

En definitiva, las novedades incorporadas con el Reglamento (UE) 2023/2844 sobre digitalización de la cooperación judicial verán su aplicación los diferentes Estados miembros a partir del 1 de mayo de 2025. Constituye este un importante instrumento para la cooperación en el marco del Derecho comunitario, mejorando así el acceso a la justicia de los ciudadanos, con una digitalización de los sistemas de administración de justicia proporcionando, pues, una base jurídica sólida para la configuración de las comunicaciones telemáticas y la celebración de actos a través de sistemas de videoconferencia.

Irene YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT
Personal Investigador en Formación – Área de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
ireneygb@usal.es

— RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA —
JULIO-DICIEMBRE 2023

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mercedes IGLESIAS BÁREZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Sentencia del Tribunal Supremo 5058/2023, de 27 de noviembre de 2023 [ROJ: STS 5058/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5058], por María ÁLVAREZ ROUCO

DERECHO CIVIL

1. Sentencia del Tribunal Supremo 1285/2023 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 de septiembre, por Carmen Rosa IGLESIAS MARTÍN
2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2023, Asunto C-565/2022 (ECLI: UE:C:2023735) VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION (vki) VS. SOFATUTOR GMBH. CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO. PROCEDE SOLAMENTE DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA GRATUITO SI EXISTE INFORMACIÓN TRANSPARENTE SOBRE LA FUTURA MODALIDAD DE PAGO DEL CONTRATO CUANDO TRANSCURRA DICHO PLAZO DE PRUEBA, por Esther TORRELLES TORREA
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera. Pleno) 1443/2023, de 20 de octubre. CONSTITUCIÓN DE UNA CURATELA REPRESENTATIVA CUANDO EXISTE UNA GUARDA DE HECHO PREVIA, por Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2023, asunto C-634/21, OQ vs. *Land Hessen*, con intervención de SCHUFA Holding AG. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ART. 22 RGPD (DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS) A LAS EMPRESAS DE SCORING (GENERACIÓN DE VALORES DE PROBABILIDAD PARA CATEGORIZAR A LAS PERSONAS Y PREVER ESTADÍSTICAMENTE SU COMPORTAMIENTO), por Juan Pablo APARICIO VAQUERO

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 94/2023, Recurso de Inconstitucionalidad n.º 4313/2021 contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia [BOE-A-2023-21156]. BIOÉTICA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL PERSONAL SANITARIO. TEORÍA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL, por José SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y Cristina Nicole ALMEIDA AYERVE

DERECHO MERCANTIL

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 4 de julio de 2023. Asunto C-252/21 *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd y Facebook Deutschland*

GmbH c. Bundeskartellamt [ECLI:EU:C:2023:537]. DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR LAS AUTORIDADES NACIONALES Y DERECHO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES, por Juan ARPIO SANTACRUZ

2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 1573/2023, de 14 de noviembre de 2023 [ROJ: STS 4655/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4655]. SEGURO DE VIDA VINCULADO A PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE DECLARAR EL RIESGO, por Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO

DERECHO PENAL

1. Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 426/2023, de 1 de junio de 2023 [ROJ: STS 2499/2023]. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL CONDENADO. VALORACIÓN PROBATORIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA TESTIFICAL DE LA VÍCTIMA, por Consuelo ARGANARÁS
2. Sentencia del Tribunal Supremo 729/2023, de 4 de octubre. DESCARTE DEL DELITO DE HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA GRAVE COMETIDO POR VEHÍCULO POLICIAL. LA PONDERACIÓN DEL RIESGO EN EL USO DEL RÉGIMEN DE CIRCULACIÓN POR VEHÍCULOS DE EMERGENCIA, por Pablo ÁLVAREZ HERNÁNDEZ

Sentencia del Tribunal Supremo 5058/2023, de 27 de noviembre de 2023 [ROJ: STS 5058/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5058]

El acoso sexual y el acoso por razón de sexo constituyen las dos formas más frecuentes e invisibilizadas de violencia contra las mujeres en el ámbito laboral. Si bien es cierto que existen factores de riesgo como la realización del trabajo en condiciones de aislamiento o la precariedad, no existe un perfil determinado de víctima, de manera que esta discriminación es sufrida por mujeres de todos los sectores de actividad económica. Este tipo de prácticas son un resultado de la presencia de la desigualdad estructural entre hombres y mujeres que persiste en nuestra sociedad y, por ello, deben ser abordadas como formas de violencia machista y de discriminación de sexo/género dado que producen una vulneración de derechos fundamentales de las víctimas, como son el derecho a la dignidad, a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, a la intimidad, a la libertad sexual, a la salud laboral y a la seguridad en el trabajo.

Según la Macroencuesta de Violencia Contra la Mujer publicada en 2020, realizada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, se estima que 8.240.537 mujeres residentes en España de 16 o más años han sufrido acoso sexual en algún momento de sus vidas y un 17,3 % de las mismas afirman que el agresor era alguien de su trabajo, es decir, 1 de cada 5 mujeres acosadas sexualmente lo han sido en el ámbito laboral. También el delito de acoso reiterado o *stalking*, que han sufrido el 15,2 % de las mujeres españolas, encuentra en el ámbito laboral un escenario idóneo donde desarrollarse. Así, la Macroencuesta recoge que, de las mujeres víctimas de este delito, el 4,1 % señala a su jefe o supervisor como su agresor y el 7,3 % a otro hombre del trabajo. Por otra parte, en cuanto a las conductas que pueden llegar a suponer acoso en el ámbito laboral, las más repetidas son comentarios y chistes de carácter sexista (83 %), piropos y comentarios sexuales (75 %), gestos o miradas insinuantes (73 %), contacto físico (67 %) y peticiones e invitaciones de naturaleza sexual (31 %). A pesar de la gravedad de la situación, la denuncia de estos comportamientos sigue siendo baja, debido al temor a no ser creída, el sentimiento de culpa o el miedo a perder el puesto de trabajo.

A lo largo de los años la doctrina y la jurisprudencia acerca del acoso sexual y por razón de sexo evolucionan precisamente por la presencia cada vez mayor de las mujeres en el ámbito laboral y, por lo tanto, la necesidad de poner freno a este tipo de conductas inaceptables es cada vez más imperante. Así, actualmente en España, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece en su artículo 7.1 que «constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». En el segundo apartado de este precepto se

recoge el concepto de acoso por razón de sexo, tratándose de «cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Por lo tanto, en el primer caso observamos que debe existir una conducta de tipo sexual mientras que en el segundo el foco de atención se cierne sobre el sexo/género de la persona acosada. Además, se ha establecido jurisprudencialmente que el acoso sexual puede ser producido mediante una única conducta mientras que el acoso por razón de sexo requiere un proceso de repetición.

Sobre esta temática versa la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso 5058/2023, cuyo ponente es Luis María DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y a través de la cual se pronuncia por primera vez este órgano acerca del acoso sexual en el ámbito administrativo y disciplinario.

La sentencia en cuestión recoge los hechos ocurridos entre una médico y su superior, el jefe del Servicio de Oncología del Hospital Universitario Fundación de Alcorcón, dependiente de la Universidad Rey Juan Carlos. La mujer presentó denuncia contra él por acoso sexual, con base en constantes muestras de atención no requeridas como convocatorias al despacho del acusado por motivos no profesionales o llamadas de este a su móvil, durante el período comprendido entre junio de 2016 y junio de 2018. Así, el rector de dicha Universidad impuso el 8 de octubre de 2019 una sanción de suspensión de seis meses por la infracción muy grave de acoso sexual continuado, fundamentándose en el artículo 95.2.b) del Estatuto Básico del Empleado Público y en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Al no estar conforme con la decisión, el hombre interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 31 de Madrid el 18 de septiembre de 2020. Este órgano consideró que durante el procedimiento regulado por el expediente disciplinario se había vulnerado el derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna a ser informado de la acusación que se cernía sobre él puesto que, según este tribunal, no figuraban los elementos esenciales del hecho sancionable y de su calificación jurídica y, por lo tanto, no se permitía el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Ante esta resolución, la Universidad Rey Juan Carlos interpuso recurso de apelación ante la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y dicho órgano concluye el 11 de octubre de 2021 que no existió una vulneración de derechos del actor a ser informado de la acusación ni a ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Una vez resuelta esa cuestión, se entra a analizar el fondo del asunto, algo que, por haber apreciado una irregularidad procedimental, no había llegado a hacer el tribunal de primera instancia. Así, se concluye que existió acoso sexual a pesar de que el sancionado no requiriese expresamente favores sexuales de su subordinada ni se propasara físicamente con ella puesto que el tribunal considera que «una conducta guiada a obtener satisfacción sexual, continuada en el tiempo, y no deseada e incluso rechazada por la afectada es subsumible en la definición de acoso sexual recogida en el apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 7/2003, sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres».

No conforme con la resolución judicial, el médico decide presentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo queriendo que se declare que sin la constatación de una conducta en la que materialmente concurra un componente de contenido sexual no podrá tenerse por cometida la infracción por acoso sexual, no pudiendo considerarse cometida tal infracción cuando se aprecien exclusivamente conductas ambiguas en las que no concurra un explícito contenido sexual. Por lo tanto, lo que busca es que se anule la sentencia recurrida, dictando en su lugar nueva sentencia por la que se acuerde también la nulidad de la resolución sancionadora dictada frente a él o que subsidiariamente se anule la sentencia recurrida y se proceda a la devolución de los autos al tribunal de instancia para el dictado de nueva sentencia que resuelva sobre la resolución sancionadora, teniendo en consideración la doctrina que establezca la Sala mediante el presente recurso de casación. Por su parte, el Tribunal Supremo entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia a efectos de que se determinen los requisitos que configuran el concepto de acoso sexual, por lo que acepta el recurso.

Por otra parte, cabe señalar que en ningún momento se pone en duda cuáles son las normas aplicables a este supuesto, es decir, tanto en primera instancia como mediante el recurso de apelación y posteriormente el recurso de casación se identifican como normas jurídicas correspondientes al supuesto el artículo 7 de la L. O. 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en relación con lo dispuesto en el artículo 95.2.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público. Lo que se discute, por tanto, es la interpretación que debe darse a estas normas en torno al concepto de acoso sexual. Así, el recurrente defiende que esta conducta debe consistir en una actuación física o verbal explícitamente sexual, mientras que la Administración universitaria considera que lo determinante es una actuación con finalidad sexual y atentatoria contra la dignidad de la persona afectada.

Ante este debate casacional, el Tribunal Supremo resuelve que estamos ante un caso de acoso sexual en el ámbito laboral al llevar a cabo el recurrente un comportamiento guiado o determinado por la libido donde está intentando alcanzar el contacto sexual. Este órgano sostiene que el comportamiento sexual «no puede reducirse a lo atinente al acceso carnal, ni menos aún a su consumación. Sostener lo contrario conduciría a una visión inaceptablemente simplista y errónea de las relaciones humanas». Por lo tanto, no se puede interpretar el acoso sexual únicamente como contacto físico o como requerimiento del mismo mediante palabras. Así, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo entiende que además de un comportamiento guiado por el deseo sexual deben de valorarse las siguientes premisas para saber si se está ante un supuesto de acoso sexual:

- A) La existencia o inexistencia de aceptación libre por parte de la persona afectada. Además, incluso si hubiera consentimiento, un comportamiento objetivo y gravemente atentatorio contra la dignidad de la persona afectada podría constituir acoso sexual.
- B) El contexto (profesional, docente, etc.) en que el comportamiento se produce, va-

lorando hasta qué punto la persona afectada ha podido eludir los requerimientos y las molestias. C) La dimensión temporal, pues a menudo no tiene el mismo significado —ni la misma gravedad— un suceso aislado que toda una serie sostenida y continuada de actos.

Por lo tanto, a la vista de lo analizado, el Tribunal concluye que el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007 no exige que el «comportamiento, físico o verbal, de naturaleza sexual» sea explícito, sino que puede ser implícito, siempre que resulte inequívoco. Por lo tanto, se considera que la calificación como infracción muy grave de acoso sexual es ajustada a Derecho puesto que el comportamiento del recurrente estuvo guiado por la libido, fue continuado durante dos años y no tuvo ninguna clase de acogida por parte de la persona afectada, que además era su subordinada.

En conclusión, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral son contrarios al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y constituyen manifestaciones de discriminación y violencia contra las mujeres. Estas conductas producen en las víctimas grandes traumas emocionales, enfermedades como la ansiedad y la depresión, pero también múltiples trastornos de salud física relacionados con el estrés sufrido. El puesto de trabajo es un sitio donde se pasan numerosas horas y por ello es vital que se garantice la seguridad de los trabajadores en el mismo. Por ello, es imprescindible que desde todos los sectores de la sociedad se actúe para lograr la detección de estas conductas y su prevención, de manera que algún día se puedan llegar a erradicar este tipo de prácticas de claro componente machista de nuestra sociedad.

María ÁLVAREZ ROUCO
Graduada en Derecho
Estudiante del Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género
Universidad de Salamanca
maria.alvarez.rouco@gmail.com

Sentencia del Tribunal Supremo 1285/2023 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 de septiembre

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 1285/2023 de 25 de septiembre ([RJ 2023/5648](#)), cuya ponente fue la Excelentísima Sra. María Ángeles PARRA LUCÁN, declara no haber lugar al recurso de casación frente a la Sentencia de 25 de julio de 2022, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Rioja (JUR 2022/319014), en un supuesto de ejercicio acumulado de dos acciones de reclamación y de impugnación de filiación.

Conviene narrar extensamente los antecedentes de los hechos que se juzgan, para situarnos previamente al análisis jurídico. Partimos de una situación no exenta de tragedia, ya que en 2002, en un hospital de Logroño, nacieron dos niñas, con cinco horas de diferencia, que necesitaron estar en la incubadora. Pasado el tiempo necesario para estabilizarlas se las devolvió a sus padres y, en este momento, debido a un error humano (y a que los sistemas de identificación de esa época no tenían el detalle de hoy en día) hubo un intercambio de las bebés. Una de ellas (Sacramento) fue inscrita como hija matrimonial de una familia estable, con un padre, una madre y un hermano; mientras que la otra (Reyes) fue inscrita como hija no matrimonial de una pareja con serios problemas. Cuando cesa la convivencia de los que creía sus progenitores, se acuerda el acogimiento familiar de Reyes por parte de la abuela materna, dado que los dos progenitores han sido declarados discapaces (el padre había sido incapacitado por Sentencia de 1997 y estaba sometido a la tutela de su hermana y la madre había sido incapacitada por sentencia de 2013 y sometida a la curatela de su madre). Es en ese momento en el que la abuela materna reclama al padre el pago de una pensión de alimentos, a lo que se opone la representante legal del mismo (su hermana) alegando que la niña no era hija biológica de su hermano. Practicadas las pruebas de ADN en 2015 se confirma que Reyes no era hija biológica del que consideraba su padre, se estima la impugnación de filiación paterna y se rectifica el Registro Civil. Con la sorpresa por los resultados, se practican también las pruebas biológicas entre Reyes y la que consideraba su madre y el resultado es que tampoco era hija biológica suya.

A continuación, Reyes inicia una solicitud de información a las autoridades competentes del Gobierno de La Rioja para que se pueda explicar lo acaecido. En el informe remitido en 2019 consta el error ocurrido en el hospital que dio lugar a que se intercambiaran de familia las bebés.

El Ministerio Fiscal interpone acción de impugnación de filiación de Sacramento y Reyes; por su parte, también formula demanda por la que se ejercitaba acción de reconocimiento de paternidad y acción de impugnación de la filiación de Sacramento. Reyes había obtenido la emancipación en marzo de 2019 y Sacramento aún era menor de edad. En el acto del juicio oral, el Ministerio Fiscal desiste de la acción de

impugnación de filiación de Sacramento argumentando que ha alcanzado la mayoría de edad y ya no tiene (ni la Fiscalía ni tercero alguno) legitimación activa para impugnar su filiación. El juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declara a Reyes hija biológica y matrimonial de quienes lo reclamaban y que no se habían opuesto, con todos los derechos que le reconoce la legislación española por la filiación que se declara y con su correspondiente inscripción en el Registro Civil de Logroño (la acción de filiación se acumula a la acción de rectificación del asiento en el Registro Civil; la regla general es la rectificación del asiento registral mediante sentencia, arts. 16.3 y 90 LRC —*BOE-A-2011-12628*—); pero desestima la acción de impugnación de la filiación de Sacramento ejercitada por Reyes ya que el Código Civil no le reconoce legitimación activa.

Reyes interpuso recurso de apelación, pidiendo que se estimase la acción de impugnación de la filiación (materna y paterna) de Sacramento. Los apelados se oponen reiterando que Reyes puede ejercitar acciones de filiación relativas a su persona, pero no las que correspondan a un tercero porque, sin negar la verdad biológica, no hay interés legítimo en imponer la verdad material a la voluntad de los demandados, que desean que Sacramento permanezca en el grupo familiar. Por su parte, el Ministerio Fiscal pidió la confirmación de la sentencia del juzgado. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de primera instancia.

Contra esta sentencia de la Audiencia, Reyes interpone recurso de casación. Alega que se vulnera el art. 134 CC (*BOE-A-1889-4763*) y la doctrina jurisprudencial que interpreta una legitimación activa flexible para reclamar e impugnar al amparo de este artículo (STC de Pleno 273/2005, de 27 de octubre, *BOE-T 2005-19626*). También alega la necesidad de buscar una adecuada relación entre los principios de seguridad jurídica y el de verdad biológica, al considerar de interés público la corrección de la discordancia entre la realidad registral y la material.

Hay que destacar lo que pienso que es uno de los puntos clave en la decisión, y es que, aun cuando se pueda estimar implícitamente impugnada la filiación que constaba en el Registro Civil y admitir un pronunciamiento sobre dicha impugnación correlativo a la correspondiente acción de reclamación, ello no puede realizarse sin la presencia de todos los interesados. Y esto no se ha producido desde el primer momento. Es más, coincidiendo con la interposición del recurso de casación se formula demanda por la representación legal de Reyes, y lo hace en nombre de la que en principio se la había considerado como su madre, y ejercita una acción de reclamación de filiación materna no matrimonial de Sacramento. Evidentemente, de esta manera pretenden dar presencia a todos los interesados que no habían estado desde el principio. Además, mientras que la reclamación de filiación biológica paterna de Reyes no plantea ningún problema, sí lo plantea la reclamación de filiación biológica materna, ya que obligaba a Reyes a impugnar la filiación materna primigenia y que así constaba en la inscripción registral. Se aprecia la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la acción de determinación de filiación materna de Reyes, por lo que se ordena la nulidad de lo actuado solo con

respecto a la acción de reclamación de la maternidad de Reyes y retrotrae las actuaciones al momento de audiencia previa.

La parte de la sentencia que desestima el recurso incide con lo ya argumentado en anteriores instancias. Muy acertados son los siguientes argumentos: primero, que el reconocimiento del interés de los progenitores en conocer la verdad biológica no obsta a introducir límites a la legitimación y plazos de caducidad para el ejercicio de las acciones de filiación, siempre que se guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Y segundo, no se entiende bien la argumentación de la recurrente cuando alude a la protección de su dignidad, a la falta de tutela judicial efectiva sobre su protección en el ejercicio de la acción de impugnación y a la discriminación que ha sufrido en su interés legítimo en un caso como el presente en el que las dos intercambiadas son de la misma edad y no hay menores. Se argumenta que no se le niega la legitimación para reclamar su filiación, sino para impugnar la filiación de la otra nacida por no resultar de la regulación aplicable. No se sabe bien cuál sería su interés legítimo en impugnar, en contra de la voluntad de los directamente afectados, una filiación manifestada por una posesión de estado durante veinte años. Conviene recordar en este punto que las características básicas de las acciones de filiación en general son inherentes a la persona, lo que justifica las restricciones en la legitimación activa; son acciones indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles, aunque se sujetan a plazos de caducidad; son acciones que afectan a la intimidad de las personas; y siempre se encuentra presente el interés público.

Carmen Rosa IGLESIAS MARTÍN
Profesora Permanente Laboral
Área de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
carmela@usal.es

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2023, Asunto C-565/2022 (ECLI: UE:C:2023735)

VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION (VKI) VS. SOFATUTOR GMBH

CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO. PROCEDE SOLAMENTE DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA GRATUITO SI EXISTE INFORMACIÓN TRANSPARENTE SOBRE LA FUTURA MODALIDAD DE PAGO DEL CONTRATO CUANDO TRANSCURRA DICHO PLAZO DE PRUEBA

La sentencia pretende determinar el alcance interpretativo del art. 9.1 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, según el cual el consumidor dispone de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento, sin necesidad de indicar el motivo ni de asumir costes distintos a los previstos legalmente. Este derecho se transpuso en la ley austriaca sobre contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento del 26 de mayo de 2014 (en adelante FAGG). A pesar de las modificaciones posteriores que sufrió la Directiva 2011/83 es la que se aplica al caso planteado por la fecha de los hechos.

El derecho de desistimiento es esencial en la protección del consumidor, por lo cual, la información precontractual sobre este derecho reviste una importancia capital al permitirle tomar la decisión de celebrar o no el contrato a distancia con el comerciante. Para ello el consumidor debe conocer previamente las condiciones, el plazo y el procedimiento para el ejercicio de dicho derecho (así se estableció en la STJUE de 23 de enero de 2019, Walbusch Walter Busch, C-430/17, EU:C:2019:47, apartado 46).

Además, el derecho de desistimiento compensa la desventaja resultante para el consumidor de un contrato a distancia, concediéndole un plazo de reflexión apropiado durante el cual tiene la posibilidad de examinar y probar el bien adquirido (TTJUE de 27 de marzo de 2019, slewo, C-681/17, EU:C:2019:255, apartado 33 y jurisprudencia citada). Por tanto, por un lado, el derecho de desistimiento tiene por objeto que el consumidor pueda conocer, en tiempo oportuno, las características del servicio objeto del contrato de que se trate. Por otro lado, ese derecho favorece la toma de una decisión con conocimiento de causa por parte del consumidor, teniendo en cuenta todas las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato de que se trate, y permite a ese consumidor decidir si desea vincularse contractualmente con un comerciante (vid. SSTJUE de 23 de enero de 2019, Walbusch Walter Busch, C-430/17, EU:C:2019:47, apartado 36, y de 10 de julio de 2019, Amazon EU, C-649/17, EU:C:2019:576, apartado 43).

Centrándonos en el conflicto previsto en la sentencia, este se generó entre la empresa Sofatutor, que gestiona una plataforma de aprendizaje en línea destinada a estudiantes de primaria y secundaria, en la que ofrece de sus servicios a todo el territorio de Austria, y VKI (Asociación para la información del consumidor de Austria) por discrepar sobre el ejercicio del derecho de desistimiento en determinadas circunstancias.

Entre las condiciones generales establecidas en los contratos de Sofatutor se señala que, cuando se contrata por primera vez una suscripción en su plataforma, esta puede probarse gratuitamente durante un período de treinta días a partir de la celebración del contrato y resolverse, sin preaviso, en cualquier momento durante dicho período. Asimismo, una vez transcurridos esos treinta días, la suscripción pasa a ser de pago y, si no se ha desistido en dichos treinta días, comienza a correr el período de suscripción de pago acordado en el momento de la contratación. En el caso de que el período de suscripción de pago expire sin que Sofatutor o el consumidor hayan resuelto el contrato en plazo, se establece que la suscripción se prorrogará automáticamente por un período determinado.

Sin embargo, VKI considera que, según el art. 9 de la Directiva 2011/83 y la FAGG, el consumidor dispone de un derecho de desistimiento no solo por la suscripción de prueba gratuita de treinta días, sino también por la transformación de esa suscripción en una suscripción estándar y por la prórroga de esta última. Por ello, VKI presentó una demanda ante el Handelsgericht Wien (Tribunal de lo Mercantil de Viena, Austria) con objeto de que se ordenara a Sofatutor, en caso de prórroga de un contrato de duración determinada celebrado a distancia, informar a esos consumidores, de manera clara y comprensible, de las condiciones, los plazos y los procedimientos para ejercer su derecho de desistimiento, poniendo a su disposición el modelo de formulario de desistimiento o aplicando prácticas similares.

La pretensión fue estimada, aunque desestimada en apelación, lo que determinó que VKI interpusiera un recurso de casación. El alto tribunal, por una parte, señaló que el derecho de desistimiento no se limita a la primera celebración de un contrato entre un comerciante y un consumidor, sino que la prórroga de una relación contractual existente, aunque limitada en el tiempo, o la modificación sustancial de esa relación contractual, cuando se acuerden a distancia o fuera del establecimiento, también pueden estar sujetas a la FAGG y, por consiguiente, generar un derecho de desistimiento del consumidor en lo que respecta a la prórroga o modificación.

Por otra parte, este órgano jurisdiccional se refirió a la sentencia de 18 de junio de 2020, Súdholstein (C-639/18, EU:C:2020:477), en la que el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un acuerdo de modificación de un contrato de préstamo no está comprendido en el concepto de «contrato relativo a servicios financieros», en el sentido de dicha disposición, cuando ese acuerdo posterior se limita a modificar el tipo de interés inicialmente pactado, sin prorrogar la duración del préstamo ni modificar su importe, y las cláusulas iniciales del contrato de préstamo preveían la celebración de tal acuerdo de modificación o, en su defecto, la aplicación de un tipo de interés variable.

Ante dichas circunstancias, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: ¿Debe interpretarse el artículo 9.1 de la Directiva 2011/83 en

el sentido de que, en caso de «prórroga automática» de un contrato a distancia (art. 6.1.o) Directiva), se atribuye al consumidor nuevamente un derecho de desistimiento? Es decir, debe determinarse si el derecho del consumidor a desistir de un contrato a distancia se garantiza una sola vez con respecto a un contrato de prestación de servicios que establece un período inicial gratuito para el consumidor, seguido, a falta de resolución o desistimiento por el consumidor durante ese período, de un período de pago, que se prorroga automáticamente, a falta de resolución de ese contrato, por un plazo determinado, o bien si el consumidor dispone de tal derecho en cada una de las etapas de transformación y prórroga de dicho contrato.

El ordenamiento jurídico austriaco en la FAGG no da respuesta alguna a la cuestión de si el consumidor dispone de tal derecho de desistimiento una sola vez en el marco de la celebración de un contrato o si dispone nuevamente de ese derecho con ocasión de una prórroga de ese contrato como la controvertida en el litigio principal.

En el asunto a debate de la sentencia, la prestación de servicios controvertida es gratuita durante treinta días y, a falta de resolución o desistimiento por parte del consumidor durante esos treinta días, aquella se transforma en una prestación remunerada de duración determinada prorrogable. Sin embargo, dicha petición no contiene ninguna información que indique que tal transformación o prórroga del contrato de que se trata tendría como consecuencia una modificación de otras condiciones de ese contrato.

Cabe recordar que una de las características esenciales de un contrato a distancia es el precio total de los servicios objeto de ese contrato (art. 6.1.c) Directiva 11/83). Es por ello que, antes de la celebración de un contrato de esa índole, el comerciante está obligado a facilitar al consumidor la información sobre dicho precio de forma clara y comprensible. Como se desprende del citado artículo 8, apartado 2, si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos obliga al consumidor a pagar, el comerciante pondrá en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido, el precio total de los servicios objeto de ese contrato. El comerciante deberá velar por que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que este implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación correspondiente no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante. Si el comerciante no cumple este requisito, el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido.

Como consecuencia de ello, procede señalar que la finalidad del derecho del consumidor a desistir de un contrato celebrado a distancia que tiene por objeto una prestación de servicios se cumple cuando el consumidor dispone, antes de la celebración del contrato, de una información clara, comprensible y expresa sobre el precio de los servicios objeto de dicho contrato, precio que se adeuda bien a partir del momento de celebración del contrato, bien a partir de una fecha posterior a esta, como la de la

transformación del mismo contrato en un contrato oneroso o la de la prórroga de este por una duración determinada.

Por lo tanto, aunque, al celebrar un contrato que establezca un período gratuito de prestación de servicios, el consumidor es informado de manera clara, comprensible y expresa por el comerciante de que, después de ese período gratuito y a falta de resolución o desistimiento del contrato por el consumidor durante dicho período, esta prestación pasará a ser remunerada, las condiciones contractuales puestas en conocimiento del consumidor no cambian. En este caso no se justifica que el consumidor afectado disponga nuevamente de un derecho de desistimiento tras la transformación de dicho contrato en un contrato oneroso. Y ese consumidor tampoco puede disponer de tal derecho de desistimiento cuando se prorroga el contrato oneroso por un período determinado.

Sin embargo, la falta de una comunicación transparente sobre la futura remuneración del servicio en el momento de la celebración del contrato de que se trate, suponiendo que el consumidor quedase vinculado por dicho contrato; la diferencia entre, por un lado, la información realmente facilitada sobre las condiciones contractuales y, por otro lado, las condiciones de dicho contrato tras un período de prueba gratuito, como el controvertido en el litigio principal, sería tan esencial que habría de reconocerse un nuevo derecho de desistimiento transcurrido ese período de prueba gratuito.

El TJUE considera que el artículo 9.1 Directiva 2011/83 debe interpretarse en el sentido de que el derecho del consumidor a desistir de un contrato a distancia se garantiza una sola vez respecto de un contrato de prestación de servicios que establece un período inicial gratuito para el consumidor, seguido, a falta de resolución o de desistimiento del consumidor durante ese período, de un período de pago, que se prorroga automáticamente, a falta de resolución del contrato, por un plazo determinado, siempre que, al celebrar dicho contrato, el comerciante informe al consumidor de manera clara, comprensible y expresa de que, tras dicho período inicial gratuito, la prestación de servicios pasará a ser remunerada.

Observamos que el TJUE incide de forma especial en la relevancia de la transparencia en los contratos celebrados por vía electrónica que implican una obligación de pago. El ejercicio único del derecho de desistimiento, aunque sea durante un período de prueba, siempre debe ir precedido por una información precontractual clara, comprensible y expresa por parte del comerciante sobre la remuneración futura. Si no se informa previa y claramente de que el consumidor asume una obligación de pago tras el período de prueba, no quedará vinculado (art. 8 Directiva 2011/83).

De nuevo el deber de información se convierte en fundamental en el ámbito del derecho de consumo. La ausencia de información sobre el precio a pagar genera una nueva oportunidad para desistir en la fase de transformación del contrato de gratuito a oneroso, dejando en manos de los tribunales nacionales la comprobación de si la información suministrada al respecto fue confusa o precisa. Si, como sucede en el caso litigioso, el contrato electrónico implica una obligación de pago y no se informó de ello de forma clara y destacada antes de contratar, el consumidor no quedará obligado (art.

8.2 Directiva 2011/83 o art. 98.2 TRLGDCU). La falta de transparencia en la información precontractual sobre el precio total de los servicios contratados (falta de información clara, comprensible y expresa) es lo que fundamenta la concesión de un nuevo derecho de desistimiento.

Nos resulta interesante la reflexión de BERMÚDEZ BALLESTEROS («El derecho de desistimiento ‘se duplica’ para el consumidor que contrata online la suscripción de servicios con una fase probatoria gratuita, convertible en suscripción de pago prorrogable, si la información precontractual sobre el precio a pagar es confusa», *CESCO*, 26 de octubre de 2026), quien considera que podría argumentarse que la posibilidad de resolución del contrato que se otorga al consumidor, ejercitable en el período de treinta días durante la fase probatoria, no se ajustaría exactamente al ejercicio del derecho de desistimiento *ad nutum* de la normativa de consumo (arts. 9 y ss. Directiva 2011/83 y arts. 102 y ss. TRLGDCU). Por analogía con la venta a prueba o venta *ad gustum* regulada en el 1453 del CC, durante ese período al consumidor le compete una libertad absoluta para decidir acerca de la conveniencia o no de los productos suministrados o servicios prestados, pudiendo devolverlos dentro del período de reflexión, sin tener que alegar causa alguna. En estos casos, el consumidor estaría ejercitando la opción que el comerciante le ofrece dentro de su política de *marketing*, como táctica para ganar clientela. Sería pasado dicho período probatorio sin haber hecho uso de la opción ofrecida por el empresario cuando, al comenzar la fase de pago, el consumidor dispondría, por ley, del genuino derecho a desistir.

Como conclusión, según el TJUE el consumidor tiene derecho a desistir una sola vez de un contrato a distancia en el supuesto de la suscripción de un servicio que establece un período inicial gratuito que, a falta de resolución, se prorroga automáticamente, si el empresario le informó con carácter previo de manera clara, comprensible y expresa que, tras dicho período inicial gratuito, la prestación de servicios pasará a ser remunerada. Sin embargo, si el empresario no informa al consumidor de manera clara, comprensible y expresa que, tras dicho período inicial gratuito, la prestación de servicios pasará a ser de pago, este deberá disponer de un nuevo derecho de desistimiento transcurrido dicho período. Este nuevo derecho, con un plazo mínimo de catorce días naturales de ejercicio ordinario, comenzará su cómputo el día siguiente a la expiración del período de treinta días de prueba gratuita.

Esther TORRELLES TORREA
Prof.^a Titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca
etorrelles@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera. Pleno) 1443/2023, de 20 de octubre

CONSTITUCIÓN DE UNA CURATELA REPRESENTATIVA CUANDO EXISTE UNA GUARDA DE HECHO PREVIA

En la [STS 1443/2023, de 20 de octubre](#) (ponente el Excmo. Sr. Ignacio SANCHO GARGALLO), el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de constituir una curatela como medida de apoyo cuando ya existe una guarda de hecho previa. La cuestión que se suscita es si la preexistencia de la guarda de hecho, que viene ejerciéndose de forma eficiente por un familiar o allegado, impide la adopción de una medida de apoyo de carácter judicial. Y el problema se plantea por la interpretación conjunta de los artículos 250 y 255 del [Código Civil](#) (CC), en su redacción actual dada por la [Ley 8/2021, de 2 de junio](#).

El artículo 250 CC prevé como medidas de apoyo, para las personas que lo precisen, las de naturaleza voluntaria, las de provisión judicial (curatela y defensor judicial) y también la guarda de hecho (párrafo primero). Este mismo precepto alude a la guarda de hecho como «una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente» (párrafo cuarto). Así, esta guarda de hecho será subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona.

Al mismo tiempo, el artículo 255 CC, en su último párrafo, señala que «solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias». Conforme a esta norma, cuando las medidas voluntarias sean suficientes no cabe adoptar medidas judiciales porque no son necesarias y, por lo que aquí interesa, tampoco se adoptarán si las necesidades generadas por la discapacidad están satisfechas por una guarda de hecho. Es decir, la guarda de hecho tiene carácter preferente y si esta es suficiente no es necesaria la constitución judicial de apoyos.

Una interpretación rígida de la norma basada en su literalidad impide adoptar cualquier medida judicial de apoyo (curatela o defensor judicial) por la mera existencia de la guarda de hecho previa. En cambio, una interpretación más flexible permite al juez resolver atendiendo a las concretas circunstancias del caso y decidir cuál es la medida más beneficiosa. Una u otra interpretación han dado lugar a soluciones diversas que han impedido establecer un criterio claro y uniforme ante situaciones similares. Ahora el Tribunal Supremo, en la sentencia STS 1443/2023, objeto de este comentario, rechaza una interpretación literal y rígida y aboga por atender a las circunstancias del

caso para permitir la constitución de una curatela, aun cuando exista una guarda de hecho previa, siempre que sea lo más conveniente para prestar mejor el apoyo.

Los *hechos* que dan lugar a la sentencia son los siguientes:

En marzo de 2021, el demandante inicia un procedimiento de modificación de la capacidad de su padre (entonces de 92 años), para el que solicita la incapacitación total. Solicita también que se le nombre tutor (es antes de la Ley 8/2021) del padre, con el que convive y cuida a diario. Alega que padece varias dolencias psiquiátricas que le impiden gobernarse por sí mismo.

En el curso del procedimiento quedó constancia de que el padre tenía síndrome demencial, afección «de mal pronóstico dada su irreversibilidad y tendencia a la agravación neuropsicológica». Y que era causa de una importante alteración de las funciones cognoscitivas, dada su merma intelectual, así como de una importante inhibición de la voluntad. En definitiva, se concluyó que padecía «un deterioro severo de sus funciones cognitivas, volitivas e intelectivas» y que «carecía por completo de autonomía alguna, precisando incluso para la supervivencia el apoyo que le prestan terceras personas».

El Juzgado de *Primera Instancia n.º 3 del Puerto de Santa María* dicta sentencia con fecha de *20 de diciembre de 2021*, cuando ya estaba en vigor la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Estima la demanda (aunque no puede constituir la tutela solicitada porque desapreció tras la reforma) y declara que el padre discapacitado necesita como medida de apoyo una curatela representativa, que será ejercitada por el propio demandante, su único hijo. La sentencia señala las concretas funciones representativas, tanto en la esfera personal como en la patrimonial.

La sentencia es recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal al entender que, aunque son necesarias las medidas de apoyo, estas ya se prestan por el hijo, que ejerce la guarda de hecho, lo que hace innecesaria la constitución de la curatela. El recurso es resuelto por la *Audiencia Provincial de Cádiz (sección 5.ª) en la Sentencia 774/2002, de 22 de julio*, que lo desestima y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

Considera la Audiencia que, a pesar de que el padre convive con su hijo, quien se encarga de su cuidado, y que, en principio, no sería necesaria la adopción de medidas, sí existen unos datos que determinan que deben implantarse: se escapa de la casa sin avisar, va al banco para sacar dinero o incluso para abrir nuevas cuentas y adoptar distintos sistemas de gestión. Esto supone un riesgo por su vulnerabilidad, lo que lleva a la Sala a entender que «en este caso concreto existe la necesidad de adoptar medidas de apoyo..., por lo cual y examinadas las medidas establecidas en la sentencia de instancia, y pareciendo las mismas correctas y ajustadas a la situación, es procedente mantener las mismas desestimando el recurso interpuesto y confirmando la sentencia recurrida».

La sentencia de apelación es recurrida en casación por el Ministerio Fiscal. El *motivo* alegado es la infracción de los artículos 255, 263 y 269 del Código Civil, porque la sentencia recurrida acordó la curatela representativa como medida judicial de apoyo, cuando esas medidas ya están siendo prestadas por un guardador de hecho, su hijo. Advierte el Ministerio Fiscal que, conforme al artículo 255 CC, «solo en defecto o por

insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias» y considera que la guarda de hecho prestada por su hijo es eficaz y se desarrolla sin ningún problema, por lo que no resulta procedente la constitución de la curatela.

La Sala primera del Tribunal Supremo resuelve en la *Sentencia 1443/2023, de 20 de octubre de 2023*, objeto de esta reseña. En ella desestima el recurso y confirma la constitución de una curatela representativa en favor del hijo como medida de apoyo.

Los magistrados basan su decisión en los siguientes argumentos:

- La Sala recuerda que el actual artículo 250 CC concibe la guarda de hecho como «una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente», por lo que la guarda de hecho se configura con una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona. Por su parte, el artículo 255 CC dispone que «solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

En este sentido, señala la sentencia que «siempre y cuando las medidas voluntarias sean suficientes, no cabrá adoptar medidas judiciales porque no son necesarias». Si bien, podrían serlo «si las medidas voluntarias fueran insuficientes, respecto de las necesidades de apoyo no cubiertas, y en ese caso cabría su adopción. Pero también forma parte de la ratio de la norma que la provisión judicial no deviene precisa si las necesidades, de carácter asistencial y de representación, generadas por la discapacidad están satisfechas por una guarda de hecho».

- Por otra parte, determina la Sala que conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial. Pero esta previsión «no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho». A juicio de la Sala, hay que atender a las circunstancias de cada caso, lo que implica que la existencia previa de una guarda de hecho no excluye automáticamente la adopción de una curatela si esta resulta más conveniente para la persona que precisa el apoyo. En este sentido, reconoce expresamente que «si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesario la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidas en todo caso».
- El Tribunal opta por una interpretación flexible de las normas excluyendo expresamente la aplicación automática de la ley sin tener en cuenta las circunstancias particulares que rodean el caso. Al respecto considera que «si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del artículo 255 CC), descontextualizada,

negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que, al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho».

- En relación al supuesto enjuiciado insiste la Sala que «hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificado la constitución de la curatela en vez de la guarda de hecho». En este caso ha quedado patente la insuficiencia de la guarda de hecho, reconociendo la Sala como indicio evidente de esa insuficiencia que sea el propio hijo guardador quien solicite la constitución de la curatela: «Es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, no en vano es quien de hecho presta los apoyos».
- Se insiste en la sentencia en que la interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona que precisa de apoyos, cuyos intereses se pretenden tutelar, por lo que, a la postre, «deben adoptarse las medidas más idóneas para esa persona».
- La Sala concluye señalando que «del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo».

En este caso, y atendiendo a las concretas circunstancias, se considera que la curatela representativa previamente constituida por el tribunal de instancia y confirmada por la Audiencia es la medida más conveniente. En consecuencia, la Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

A mi juicio, esta sentencia supone un avance significativo en la interpretación de las normas que regulan las medidas de apoyo introducidas por la Ley 8/2021. En particular, respecto a una cuestión que, en la práctica, se presenta con frecuencia cuando el guardador de hecho de una persona con discapacidad solicita el establecimiento de una medida judicial de apoyo para reforzar sus facultades si la guarda resulta insuficiente para prestar el apoyo necesario. El Tribunal Supremo fija doctrina en esta sentencia de pleno, n.º 1443/2023, de 20 de octubre, en la que establece los criterios, hasta ahora poco claros, para constituir una curatela como medida de apoyo si ya existe una guarda de hecho previa.

De la interpretación flexible de las normas que hace la Sala podemos extraer los criterios que deberán tener en cuenta los tribunales para decidir sobre esta cuestión:

- Por un lado, la existencia previa de una guarda de hecho no excluye de manera automática la constitución de una medida judicial de apoyo.
- En segundo lugar, esta medida judicial es procedente si la guarda de hecho no es suficiente para cubrir adecuadamente las necesidades de apoyo.

- Por último, será siempre necesario valorar las concretas circunstancias de cada caso para saber cuál es la medida más conveniente para prestar mejor ese apoyo y decidir en consecuencia.

Estos criterios se contienen también en otra sentencia, dictada ese mismo día por el pleno de la Sala, en la que se enjuicia un caso similar. Es la [STS 1444/2023, de 20 de octubre](#), de la que fue ponente la Excm. Sra. María Ángeles PARRA LUCÁN. También esta sentencia, en el mismo sentido y con los mismos argumentos, confirma la constitución de una curatela representativa pese a existir una guarda de hecho previa.

Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
marini@usal.es

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
de 7 de diciembre de 2023, asunto C-634/21, OQ vs. Land Hessen,
con intervención de SCHUFA Holding AG**

**SOBRE LA APLICACIÓN DEL ART. 22 RGPD (DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS) A LAS EMPRESAS DE *SCORING*
(GENERACIÓN DE VALORES DE PROBABILIDAD PARA CATEGORIZAR A LAS PERSONAS Y PREVER ESTADÍSTICAMENTE SU
COMPORTAMIENTO)**

El art. 22 del *Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD)* consagra (apdo. 1) el derecho de las personas a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en ellas o les afecte significativamente de modo similar, cabiendo solo si (apdo. 2) se basa en su consentimiento explícito, es necesaria para la celebración de un contrato entre el interesado y el responsable o hay una norma nacional habilitante que establezca, además, adecuadas medidas y salvaguardas.

En el caso, la demandante, OQ, solicitó, como tantas otras personas, un préstamo que le fue denegado por la entidad bancaria como consecuencia del informe negativo sobre su solvencia que emitió una sociedad de *scoring* llamada SCHUFA. El *scoring* supone la calificación de la solvencia de los consumidores a partir de la aplicación de procedimientos matemáticos o estadísticos (comparando con sujetos de características similares, las que sean que son tratadas) sobre ciertos datos de dichas personas, de manera que da un resultado sobre la probabilidad de devolución de lo prestado. Ante la denegación, OQ se dirigió a SCHUFA para que le facilitara información sobre los datos personales tratados en dicho proceso y que suprimiera los que pudieran ser erróneos. SCHUFA contestó de manera genérica y exponiendo los métodos de cálculo a grandes rasgos, pero se negó a comunicar los datos manejados y su ponderación, alegando secreto empresarial; argumentó, además, que ella no tomaba las decisiones, limitándose a facilitar la calificación a sus socios comerciales, que eran quienes, en su caso, adoptaban las decisiones contractuales, como la de denegar el préstamo a la solicitante. Esta reclamó ante la autoridad de datos competente (HBDI), que denegó su pretensión por haber cumplido SCHUFA con las obligaciones que le imponía la normativa alemana (art. 31 BDSG, Ley Federal de Protección de Datos, que regula la generación de valores de probabilidad relativos a comportamientos futuros). OQ recurrió la resolución ante el tribunal competente (el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden), que planteó la cuestión prejudicial que ahora resuelve el TJUE en torno a la interpretación del art. 22 RGPD y a la «generación» del valor de probabilidad por

parte de la sociedad de *scoring*, más allá del uso que del mismo haga el destinatario de dicho valor (la entidad de crédito, para aceptar o denegar este).

El órgano jurisdiccional pregunta, en primer lugar, si la actividad que hace la sociedad de *scoring* constituye ya, en sí misma, una «decisión individual automatizada» con arreglo al art. 22.1 RGPD, siendo como es que la posterior decisión del tercero (conceder o no el préstamo) depende de manera determinante de dicho valor de probabilidad. Si así fuera, dicha entidad no podría realizarla salvo en los casos previstos en el art. 22.2, que incluyen la normativa nacional, sobre la que versa, precisamente, una segunda cuestión, referida a si cabe una normativa estatal que la permita si se cumplen determinados requisitos adicionales.

Para el TJUE, la aplicabilidad del art. 22.1 depende de cómo se interpreten sus requisitos cumulativos: Lo prohibido es (1) una «decisión», (2) «basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles» y (3) que produce «efectos jurídicos» en el interesado o que lo «afecta *significativamente* de modo similar».

Por lo que respecta al primero, con cita del considerando 71 RGPD y las [Conclusiones del Abogado General](#) (punto 38), el TJUE afirma que el término «decisión» debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo cualquier acto con potencial para afectar al interesado, como puede ser el cálculo de un valor de probabilidad relativo a su solvencia.

Respecto del segundo, no parece haber duda alguna de que estamos ante una actividad, la de *scoring*, jurídicamente reconducible a la «elaboración de perfiles», tal cual se define en el art. 4.4 RGPD: utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.

Por último, del planteamiento del supuesto se deduce, dice el Tribunal, que la acción del tercero al que se transmite el valor de probabilidad obtenido por la empresa de *scoring* está basada «de un modo determinante» en dicho valor: «Un valor de probabilidad insuficiente», dice el Tribunal, «dará lugar, en la práctica totalidad de los casos, a que el banco deniegue la concesión del préstamo solicitado».

En definitiva, el valor de probabilidad generado por la empresa de *scoring* produce efectos jurídicos para el interesado o afecta a este de forma significativa de modo similar, en cuanto el tercero basa su decisión de forma determinante en dicho valor. Y, por lo tanto, por principio, dicho tratamiento está prohibido por principio por el art. 22 RGPD, sin que el interesado necesite siquiera invocarlo proactivamente. Solo las excepciones previstas en el art. 22.2 permitirían ese tratamiento (en todo caso, con las garantías adecuadas) y, además, de llegar a adoptarse la decisión automatizada, el responsable estaría sujeto a las obligaciones de información adicionales previstas en los arts. 13.2.f y 14.2.g RGPD (vid. más adelante).

Todo ello (prohibición de principio, a salvo las excepciones, y obligaciones de información) es aplicable a la empresa generadora del valor probabilístico y no solo a la

contraparte del interesado que le deniega el préstamo, pues de lo contrario (con una interpretación restrictiva), se eludiría el art. 22 RGPD, dice el Tribunal: si solo el *uso* del valor probabilístico fuera lo prohibido, el interesado que se dirigiera al banco no obtendría ninguna información relevante sobre los datos o lógica aplicada, pues este no la tiene propiamente; y no podría dirigirse a la empresa de *scoring* si esta realizara un mero acto preparatorio desvinculado absolutamente de la decisión que finalmente perjudica al interesado, pues dicha decisión (la denegación del préstamo) no es tomada por ella, sino por el tercero.

En cuanto a la normativa nacional que pudiera eventualmente autorizar un tratamiento como el previsto (art. 22.2.b RGPD), señala el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional nacional valorar si es suficiente a la luz del precepto europeo, pero en ningún caso pueden las normas estatales establecer normas complementarias para la aplicación de los principios de licitud recogidos en el art. 6.1.a, b y f RGPD. No se pronuncia más el TJUE, al considerar que la respuesta afirmativa a la primera cuestión (el tratamiento hecho por una empresa de *scoring* entra dentro de la prohibición del art. 22.1, a salvo las excepciones) hace innecesaria la segunda. Sí se había pronunciado el AG en sus [Conclusiones](#): debe haber en todo caso, aun con normativa nacional que la permita, una base jurídica adecuada.

En el caso, por lo tanto, el TJUE hace una interpretación amplia y garantista de la prohibición contenida en el art. 22. RGPD, claramente *pro interesado*. Obsérvese, p. ej., la relectura del requisito relativo al adverbio «únicamente» referida al tratamiento automatizado como exigencia de la base de la decisión, como de pasada pero sumamente importante y hasta correctora del tenor literal del reglamento, para evitar la «huida de las garantías» (expresión de [Cotino Hueso](#)) como ejemplo de «huida del Derecho»: la prohibida no es solo la decisión que se base «únicamente» en el tratamiento automatizado, como literalmente dice la norma, sino también cualquier otra en que dicho tratamiento resulte «determinante», adjetivo menos riguroso y excluyente. Ya el GT 29 lo había considerado así para evitar meras apariencias de intervención humana «inventada», rutinaria, con el único fin de evitar la literalidad de la prohibición y las concordantes obligaciones de información ([Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679](#), rev. 2018, p. 23).

Queda, no obstante, alguna otra gran cuestión pendiente en torno a la elaboración de perfiles y la toma automatizada de decisiones, como es la del *alcance del acceso de los interesados a la lógica del algoritmo que les es aplicado* y según el cual se toma la decisión automatizada. Los arts. 13.2.f, 14.2.g y 15.1.h RGPD obligan al responsable del tratamiento a incluir, entre la información a facilitar al interesado a la hora de tratar sus datos, «información significativa sobre la *lógica aplicada*, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado», en particular «cuando haya decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles» a que se refiere el art. 22. Ahora bien... ¿cuál es exactamente la información a facilitar? No se olvide que, precisamente, en el caso SCHUFA, la interesada decide reclamar cuando considera *insuficiente* la información que le es facilitada en un primer momento en

ejercicio de su derecho de acceso. Sin duda, la información debe incluir la relación de datos personales manejados y las fuentes de los mismos, pero explicar la lógica tras la decisión es más complicado: ha de ir más allá de meras exposiciones generales (ha de ser «significativa» y «suficientemente exhaustiva para que el interesado entienda los motivos de la decisión», dicen las citadas [Directrices](#) del GT29, p. 28, entre otros requisitos), aunque plantea dudas el acceso al algoritmo en sí o al código fuente de los programas en que este se materializa, cuyo secreto pretenden proteger las empresas vía propiedad intelectual y secreto empresarial. La cuestión trasciende el presente y breve comentario, pero ya hay algunos casos donde se ha planteado, con resultados dispares, y de los cuales cabe dar breve noticia: así, el llamado caso BOSCO, en torno al programa que gestiona la concesión del bono social eléctrico, en el que el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo [mantiene](#) la denegación del acceso al código [acordada](#) por el Consejo de Transparencia. Fuera, han sido famosos los casos [SyRI](#) (en el que un tribunal holandés prohibió en 2020 la utilización del programa por la falta de información y transparencia sobre el mismo por parte del Gobierno) y [COMPAS](#) (herramienta que valora el riesgo de reincidencia de delincuentes, declarada legal por un tribunal estadounidense en 2017).

Todo lo expuesto, además, tiene importantes derivadas en sede de la regulación europea de la inteligencia artificial (IA), actualmente lista para su aprobación definitiva. Entre los principios normativos que la inspiran (punto 3.5 de la EM y art. 70 de la [Propuesta](#)), se hace necesario coordinar el secreto de los algoritmos y códigos con la transparencia de su funcionamiento, en particular, cuando sirven para la toma de decisiones que afectan a intereses personales, económicos y jurídicos de las personas.

Juan Pablo APARICIO VAQUERO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
juanpa@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 94/2023, Recurso de Inconstitucionalidad n.º 4313/2021 contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia [BOE-A-2023-21156]

BIOÉTICA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL PERSONAL SANITARIO. TEORÍA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional (TC) desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE). Es un recurso parcialmente coincidente con el planteado, en su momento, por el Grupo Parlamentario Vox y que fue desestimado por la STC 19/2023, de 22 de marzo.

La sentencia, cuyo ponente ha sido el presidente Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, resuelve aquellas cuestiones que son sustancialmente idénticas a las que planteó el recurso del Grupo Parlamentario Vox aplicando la doctrina de la STC 19/2023, a la vez que examina aquellas otras novedosas en la medida en que no fueron abordadas directamente por la citada sentencia. Por ello, ha de entenderse conjuntamente con la Sentencia 19/2023, de 22 de marzo, que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad n.º 4057-2021, planteado en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

La impugnación de carácter general se sustenta en dos motivos, uno formal y otro material. El vicio formal que imputaban afectaría al procedimiento de elaboración y aprobación parlamentaria de la ley y, sobre este, la sentencia considera inconsistentes las quejas relativas a la tramitación en los términos ya expuestos en el FJ 3 B) a) de la STC 19/2023. Por su parte, la impugnación material se centra en la incompatibilidad e insuficiencia del sistema de garantías establecido por la LORE desde la perspectiva del derecho fundamental a la vida, consagrado en el art. 15 CE y el art. 2 Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

2. A VUELTAS CON EL ESQUEMA DE HOHFELD

El primer ensayo del estadounidense w. M. HOHFELD¹ representó dos hitos importantes: el primero, influyó de manera sustancial al *common law*; y el segundo, sentó las

1. HOHFELD, W. N. 1992: *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*. Traducido por G. R. Carrió. Buenos Aires, Argentina: Distribuciones

bases fundamentales para la comprensión de las relaciones jurídicas fundamentales del sistema constitucional continental. En este sentido y considerando las relaciones jurídicas estrictamente fundamentales como *sui generis* y exhibidas en un esquema de «opuestos y correlativos»², HOHFELD propuso una novedosa categorización: «derechos (subjettivos) y deberes», «privilegios y ‘no-derechos’», «potestades y sujeciones (*liabilities*)» e «inmunidades e incompetencias»³. De forma muy somera, haré referencia a varios autores que han centrado sus estudios en la naturaleza y el concepto de los derechos fundamentales y que han servido como guía de estudio y profundización en la materia: ATIENZA RODRÍGUEZ⁴, CACHAPUZ⁵ o RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ⁶.

En detalle, el Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante TC), mediante Sentencia 64/2023 —que también hizo en la ya publicada Sentencia núm. 19/2023, de 22 de marzo, que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad n.º 4057-2021, planteado por el grupo parlamentario VOX en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, advierte que la citada ley, en el apartado primero del artículo 4, configura «la prestación de ayuda para morir» como derecho subjettivo de naturaleza prestacional⁷, esto es, «el ámbito subjettivo de la eutanasia legal se fundamenta en la prolongación de la autonomía del paciente a la decisión de morir, con la exigencia del consentimiento informado como presupuesto inexcusable»⁸, por lo que «pueden colisionar la autonomía y derechos fundamentales del paciente con los deberes médicos y deontológicos de los profesionales sanitarios»⁹. Esto ofrece su particular importancia.

Así y ahondando en la categorización de HOHFELD, lo cierto es el Tribunal nos sitúa en el supuesto de «privilegios y ‘no-derechos’»; más en concreto y siguiendo a ATIENZA RODRÍGUEZ, ha de añadirse que «se puede entender que somos libres para realizar todas aquellas acciones que no estén expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico; ello implica presuponer la existencia de una norma tácita de clausura

Fontamara, <https://fundacion-rama.com/wp-content/uploads/2022/02/1061.-Conceptos-juridicos-%E2%80%A6-Hohfeld.pdf> [21 noviembre 2023].

2. *Ibidem*, 47.

3. *Ibidem*, 47-87. Desarrolla, a través de una dimensión teórico-práctica y de forma rigurosa, cada una de estas categorías.

4. ATIENZA RODRÍGUEZ, M. 1985: *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, apartado «¿Qué significa ‘derecho subjettivo’?», 168-170.

5. CACHAPUZ, M. C. 2018: «A configuração e a restrição de direitos subjettivos a partir do exercício de posições jurídicas fundamentais em Hohfeld». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2018, 59(1): 223-248.

6. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. 2015: «Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales». *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2015, 19: 115-140.

7. Véase STC 16/2023, de 22 de marzo, en su Fundamento Jurídico 3.º.

8. RUIZ-RICO RUIZ, C. 2023: «El derecho fundamental a eutanasia y su problemática constitucional en España». *Revista de Bioética y Derecho*, 2023, 58: 133-134.

9. *Ibidem*, 137.

que establezca que lo no prohibido está permitido, y presuponer que el ejercicio de tales libertades se desarrolla en el marco de un perímetro normativo protector [...]». Entonces y desde una perspectiva puramente teórica, el TC centra su fundamentación en dirimir si nuestra Carta Magna (CE) permite o no regular como actividad lícita la «eutanasia activa directa». Respecto del derecho a la vida, el TC sostenía, en su STC núm. 19/2023, que «debe leerse en conexión con estos otros preceptos constitucionales y, con ello, ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual sin más restricciones que las justificadas por la protección de otros derechos e intereses legítimos». Por su parte, añadía que «hay que añadir que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria». Así, derecho a la vida y derecho a la integridad física y moral deben «cohonestarse con esos otros bienes y derechos constitucionales de la persona [...]».

En resumen, el Pleno del Tribunal no consagra *de facto* el derecho *fundamental* a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, sino que lo reinterpreta como derecho subjetivo individual —que, repito, no *fundamental*— (o, en términos de HOHFELD, como *privilegio*) y lo pone en conexión directa —siendo novedad este reconocimiento expreso en la jurisprudencia— con otros derechos y principios fundamentales, tales como los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) o el derecho al respeto de la vida privada del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ende y en términos de HOHFELD, podríamos decir que comporta, a su vez, un ‘no-derecho’, o sea, no existe exigencia constitucional de permisión total e indiscriminada de la ayuda de terceros a la muerte libre y conscientemente decidida por persona capaz inmersa en un contexto eutanásico. Y, al mismo tiempo, no se puede imponer al Estado un deber de protección individual que implique un paradójico deber de vivir, pero tampoco impedir la facultad de la persona de decidir su propia muerte.

Para concluir, compartimos *prima facie* la opinión de RUIZ-RICO RUIZ, pues la interpretación realizada por el Pleno del Tribunal sobre el derecho a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir queda claramente «desfundamentada» o «desconstitucionalizada», en el sentido de que se «ha pretendido esquivar la problemática constitucional derivada de un reconocimiento explícito de la eutanasia como derecho fundamental, mediante su configuración como un simple derecho individual pero alcanzando aquella categoría indirectamente mediante la conexión con otros derechos fundamentales»¹⁰.

10. *Ibidem*, 142.

3. DETEORÍA ABSOLUTISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La concepción ortodoxa sobre los derechos fundamentales absolutos ha sido objeto especial de análisis por autores como MARTÍN¹¹, PÉREZ LUÑO¹² o PECES-BARBA MARTÍNEZ¹³, suponiendo uno de los principales temas de estudio en nuestra doctrina y jurisprudencia constitucionales. A nuestro parecer, ÁLVAREZ GÁLVEZ matiza de forma muy acertada ese carácter absoluto de los derechos fundamentales al afirmar que «tales derechos vencen siempre en todo conflicto. Esto no impide decir, como se dice, que todos los derechos, también los derechos humanos, están delimitados, esto es, tienen sus restricciones o sus límites. Dentro de sus límites, se sostiene, son absolutos»¹⁴. En otras palabras, «se puede afirmar que los derechos [...] vencen, a primera vista, a cualquier pretensión que se les enfrente»¹⁵, ya que «si resulta que vencen en casi todos los casos o en la mayoría de los casos, digamos entonces que son normas que tienen un carácter prioritario o preeminente»¹⁶. De la misma forma, lo hace, con respecto al derecho de reunión, la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, pues ni lo interpreta como derecho absoluto o ilimitado ni niega los límites específicos con los que cuenta su ejercicio efectivo.

Estos elementos de juicio sirven, sin lugar a duda, para entender los razonamientos seguidos por el Pleno del TC y, por ende, el carácter y la dimensión del derecho a la vida que consagra nuestra Carta Magna en su artículo 15. Anteriormente, se referenció que las impugnaciones de carácter general objeto de análisis en la sentencia se sustentaban en dos, una formal y otra material. Pues bien, siendo analizada en exclusiva la segunda y teniendo en cuenta los pronunciamientos de la citada STC núm. 19/2023, el órgano constitucional se separa de la idea desplegada por los recurrentes, los cuales sostienen el carácter absoluto —sin excepciones— del derecho a la vida y la innecesariedad de cualquier examen de proporcionalidad, en el siguiente sentido: «El derecho a la vida [...] no cede frente a ningún otro bien o derecho constitucional [...]» y «el carácter absoluto del derecho fundamental a la vida determina la improcedencia de todo examen de proporcionalidad»¹⁷. En este sentido, el Tribunal basa sus argumentaciones en una interpretación de la CE atendiendo a su contexto histórico,

11. MARTÍN, B. 2021: «Derechos absolutos y proporcionalidad». *Revista Derecho del Estado*, enero-abril de 2021, 48: 297-339.

12. PÉREZ LUÑO, A. E. 1998: *Los derechos fundamentales*. 7.ª ed. Madrid: Tecnos, 107 y ss.

13. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. 1995: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: BOE-Universidad Carlos III, 168 y ss.

14. ÁLVAREZ GÁLVEZ, I. 2014: «Universales, absolutos e inalienables: los derechos inderogables». *Revista de Humanidades de Valparaíso*, año 2, 2014, 2.º semestre, 4: 72.

15. *Ibidem*, 73.

16. *Ibidem*, 74.

17. Véase F. J. 1.ª de la STC 19/2023, apartado 1.º «Objeto del recurso de inconstitucionalidad».

cultural, moral y jurídico¹⁸ y a todos los principios y derechos que enuncia su texto y, en gran parte, en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹, lo que permite concluir *prima facie* que «este derecho no es absoluto y debe sopesarse con los intereses concurrentes, en especial con las obligaciones positivas de protección del Estado derivadas del derecho a la vida»²⁰. *Mutatis mutandis* esta idea es la mantenida por los dos magistrados que emiten voto particular discrepante, D. Enrique ARNALDO y Dña. Concepción ESPEJEL, debido a que realmente «sería una excepción al deber estatal de protección de la vida (art. 15 CE)».

Ahondando en la tesis seguida, lo cierto es que, a través de sus votos particulares, los magistrados entienden que la Ley Orgánica 3/2021 eutanasia incluye preceptos —entre otros, arts. 1, 4.1, 7.2, 13, 17 y 18— que vulneran de forma directa y frontal el derecho fundamental a la vida, de carácter absoluto. Se invocan, para ello, los arts. 15, 24, 53.2, 106 y 117 CE, y se fundamenta junto a «(ii) la falta de fundamento constitucional del derecho subjetivo para instar y obtener aquella prestación; y (iii) la desproporción con la que el legislador incidiría en el derecho fundamental a la vida al configurar una ayuda para morir». Así, sería necesario, a su parecer, un juicio de proporcionalidad.

Por su parte, Tribunal Constitucional y Abogado del Estado mantienen la idea contraria de que un valor absoluto no se puede atribuir al derecho a la vida, entre otras cosas, porque ni se puede imponer al Estado un deber de protección individual que implique un paradójico deber de vivir ni impedir el reconocimiento constitucional de la facultad de la persona de decidir de manera autónoma sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento causado por una enfermedad incurable, médicamente constatada y que el paciente experimenta como inaceptable.

Para finalizar, es obvio que para el TC —siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Canadá en el *asunto Carter v. Canadá (Attorney General)*— el artículo 15 CE comprende tanto un deber negativo (negación de las ayudas que le permiten seguir viviendo) como positivo (prestación en forma de ayuda médica). Es más, PRESNO LINERA²¹ puntualiza en este mismo sentido que «en cuanto al carácter prestacional del derecho, no hay, a juicio del TC, impedimento jurídico alguno para configurar de esa manera una actividad constitucionalmente lícita ni con ello se deja desprotegida la vida de las personas».

18. Véase F. J. 1.ª de la STC 19/2023, apartado 4.º «Contexto normativo y jurisprudencial de la Ley Orgánica 3/2021».

19. Sirven de ejemplo las sentencias de 5 de junio de 2015 (Gran Sala), asunto *Lambert y otros c. Francia*, y de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*.

20. *Ibidem*, *op. cit.* F. J. 1.ª de la STC 19/2023, apartado 4.º...

21. Recurso disponible: <https://presnoliner.wordpress.com/2023/04/26/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-17-2023-de-22-de-marzo-sobre-la-ley-organica-reguladora-de-la-eutanasia/> [23 noviembre 2023].

4. DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

FIGUERUELO BURRIEZA²², en armonía con el estudio de PICÓ I JUNOY²³, afirma que la CE «reconoció con carácter exhaustivo gran número de derechos en su Título I. Pero [...] también estableció un número determinado de obligaciones jurídicas fundamentales dirigidas a los poderes públicos y a los ciudadanos y que están relacionadas con el modelo de Estado que consagra el art. 1.1 [...], por lo cual están en conexión estrecha con el significado final de las obligaciones promocionales». Al mismo tiempo, HESSE²⁴ puntualiza que «los derechos fundamentales precisan en mayor o menor grado un desarrollo concretador por el ordenamiento jurídico [...]: para que la situación jurídica regulada como derecho fundamental se torne real y efectiva en el seno de la Sociedad, se hace necesario por doquier no solamente establecer regulaciones materiales más minuciosas, sino también poner en pie formas de organización y normas de procedimiento» y que «esto resulta evidente en relación con derechos fundamentales cuyo objeto inmediato es la garantía de principios administrativos de organización o procesales, como la libertad de asociación (art. 9.1 de la Ley Fundamental), el derecho a un juez determinado por ley (art. 101.1 de la Ley Fundamental), a ser oído en juicio (art. 103.1 de la Ley Fundamental), o con los requisitos y las garantías procesales que establece el art. 104 de la Ley Fundamental para las formas de limitación y privación de libertad. Pero también los derechos fundamentales materiales actúan sobre el procedimiento [...]».

En cualquier caso, los recurrentes invocan con insistencia el ataque frontal de, entre otros, los artículos 23 y 93 de la CE. En primer lugar, la demanda examina sucintamente los derechos fundamentales que se entienden vulnerados como consecuencia de la tramitación de la LORE: el derecho al ejercicio del cargo representativo ex art. 23.2 CE (*ius in officium*) y el derecho de representación política de la ciudadanía en su conjunto ex art. 23.1 CE. Por su parte, los recurrentes sostienen que la tramitación acelerada —previa declaración de la urgencia ex art. 93 RCD— y con absoluta marginación de los interesados y afectados comportó prescindir de las exigencias de «un proceso legislativo transparente, responsable, democrático y pluralista» en una materia tan profundamente sensible y delicada como es la «buena muerte» o el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de esta y con el objetivo de evitar un sufrimiento.

El Tribunal se desliga de supuestos de mala praxis —la llamada «pendiente resbaladiza» o «slippery slope argument»—; descarta las enfermedades psicológicas, psiquiátricas y depresivas; avanza hacia el «retrospective overruling» y define con acierto

22. Figueruelo Burrieza, A. 2013: «Garantías constitucionales de los derechos de los menores». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, 21: 22 (ejemplar dedicado a: La protección jurídica del menor).

23. PICÓ I JUNOY, J. 2012: *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona.

24. Hesse, K. 1995: *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas.

el único presupuesto material necesario para aplicar al «contexto eutanásico». Además, establece un procedimiento o «control administrativo», al que le sigue la actuación colegiada de sanitarios y que finaliza con el necesario control judicial.

5. BIOÉTICA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El derecho a la objeción de conciencia se perfila en nuestra jurisprudencia como un derecho constitucional de configuración legal que encuentra su anclaje, en última instancia, en el derecho fundamental a la integridad física y moral. De carácter autónomo, de configuración legal, ejercitable y con las debidas garantías para el interés general frente al cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones que colisionen con convicciones o cuestiones morales propias de las personas físicas, de los ciudadanos, se extiende a un ámbito institucional, ya que no solo pondría en riesgo la efectividad de la propia prestación sanitaria, sino que carecería de fundamento constitucional.

Los recurrentes, en primer término, reprochan que

(i) La objeción de conciencia no requiere de una regulación jurídica específica para poder ser reconocida, al ser una manifestación de la libertad ideológica y religiosa ex art. 16 CE. Tal derecho existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación; regulación encaminada a cubrir eventuales lagunas legales o permitir una más correcta aplicación del derecho (SSTC 89/1987, de 3 de junio, y 198/2012, de 6 de noviembre). En conclusión, la objeción de conciencia que derive de un imperativo moral del individuo, en relación, como ocurre en este caso, con el final de la vida, constituye un derecho directamente ejercitable por el objetor (STC 145/2015, de 25 de junio), sin que los límites a dicho derecho puedan ser otros que los que vengan derivados de una estricta ponderación entre derechos, debiéndose, en todo caso, respetar el contenido esencial del derecho, conforme prescribe el art. 53.1 CE. (ii) La titularidad del derecho a la objeción de conciencia de las personas jurídicas guarda, a juicio de los recurrentes, una estrecha conexión con la propia dimensión individual y colectiva de las libertades ideológica y religiosa.

Por ende, el recurso plantea, en primer lugar, que el art. 16.2 LORE supone una injerencia absolutamente desproporcionada en la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios, cuando mandata a las administraciones sanitarias la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia. Pese a ello, se termina concluyendo que la LORE no afecta ni menoscaba la libertad del profesional sanitario ni la presunta libertad profesional de las organizaciones, instituciones, centros o unidades sanitarias. Y en última instancia debe recordarse que la Ley Orgánica no impone una obligación de participar en dicha prestación sanitaria; y es vía el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia que regula cuando se posibilita que el profesional sanitario que así lo desee se autoexcluya.

Al tiempo y en relación con las personas con discapacidad, el Tribunal se desliga de supuestos de mala praxis —la llamada «pendiente resbaladiza» o «slippery slope argument»—: no es pertinente porque el juicio que aquí procede tiene por objeto disposiciones de ley, cuya validez no puede ser puesta en entredicho mediante la mera advertencia de su eventual aplicación irregular, hipotéticas transgresiones de las que ninguna norma jurídica queda libre y que, de verificarse, contarían con las vías de remedio y sanción correspondientes. No caben en este proceso constitucional ni «ponderaciones cautelares o preventivas sobre hipotéticas inconstitucionalidades futuras» ni «pronósticos o anticipos de los resultados contrarios a la Constitución a que llevaría la aplicación de algunas de las reglas impugnada». Las resoluciones que deniegan la prestación de ayuda para morir inciden en la facultad de autodeterminación de la persona, y lo hacen en la medida en que afectan, además de a valores y principios constitucionales vinculados a la libertad y dignidad personal, a un derecho fundamental como es el de la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE.

Por último, la creación de registros de objetores sanitarios, tanto en su propósito como en su contenido, está dentro de las competencias estatales para establecer los fundamentos en materia sanitaria. Estos registros tienen como objetivo proporcionar información crucial a la administración sanitaria, permitiéndole asegurar una gestión efectiva de la prestación de ayuda para morir, una responsabilidad asignada a los servicios de salud pública. La LORE únicamente contempla la creación de estos registros, dejando a las autoridades sanitarias autonómicas la tarea de organizar, estructurar y hacer funcionar dichos registros, con restricciones específicas en cuanto a qué se inscribe (declaraciones de objeción de conciencia respecto a la prestación de ayuda para morir) y cómo operan (confidencialidad y regulación de datos). Establecer en cada comunidad autónoma un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia frente a la prestación de ayuda para morir, con el propósito general de garantizar una gestión adecuada de esta prestación en todo el país, representa un componente normativo fundamental que no limita ni dificulta de ninguna manera a las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias para crear, organizar y hacer funcionar dicho registro.

José SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Abogado y Graduado en Derecho por la Universidad de Salamanca
Asesor de la Presidencia del Consejo Consultivo de Castilla y León

Jose.sanchez@cccyl.es

Cristina Nicole ALMEIDA AYERVE

Licenciada en Medicina por la Universidad Central del Ecuador
Médico residente especialista en Otorrinolaringología
en el Complejo Asistencial Universitario de Salamanca

crisalay29@hotmail.com

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 4 de julio de 2023. Asunto C-252/21 Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Ltd y Facebook Deutschland GmbH c. Bundeskartellamt [ECLI:EU:C:2023:537]

DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR LAS AUTORIDADES NACIONALES Y DERECHO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES

El acceso a los datos de carácter personal de los consumidores y usuarios y su tratamiento se ha convertido en un importante elemento competitivo, hasta el punto de constituir para algunas empresas la piedra angular de su modelo de negocio. El auge de la denominada economía de los datos, propiciado por el rápido desarrollo de las nuevas tecnologías, está generando nuevos retos en muchos ámbitos del derecho, incluidos el dedicado al mantenimiento de una competencia efectiva y leal en los mercados, así como el destinado a garantizar el derecho de las personas a la privacidad y a la protección de los datos de carácter personal que les conciernen. La sentencia del TJUE que se comenta es un ejemplo de ello. La sentencia tiene por objeto resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) en el curso de un procedimiento iniciado a instancia de Meta Platforms Inc. y de sus filiales Meta Platforms Ireland Ltd y Facebook Deutschland GmbH, con el objeto de impugnar la Resolución de la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia de Alemania (*Bundeskartellamt*), de 6 de febrero de 2019, que declaró que el tratamiento de los datos de los usuarios llevado a cabo por Meta Platforms Ireland, conforme a lo previsto en las condiciones generales de servicio de la red social Facebook, constituía una explotación abusiva de la posición dominante en el mercado de las redes sociales en línea para usuarios privados en Alemania, en el sentido del artículo 19, apartado 1, de la Ley alemana de Defensa de la Competencia.

Según resulta de la sentencia, Meta Platforms Ireland se encarga de gestionar la oferta de la red social en línea Facebook en la Unión y promueve servicios que son gratuitos para los usuarios privados. En virtud de las condiciones generales establecidas por esta sociedad, que debían aceptar los usuarios para poder utilizar la citada red social, y de las políticas de datos y *cookies* de la empresa a las que aquellas condiciones remitían, Meta Platforms Ireland recogía datos acerca de los usuarios y sus dispositivos relativos a las actividades que realizaban dentro y fuera de la red social, y los relacionaba con las cuentas de Facebook de los usuarios de que se tratara. Los datos relativos a las actividades fuera de la red social —también denominados «datos off Facebook»— consistían, por un lado, en datos concernientes a la consulta de páginas de Internet y de aplicaciones de terceros, conectadas a Facebook a través de interfaces de programación, y, por otro lado, en datos referentes a la utilización de otros servicios

en línea pertenecientes al grupo Meta, como Instagram, WhatsApp, Oculus y, hasta el 13 de marzo de 2020, Masquerade.

Para la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia de Alemania, el tratamiento de los datos de los usuarios llevado a cabo por Meta Platforms Ireland, y en particular de los datos *off* Facebook, no era conforme con los valores inherentes al Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (Reglamento general de protección de datos o RGPD) y constituía una explotación abusiva de la posición dominante en el sentido de la Ley alemana de Defensa de la Competencia. Según la citada Autoridad, las condiciones generales de servicio de la red social Facebook eran emanación de la posición dominante. En consecuencia, prohibió a las empresas que supeditaran el uso de la red social Facebook por parte de usuarios privados residentes en Alemania al tratamiento de sus datos *off* Facebook, y que procedieran, sin el consentimiento de estos, al tratamiento de esos datos sobre la base de las condiciones generales entonces vigentes. Además, les obligaba a adaptar esas condiciones generales de manera que resultara claramente que dichos datos no se recogerían ni se pondrían en relación con las cuentas de usuarios de Facebook ni se utilizarían sin el consentimiento del usuario afectado, aclarando también el hecho de que tal consentimiento no sería válido si constituyese un requisito para el uso de la red social.

Como se puede apreciar, la conducta objeto de reproche se incardina en los denominados abusos explotativos que, a diferencia de los abusos de exclusión, afectan directamente al interés de los consumidores y usuarios. Además, el interés afectado por ella no era de naturaleza económica, como sucedería de haber dado lugar a incrementos del precio del servicio, sino que afectaba al derecho fundamental de los usuarios de la red social a la protección de sus datos de carácter personal, que se reconoce, con carácter general, en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Cierto es que mediante el acceso y tratamiento de dichos datos de forma ilegítima —en el supuesto de que, como parece, se hubiere incumplido la protección conferida por el RGPD— y masiva —por tratarse de un operador considerado «guardián de acceso» conforme al Reglamento (UE) n.º 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022 (Reglamento de mercados digitales) y «dominante» según la legislación alemana de defensa de la competencia—, la empresa podía ofrecer unos servicios publicitarios más ajustados a las necesidades de sus clientes. No hay que olvidar que Facebook Deutschland, como también sucede en otras redes sociales, se financia con los ingresos que obtiene de la publicidad en línea que se hace a medida para los usuarios individuales de la red social en función de sus actitudes de consumo, intereses, poder adquisitivo y situación personal. De ahí que, además de incidir en el derecho de los usuarios a su privacidad, la conducta de Meta Platforms Ireland y Facebook Deutschland fuese susceptible de afectar al mantenimiento de una competencia efectiva y leal en el mercado.

Ante la demanda de impugnación planteada, el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf preguntó al Tribunal de Justicia si una Autoridad nacional de competencia es competente para comprobar la conformidad de una conducta con el RGPD y ordenar su cesación en el marco de un procedimiento por abuso de posición dominante, habida cuenta de que este reglamento encomienda la vigilancia del cumplimiento de sus normas

a una autoridad de control designada por cada Estado miembro, y de que, en Alemania, esta función ha sido conferida al Comisario Federal de Protección de Datos y Libertad de Información (*Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*).

En su respuesta, el TJUE considera que la conformidad o no conformidad de las actividades de una empresa dominante con las disposiciones del RGPD puede constituir un indicio relevante para determinar si dichas actividades constituyen medios que rigen una competencia normal y para evaluar las consecuencias de una determinada práctica en el mercado o para los consumidores. De ello resulta que en el marco de un procedimiento por abuso de posición dominante puede ser necesario que la Autoridad nacional de competencia examine también la conformidad de las actividades de dicha empresa con las normas en materia de protección de datos personales establecidas en el RGPD. Según el Tribunal, al examinar dicha conformidad en estas circunstancias la autoridad de competencia no ejerce ninguna de las funciones que figuran en el RGPD, pues no lo hace con la finalidad de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión, sino de declarar la existencia de un abuso de posición dominante e imponer medidas dirigidas al cese de ese abuso sobre una base jurídica derivada del Derecho de la competencia.

No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia precisa que, para garantizar la coherencia en la aplicación del RGPD y evitar el riesgo de interpretaciones divergentes por las autoridades de competencia y las de protección de datos, ambas deben actuar observando el principio de cooperación leal entre instituciones que establece el artículo 4 TUE. Este principio exige que, cuando la autoridad de competencia tenga dudas sobre el alcance de la apreciación efectuada por la autoridad de protección de datos; o cuando la actividad en cuestión o una actividad similar sean, al mismo tiempo, objeto de examen por esa autoridad; o incluso cuando considere, en ausencia de investigación de la misma, que una actividad de una empresa no es conforme con las disposiciones del RGPD, la autoridad de defensa de la competencia debe consultar a esas autoridades y solicitar su cooperación con el fin de disipar sus dudas o de determinar si, antes de iniciar su propia apreciación, no procede esperar a la adopción de una decisión por parte de la autoridad de control interesada. La autoridad de protección de datos debe responder en un plazo razonable y, si no lo hace, la autoridad de defensa de la competencia puede proseguir su propia investigación.

Seguidamente, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las cuestiones formuladas por el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf concernientes a la interpretación de ciertas disposiciones del RGPD relevantes para valorar las apreciaciones que había formulado la Autoridad Federal de Defensa de la Competencia de Alemania en su Resolución sobre la conformidad de la conducta de las demandantes con la normativa sobre protección de datos. Las preguntas se referían, concretamente, al alcance de la prohibición del tratamiento de categorías especiales de datos personales —o tratamiento de datos personales sensibles— establecida en el artículo 9, apartado 1, del RGPD; a la divulgación manifiesta por el interesado de datos personales sensibles que le conciernen como excepción de la regla general de prohibición (artículo 9, apartado

2, del RGPD); a la justificación para el tratamiento de datos personales consistente en la «necesidad para la ejecución de un contrato» en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD, o en la necesidad para la satisfacción de «intereses legítimos» en virtud del artículo 6, apartado 1, letra f), del RGPD; y a la validez del consentimiento en el sentido del artículo 4, apartado 11, del RGPD, prestado frente a una empresa dominante, a los efectos de los artículos 6, apartado 1, letra e), y 9, apartado 2, letra a), del RGPD.

Con relación al alcance de la prohibición del tratamiento de categorías especiales de datos personales establecida en el artículo 9, apartado 1, del RGPD, el Tribunal de Justicia manifiesta que si los datos objeto de tratamiento permiten revelar información sensible contemplada en dicha disposición, ya se refiera a un usuario de la red o a cualquier otra persona física, tal tratamiento de datos personales está prohibido, salvo que sean aplicables las excepciones previstas en el artículo 9, apartado 2, del RGPD. La prohibición se aplica con independencia de que la información revelada sea o no exacta y de que el responsable del tratamiento actúe con la finalidad de obtener información sensible.

El Tribunal de Justicia considera que se produce el tratamiento de categorías especiales de datos personales cuando se procesan datos sensibles contemplados en el artículo 9, apartado 1, del RGPD, obtenidos a través de sitios de Internet o aplicaciones consultados por el usuario o de la información que haya introducido en dichos sitios o aplicaciones, incluida la resultante de la activación de botones de selección integrados en ellos.

El artículo 9, apartado 2, del RGPD establece varias excepciones a la regla general de prohibición del tratamiento de categorías especiales de datos personales. En respuesta a una de las preguntas del Tribunal alemán, el Tribunal de Justicia ofrece algunos criterios sobre las condiciones de aplicación de la excepción contemplada en la letra e) del precepto, que autoriza el tratamiento de datos personales sensibles «que el interesado ha hecho manifiestamente públicos».

Según el Tribunal de Justicia, de la mera consulta de un sitio de Internet o de una aplicación por parte de un usuario no puede deducirse que ese usuario haya hecho manifiestamente públicos dichos datos personales en el sentido del artículo 9, apartado 2, letra e), del RGPD. Sin embargo, la conclusión puede ser diferente cuando el usuario interactúa con el sitio de Internet o la aplicación en cuestión, ya sea introduciendo información en ese sitio o en esa aplicación o activando botones de selección integrados en ellos. En estos casos, hay que comprobar si ha tenido la posibilidad de decidir, sobre la base de una configuración efectuada con conocimiento de causa, que los datos introducidos resulten accesibles al público en general o, por el contrario, a un número más o menos limitado de personas seleccionadas.

Cuando el usuario interesado cuenta efectivamente con tal posibilidad, solo puede considerarse que hace manifiestamente públicos datos que le conciernen en caso de que haya expresado claramente, sobre la base de una configuración individual efectuada con pleno conocimiento de causa, su decisión de que resulten accesibles a un número ilimitado de personas. En cambio, si no se ofrece tal configuración individual, para considerarse que ha hecho manifiestamente públicos los datos tendrá que haber consentido

explícitamente, sobre la base de una información expresa facilitada por ese sitio o esa aplicación antes de tal introducción o activación, que dichos datos puedan ser visualizados por cualquier persona que tenga acceso al citado sitio o a la referida aplicación.

Con relación a la justificación del tratamiento de datos personales establecida en el artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD, consistente en que dicho tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato, el Tribunal de Justicia precisa que «debe ser objetivamente indispensable para conseguir un fin que forme parte integrante de la prestación contractual destinada al interesado». Esto significa que el tratamiento de datos personales efectuado por el responsable del tratamiento ha de ser esencial para permitir la correcta ejecución del contrato celebrado entre este y el interesado y, por lo tanto, que no existen otras soluciones practicables y menos intrusivas. La demostración de que el objeto principal del contrato no podría alcanzarse sin el tratamiento en cuestión corresponde al responsable del tratamiento de los datos.

En el caso concreto, el Tribunal alemán había referido, como posibles elementos que pudieran justificar la necesidad del tratamiento para la ejecución de los contratos celebrados entre Meta y sus usuarios, la personalización de contenidos y el uso homogéneo y fluido de los servicios propios del grupo Meta. El Tribunal de Justicia concluye que la personalización de los contenidos no resultaba necesaria para ofrecer al usuario los servicios de la red social en línea, ya que estos se le podían prestar, en su caso, a través de una alternativa equivalente que no implicara tal personalización. Tampoco considera una justificación suficiente para el tratamiento la utilización homogénea y fluida de los servicios propios del grupo Meta, ya que los productos y servicios ofrecidos por el grupo podían utilizarse independientemente unos de otros y la utilización de cada producto o servicio se basaba en la suscripción de un contrato distinto. Por consiguiente, el tratamiento de datos personales procedentes de servicios distintos del servicio de la red social en línea ofrecidos por el grupo Meta no parecía necesario para permitir la prestación de este último servicio.

Sobre la justificación del tratamiento de datos personales establecida en el artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD, el Tribunal de Justicia afirma que el tratamiento de datos personales solo puede considerarse necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero

si dicho operador ha indicado a los usuarios de los que se han obtenido los datos un interés legítimo perseguido por el tratamiento de estos, si el referido tratamiento se lleva a cabo dentro de los límites de lo estrictamente necesario para la satisfacción de ese interés legítimo y si de una ponderación de los intereses en conflicto se desprende, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes, que los intereses o las libertades y los derechos fundamentales de esos usuarios no prevalecen sobre el citado interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero.

A la luz de los mencionados criterios y de su jurisprudencia anterior el Tribunal de Justicia realiza algunas apreciaciones para valorar la necesidad del tratamiento de los datos personales llevado a cabo por Meta Platforms Ireland para satisfacer los intereses legítimos que habían sido mencionados por el Tribunal remitente en la cuestión

prejudicial, entre los que se encontraban la personalización de la publicidad, la seguridad de la red, la mejora del producto, la información a las autoridades competentes para el ejercicio de acciones penales y para la ejecución de penas, la protección de los menores, la investigación y la innovación con fines sociales y la oferta de servicios de comunicación comercial con el usuario y de herramientas de análisis para evaluar el rendimiento.

Finalmente, el Tribunal alemán había planteado si el hecho de que el operador de una red social en línea, como responsable del tratamiento de los datos, ocupara una posición dominante en el mercado de las redes sociales podía afectar a la validez del consentimiento prestado por el usuario al tratamiento de sus datos personales, el cual, como indica el artículo 4, apartado 11, del RGPD, ha de ser libre, específico, informado e inequívoco.

El Tribunal de Justicia indica a este respecto que el hecho de que el operador ocupe una posición dominante en el mercado no impide, como tal, que los usuarios de esa red social puedan válidamente prestar su consentimiento en el sentido de dicha disposición. No obstante, admite que se trata de una circunstancia que debe ser tomada en cuenta en la apreciación del carácter válido y, en particular, libre del consentimiento dado por el usuario, ya que puede afectar a la libertad de elección de ese usuario, que podría no estar en condiciones de denegar o retirar su consentimiento sin sufrir un perjuicio, o dar lugar a un desequilibrio manifiesto entre el interesado y el responsable del tratamiento que favoreciese la imposición de condiciones que no fueran estrictamente necesarias para la ejecución del contrato. A este respecto, el Tribunal de Justicia manifiesta dudas de que el tratamiento controvertido en el litigio principal fuese estrictamente necesario para la ejecución del contrato entre Meta Platforms Ireland y los usuarios de la red social Facebook.

Nos encontramos ante una sentencia que ofrece importantes precisiones sobre la competencia de las autoridades nacionales de competencia para evaluar la conformidad de una conducta con la normativa de protección de datos cuando ello resulta necesario para el desarrollo de sus funciones de defensa de la competencia, y también sobre la interpretación del RGPD, las cuales son especialmente relevantes para los operadores que desarrollan su actividad en el ámbito de las nuevas tecnologías y de la economía digital.

Juan ARPIO SANTACRUZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
arpio@unizar.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 1573/2023, de 14 de noviembre de 2023 [ROJ: STS 4655/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4655]

SEGURO DE VIDA VINCULADO A PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE DECLARAR EL RIESGO

1. ANTECEDENTES DE HECHO

El 7 de febrero de 2006, por vía de la mediación del agente de seguros José Ángel Rey Hervés, S. L., D. Víctor suscribió con Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A. una póliza de seguro de vida anual renovable que cubría, entre otros, el riesgo de fallecimiento con un capital básico de 90.000 euros y los gastos de sepelio, estos últimos con una suma máxima asegurada de 2.250 euros. El primer beneficiario consignado en la póliza era el Banco Pastor, S. A. (actualmente Banco Santander, S. A.), pues el seguro estaba vinculado a un préstamo garantizado con hipoteca que don Víctor y su esposa (D.^a Camila) habían formalizado —y novado después— por importe de 103.420,29 euros; la parte restante del seguro se atribuiría al cónyuge y, en su defecto, a los hijos del matrimonio por partes iguales. Al tiempo de formalizar el contrato de seguro, D.^a Camila emitió una declaración sobre el estado de salud de su cónyuge (asegurado), que el agente de seguros mecanografió de su puño y letra y que D. Víctor ratificó mediante su firma tres días después (el 10 de febrero de 2006).

Lo cierto es que hubo ciertas diferencias entre el documento relativo a la solicitud del seguro y en el que contenía la póliza definitiva. Este último hacía una breve referencia a las patologías del sistema nervioso, sin especificar ninguna en concreto, mientras que el primer documento facilitado (solicitud del seguro) ejemplificaba algunas: «Neuralgias, vértigo, epilepsia, depresiones, etc.». De las respuestas facilitadas por la esposa sobre los antecedentes de salud del asegurado, negó en su declaración que aquel hubiera realizado algún tratamiento médico de más de siete días de duración en los últimos cinco años. Sin embargo, existía un informe médico que acreditaba que D. Víctor sufrió un episodio depresivo en el año 2003, que fue tratado con fármacos durante tres o cuatro semanas. Después de la firma de la póliza, el asegurado sufrió una nueva patología depresiva con ansiedad (entre noviembre de 2009 y noviembre de 2010) por la que causó baja laboral.

D. Víctor falleció el 26 de junio de 2015 por causa de violencia suicida debido a un disparo que él mismo se propinó en la cabeza con un arma de fuego. Poco después, su esposa reclamó a la compañía aseguradora que abonara a la entidad de crédito prestamista el importe del capital e intereses pendiente de amortización; respecto del sobrante del seguro, solicitó que se lo ingresaran en su cuenta corriente (de D.^a Camila). La aseguradora rechazó la petición alegando que el fallecimiento traía causa directa de patologías o problemas de salud preexistentes a la firma del contrato y que

el asegurado le había ocultado. Celebrada una conciliación sin alcanzar un acuerdo, D.^a Camila demandó a la aseguradora y al banco, solicitando al juzgado la condena a realizar las prestaciones antes indicadas; la petición de condena a la entidad de crédito era referida al pago del el 50 % del importe de las cuotas del préstamo que la demandante había seguido abonando desde dicho fallecimiento, con los intereses devengados desde la fecha de cada abono. Las sentencias de primera instancia y apelación desestimaron íntegramente la demanda de D.^a Camila; por este motivo, interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue resuelto por la resolución que aquí se comenta, y sobre la que no realizamos mayores indicaciones del fondo, pues será objeto de examen en los epígrafes siguientes.

2. EL SEGURO DE VIDA VINCULADO A PRÉSTAMO HIPOTECARIO

2.1. Función, práctica y desarrollo normativo

En materia de préstamos otorgados por entidades financieras, es patente la práctica, cada vez más frecuente, de exigir al cliente un número cada vez más creciente de garantías para asegurar la restitución del capital prestado y de los intereses convenidos. La garantía hipotecaria es, actualmente, un refuerzo necesario, pero insuficiente para los prestamistas, razón por la cual ha aflorado la exigencia de formalizar un seguro de vida, donde el asegurado será el prestatario y el beneficiario la entidad de crédito. Así, si el primero fallece, el segundo recibirá, en forma de indemnización, la cobertura total o parcial de la deuda impagada. Como esta práctica es realizada —en casi todas las ocasiones— cuando el cliente prestatario es consumidor, nuestro legislador vino a establecer cierto control en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCI) —que tuvo por objeto la trasposición de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014—.

Respecto del seguro de vida conectado a la hipoteca, dispone el art. 17.3 LCI:

3. Como excepción a la prohibición de las prácticas de venta vinculada contenida en el apartado 1, los prestamistas o intermediarios de crédito inmobiliario podrán exigir al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario. En este caso el prestamista deberá aceptar pólizas alternativas de todos aquellos proveedores que ofrezcan unas condiciones y un nivel de prestaciones equivalentes a la que aquel hubiera propuesto, tanto en la suscripción inicial como en cada una de las renovaciones. El prestamista no podrá cobrar comisión o gasto alguno por el análisis de las pólizas alternativas que se le presenten por el prestatario. La aceptación por el prestamista de una póliza alternativa, distinta de la propuesta por su parte, no podrá suponer empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo.

Esta medida se aparta del objeto de la directiva indicada más arriba, que permite la exigencia de contratar productos o servicios accesorios al préstamo, siempre que se realice de manera combinada y no vinculada [la primera modalidad permite la adquisición del crédito por separado a esos productos o servicios accesorios, mientras que la segunda no. Vid.: DÍAZ LLAVONA, C. 2019: «Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, ¿Cambiará algo para la distribución banco-aseguradora?». *Diario La Ley*, 2019, n.º 3527 (consultado en la Ley 3527/2019)]. Y esto último es lo que hace la ley española, si bien con un tratamiento que procura favorecer al consumidor, al permitirle invocar una oferta de seguro mejor a la propuesta por la entidad de crédito, o bien modificar durante el transcurso del préstamo la póliza por obtener unas condiciones mejores que ofrezca la aseguradora actual u otra distinta. Este aspecto no deja de ser un avance, considerando que, antes de la LCI, las entidades exigían formalizar el seguro con una entidad concreta —generalmente una filial de la compañía de crédito— y bajo ciertas condiciones, sin posibilidad de elección para el consumidor [SSAP de Córdoba de 8 de febrero de 2013 (JUR 2013\175542); y de Málaga de 7 de septiembre de 2017 (JUR 2018\86319)].

2.2. El riesgo: régimen del suicidio en el seguro de vida

El seguro de vida constituye el paradigma de los seguros de personas, cuyo riesgo afecta a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado (art. 80 LCS). Como en cualquier modalidad aseguradora, la existencia del riesgo o probabilidad de que acontezca el siniestro es aspecto esencial, sin el cual la póliza sería nula (art. 4 LCS). El seguro de vida se materializa en la posibilidad de fallecimiento del sujeto, o bien en su supervivencia pasado un límite de edad, o ambas (seguro mixto) (art. 83 I LCS). En el supuesto de fallecimiento —donde se centra el seguro vinculado al préstamo hipotecario—, la ley establece alguna previsión respecto de la causa del siniestro que, curiosamente, está muy relacionada con el caso de la sentencia que comentamos. Recordemos que D. Víctor falleció por suicidio, un acto que la LCS regula como una exclusión natural al amparo del art. 93 LCS: «Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato. A estos efectos se entiende por suicidio la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado». Se trata de una exclusión con carácter temporal, un plazo de carencia para evitar restar aleatoriedad al seguro si el asegurado hubiera planeado quitarse la vida en un acto solidario frente a los beneficiarios.

En torno al concepto de suicidio, significa el acto de quitarse la propia vida; ahora bien, puede derivar en dos acepciones: en primer lugar, el denominado suicidio voluntario o racional —que es el que infiere la norma— y consiste en ejecutarlo en un estado lúcido y voluntario, una decisión lo suficientemente consciente del propio finado para poder imputarle el acto a su personalidad [STS de 19 de julio de 2002 (RJ 2002/8546);

y SAP de A Coruña de 25 de mayo de 2015 (AC 2015/850)]. Puede ser, a modo de ejemplo, una ingestión voluntaria y desmesurada de fármacos [STS de 31 de mayo de 2004 (RJ 2004/3554)]. En cuanto al plazo de carencia, el seguro de vida no cubrirá el suicidio voluntario durante un año tras la formalización del seguro, salvo pacto en contrario; de este modo, el asegurado puede reconsiderar su decisión. Hablaríamos en este caso de una asegurabilidad limitada del suicidio en el seguro de vida [MARCO ARCALÁ, L. A. 2017: «El seguro sobre la vida». En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.): *Contratos mercantiles*, tomo II. Cizur Menor: Aranzadi, 553-836, 598]. En torno al suicidio involuntario, se cubrirá desde el momento en que la póliza despliegue la cobertura, pues en este caso el asegurado carece de voluntad.

El otro tipo de suicidio al que nos referimos es el denominado «involuntario», que no está afecto al plazo de carencia del art. 93 LCS, de modo que es susceptible de operar desde el mismo momento de formalización de la póliza. Implica el acto de privarse de la vida en estado de enajenación mental, donde el sujeto está carente de toda voluntad racional; se da, por tanto, una discordancia entre lo verdaderamente querido y el resultado producido, quedando sobrepasada la intención del agente y produciéndose un «*ultra propositum*» [STS de 26 de abril de 2000 (RJ 2000/2675)]. En el supuesto que comentamos, el fallecimiento se produjo por un acto suicida de disparo en la cabeza por arma de fuego, propiciado por una patología depresiva previa del asegurado. Sin embargo, la cuestión objeto del litigio se centró más en una supuesta inexactitud de la declaración del tomador, aunque este asunto es objeto de examen en el epígrafe siguiente.

3. EL DEBER DE DECLARAR EL RIESGO

3.1. Contenido y alcance

El tomador del seguro tiene un deber, que es eminentemente precontractual, de colaborar con el asegurador al tiempo establecer las condiciones de la póliza declarando el riesgo asegurable [SSTS de 1 de junio de 2006 (RJ 2006/3063); de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8423); de 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8998); de 10 de mayo de 2018 (RJ 2018/1857); entre otras muchas]. Se trata de una obligación que requiere un buen grado de intervención de la aseguradora, pues es esta la que debe formular una serie de preguntas que el tomador habrá de responder en la medida en que su conocimiento lo permita. Así, dispone el art. 10 I LCS: «El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él». La

cuestión objeto del litigio reposa sobre la correcta o indebida actuación de la aseguradora en el papel que le corresponde de allanar el camino para que el tomador pueda colaborar en la averiguación del grado de riesgo en el seguro, y así poder establecer las condiciones idóneas en la póliza. La parte actora del litigio resuelto en la sentencia comentada alega una serie de deficiencias y carencias en la base de las preguntas efectuadas en el cuestionario, cuya elaboración es una carga del asegurador. Antes de entrar en las cuestiones concretas del caso, procede ofrecer unas breves notas sobre el papel que cumple el cuestionario respecto del deber de declarar el riesgo en el contrato de seguro.

3.2. Requisitos del cuestionario

El cuestionario es la base —y, por tanto, parte esencial— para la ejecución y el cumplimiento del tomador de su deber precontractual de declarar el riesgo. La LCS es tuitiva en este punto, ofrece una protección específica para el tomador/asegurado, pues el asegurador es la parte más aventajada en el contrato y, por esta razón, corresponde a este elaborar el cuestionario y así delimitar el camino para la averiguación precisa del riesgo. El art. 10 I LCS ya indica que sin cuestionario el tomador cumple o, mejor dicho, no incumple su deber de declarar el riesgo, pues queda exonerado en tales casos de dicha obligación. En caso de existencia de cuestionario, solo habrá de responder a las circunstancias conocidas y que sean susceptibles de influir en la valoración de riesgo. Considerando estas premisas, conviene detenernos en algunos aspectos de la actividad del asegurador relacionadas con el cuestionario.

3.2.1. Claridad y adecuación de su contenido: especial relevancia a las enfermedades psíquicas

El cuestionario debe proporcionar preguntas sencillas y claras, de modo que el tomador pueda identificar en su saber con facilidad si la respuesta ha de ser afirmativa o negativa. En el caso de la sentencia comentada, hubo un doble cuestionario (uno al tiempo de solicitar el seguro y otro muy similar —aunque no exacto— en el momento de firmar la póliza) donde se realizaba una pregunta relativa a las enfermedades psíquicas padecidas. Sobre este extremo, la jurisprudencia establece la importancia de efectuar preguntas precisas y no genéricas, lo que supone delimitar con exactitud no solo el concepto que unitariamente puede encuadrar un cúmulo de patologías, sino que, además, procede mencionar todas y cada una de ellas —al menos sobre las que el asegurador tenga especial interés en conocer—. De lo contrario, estaríamos ante una «fórmula demasiado genérica y estereotipada que no reúne los requisitos de claridad y concisión exigidos por la jurisprudencia ya que más que un verdadero cuestionario es una ‘cuestión’ a través de la cual se pregunta conjuntamente por un

cúmulo de heterogéneos datos sobre la salud que pueden hacer difícil dar una respuesta precisa» [SSTS de 14 de febrero de 2022 (RJ 2022/963); y de 22 de junio de 2020 (RJ 2020/3218)]. En el caso concreto, la sentencia que comentamos indicó que

la falta de idoneidad del cuestionario, pues la única pregunta susceptible de poder asociarse al episodio depresivo de 2003, no puede considerarse objetivamente conducente a que el asegurado pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se refería la compañía. En primer lugar, por el modo en que dicha pregunta se incorporó al documento (con un tamaño de letra minúsculo, que casi imposibilitaba su lectura y advertir que se le estaba preguntando por una patología depresiva); y en segundo lugar, por la ambigüedad de su formulación, al aludirse a las «depresiones» dentro de las afecciones del sistema nervioso cuando comúnmente, sin conocimientos médicos, son entendidas como un tipo de patología, trastorno o enfermedad que fundamentalmente afecta a la salud mental y que nada o poco tiene que ver con las restantes patologías —neuralgias, vértigo, epilepsia— también mencionadas en el enunciado de la misma pregunta.

En otros casos, cuando las preguntas adquieren una precisión adecuada, solo entonces la responsabilidad de una declaración inexacta recae sobre el tomador/asegurado. Ahora bien, para la existencia de este supuesto es preciso que el entrevistado omita deliberadamente —mediante mentira o evasiva— la contestación a alguna pregunta cuya respuesta conozca en precisión. No sería posible imputar dolo o negligencia grave a quien manifiesta una negativa sobre alguna enfermedad que desconoce, bien porque nunca le fue diagnosticada o porque el diagnóstico de aquella fue comunicado a un tercero (familiar o representante legal), quien no trasladó la información al tomador/asegurado. Por tanto, la omisión ha de partir de un conocimiento que no se exterioriza pese a que el cuestionario lo contempla. La STS de 14 de febrero de 2014 (RJ 2014/856) apreció dolo del asegurado por responder al cuestionario negando haberse sometido a tratamiento durante más de siete días en los últimos cinco años, así como haber padecido enfermedades relacionadas con el sistema nervioso (a título de ejemplo, depresiones). Todo ello a pesar de que, según su historial médico, llevaba tiempo bajo seguimiento de diversos especialistas en psiquiatría y tomaba medicación específica para su patología depresiva, con un diagnóstico de trastorno depresivo recurrente y trastorno de la personalidad mixto. Por otro lado, La STS de 17 de febrero de 2016 (RJ 2016/543) también apreció la existencia de dolo porque el asegurado ocultó deliberadamente sus antecedentes por depresión y sus correspondientes tratamientos, relacionados con las preguntas formuladas en los cuestionarios y que debía percibir como objetivamente influyentes para valorar el riesgo: «Venía padeciendo una patología de depresión que condujo a la enfermedad (trastorno bipolar) causante de su invalidez, tratándose de antecedentes depresivos que, lejos de manifestarse de forma esporádica, como episodios aislados, dieron lugar a numerosas crisis que merecieron sucesivas actuaciones de los servicios de atención primaria y que precisaron tratamiento con medicación».

3.2.2. ¿Cumplimentación del cuestionario por tercero distinto del asegurado?

El último punto de este comentario reposa sobre la importancia de que sea el propio tomador asegurado quien conteste a las preguntas del cuestionario y no un tercero. En el caso que nos ocupa, quedó probado que fue cumplimentado por el agente con las respuestas que facilitó la esposa del asegurado; por tanto, no fue el asegurado quien contestó a las preguntas, porque no estuvo presente en ese momento. Además, queda claro que la propia compañía aceptó sin reparo esta circunstancia (respuestas de salud dadas por persona distinta del asegurado), ya que el agente advirtió que la declarante no era la persona asegurada. La cumplimentación del cuestionario de salud es un acto personalísimo del asegurado, pues dicha información es privada y goza de la condición de datos de carácter personal especialmente protegidos; por tanto, la inobservancia de este requisito excluye el dolo o la culpa grave del asegurado [SSTS de 8 de mayo de 2023 (RJ 2023/3236); y de 10 de mayo de 2018 (RJ 2018/1857)].

En realidad, lo determinante para la validez formal del cuestionario no es quién materialmente responde las respuestas en el documento formulario —el asegurado, el personal de la aseguradora o de la entidad mediadora—, sino prescindir de la consulta previa al asegurado para conocer sus respuestas, con independencia de quién las transmita. Así, queda descartada la infracción del deber de declarar el riesgo cuando pueda concluirse que el asegurado no fue directa y personalmente preguntado por esa información relevante [SSTS de 27 de abril de 2023 (RJ 2023/3028); de 1 de julio de 2020 (RJ 2020/2224); y de 30 de junio de 2020 (RJ 2020/2218)]. Así, la sentencia comentada concluye que «la compañía debe soportar las consecuencias de haber convertido su deber de presentar al asegurado/tomador un verdadero cuestionario en un mero formalismo, sin que para ello sea óbice que el asegurado pudiera examinar la documentación contractual a posteriori en su domicilio antes de firmarla».

Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
martingorus@usal.es

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 426/2023, de 1 de junio de 2023 [ROJ: STS 2499/2023]

**DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL CONDENADO. VALORACIÓN PROBATORIA. ESPECIAL
REFERENCIA A LA TESTIFICAL DE LA VÍCTIMA**

1. INTRODUCCIÓN Y REFERENCIA DEL CASO QUE SE ANALIZA

La Sentencia del Tribunal Supremo —en adelante, TS— (Sala de lo Penal) de 1 de junio de 2023 desestima el recurso de casación del acusado, condenado como autor de los delitos de agresión sexual e injurias mediante sentencia del 14 de septiembre de 2022, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Uno de los hechos en discusión que se elevó por recurso de casación al Tribunal Supremo se trató de una agresión sexual por parte de un joven de 18 años, Luis Pedro, a su expareja de 16 años, Mónica, quienes habían concluido su relación —de un lapso de un año y seis meses— hacía un año. Ambos se reencontraron en una fiesta, lugar donde se produjo el ataque sexual, conforme se dio por probado por el tribunal a cargo del enjuiciamiento y fue confirmado en las instancias judiciales hasta elevarse al máximo tribunal español. Cabe destacar que no hubo discusión sobre la existencia de ese encuentro sexual en sí. Más bien, el motivo principal de conflicto radicó en que desde la hipótesis acusatoria se afirmó que la menor mencionada resultó víctima de una agresión sexual, situación que fue negada por la defensa del acusado, cuestionando el valor asignado a la testifical de la víctima. Así, desde la postura de esta parte se hizo hincapié en que se trató de una relación sexual consentida, en la cual se habría utilizado un preservativo facilitado por la menor. Inclusive, se adujo que el comportamiento del acusado respondía a un error de tipo conforme el artículo 14.1 del Código Penal, lo cual fue desestimado por el tribunal, en tanto no se verificó un juicio falso sobre los elementos descriptivos del tipo —consentimiento— ni fue debidamente probado ni surgió de la plataforma fáctica. El pronunciamiento del TS, como en la propia resolución se enuncia, se redujo a un control de la valoración hecha por el tribunal de instancia, en cuanto a la constatación de que el material probatorio de cargo fuera obtenido debidamente y que la motivación obedeciera a un razonamiento basado en criterios lógicos y razonados que actuaran en corroboración de la tesis acusatoria sobre la existencia del hecho y la participación de quien se acusa.

2. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA. LINEAMIENTOS GENERALES

Que una persona haya sido víctima de un delito sexual en un contexto donde estuvo a solas con su agresor, fuera de la vista de terceros, puede implicar que la misma

se encuentre, más adelante, en un proceso penal con un acervo probatorio escaso en diversidad de elementos. Así también, puede verificarse la ausencia de vestigios físicos. Ello lleva a que su declaración como víctima se pueda constituir en la base para sostener la acusación. Esta testifical no está exenta de dificultades propias de la particularidad que la caracteriza. Esto es, el hecho de ser quien declara como testigo directo de un hecho sufrido, respecto del cual uno se encuentra facultado a ejercer la acusación si así lo desea, lo que a su vez lo distingue de un mero tercero que opera como testigo, sin necesariamente tener algún interés en el proceso penal. FUENTES SORIANO analiza la dicotomía de que se trata de la persona en mejores condiciones de conocimiento del hecho; sin embargo, por haber sido quien lo ha sufrido de manera directa, contiene una riesgosa parcialidad. FUENTES SORIANO, Olga. 2020: «La perspectiva de género en el proceso penal: ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz ‘El testimonio de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género’». *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2020, 1: 279 [en línea], https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22372 [6 octubre 2023]. En este sentido, el TS ha reconocido expresamente que la declaración de la víctima tiene virtualidad probatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia, sin perjuicio del respaldo de motivación fáctica con el que debe contar, no siendo suficiente la «mera creencia» en los dichos de quien declara. Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 62/2018 de 5 de febrero (ROJ: STS 217/2018). Ello, en tanto, en definitiva, alcanzaría «con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa». Véase Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 172/2022, de 24 de febrero (ROJ: STS 671/2022).

3. APLICACIÓN Y REFLEXIÓN ACERCA DE LOS TRES CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La valoración que el juez debe realizar sobre la testifical de la víctima no encuentra reglamentación en la ley, sino que ha sido mediante la doctrina y la jurisprudencia que se han desarrollado lineamientos de conformidad con el sistema de libre valoración que rige en el proceso español. Pueden enunciarse los tres criterios establecidos por el TS al respecto: credibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación. Estos son definidos por ANDRÉS IBÁÑEZ como pautas que contribuyen a evaluar la fiabilidad y el grado de sinceridad del testigo. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto Agustín. 2021: «Sobre la aberrante categoría de la prueba privilegiada». En *Contra la política criminal de tolerancia cero: libro-homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, 1045-1057 [en línea], <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8407169> [5 octubre 2023]. A su vez, se reconoce que no se trata específicamente de requisitos de validez: ni su concurrencia en totalidad otorga una fiabilidad total ni la falta de alguno lo

convierte en insuficiente de por sí como prueba de cargo. Por un lado, la credibilidad subjetiva hace referencia a las características psicoorgánicas y físicas de la víctima, en lo relativo a analizar cuestiones de edad, trastornos mentales, como así móviles específicos, como enemistad, odio, venganza, que puedan colocar en riesgo la fiabilidad del relato. En el caso de la agresión sexual, el TS ha reconocido que en la verificación de alguna circunstancia especial importa tener un especial resguardo en la valoración, pero no necesariamente anula su valor. Véase Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 119/2019, de 6 de marzo (ROJ: STS 678/2019). En la sentencia a la que aquí se hace referencia, la defensa intentó argumentar una situación de enojo de la víctima —por una supuesta confusión del nombre referida por el acusado a la víctima—, lo cual no encontró respaldo ni fuerza convictiva suficiente de entidad. Por otro lado, la persistencia en la incriminación hace referencia a la consistencia del contenido de la declaración en las distintas oportunidades en que la víctima presta declaración, en lo referido a que no haya modificaciones, ambigüedades o contradicciones en lo relativo a la esencia del contenido. RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. 2020: «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2020, 1: 201-245 [en línea], <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22288> [5 octubre 2023]. En la resolución analizada, específicamente el tribunal descartó las supuestas vaguedades o contradicciones referidas por la defensa. En tercer lugar, se cuenta con el criterio de la verosimilitud del testimonio, el cual hace referencia a la coherencia interna y externa. La primera referida tiene que ver con los aspectos propios del contenido en cuanto a la lógica y la racionalidad. La coherencia externa pone el foco en elementos de corroboración que precisamente le otorgan mayor objetividad a la mera manifestación subjetiva de la víctima [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 284/2018, de 13 de junio (ROJ: STS 2210/2018)]. En este sentido, puede señalarse el testimonio de referencia, cuyo valor ha sido destacado por el TS, en especial de aquellas personas que tienen contacto directo con las víctimas luego de sucedido el hecho, tanto testigos ocasionales como familiares [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 380/2007, de 10 de mayo (ROJ: STS 3255/2007)]. En el caso objeto de análisis, es uno de los testigos, amigo del acusado, quien encontró a la joven denunciante la misma noche que tuvo lugar el hecho, poco tiempo después del encuentro sexual. Declaró haberla hallado muy «alterada y angustiada», preguntándole a continuación preguntó por su estado e insistiéndole al día siguiente a través de mensajes en la red social «Instagram». Por su parte, de la plataforma fáctica fijada surge que la víctima volvió a su casa de madrugada y tomó una ducha. Ello fue corroborado por el testimonio referencial de su madre, quien manifestó que ese era un comportamiento extraño por parte de su hija, por lo que se levantó de la cama y le consultó el motivo del baño, y frente a quien se excusó por el «olor a tabaco». A su vez, al día siguiente del hecho, la denunciante tomó contacto con sus amigas, a quienes les relató lo sucedido. En particular, se cuenta con el testimonio de una de ellas, Camila, quien dio cuenta del estado de afectación en que se encontraba, llorando y temblando, por lo que la animó a denunciar y hablar con sus padres. La madre, por su parte, destacó que luego de un par de días en los que su

hija se encontraba inapetente y radicalmente ensimismada, finalmente el 8 de agosto a las 3 de la madrugada le relató los hechos sufridos. En este tipo de casos, señala SANCINETTI que la pluralidad de declaraciones incide en una mayor objetividad para la valoración, en tanto cada una de ellas pueda encontrar respaldo en detalles concordantes de las otras, haciendo que un examen cruzado permita entramar correlaciones y reduciendo el margen de error, situación que se observa en el caso de mención. SANCINETTI, Marcelo A. 2013: «Testimonio único y principio de la duda». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2013, 3: 13-23 [en línea], 2013, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/988.pdf> [8 octubre 2023].

Por otro lado, se debe tener especial resguardo respecto de la valoración de los datos externos en su carácter de indicios. Ello, en tanto no corresponde asignar significados «automáticos» en favor de ninguna de las posturas de alguna de las partes, sino que resulta fundamental realizar un análisis de la prueba en conjunto para su determinación. En este caso, puede reseñarse el cuestionado uso del preservativo entregado por la víctima al acusado. Así se expuso en la nombrada sentencia que aunque la proporción del mismo puede ser un indicio de consentimiento, no es concluyente, en tanto que «la experiencia ofrece numerosos supuestos en los que, ante lo irremediable de sufrir una agresión sexual in consentida e impuesta por la fuerza o con intimidación, la víctima termina por asumir un ataque que percibe como inevitable y trata de minorar algunas consecuencias particularmente dañosas, lo que en modo alguno comporta consentimiento o libre ejercicio de la libertad sexual, sino que es reflejo de la lógica aspiración a disminuir lo pernicioso del ataque y a favorecer la integración de los hechos en la dolorosa experiencia vital del individuo». El máximo tribunal estimó correcta la valoración relativa a la decisión del tribunal de instancia, entendiendo que fue en ese contexto en que se utilizó el preservativo, lo cual fue respaldado por el material probatorio como así por la falta de verificación de la versión ofrecida por el acusado. Así, la hipótesis acusatoria encontró respaldo no solo en la declaración de la víctima, sino también en los testimonios de referencia, el correspondiente informe psicológico e indicios concretos, que analizados en el contexto particular y en conjunto como acervo probatorio resultaron suficientes.

En definitiva, puede señalarse que en los casos donde la acción penal tiene sustento principal en la declaración testifical de la víctima, se debe promover, desde la investigación hasta el enjuiciamiento, una mirada crítica y minuciosa de la misma. Resulta fundamental tomar en cuenta los tres criterios establecidos, desde una perspectiva orientadora —pero no determinante—; y en especial trabajar en la búsqueda de elementos periféricos, los cuales otorgan una mayor objetividad en la valoración, tanto respecto de una hipótesis condenatoria o absolutoria, conforme su valoración integral.

Consuelo ARGANARÁS
Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Mgter. en Derecho Penal
Universidad de Salamanca
consueloarg@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo 729/2023, de 4 de octubre. Descarte del delito de homicidio por imprudencia grave cometido por vehículo policial. La ponderación del riesgo en el uso del régimen de circulación por vehículos de emergencia

La resolución que nos ocupa relata como hechos probados los que se detallan a continuación, extraídos expresamente del mismo texto de la sentencia.

Primero: El 16 de octubre de 2016 a las 3:33:38 horas, el indicativo rotulado de la Policía Nacional Focus 412, Citroen Xsara Picasso, matrícula....-....-QH, conducido por el acusado, agente del Cuerpo Nacional de Policía NUM000, Jorge, nacido el NUM001 -76 y carente de antecedentes penales, al que acompañaba el NUM002, se dirigía, precedido por el indicativo, Focus 415, a atender un aviso por reyerta en la calle de Ministriles, 21 de Madrid, cuyo servicio había sido asignado a otro indicativo policial, Z-18.

Segundo: A tal fin, ambos Focus circulando al menos con los dispositivos luminosos activados, llegaron por la Calle Mayor hasta la Puerta del Sol donde, al advertir que el único carril de circulación de la calzada estaba ocupado por varios taxis detenidos, que no permitían avanzar, decidieron rebasarlos incorporándose al carril bici allí existente.

Tercero: Tras superar el Focus 415 la confluencia con la calle del Correo, el peatón Alexander (nacido el NUM003 -78), que iba caminando por la Puerta del Sol, hacia la calle Mayor, en las inmediaciones y de forma paralela al carril bici, en compañía de Bernardo, perdió el equilibrio y cayó de bruces al mismo, justo delante del indicativo Focus 412, que circulaba a una velocidad próxima a los 55 km/h, cuyo conductor no tuvo tiempo de reaccionar, golpeó y arrastró unos metros al peatón.

Cuarto: a resultas del atropello, Alexander sufrió lesiones que le causaron la muerte de forma casi inmediata, debido a Shock Hipovolémico con parada cardiopulmonar.

Quinto: en el lugar existe una limitación de velocidad a 30 km/h y la iluminación artificial era suficiente. El carril de circulación, el carril bici y la calzada se encontraban en el mismo plano, no estando separados por protección alguna. No quedaron huellas de frenada.

A partir de tales hechos, la Audiencia Provincial de Madrid, en su resolución 175/2021, de 31 de marzo, absolvió al conductor y funcionario policial de un eventual delito de «homicidio por imprudencia o de conducción temeraria» por el que era acusado, pronunciándose de la misma manera el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su resolución 225/2021, de 29 de junio, ante el recurso de apelación formulado por una de las partes. Por ello, se interpuso recurso de casación por infracción de ley al amparo de los artículos 849.1, 849.2, quebrantamiento de forma al amparo del artículo

851.3.º, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por último, por vulneración de preceptos constitucionales al amparo del artículo 852 del mismo texto legal mencionado. Ello ha desembocado en la interesante resolución del Tribunal Supremo 729/2023, de 4 de octubre, sobre la que merece la pena pronunciarse acerca de ciertos aspectos contenidos en ella, centrándose nuestros esfuerzos en emitir un criterio personal sobre la conducta ejercida por el funcionario policial protagonista del suceso. Vaticinamos ya desde este momento que el Alto Tribunal adopta una posición idéntica a la de instancias anteriores, descartando responsabilidad penal alguna por parte del funcionario policial.

Es por todos conocido que una conducta penalmente imprudente presenta una estructura con dos pilares fundamentales. Por un lado, debe concurrir una vulneración del deber de cuidado externo u objetivo, entendido este sintéticamente como la obligación de comportarse exteriormente sin generar o aumentar el riesgo permitido, y, por otro, debe vulnerarse el deber de cuidado interno o subjetivo, el cual hace necesario advertir la presencia de un determinado peligro y su eventual gravedad a fin de evitarlo. Todo ello, por supuesto, vinculado causalmente con el resultado, debiéndose cumplir los criterios de imputación objetiva¹.

Dejando a un lado las argumentaciones sobre las formalidades necesarias del recurso presentado y otros aspectos como la respuesta que da el Tribunal acerca de una eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, para alcanzar nuestro fin debemos valorar si pudiera concurrir una contravención a los deberes de cuidado mencionados *ut supra*, debiendo analizar en primer lugar si la conducción ejercida por el conductor del vehículo causante se adecua al cumplimiento de la norma, vinculada esta con los deberes objetivos de cuidado. Para ello, es necesario abordar el régimen especial de circulación de los servicios prioritarios de urgencia regulado en los artículos 67 y 68 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (RGCir en adelante), en los cuales se determinan las exigencias a cumplir para que un conductor pueda beneficiarse de las facultades y exenciones que otorga el mismo. De modo sintético dichas exigencias pueden agolparse en tres.

Resulta una obviedad, pero en primer lugar es necesario que concurra una urgencia, siendo el propio título II, capítulo III, sección 4.ª del RGCir el que emplea expresamente el término «urgencia» como atributo de la circunstancia para poder aplicar el régimen definido en los preceptos legales que contiene. La Real Academia de la Lengua Española define la acción de «urgir», dicho de una cosa, como «instar o precisar su pronta ejecución o remedio», por lo que podríamos entender por algo «urgente», según tal definición, aquello que es necesario resolver o remediar de manera rápida. Ello está vinculado con el término «emergencia», definida esta como una «situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata»². Dado que la normativa sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial no aporta definición o descripción

1. De todo ello se habla más detenidamente en el FJ 6.º de la resolución que nos ocupa.
2. *Real Diccionario de la Lengua Española*, 2022.

alguna sobre el concepto de «urgencia», estimamos que no habría ningún problema en entender una urgencia a efectos del tráfico según la definición que aporta la Real Academia de la Lengua Española, entendiéndose como una circunstancia que requiere de la atención e intervención inmediata de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de evitar las posibles consecuencias de la misma.

Conforme a los hechos probados, el traslado del vehículo policial se realiza debido a la concurrencia de una reyerta en una calle de la capital madrileña, siendo un evento del que indudablemente pueden resultar lesionados bienes jurídicos tan relevantes como el honor, la integridad física o, en los peores casos, la vida. Por ello, consideramos, acorde con el criterio emitido por el Tribunal Supremo, que la intervención policial en tal caso se tornaba urgente, no habiendo problema alguno en que el vehículo policial se trasladase al lugar de los hechos con premura haciendo uso del régimen de circulación para vehículos prioritarios en servicio urgente que define el RGCir.

En segundo lugar, es digno de mención que las facultades otorgadas en tales supuestos para la vulneración de las normas contenidas en los títulos II, III y IV RGCir no se reservan a cualquier clase de vehículo, sino que es preciso que de manera genérica se trate de uno «prioritario», reservando tales facultades al resto de vehículos ordinarios cuando concurren «circunstancias especialmente graves» y «sin poder recurrir a otro medio»³. El artículo 68.2 RGCir delimita qué se entiende por vehículo prioritario, definiendo estos de la siguiente manera:

Tendrán el carácter de prioritarios los vehículos de los servicios de policía, extinción de incendios, protección civil y salvamento, y de asistencia sanitaria, pública o privada, que circulen en servicio urgente y cuyos conductores adviertan de su presencia mediante la *utilización simultánea* de la señal luminosa, a que se refiere el artículo 173, y del aparato emisor de señales acústicas especiales, al que se refieren las normas reguladoras de los vehículos.

De ello se extrae que un vehículo policial puede considerarse como un vehículo prioritario siempre que se den dos requisitos. El primero, que estos hagan uso durante su circulación «urgente» de las señales luminosas de los artículos 111 y 112 RGCir, en relación con el artículo 173 del mismo y, sobre todo, con el Anexo IX perteneciente al Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre (RGVeh en adelante)⁴. En suma, resulta

3. Artículo 70 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, Reglamento General de la Circulación. *BOE* núm. 306, de 23/12/2003.

4. El Anexo IX RGVeh, en lo referente a la señal V-1 (vehículo prioritario), fue modificado por la Orden PCI/810/2018, de 27 de julio, estableciendo que la señal luminosa de tales vehículos estará constituida por un dispositivo luminoso con una o varias luces de color azul homologadas conforme al Reglamento CEPE/ONU n.º 65. Además, como dato de interés, indica que dichas luces deben ser visibles a 50 metros como mínimo y en todas las direcciones, cuestión que pudiera ser relevante para el caso que nos ocupa.

necesario que se haga uso simultáneo de los avisadores acústicos especiales instalados en el vehículo.

No queda probado en la resolución que el vehículo policial llevara en funcionamiento de manera simultánea las señales acústicas preceptivas en el momento de producción del suceso, dejando tal hecho una duda razonable de si circulaba en servicio urgente con todas las garantías previstas en la norma reguladora⁵. Es cierto que el propio artículo 68 RGCir, en su apartado segundo, párrafo segundo, establece una excepción a la regla general sobre el uso de los avisadores acústicos en tales circunstancias, la cual se menciona en la sentencia. Esta se encuentra redactada del siguiente modo: «Por excepción de lo dispuesto en el párrafo anterior, los conductores de los vehículos prioritarios deberán utilizar la señal luminosa aisladamente cuando la omisión de las señales acústicas especiales no entrañe peligro alguno para los demás usuarios»

En otras palabras, se puede suprimir el uso de las señales acústicas excepcionalmente cuando no utilizarlas no genere peligro alguno para los usuarios de la vía. En relación con ello, el Tribunal Supremo ha considerado que no resultaba necesario el uso de tales sistemas sonoros, afirmando el FJ 7.º de la resolución que «esa urgencia habilitaba a los agentes a circular con exceso de velocidad y por el carril bici y no era imprescindible que accionaran los dispositivos acústicos, cuestión sobre la que la prueba no ha sido determinante, siendo suficiente los luminosos». Si tenemos en cuenta los datos reflejados en el informe pericial reiterativamente citado en la sentencia, el peatón antes de caer sobre el carril-bici y ser atropellado recorrió una distancia de 2,6 metros, es decir, que aparte de circular por un lugar destinado a la circulación de usuarios vulnerables, como es un carril-bici, el vehículo policial se encontraba circulando a 55 km/h por una de las ubicaciones de nuestro país con mayor afluencia de usuarios en el que, como máximo, se encontraban viandantes a 2,6 metros de distancia del mismo en el momento en que acaecen los hechos, una distancia ínfima que para nada garantiza la seguridad de los mismos en las circunstancias narradas en la sentencia.

En consecuencia, consideramos que, teniendo en cuenta el contexto relatado por la misma, resultaban de obligado uso las señales luminosas y, a su vez, las acústicas, garantizando así que cualquier usuario concurrente pudiera percibir con la antelación y garantías necesarias para su integridad la circulación del vehículo policial. En esta situación debemos mencionar que el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre (en adelante LTSV), tipifica como infracción grave en su artículo 76 c) el «Incumplir las disposiciones de esta ley en materia de preferencia de paso, adelantamientos, cambios de dirección o sentido y marcha atrás, sentido de la circulación, utilización de carriles y arcenes y, en general, toda vulneración de las ordenaciones especiales de

5. Podríamos considerar que aquellos vehículos que no cumplan todas las garantías legales para circular bajo el amparo del régimen establecido para servicios de urgencia no estarían facultados para vulnerar las normas contenidas en los Títulos II, III y IV del RGCir y, por lo tanto, estarían cometiendo las infracciones que en su caso correspondan.

tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación»⁶, pudiendo haber vulnerado tal precepto el funcionario conductor del vehículo policial.

En tercer lugar, son continuas las referencias en los artículos 67 y 68 RGCir y sus apartados a la necesidad de garantizar por parte de los vehículos que circulan en servicio urgente la seguridad del resto de usuarios. En ellos se contienen afirmaciones como el deber que tienen de «adoptar extremadas precauciones», «hacer uso ponderado de su régimen», «cerciorarse de que no existe riesgo de atropello a peatones» o «haberse cerciorado de que no ponen en peligro a ningún usuario de la vía». Es innegable, como hecho aislado, que resulta humanamente inevitable el atropello de un peatón que cae en la trayectoria del vehículo policial en servicio de emergencia a 55 km/h justo en el instante en que circula a su altura, y con un tiempo para la reacción evasiva de su conductor de 0,157 segundos, tal y como establece el informe pericial. No obstante, conviene analizar someramente la conducción que pone en práctica el conductor con anterioridad a ese momento. Debemos cuestionarnos si dicho funcionario policial da cumplimiento al conocido «principio de defensa»⁷ que rige en el ámbito de la seguridad vial, con mayor peso aún en un servidor público, poniendo este en marcha todas las medidas necesarias destinadas a garantizar la seguridad e integridad del resto de usuarios, pese a la súbita pérdida de verticalidad del peatón.

Los hechos transcurren en una céntrica vía urbana de la capital, en la que a diario concurre gran afluencia de usuarios, con una idéntica plataforma para calzada, carril-bici y zona peatonal, con la lógica reducción de visibilidad existente debido a que los hechos transcurren en horario nocturno, reconociendo la propia sentencia que, ante tal contexto, una circulación en servicio urgente «generaba una incuestionable situación de riesgo que obligaba al conductor del vehículo policial a extremar la atención, modulando su conducción a las circunstancias de la vía». Como ya mencionamos *ut supra*, el peatón atropellado tarda en caer al suelo 1,65 segundos, recorriendo una distancia de 2,6 metros antes de hacerlo, lo que supone que a esa escasa distancia había peatones transitando mientras circulaba muy próximo a ellos un vehículo a motor a 55 km/h. La sentencia afirma que la trayectoria del vehículo era despejada y sin obstáculos antes de producirse la caída y posterior impacto; no obstante, si tenemos en cuenta esa proximidad de los peatones a la trayectoria del vehículo podría resultar previsible que con ese escaso margen de error que presenta el conductor cualquier

6. El propio artículo 68.3 establece lo siguiente: «Las infracciones a las normas de este precepto tendrán la consideración de graves, conforme se prevé en el artículo 65.4.c) del texto articulado». Dicho artículo venía en referencia al derogado RDL 339/1990, habiéndose este ubicado con idéntica redacción en el actual art. 76 c) del RDL 6/2015.

7. Según la Dirección General de Tráfico, el principio de defensa se traduce en que «nadie debe confiar ilimitadamente en que los demás usuarios cumplan al pie de la letra las normas reglamentarias; en casos excepcionales algún usuario puede tener un inesperado cambio de actitud y un comportamiento contrario a las normas». DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO. MINISTERIO DEL INTERIOR. 2014: *Los valores en la vía pública*. Madrid.

mínimo contratiempo pudiera derivar en una tragedia. Consideramos que el funcionario policial, guiado seguramente por la tensión que genera una reyerta y la necesidad de intervenir garantizando un tiempo de respuesta óptimo, no ponderó debidamente los potenciales riesgos que conlleva circular a una distancia tan reducida de los viandantes en las circunstancias en las que lo hacía. Este debía haber flexibilizado su circulación en servicio urgente debiendo prever que cualquier insignificante contratiempo podría derivar en un resultado fatídico en tal contexto, como puede ser, por ejemplo, un mero despiste por parte de un peatón por ir utilizando su teléfono móvil o el tropiezo de uno de ellos sobre el carril-bici por donde circulaba en aquel momento.

Por lo tanto, habiendo determinado que podría haber concurrido una infracción grave de tráfico tipificada así por la LTSV, sumado a que consideramos que en cierto modo podría haber sido previsible que de la conducción ejercitada por el funcionario pudiera derivar un resultado lesivo como finalmente ocurrió, no habría problema alguno en afirmar que dicha conducta podría calificarse como penalmente imprudente. Desde la introducción de la nueva presunción *iuris et de iure* de imprudencia menos grave mediante la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, el cometer una infracción grave de tráfico que sea determinante para la causación de un resultado típicamente lesivo o de fallecimiento será calificado, como mínimo, como una conducta imprudentemente menos grave, entendida esta como «una infracción al deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar», tal y como establece la relevante STS 421/2020, de 22 de julio. Por supuesto, nos alejamos de tildar dicha conducta como grave en cuanto al grado de imprudencia se refiere, ya que, dadas las circunstancias, no supone la conducta ejercida por el sujeto una omisión intolerable de la diligencia debida.

Como apunte final nos resulta llamativo que la resolución haga referencia al derogado Real Decreto 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y no al actual Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, de donde se extraen los preceptos analizados en la misma, pese a que estos se ubiquen en los mismos artículos que anteriormente lo hacían.

Pablo ÁLVAREZ HERNÁNDEZ

NORMAS PARA AUTORES/AS

1. La revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS), auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y editada por Ediciones Universidad de Salamanca, tiene como objetivo la difusión de artículos de opinión y de reflexión sobre Derecho, Ciencia Política y Criminología, primando los trabajos de pensamiento general o de crítica doctrinal y jurisprudencial sobre los análisis rigurosos de régimen jurídico. El Consejo de Redacción, respetuoso con la libertad de creación de los autores, no se solidariza, sin embargo, con sus opiniones.
2. AIS se publica en formato electrónico, con periodicidad semestral (dos números por año, en junio y en diciembre), y está abierta a colaboraciones de toda la comunidad científica, en especial la europea e iberoamericana. La calidad de los textos publicados se contrasta llevando a cabo un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego de los originales recibidos.

Proceso de recepción de originales y publicación

3. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en formato electrónico a la atención del Sr. Director y Sr. Secretario de la revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS), a la dirección ais@usal.es. Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el 28 de febrero, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el 30 de septiembre.
4. *Ars Iuris Salmanticensis* acusará recibo de los originales en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, y el Consejo de Redacción resolverá sobre su publicación en el plazo máximo de tres meses. La decisión final sobre la publicación corresponde al Consejo de Redacción de AIS, previo informe positivo en el proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego. En función de la organización de cada número, aun aceptada la publicación, podría esta demorarse hasta el número siguiente. En cualquier caso, el Consejo de Redacción de AIS mantendrá informados a los autores acerca del estado de la evaluación de sus textos, así como el volumen en el cual aparecerán publicados.
5. Los autores recibirán una sola prueba de edición. El Consejo de Redacción ruega que, durante la corrección, no se introduzcan variaciones importantes en el texto original pues ello puede repercutir en los costos de edición. Los autores se comprometen a corregir las pruebas en un plazo de 15 días, contados desde la entrega de las mismas mediante correo electrónico.

Normas de estilo para la presentación de los textos

6. Además de la debida calidad científica acreditada por el proceso de revisión por pares, los originales enviados serán rechazados si no cumplen con las normas de estilo de AIS. Debajo del título, se indicará la filiación completa de cada autor, cuyos datos deberán ser los siguientes: primer nombre, segundo nombre (si lo hubiere), apellidos, universidad, institución o profesión en la que trabaja, país, correo-e y dirección postal. Además se hará constar su título, cargo académico, profesión, etc.
7. Todos los textos se presentarán en formato Word (.doc.,.docx); con márgenes de página superior, inferior, derecho e izquierdo de 3 cm; tipo de letra Times New Roman; tamaño de texto de 12 puntos; y espacio de párrafo sencillo, justificado y sangrado de primera línea a 1,25 cm.
8. En cualquier caso, para la numeración de los epígrafes se empleará numeración arábiga, y únicamente se hará uso de la romana, si fuera necesario, para diferenciar los principales bloques en que se divida el texto. Si fuera necesario diferenciar niveles siempre se colocará un punto entre las cifras relativas a las divisiones (Ej.: 1; 1.1; 1.1.1; 1.1.2; etc.). Asimismo, los cuadros, gráficos y demás materiales que, en su caso, acompañen a los textos, se numerarán correlativamente en arábigo, y cada uno llevará un título breve que lo identifique, así como las fuentes de origen.

9. Las colaboraciones de la sección *Tribuna* tendrán entre 5 y 6 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido), limitando al máximo posible las citas de doctrina y jurisprudencia y, en ambos casos, cuando se incluyan, se hará entre paréntesis en el propio texto a tamaño de letra 10 (no se admitirán notas al pie). No es necesario sumario, resumen, ni lista de palabras clave. Sólo deberán incorporar la traducción al inglés del título.

10. Las colaboraciones para la sección de *Estudios* tendrán un máximo de 25 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido) a espacio sencillo. Podrán incluir notas al pie enumeradas correlativamente y con tamaño de letra 10. Los trabajos de esta sección incorporarán necesariamente una recopilación bibliográfica al final del artículo, a tamaño de letra 11, ordenada alfabéticamente por el apellido del autor o editor delante del nombre. Excepcionalmente, podrá prescindirse de dicha recopilación bibliográfica si el Estudio lo es en exclusiva de resoluciones judiciales, aunque el mismo tendrá peor valoración a la hora de decidir su publicación. En todo caso, deben incorporar sumario, resumen y relación de palabras clave, tanto en la lengua utilizada en el artículo como, necesariamente, en inglés (abstract y keywords), idioma al que también deberá traducirse el título. Si el texto original estuviese en inglés, la mencionada traducción del título, el resumen y las palabras clave habrá de presentarse también en español.

Presentación de la bibliografía

11. Las referencias bibliográficas en las citas (sección *Tribuna* y *Estudios*) y en la bibliografía (sección *Estudios*) se ajustarán a la normativa internacional ISO 690 y/o española UNE 50-104. Incluirán, siempre que sea posible, los elementos que se indican según los casos, siguiendo en su totalidad (salvo los corchetes) la tipografía ejemplificada a continuación:

Monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [Título]. [Traducido por Nombre Apellido/s; editado por Nombre Apellido/s (opcionales). [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor].

Ej.: GÁLVEZ CRIADO, A. 2008: *La relevancia de la persona en los contratos de obras y servicios*. Vitoria: Tirant Lo Blanch.

Artículos en publicaciones en serie: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título del artículo entrecomillado»]. [Título de la revista], [año, volumen, fascículo: páginas].

Ej.: RIBERA BLANES, B. 2003: «Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor». *Revista Pe.I.*, 2003, 13: 49-65.

Contribuciones a monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título entrecomillado»]. En [Nombre o iniciales] [Apellido/s], (ed.): [Título]. [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor], [volumen (opcional)], [páginas].

Ej.: GARCÍA FRÍAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M.^a J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la [fecha de consulta].

Ej.: CORDÓN MORENO, F. 2013: «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas». *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/24.pdf> [4 junio 2013].

12. El envío de originales y su aprobación por parte de la Revista implica la aceptación del autor de todas las condiciones de publicación, incluidas las relativas a la cesión de sus derechos de autor.



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 12

Número 1

Junio 2024

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2024121>

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. NFT e infracción de la propiedad intelectual, por *Michele Crisafulli*..... 11-24
2. Los derechos de las mujeres en la justicia transicional: los impactos de las políticas de género en el derecho procesal, por *Majedeh Bozorgi*..... 25-37

ESTUDIOS

1. Panorama de la criminología feminista brasileña, por *Giselle Dos Santos Andrade, Renata Monteiro García y Marilize Da Silva Bentes*..... 41-53
2. Los valores constitucionales de la propiedad y la aplicación del concepto «interés general» como fundamento de la potestad constitucional de corrección patrimonial en la extinción de dominio. Una interpretación desde la peculiaridad constitucional venezolana, por *Emilio J. Urbina Mendoza*..... 55-82
3. Violaciones de la Suprema Corte de Justicia de la nación de México a los principios del Derecho in claris, non fit interpretatio y ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus, por *Miguel Basurto Hernández Romo* 83-101
4. Estudio sobre la resolución del contrato desde la perspectiva del Derecho comparado bajo el contexto de la modernización del Derecho Contractual, por *Yun Li* 103-130
5. Dimensión jurídica de la corrupción en el contexto del derecho corporativo (con especial referencia a los ordenamientos jurídicos portugués y español), por *Niedja de Andrade e Silva Forte Dos Santos*... 131-183
6. La regulación de las criptomonedas en México y sus principales desafíos jurídicos internacionales, por *Reyna Araceli Tirado Gálvez* 185-211

CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN 213-310

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA 311-366



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

Fecha de publicación de este
volumen: junio 2024